

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah.

Secara kodrati manusia diciptakan sebagai makhluk sosial, menjalin interaksi satu sama lain dalam memenuhi kebutuhan hidupnya. Dalam aktifitas kehidupannya sebagai makhluk sosial, baik yang bernuansa bisnis maupun sosial, mau tidak mau kita dihadapkan pada sebuah instrumen hukum (perangkat Peraturan Per undang – undangan). Tanpa adanya instrumen / tatanan hukum, mustahil akan tercipta ketentraman, keteraturan dan ketertiban di dalam masyarakat. Pengaturan kehidupan manusia dalam masyarakat adalah merupakan salah satu tujuan dari hukum untuk mencapai suatu ketertiban,dan itu sudah menjadi doktrin umum(*communio doctorum*).

Diharapkan dengan tercapainya ketertiban, maka akan tercipta masyarakat yang teratur. Hal ini dapat dipahami karena tanpa ketertiban, orang / masyarakat tidak akan dapat hidup dengan nyaman dan tenteram. Definisi hukum sendiri adalah keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat termasuk lembaga dan proses di dalam mewujudkan hukum itu dalam kenyataan.¹⁷

Negara Republik Indonesia adalah negara yang berdasarkan pada hukum, di mana dalam sistem tata hukumnya menganut *Asas Lex Superior Derogat Legi Priori* – yang artinya suatu Peraturan Perundang – undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan Peraturan Perundang –

¹⁷. Mochtar Kusumaatmadja.; 2002; *Konsep – Konsep Hukum Dalam Pembangunan* ; Alumni. ; Bandung; hal. VII.

undangan yang lebih tinggi. Kalau hal itu terjadi maka Peraturan Perundang – undangan yang lebih rendah tersebut batal demi hukum.

Dari asas tersebut dapat disimpulkan bahwa hukum / Peraturan Per undang – undangan yang ada di Indonesia tidak boleh saling bertentangan antara Peraturan Perundang – undangan yang lebih rendah dengan Peraturan Per undang – undangan yang lebih tinggi. Artinya bahwa setiap Peraturan Perundang – undangan harus saling terkait, sehingga mencerminkan adanya harmonisasi antar Peraturan Perundang – undangan. .

Filosofi Undang – Undang Nomor: 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – undangan adalah didasarkan pada pemikiran bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Sebagai negara hukum, maka segala aspek kehidupan dalam bidang kemasyarakatan, kebangsaan, dan kenegaraan termasuk pemerintahan harus berdasarkan atas hukum yang sesuai dengan sistem hukum nasional. Dalam Undang- Undang tersebut pada pokoknya mengatur tentang susunan tata urutan / hierarki Peraturan Perundang – undangan dari yang tertinggi sampai yang terendah; Peraturan Perundang – undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan Peraturan Perundang – undangan yang lebih tinggi. Dengan demikian dapat tercipta adanya harmonisasi Peraturan Perundang – undangan.

Suatu Undang - undang atau peraturan adalah merupakan perangkat hukum pada suatu subsistem atau bagian integral dari sistem hukum di suatu negara. Setiap Undang - undang berisi kaidah – kaidah serta asas, yang berfungsi untuk mengatur tata kehidupan manusia, sebagai pengendali sosial (*social engineering*) serta guna mengurangi konflik di masyarakat dan

bertujuan untuk menjamin stabilitas sosial dan kepastian dalam masyarakat. Dengan terjaminnya stabilitas sosial dan kepastian hukum, maka tidak mustahil akan tercipta suatu keadilan dalam masyarakat, oleh karena berfungsi sebagai pengendali sosial, maka pemahaman mengenai hukum dewasa ini dirasakan semakin penting khususnya hukum perjanjian, baik oleh masyarakat pada umumnya, pelaku bisnis maupun unsur aparaturnya yang melaksanakan penegakan hukum.

Zaman yang tingkat mobilitasnya sangat tinggi seperti saat ini para profesional, eksekutif muda, pengusaha, dan lainnya dituntut untuk bekerja ekstra cepat dan tanpa mengenal waktu. Karena begitu padatnya jadwal yang mereka miliki, sehingga mengakibatkan banyak hal-hal yang dapat dikatakan terbengkalai karena kesibukan pekerjaan mereka tersebut dalam menjalankan tugasnya. Mereka tidak jarang membutuhkan suatu lembaga hukum perwakilan guna membantu penyelesaian suatu urusan yang tidak bisa tertangani sendiri.

Lembaga perwakilan tersebut dalam lapangan hukum perdata diatur dalam Pasal 1792 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata dan biasa disebut dengan perjanjian pemberian kuasa. Lembaga perjanjian pemberian kuasa telah biasa digunakan dalam lalu lintas hukum oleh masyarakat. Perjanjian pemberian kuasa sudah lazim digunakan oleh masyarakat luas guna menyelenggarakan dan menyelesaikan suatu urusan yang mungkin tidak bisa ditangani sendiri.

Menyelenggarakan dan menyelesaikan suatu urusan disini adalah untuk melakukan sesuatu perbuatan hukum tertentu, yakni perbuatan yang

mempunyai akibat hukum. Menyelenggarakan suatu urusan guna melakukan suatu perbuatan hukum dari seseorang kepada orang lain dalam lapangan hukum perdata biasa disebut dengan pemberian kuasa. Pemberian kuasa sendiri masuk dalam lingkup hukum perjanjian, sebagaimana ketentuan umumnya diatur dalam buku ke III Kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Oleh karenanya pemberian kuasa dapat juga disebut dengan perjanjian pemberian kuasa.

Seseorang yang telah diberikan kekuasaan atau wewenang untuk melakukan suatu perbuatan hukum atas nama orang lain, dapat dikatakan bahwa ia mewakili si pemberi kuasa. Artinya bahwa apa yang dilakukan si penerima kuasa adalah tanggungan dari si pemberi kuasa, sepanjang pelaksanaannya tidak bertentangan dengan kehendak pemberi kuasa. Si penerima kuasa akan terbebas dari segala tuntutan hukum yang ditimbulkan dari perbuatannya, manakala perbuatan tersebut telah sesuai dengan kehendak pemberi kuasa. Sebagaimana kita ketahui bersama, pemberian kuasa kepada si penerima kuasa akan menerbitkan suatu perwakilan, yaitu adanya seseorang yang diwakili kepentingan hukumnya dan seseorang yang mewakili orang lain untuk melakukan suatu perbuatan hukum.

Pada era kehidupan masyarakat seperti sekarang ini, hampir setiap transaksi yang mengikat para pihak akan dituangkan dalam suatu akta/tulisan, yakni bisa berupa perjanjian sewa-menyewa, perjanjian jual-beli, perjanjian pemberian kuasa, dan masih banyak lagi. Semua itu dimaksudkan untuk bukti bahwa apabila di suatu saat terjadi adanya ingkar janji (wansprestasi) dari salah satu pihak, maka pihak yang merasa dirugikan

dapat menuntut balik untuk pemenuhan prestasi, juga bisa menuntut pembatalan perjanjian atau juga dapat menuntut ganti rugi.

Pada debitur terdapat kewajiban untuk memenuhi prestasi, jika ia tidak dapat melaksanakan kewajibannya tersebut bukan karena keadaan memaksa (*overmacht*) maka ia dianggap telah melakukan ingkar janji. Menurut R. Setiawan, S.H.¹⁸ ada tiga macam bentuk ingkar janji, yakni :

1. Tidak memenuhi prestasi sama sekali;
2. Terlambat memenuhi prestasi;
3. Memenuhi prestasi secara tidak baik.

Menentukan saat terjadinya ingkar janji Undang – Undang memberikan pemecahannya dengan lembaga “ penetapan lalai “ (*in gebrekestelling*). Penetapan Lalai adalah pesan dari kreditur kepada debitur, dengan mana kreditur memberitahukan pada saat kapankah selambat – lambatnya ia mengharapkan pemenuhan prestasi. Dengan pesan ini kreditur menentukan dengan pasti, pada saat manakah debitur dalam keadaan ingkar janji, manakala ia (debitur) tidak memenuhi prestasinya. Sejak saat itu pulalah debitur harus menanggung akibat – akibat yang merugikan yang disebabkan tidak dipenuhinya prestasi.

Pengertian Perjanjian menurut Pasal 1313 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata¹⁹ , Suatu Perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa dalam setiap perjanjian minimal

¹⁸. R. Setiawan, 2004. *Pokok – pokok Hukum Perikatan.* , Sumur,Bandung ,hal. 18.

¹⁹. R. Subekti & R.Tjitrosudibio.1992, *Kitab Undang – Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita Jakarta, hal. 282..

terdapat dua pihak, serta terdapat hak dan kewajiban untuk saling memenuhinya.

Pada Pasal 1792 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata ²⁰. Pemberian Kuasa adalah: Persetujuan dengan mana seorang memberikan kekuasaan kepada seorang lain, yang menerimanya untuk atas namanya menyelenggarakan suatu urusan. Secara umum hukum perjanjian mengenal ada delapan macam asas, yaitu :

1. Asas Konsensualisme (*concensualism*);
2. Asas Kebebasan Berkontrak (*contractsvrijheid, partij autonomie, freedom off contract*);
3. Asas Kepastian Hukum (*Pacta Sunt Servanda*);
4. Asas Kepribadian (*personality*);
5. Asas Itikad Baik (*goede traw, good faith*).
6. . Asas Hukum Pelengkap. (*aanvullend recht*)
7. Asas Kepercayaan (*vertrouwensbeginsel*).
8. Asas Kepatutan.

Salah satu Asas hukum perjanjian yang sangat mendasar dan telah dikenal secara umum adalah Asas Kebebasan berkontrak (*contractsvrijheid, partij autonomie, freedom of contract*). Asas ini artinya memberikan kebebasan kepada masyarakat / orang untuk mengadakan / membuat perjanjian dengan siapapun, apapun bentuknya dan isinya yang mereka kehendaki, baik yang diatur dalam Undang – Undang maupun yang tidak diatur dalam Undang – Undang. Asas ini adalah merupakan asas yang sangat

²⁰. *Ibid* - hal 382.

essensial dalam hukum perjanjian. Asas kebebasan berkontrak ini tercermin dalam Pasal 1338 ayat 1 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata ²¹, yang menyebutkan : Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang – Undang bagi mereka yang membuatnya. Ketentuan tersebut menunjukkan adanya jaminan serta memberikan kebebasan bagi kedua belah pihak dalam hal untuk membuat perjanjian, hal ini sesuai dengan prinsip Hak Asasi Manusia.

Dalam penelitian ini, penulis akan membatasi dan hanya membahas tentang perjanjian pemberian kuasa mutlak, sebagaimana yang dimaksud dalam Inmendagri No. 14 Tahun 1982, tanggal 6 Maret 1982 Tentang Larangan Pembuatan dan Penggunaan Kuasa Mutlak Sebagai Pemindahan Hak Atas Tanah. Istilah Kuasa Mutlak hanya dikenal dalam Inmendagri NO. 14 Tahun 1982. Pengertian Kuasa Mutlak menurut Inmendagri No. 14 Tahun 1982 ²². adalah kuasa yang didalamnya mengandung unsur tidak dapat ditarik kembali oleh pemberi kuasa; serta yang pada hakekatnya merupakan pemindahan hak atas tanah yakni kuasa yang memberikan kewenangan kepada penerima kuasa untuk menguasai dan menggunakan tanahnya serta melakukan segala perbuatan hukum yang menurut hukum hanya dapat dilakukan oleh pemegang haknya.

Kuasa Mutlak atau sering disebut dengan Surat Kuasa Mutlak adalah merupakan salah satu bentuk dari Perjanjian, yakni Perjanjian Pemberian Kuasa. Istilah perjanjian adalah merupakan suatu hal yang sudah lazim dipergunakan dalam lalu lintas kehidupan masyarakat. Pada dasarnya

²¹. *Ibid* - hal 285.

²². INMENDAGRI, 1982, No. 14 .

perjanjian tidak terikat pada formalitas – formalitas tertentu (bentuknya bebas), dapat disepakati secara lisan dan apabila dibuat secara tertulis maka, perjanjian tersebut hanya bersifat sebagai alat pembuktian saja jika kelak terjadi perselisihan. Meskipun perjanjian tersebut tidak tertulis pun bisa dipakai sebagai alat pembuktian, sepanjang terdapat minimal dua orang saksi yang cakap.

Kitab Undang – Undang Hukum Perdata tidak mengenal istilah lembaga kuasa mutlak, namun demikian lembaga tersebut tidak dilarang. Lembaga kuasa mutlak adalah merupakan bagian dari hukum perikatan yang lahir karena perjanjian. Dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, hukum perikatan diatur dalam buku ke III.

Sistematika dari buku ke III Kitab Undang – Undang Hukum Perdata adalah terbuka, yang artinya setiap orang dapat mengadakan perikatan yang bersumber pada perjanjian, perjanjian apapun dan bagaimanapun isinya yang mereka kehendaki, baik yang diatur dalam Undang – Undang maupun tidak diatur dalam Undang – Undang.

Inilah yang kemudian lebih dikenal dengan istilah asas kebebasan berkontrak (*contractsvrijheid*) dan asas ini diimplementasikan dalam Pasal 1338 ayat 1 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Dengan demikian jelas bahwa lembaga perjanjian pemberian kuasa mutlak atau yang lebih dikenal dengan istilah lembaga kuasa mutlak oleh Kitab Undang – Undang Hukum Perdata tidak dilarang.

Lembaga perjanjian pemberian kuasa dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata hanya mengenal dua jenis, yakni Pemberian Kuasa secara

Khusus dan Pemberian Kuasa secara Umum. Menurut Pasal 1795 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata ²³, Perjanjian Pemberian Kuasa secara Khusus adalah hanya mengenai satu kepentingan tertentu atau lebih. Sedangkan Perjanjian Pemberian Kuasa secara Umum, yaitu tidak hanya meliputi satu kepentingan tertentu saja, melainkan meliputi segala kepentingan si pemberi kuasa. Secara umum pengaturan mengenai Hukum Perjanjian sebenarnya sudah diatur dalam buku ke III Kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Sehingga apabila ada peraturan lain yang hendak mengatur mengenai hukum perjanjian, harus merujuk pada ketentuan umum yang ada didalam bab ini dan bab yang lalu, demikian Pasal 1319 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata menegaskan ²⁴. Adanya perangkat hukum yang melarang pembuatan dan penggunaan perjanjian pemberian kuasa mutlak (Kuasa Mutlak) yang diatur dalam Inmendagri No. 14 Tahun 1982 dan sampai sekarang keberadaannya masih efektif berlaku, tentu akan menimbulkan kebingungan serta kegelisahan di kalangan masyarakat dan rentan menciptakan instabilitas sosial (yakni dapat menimbulkan konflik / sengketa) serta menimbulkan tidak adanya kepastian hukum.

Ketentuan dalam Inmendagri No. 14 Tahun 1982 tersebut melarang Camat dan Kepala Desa atau Pejabat yang setingkat dengan itu (P.P.A.T.), untuk membuat / menguatkan pembuatan surat kuasa mutlak yang pada hakekatnya merupakan pemindahan hak atas tanah. Dalam hal ini termasuk Notaris / P.P.A.T. tidak mau melayani pembuatan kuasa mutlak dimaksud,

²³. *Ibid* hal 383.

²⁴. *Ibid* hal 283.

termasuk pejabat di lingkungan Pertanahan dilarang melayani pendaftaran / peralihan hak atas tanah yang didasarkan pada Kuasa Mutlak.

Larangan penggunaan kuasa mutlak sebagaimana yang dimaksud oleh Inmendagri No. 14 Tahun 1982, ternyata bertentangan dengan asas hukum perjanjian yang terdapat dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Kuasa mutlak tidak dikenal dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, namun demikian keberadaannya tidak dilarang. Dengan demikian Inmendagri tersebut nyata – nyata bertentangan dengan Kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Padahal secara hierarki tata urutan peraturan Per – Undang – Undangan yang dianut dalam sistem tata hukum di Indonesia, kedudukan Inmendagri tersebut berada jauh dibawah Undang – undang - dalam hal ini Kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Sudah seharusnya Inmendagri tersebut tidak boleh bertentangan dengan Undang – undang yang ada di atasnya yakni dalam hal ini Kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Sehingga dengan demikian dapat dikatakan bahwa Inmendagri No. 14 Tahun 1982 tersebut bertentangan Asas yang dianut dalam sistem tata hukum di Indonesia.

Dalam sistem tata hukum di Indonesia menganut *Asas Lex Superior Derogat Legi Priori* yang artinya bahwa suatu Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi. Kalau hal itu terjadi maka Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah tersebut batal demi hukum. Keberadaan Inmendagri tersebut membuktikan bahwa di Indonesia yang katanya negara berdasarkan pada hukum, namun pada kenyataannya

perangkat hukumnya masih terdapat tumpah tindih disana sini, saling bertentangan dengan perangkat hukum yang lain. Hal ini membuktikan tidak adanya harmonisasi dalam peraturan perundang – undangan. Sehubungan hal tersebut, penulis tertarik untuk merekonstruksi Inmendagri tersebut, sehingga diharapkan dapat tercapai adanya harmonisasi / sinkronisasi peraturan perundang – undangan dalam sistem tata hukum di Indonesia.

Suatu Peraturan Perundang- undangan tentunya tidak dapat berdiri sendiri terlepas dari sistem tata hukum pada suatu negara, karena ia merupakan suatu bagian integral atau sub sistem dari sistem tata hukum yang ada disuatu negara. Setiap sistem tata hukum yang dianut disuatu negara tentu mempunyai fungsi / tujuan yakni berfungsi sebagai pengendali sosial (*social engeneering*) guna mengurangi konflik, serta bertujuan untuk menjamin stabilitas sosial dan kepastian hukum dalam masyarakat. Apabila disuatu negara terdapat suatu perangkat hukum seperti misalnya Inmendagri No. 14 tahun 1982 yang ternyata bertentangan dengan asas dari sistem hukum yang ada, maka tujuan / fungsi sebagaimana yang diharapkan tidak akan tercapai. Malah yang terjadi justru banyak menimbulkan konflik, karena disatu sisi menurut Inmendagri Surat Kuasa Mutlak (Kuasa Mutlak) dilarang untuk dijadikan dasar peralihan hak atas tanah, disisi yang lain menurut ketentuan hukum yang lebih tinggi yakni Kitab Undang – Undang Hukum Perdata tidak ada larangan perihal pembuatan dan penggunaan Surat Kuasa Mutlak (Kuasa Mutlak).

Bahwa karena perangkat hukum berupa Inmendagri nomor 14 Tahun 1982 tersebut bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi yakni

bertentangan dengan Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, maka menurut pendapat penulis perangkat hukum Inmendagri tersebut, adalah batal demi hukum. Hal tersebut didasarkan pada asas yang dianut dalam sistem tata hukum Indonesia, yakni *Asas Lex Superior Derogat Legi Priori*. Selain itu juga bertentangan dengan doktrin umum (*communio doctorum*) yakni asas kebebasan berkontrak (*contractsvrijheid, partij autonomie, freedom of contract*). Hal ini membuktikan bahwa meskipun Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah negara hukum, namun ternyata masih terdapat adanya ketidak harmonisasian dalam sistem tata hukum di Indonesi.

Masih terdapatnya ketidak harmonisasian dalam sistem tata hukum sebagaimana tersebut di atas, tentu dapat menciptakan tidak adanya kepastian hukum serta kemanfaatan, dan yang pada akhirnya keadilan sebagai tujuan dari hukum tidak akan terwujud. Dari uraian dan alasan – alasan tersebut diatas, menurut pendapat penulis perangkat hukum tersebut yakni berupa Inmendagri No. 14 Tahun 1982 patut untuk direkonstruksi, sehingga diharapkan dapat tercapai adanya harmonisasi / sinkronisasi peraturan perundang – undangan dalam sistem tata hukum di Indonesia.

Berdasarkan hal tersebut maka penulis tertarik untuk melakukan penelitian lebih lanjut guna penyusunan Disertasi dengan mengambil judul:
“REKONSTRUKSI PENGGUNAAN KUASA MUTLAK DALAM PEMINDAHAN HAK ATAS TANAH BERDASARKAN NILAI KEADILAN ”

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian tersebut diatas, dapat dirumuskan masalah sebagai berikut:

4. Bagaimana pelaksanaan larangan penggunaan kuasa mutlak dalam peralihan hak atas tanah saat ini ?
5. Bagaimana kelemahan – kelemahan pelaksanaan kuasa mutlak dalam peralihan hak atas tanah saat ini ?
6. Bagaimanakah rekonstruksi penggunaan kuasa mutlak dalam peralihan hak atas tanah berdasarkan nilai kedilan ?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengkaji pelaksanaan larangan penggunaan kuasa mutlak dalam peralihan hak atas tanah saat ini.
2. Untuk mengkaji kelemahan – kelemahan pelaksanaan larangan penggunaan kuasa mutlak dalam peralihan hak atas tanah saat ini.
3. Untuk menemukan rekonstruksi penggunaan kuasa mutlak dalam peralihan hak atas tanah berdasarkan nilai keadilan.

D. Kegunaan Penelitian.

1. Kegunaan Teoritis .

Penelitian ini diharapkan dapat menemukan teori baru ilmu tentang Hukum Perjanjian Pemberian Kuasa, khususnya dalam lapangan pendaftaran tanah.

2. Kegunaan Praktis .

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran dan membantu bagi pembaca, khususnya bagi para Notaris/Pejabat Pembuat

Akta Tanah (PPAT), atau mereka yang bergerak dalam pembuatan akta-akta yang berhubungan dengan pertanahan.

E. Kerangka Konseptual

1. Kuasa Mutlak Sebagai Perjanjian Pemberian Kuasa

Kuasa Mutlak atau yang lebih dikenal dengan istilah Surat Kuasa Mutlak adalah merupakan bagian dari Hukum Perjanjian yaitu Perjanjian Pemberian Kuasa. Pengaturan tentang Hukum Perjanjian terdapat dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, yakni dalam Buku III tentang Perikatan. Dalam Pasal 1313 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata²⁵ disebutkan bahwa perjanjian adalah : suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.

Menurut Pasal 1792 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata²⁶, Perjanjian Pemberian Kuasa adalah Persetujuan dengan mana seorang memberikan kekuasaan kepada seorang lain, yang menerimanya untuk atas namanya menyelenggarakan suatu urusan. Dari rumusan Pasal 1792 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata tersebut, dapat penulis simpulkan bahwa yang menjadi unsur dari pemberian kuasa, adalah :

- a) Pemberian kuasa tersebut merupakan suatu perjanjian.
- b) Adanya penyerahan kekuasaan atau wewenang dari pemberi kuasa kepada penerima kuasa.
- c) Adanya perwakilan, yaitu seseorang mewakili orang lain dalam mengurus suatu kepentingan

²⁵ .*Loc. Cit.* – hal 282

²⁶ .*Loc. Cit.* – hal 382

Istilah “kuasa mutlak” pada hakekatnya bukanlah merupakan suatu istilah hukum, sehingga untuk dapat memahami pengertian yang sebenarnya maka harus ditafsirkan secara etimologis.²⁷

Secara etimologis pengertian pemberian kuasa mutlak adalah pemberian suatu kuasa kepada seseorang, disertai hak dan kewenangan serta kekuasaan yang sangat luas mengenai suatu objek tertentu, yang oleh pemberi kuasa tidak dapat lagi dicabut kembali dan tidak akan batal atau berakhir karena alasan-alasan apapun, termasuk alasan-alasan dan/atau sebab-sebab yang mengakhiri pemberian suatu kuasa yang dimaksud dalam Pasal 1813 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata dan selain dari itu penerima kuasa juga dibebaskan dari kewajiban untuk memberikan pertanggungjawaban selaku kuasa kepada pemberi kuasa.²⁸

2. Pemindahan Hak Atas Tanah Merupakan Bentuk Peralihan Hak

Pemindahan hak atas tanah adalah merupakan berpindahnya hak atas tanah dari pemegang hak yang lama kepada pemegang hak yang baru. Pemindahan hak atas tanah adalah merupakan bentuk peralihan hak, dimana harus dilakukan melalui perbuatan hukum. Perbuatan hukum tersebut dapat berupa , misalnya melalui jual beli, tukar menukar, hibah ataupun inbreng. Peralihan hak atas tanah terjadi / dapat dibagi atas 2, yaitu: a) Pewarisan tanpa wasiat, dan b) Perbuatan hukum Pemindahan hak.²⁹

²⁷ .Komar Andasasmitta, 1991, *Notaris II, Contoh Akta Otentik dan Penyelesaiannya*, Ikatan Notaris Indonesia, Daerah Jawa Barat, , hal. 470

²⁸ . *Ibid*, hal 470.

²⁹ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia (Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, isi dan pelaksanaannya)*, Jilid 1, Edisi Revisi, Djembatan, Jakarta, 2005. hal. 329-331

a) Pewarisan tanpa wasiat.

Menurut Hukum Perdata jika pemegang suatu hak atas tanah meninggal dunia, hak tersebut karena hukum beralih kepada ahli warisnya, Peralihan hak tersebut kepada ahli waris, yaitu siapa-siapa yang termasuk ahli waris, berapa bagian masing-masing dan bagaimana cara pembagiannya, diatur oleh hukum waris almarhum pemegang hak bersangkutan, bukan oleh Hukum Tanah. Hukum Tanah hanya memberikan ketentuan mengenai penguasaan tanah yang berasal dari warisan dan hal – hal mengenai pemberian surat tanda bukti pemilikannya oleh para ahli warisnya.

b) Pemindahan Hak.

Berbeda dengan beralihnya hak atas tanah karena pewarisan tanpa wasiat yang terjadi karena hukum dengan meninggalnya pemegang hak, dalam perbuatan hukum pemindahan hak, hak atas tanah yang bersangkutan sengaja dialihkan kepada pihak lain. Bentuk pemindahan haknya bisa berupa :

- jual-beli;
- tukar-menukar;
- hibah;
- pemberian menurut adat;
- pemasukan dalam perusahaan atau “*inbreng*”; dan
- hibah wasiat atau “*legaat*”.

Perbuatan-perbuatan tersebut, dilakukan pada waktu pemegang haknya masih hidup dan merupakan perbuatan hukum pemindahan hak yang bersifat tunai, kecuali hibah wasiat. Artinya, bahwa dengan dilakukan perbuatan hukum tersebut, hak atas tanah yang bersangkutan berpindah ke pihak lain.

Jual-beli, tukar-menukar, hibah, pemberian menurut adat dan pemasukan dalam perusahaan, demikian juga pelaksanaan hibah wasiat, dilakukan oleh para pihak di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah, yang bertugas membuat aktanya. Dengan dilakukannya perbuatan hukum yang bersangkutan di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah, dipenuhi syarat terang (bukan perbuatan hukum gelap atau sembunyi - sembunyi) .Akta yang ditanda tangani para pihak menunjukkan secara nyata atau “ riil “ perbuatan hukum jual beli yang dilakukan. Dengan demikian ketiga sifat jual beli, yaitu tunai, terang dan riil, dipenuhi. Akta tersebut membuktikan, bahwa benar telah dilakukan perbuatan hukum yang bersangkutan. Karena perbuatan hukum yang dilakukan merupakan perbuatan hukum pemindahan hak, maka akta tersebut secara implicit juga membuktikan, bahwa penerima hak sudah menjadi pemegang haknya yang baru. Tetapi hal itu baru diketahui oleh dan karenanya juga baru mengikat para pihak dan ahli warisnya karena administrasi P.P.A.T. sifatnya tertutup bagi umum.

Dalam hal hibah wasiat hak atas tanah yang bersangkutan beralih kepada penerima wasiat pada saat pemberi wasiat meninggal dunia.

Dalam Undang – Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960, Pasal 19, 20, 23, 28, 32, 35, 38 dan 43, mewajibkan setiap peralihan hak atas tanah harus didaftarkan pada Kantor Pertanahan setempat. Kewajiban didaftarkannya setiap peralihan hak atas tanah tersebut, juga ditentukan dalam Pasal 4 ayat 3 Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah. Tujuan dan Filosofi dari kewajiban didaftarkannya peralihan hak atas tanah tersebut, adalah guna memberikan kepastian dan perlindungan hukum bagi pemegang haknya, yakni dibuktikan dengan sertifikat hak atas tanahnya demikian Pasal 4 ayat 1 Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah menentukan.

Sertifikat diterbitkan untuk kepentingan pemegang hak atas tanah yang bersangkutan sesuai data fisik dan data yuridis. Sebagai surat tanda bukti hak atas tanah, yakni sertifikat adalah merupakan alat pembuktian yang kuat, sepanjang data fisik dan data yuridisnya sesuai dengan data yang ada dalam surat ukur dan buku tanah hak yang bersangkutan.

Pendaftaran hak atas tanah adalah merupakan upaya dari Pemerintah untuk menjamin kepastian hukum hak atas tanah di seluruh wilayah Negara Republik Indonesia. Pendaftaran hak atas

tanah juga dapat dikatakan sebagai prasyarat dalam upaya menata dan mengatur peruntukan, penguasaan, pemilikan dan penggunaan tanah termasuk untuk mengatasi berbagai masalah pertanahan. Dalam kaitannya dengan peralihan hak atas tanah, Pasal 19 ayat (1) Undang – Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 mengatakan bahwa: Untuk menjamin kepastian hukum oleh pemerintah diadakan pendaftaran Tanah di seluruh wilayah Negara Republik Indonesia menurut ketentuan-ketentuan yang diatur dengan peraturan pemerintah.³⁰ Untuk memenuhi perintah Pasal 19 ayat (1) tersebut dikeluarkanlah Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1961 tentang Pendaftaran Tanah, sebagaimana telah diubah terakhir dengan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah (PP No. 24 Tahun 1997). Dalam Pasal 37 ayat (1) PP No. 24 Tahun 1997 (bagian kedua tentang pemindahan hak) disebutkan bahwa, "Peralihan hak atas tanah dan hak milik atas satuan rumah susun melalui jual beli, tukar menukar, hibah,pemasukan dalam perusahaan dan perbuatan hukum pemindahan hak lainnya, kecuali pemindahan hak melalui lelang hanya dapat didaftarkan jika dibuktikan dengan akta yang dibuat oleh P.P.A.T yang berwenang menurut ketentuan peraturan perundang - undangan yang berlaku ³¹.

³⁰ J. Kartini Soedjendro, 2001, *Perjanjian Peralihan Hak Atas Tanah yang Berpotensi Konflik, Tafsir Sosial Hukum PPAT-Notaris Ketika Menangani Perjanjian Peralihan Hak Atas Tanah yang Berpotensi Konflik*, Kanisius, Yogyakarta., hal. 68

³¹. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah.

Kepastian hukum hak atas tanah tersebut adalah merupakan salah satu tujuan Undang – Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960. Sebagaimana ditegaskan dalam penjelasannya bahwa sebagai Peraturan Dasar Pokok – Pokok Agraria, pada pokoknya bertujuan: ³²

- i. Meletakkan dasar – dasar bagi penyusunan hukum agraria nasional, yang akan merupakan alat untuk membawakan kemakmuran, kebahagiaan dan keadilan bagi negara dan rakyat, terutama rakyat tani, dalam rangka masyarakat yang adil dan makmur.
- ii. Meletakkan dasar – dasar untuk mengadakan kesatuan dan kesederhanaan dalam hukum pertanahan.
- iii. Meletakkan dasar – dasar untuk memberikan kepastian hukum mengenai hak – hak atas tanah bagi rakyat seluruhnya.

Pengertian Pendaftaran tanah menurut Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah ³³ adalah serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh Pemerintah secara terus menerus, berkesinambungan dan teratur, meliputi pengumpulan, pengolahan pembukuan dan penyajian serta pemeliharaan data fisik dan data yuridis, dalam bentuk peta dan daftar, mengenai bidang – bidang tanah dan satuan – satuan rumah susun termasuk pemberian surat

³².Andrian Sutedi, 2012, *Sertifikat Hak Atas Tanah*, Sinar Grafika, Jakarta, hal.viii

³³.ibid

tanda bukti haknya bagi bidang – bidang tanah yang sudah ada haknya dan hak milik atas satuan rumah susun serta hak – hak tertentu yang membebaninya.

F. Kerangka Teori

Sebagai *Grand Theory* dalam penelitian ini digunakan Teori Negara Hukum, Teori Sistem Hukum, sedangkan untuk *Middle Range Theory* digunakan Teori Keadilan, selanjutnya sebagai *Applied Theory* digunakan Teori Harmonisasi Hukum, Teori Social Engineering, dan Teori Hukum Responsif.

1. Grand Theory .

a. Teori Negara Hukum

Suatu negara yang menyatakan dirinya sebagai negara hukum , maka dapat dianggap sebagai negara yang mempunyai konsep hukum. Konsep Negara hukum tidak terpisahkan dari pilarnya sendiri yaitu paham / teori kedaulatan hukum. Paham ini adalah ajaran yang mengatakan bahwa kekuasaan tertinggi terletak pada hukum atau tidak ada kekuasaan lain apapun, kecuali hukum semata.

Konsep Negara Hukum ini mulai berkembang pesat sejak akhir abad ke-19 dan awal abad ke-20. Di Eropa Barat Kontinental, Immanuel Kant dan Friedrich Julius Stahl menyebutnya dengan istilah *Rechtsstaat*, sedangkan di negara-negara Anglo Saxon, A.V. Dicey

menggunakan istilah *Rule of Law*. Unsur-unsur *Rechtsstaat* dalam arti klasik sebagai berikut:³⁴

- 1) perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia;
- 2) pemisahan atau pembagian kekuasaan negara untuk menjamin hak- hak asasi manusia;
- 3) pemerintahan berdasarkan peraturan;
- 4) adanya peradilan administrasi.

Unsur-unsur *Rule of Law* menurut A.V. Dicey,³⁵ adalah sebagai berikut:

- 1) supremasi aturan-aturan hukum (*the absolute supremacy or predominance of regular law*);
- 2) kedudukan yang sama dihadapan hukum (*equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administrated by ordinary law courts*);
- 3) adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (*a formula expressing the fact that with us the law of constitution, the rules which in foreign countries naturally form parts of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals as defined and enforced by the countries*);

Unsur-unsur yang terdapat dalam kedua macam negara hukum tersebut di atas, baik *Rechtsstaat* maupun *Rule of Law* mempunyai

³⁴ Oemar Senoadji, 1967, *Seminar Ketatanegaraan Undang-Undang Dasar 1945*, Seruling Masa, Jakarta, hal. 24 .

³⁵ AV. Dicey, 1971, *An Introduction to the Study of The Law of The Constitution*, English Language Book Society and Mac Hillan, London:, hal. 202 – 203.

persamaan dan perbedaan. Persamaan pokok antara *Rechtsstaat* dengan *Rule of Law* adalah adanya keinginan untuk memberikan perlindungan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia yang telah diimpikan sejak berabad-abad lamanya dengan perjuangan dan pengorbanan yang besar. Faktor utama penyebab timbulnya penindasan dan pelanggaran terhadap hak asasi manusia itu, karena terpusatnya kekuasaan negara secara mutlak pada satu tangan, yakni raja atau negara (absolut).

Adanya keinginan untuk memisahkan atau membagikan kekuasaan negara kepada beberapa badan atau lembaga negara lainnya, adalah merupakan salah satu cara untuk menghindari terjadinya pelanggaran terhadap hak asasi manusia dan sekaligus memberikan jaminan serta perlindungan terhadap hak – hak asasi manusia. Demikian pula harapan agar pemerintahan dijalankan berdasarkan hukum atas dasar persamaan di hadapan hukum, terkandung maksud untuk mewujudkan pemerintah bukan oleh manusia tetapi oleh hukum (Government by laws, not by men).

Perbedaan pokok antara *Rechtsstaat* dengan *Rule of Law* ditemukan pada unsur peradilan administrasi. Di negara-negara Anglo Saxon penekanan terhadap prinsip persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*) lebih ditonjolkan, sehingga dipandang tidak perlu menyediakan sebuah peradilan khusus untuk pejabat administrasi negara. Prinsip *equality before the law* menghendaki agar prinsip persamaan antara rakyat dengan pejabat administrasi

negara, harus juga tercermin dalam lapangan peradilan. Pejabat administrasi atau pemerintah atau rakyat harus sama-sama tunduk kepada hukum dan bersamaan kedudukannya di hadapan hukum.

Berbeda dengan negara *Eropa Kontinental* yang memasukkan unsur peradilan administrasi sebagai salah satu unsur *Rechtsstaat*. Dimasukkannya unsur peradilan administrasi ke dalam unsur *rechtsstaat*, maksudnya untuk memberikan perlindungan hukum bagi warga masyarakat terhadap sikap tindak pemerintah yang melanggar hak asasi dalam lapangan administrasi negara. Kecuali itu kehadiran peradilan administrasi akan memberikan perlindungan hukum yang sama kepada administrasi negara yang bertindak benar dan sesuai dengan hukum. Dalam negara hukum harus diberikan perlindungan hukum yang sama kepada warga dan pejabat administrasi negara.

Pada abad ke-19 di negara-negara *Eropa Kontinental* dianut paham negara hukum formil atau negara hukum dalam arti sempit, negara yang segala sesuatunya didasarkan pada hukum tertulis yang diwujudkan dalam bentuk undang-undang. Kebutuhan masyarakat pada waktu itu masih sangat sederhana, segala bentuk kebutuhan masyarakat dapat dituangkan dalam undang-undang. Kebutuhan tersebut terutama menyangkut soal ketentraman, keamanan dan ketertiban, sedangkan soal-soal lainnya diserahkan sepenuhnya penyelenggaraannya pada warga. Negara dalam posisi seperti ini disebut negara penjaga malam (*nachtwakerstaat*). Pada masa itu peranan negara tidak begitu besar dan hukum administrasi belum

berkembang. Demikian pula kehadiran peradilan administrasi belum merupakan kebutuhan yang sangat urgen.

Terjadinya perkembangan jaman yang pesat disertai tuntutan kebutuhan hidup yang semakin meningkat, peranan negara menjadi sangat diperlukan untuk memenuhi kebutuhan dan kesejahteraan warganya. Sejak memasuki jaman modem pada abad 20, konsep negara hukum formil mulai ditinggalkan dan konsep negara hukum modern mulai dikembangkan. Konsep negara hukum formil ditinggalkan dan diganti dengan konsep negara hukum dalam arti materiil. Berkembangnya konsep negara hukum materiil sejalan dengan perkembangan Peranan negara yang semakin besar dan luas, yakni menyelenggarakan kesejahteraan umum yang disebut *welfare state* atau menurut istilah Lemaire disebut *bestuurszorg*.

Mengingat peranan negara semakin besar dan luas memasuki hampir seluruh aspek kehidupan masyarakat serta beranekaragamnya tantangan yang dihadapi yang berkembang dengan cepat dan menuntut segera penyelesaian, maka untuk itu pemerintah memerlukan *Freies Ermessen* atau *discretionaire*.³⁶ *Freies Ermessen* adalah wewenang yang diberikan kepada pemerintah untuk mengambil tindakan guna menyelesaikan suatu masalah penting yang mendesak yang datang secara tiba-tiba dimana belum ada peraturannya. Jadi kebijaksanaan itu diambil tanpa dilandasi oleh

³⁶ E. Utrecht, 1966, *Pengantar Hukum Tata Usaha Negara Indonesia*, Jakarta: Penerbitan dan Balai Buku Indonesia, hal. 17-21

peraturan umum yang memberikan kewenangan kepada administrasi negara untuk membuat kebijaksanaan tersebut.

Kebijaksanaan itu dalam prakteknya sering dituangkan dalam berbagai bentuk, seperti surat edaran, pedoman, pengumuman, surat keputusan yang bersifat abstrak dan umum dan bahkan dalam bentuk peraturan yang disebut *pseudo-wetgeving* (perundang-undangan semu). Dalam praktek penyelenggaraan Pemerintahan yang berdasarkan atas hukum, khususnya dilihat dari kacamata hukum administrasi, ternyata adanya lembaga *freies Ermessen* atau *discretionaire* ini telah menimbulkan berbagai dilema dan menjadikan berbagai persoalan serius. Sebab bagi suatu negara yang didasarkan atas hukum, mengharuskan agar setiap kebijaksanaan yang dikeluarkan oleh Pemerintah didasarkan atas wewenang undang-undang atau peraturan yang lebih tinggi sesuai dengan asas legalitas. *Freies Ermessen* atau *discretionaire* ini telah menjadi salah satu sumber yang menyebabkan banyaknya timbul sengketa antara pejabat tata usaha negara dengan warga, terutama dalam hal dikeluarkannya suatu keputusan (*beschikking*). *Freies Ermessen* yang dilaksanakan dan dituangkan dalam suatu bentuk keputusan, jika menimbulkan kerugian bagi seseorang atau badan hukum perdata, dapat dinilai sebagai keputusan yang bertentangan dengan perundang-undangan yang berlaku (*onrechtmatige overheidsdaad*) atau dinilai sebagai perbuatan (keputusan) yang dikeluarkan atas dasar sewenang-wenang

(*willikeur atau abus de droit*) atau penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*).

Akibat penggunaan *freies Ermessen* seperti tersebut di atas, dapat dinyatakan bertentangan dengan hukum dan bahkan merupakan pelanggaran terhadap hak-hak asasi manusia, sehingga menimbulkan kerugian bagi warga. Untuk itu kehadiran hukum administrasi dan asas-asas umum pemerintahan yang layak serta peradilan administrasi menjadi sangat penting, lebih-lebih bagi suatu negara yang menganut paham *rechtsstaat* yang dibangun di atas falsafah individualisme dan liberalisme. Di sini kehadiran peradilan administrasi menjadi sangat penting untuk memberikan perlindungan hukum terhadap kepentingan individu dan menyebabkan serta melindungi hak-hak asasi manusia.

Suatu konsep negara hukum *rechtstaati* ataupun *rule of law* yang berlaku universal bagi seluruh dan bagi semua negara memang tidak mungkin diperoleh, akan tetapi *International Commission of Jurist* telah berusaha untuk merumuskan unsur-unsur/elemen-elemen pokok atau prinsip-prinsip umum dari konsep negara hukum (*rule of law*) sedemikian rupa sehingga dapat dipergunakan oleh segala macam sistem hukum dari berbagai negara yang mempunyai latar belakang sejarah, struktur sosial-ekonomi-politik-kultural serta pandangan filsafat yang berbeda-beda. Demikian, antara lain melalui pertemuan-pertemuan dan konferensi-konferensi internasional para ahli hukum di Athena (1955), New Delhi (1959), Leges (1961), Rio de Janeiro (1962), Bangkok, Chicago dan sebagainya.

Ikrar Athena 1955 dari *International Commission of Jurist* mengemukakan bahwa sebagai prinsip utama negara hukum (*rule of law*) ialah:

- 1) negara harus tunduk kepada hukum;
- 2) pemerintah harus menghormati hak-hak individu di bawah *rule of law*;
- 3) hakim-hakim harus dibimbing oleh *rule of law*, melindungi dan menjalankan tanpa takut, tanpa memihak dan menentang oleh setiap campur tangan pemerintah atau partai-partai terhadap kebebasannya sebagai hakim.³⁷

Prasarannya pada simposium Indonesia Negara Hukum tahun 1966 baik konsep *rechstaat* atau *rule of law* ataupun konsep *socialist legality* mempunyai *basic requirement* atau elemen pokok, yaitu perlindungan terhadap hak asasi manusia, asas legalitas, serta hakim yang bebas dan tidak memihak.³⁸

Demikian pula kemudian, simposium tersebut merumuskan bahwa ciri-ciri khas bagi suatu negara hukum ialah:

- 1) Pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi, yang mengandung persamaan dalam bidang politik, hukum, sosial, ekonomi, kultural dan pendidikan
- 2) Peradilan yang bebas dan tidak memihak, tidak dipengaruhi oleh sesuatu kekuasaan/kekuatan lain apapun;
- 3) Legalitas, dalam arti hukum baik formal ataupun materiil.

³⁷ Mukhtie Fadjar, 2000, *Tipe Negara Hukum*, Bayumedia, Malang: hal. 41

³⁸ *Ibid*

Memberikan dua macam asas yang merupakan ciri negara hukum yaitu asas legalitas dan asas perlindungan terhadap kebebasan setiap orang dan terhadap hak-hak asasi manusia lainnya.³⁹

Dari sejarah kelahiran, perkembangan, maupun pelaksanaannya di berbagai negara, konsep negara hukum sangat dipengaruhi dan bahkan tidak dapat dipisahkan dari asas kedaulatan rakyat, asas demokrasi serta asas konstitusional, karena hukum yang hendak ditegakkan dalam negara hukum agar hak-hak asasi warganya benar-benar terlindungi haruslah hukum yang benar dan adil, yaitu hukum yang bersumber dari aspirasi rakyat, untuk rakyat dan dibuat oleh rakyat melalui wakil-wakilnya yang dipilih secara konstitusional tertentu. Dengan demikian, elemen-elemen yang penting dari sebuah negara hukum, yang merupakan ciri khas dan tidak boleh tidak ada (merupakan syarat mutlak)⁴⁰, sebagai berikut:

- 1) asas pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia;
- 2) asas legalitas;
- 3) asas pembagian kekuasaan negara;
- 4) asas peradilan yang bebas dan tidak memihak;
- 5) asas kedaulatan rakyat;
- 6) asas demokrasi; dan
- 7) asas konstitusional.

³⁹Rochmat Soemitro, 1965, *Masalah Peradilan Administrasi dalam Hukum Pajak di Indonesia*, Bandung: Eresco, hal. 17

⁴⁰ Mukhtie Fadjar, 2005, *Op. Cit*, hal. 43

Ketujuh ciri khas dan merupakan syarat mutlak bagi adanya sebuah negara hukum material tersebut adalah konsekuensi dari tujuan yang dicita-citakan. Tujuan bernegara hukum (*welfare state*) tidak bisa dicapai jika ketujuh ciri atau syarat tersebut tidak dipenuhi.

Fungsi dan tujuan negara itu dapat dibedakan dalam fungsi dan tujuan negara yang klasik (asli) serta fungsi dan tujuan negara yang modern. Fungsi dan tujuan yang klasik ialah hanya memelihara ketertiban dan keamanan masyarakat, negara hanya merupakan negara jaga malam (*nachtwakerstaat*). Sedangkan fungsi dan tujuan negara yang modern ialah bahwa di samping pemeliharaan ketertiban dan keamanan, negara juga berfungsi dan bertujuan untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum bagi seluruh warganya dalam arti seluas-luasnya, jasmaniah rohaniah, di lapangan ekonomi, sosial, kultural dan lain-lain.

Hukum dapat diartikan secara sempit atau formil, tertulis, berupa undang-undang dan peraturan lainnya yang dibuat oleh penguasa atau badan legislatif suatu negara. Hukum dalam arti yang luas atau materiil, baik tertulis maupun tidak tertulis, yang positif maupun transpositif, yang mengandung nilai-nilai kebenaran dan keadilan merupakan *just law* dengan pendekatan, baik dari segi fungsi dan tujuan negara maupun dari segi fungsi dan tujuan hukum, maka akan menghasilkan dua tipe negara hukum, yang pada umumnya oleh para sarjana dinamakan “negara hukum dalam arti sempit atau formal” dan “negara hukum dalam arti luas atau material”.

E Utrecht menyebutkannya dengan “negara hukum klasik” (*klassiekerechtstaat*) untuk negara hukum dalam arti formal dan “negara hukum modern” (*modernrechtstaat*) untuk negara hukum dalam arti yang materiil.

Negara hukum dalam arti formal sempit (klasik) ialah negara yang kerjanya hanya menjaga agar jangan sampai ada pelanggaran terhadap ketenteraman dan kepentingan umum, seperti yang telah ditentukan oleh hukum yang tertulis (undang-undang), yaitu hanya bertugas melindungi jiwa, benda, atau hak asasi warganya secara pasif, tidak campur tangan dalam bidang perekonomian atau penyelenggaraan kesejahteraan rakyat, karena yang berlaku dalam lapangan ekonomi adalah prinsip “*laissez faire laissezaller*”. Bahkan menurut Utrecht, hanya mempunyai tugas primer untuk melindungi dan menjamin kedudukan ekonomi dan golongan penguasa (*rulling class*) dan bisa disebut negara jaga malam.

Negara hukum dalam arti materiil (luas modern) ialah negara yang terkenal dengan istilah *welfare state* (*wolvaar staat*, *welfarstaat*), yang bertugas menjaga keamanan dalam arti kata seluas-luasnya, yaitu keamanan sosial (*sosial security*) dan menyelenggarakan kesejahteraan umum, berdasarkan prinsip-prinsip hukum yang benar dan adil, sehingga hak-hak asasi warga negaranya benar-benar terjamin dan terlindungi. W. Friedman dalam bukunya *Law in Changing Society* juga berpendapat bahwa *rule of law* dapat dipakai dalam arti formal (*in the formal sense*) dan dalam arti materiil

(*ideological sense*), *rule of law* dalam arti formal tidak lain artinya daripada *organized public power* atau kekuasaan umum yang terorganisasi, sehingga setiap negara pun mempunyai *rule of law*, walaupun negara totaliter sekalipun. *Rule of law* dalam artian yang materiil adalah *rule of law* yang merupakan *rule of just law* dan inilah yang dimaksud dengan menegakkan *rule of law* yang sebenarnya.⁴¹

Undang-Undang Dasar Tahun 1945 merupakan manifestasi dari konsep-konsep dan alam pikiran Bangsa Indonesia yang lazim disebut Hukum Dasar Tertulis. Undang-Undang Dasar Tahun 1945 sebagai Hukum Dasar Tertulis hanya memuat dan mengatur hal-hal yang prinsip dan garis-garis besar saja. Karena itu sebelum dilakukan amandemen ketiga Undang-Undang Dasar Tahun 1945 pada 19 Nopember 2001, dalam Pembukaan dan Batang Tubuh atau Pasal-Pasal Undang-Undang Dasar Tahun 1945, tidak ditemukan ketentuan yang secara tegas memuat pernyataan, bahwa Indonesia adalah negara hukum, namun demikian, ketentuan yang mengatakan bahwa Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas Hukum (*rechtsstaat*) dan tidak berdasarkan kekuasaan semata (*maachtsstaat*) ditemukan pada Penjelasan Undang-Undang Dasar Tahun 1945, demikian pula ketentuan mengenai sistem pemerintahan Indonesia. Dalam Penjelasan disebutkan bahwa sistem Pemerintahan Indonesia menganut sistem konstitusional. Artinya, Pemerintah berdasarkan atas sistem Konstitusi (hukum Dasar), tidak berdasar absolutisme. Setelah

⁴¹ *Ibid*, hal. 36

amandemen ketiga Undang-Undang Dasar Tahun 1945 pada 19 Nopember 2001 baru ditemukan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pernyataan yang secara tegas mengatakan Negara Republik Indonesia adalah negara hukum.

Latar belakang sejarah lahirnya konsep negara hukum (*rechtsstaat*) pada abad ke-19 di Eropa kontinental, seiring dengan lahirnya gagasan demokrasi konstitusional. Gagasan ini menghendaki agar dilakukan pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah yang absolut yang dituangkan dalam bentuk konstitusi (*constitutional government, limited government atau restrained government*) dan jaminan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Hak-hak warga negara disebutkan sebagai berikut:

- 1) Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.
- 2) Tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan.
- 3) Tiap-tiap warga negara berhak dan wajib turut serta dalam usaha pembelaan negara.
- 4) Tiap warga negara berhak mendapat pengajaran.

Mengenai kedudukan "penduduk" (termasuk warga negara) ditemukan ketentuannya sebagai berikut:

- 1) Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang.
- 2) Negara menjamin kemerdekaan tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.
- 3) Fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara.

Dalam amandemen kedua Undang-Undang Dasar Tahun 1945 pada 18 Agustus 1999, ketentuan mengenai jaminan terhadap kedudukan warganegara dan penduduk serta hak asasi manusia tersebut semakin luas dan berkembang sebagaimana terdapat pada Pasal 26, 27 dan Pasal 28A sampai dengan Pasal 28J. Kedudukan penduduk dan hak-hak warga negara yang dijamin dalam Undang-Undang Dasar Tahun 1945 tersebut, harus dikaitkan dan dilihat dalam satu kesatuan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dan tidak dapat dipisahkan, bahkan merupakan rangkaian ketentuan nilai dan norma yang terpadu. Kedudukan penduduk dan hak-hak warga negara tersebut merupakan asas demokrasi yang terkait dengan: kehendak untuk mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Artinya keadilan sosial yang hendak diwujudkan bagi seluruh rakyat itu didasarkan pada kesadaran, bahwa manusia Indonesia mempunyai hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam kehidupan masyarakat. Demikian pula dengan eksistensi negara dan penyelenggara negara serta kewajiban setiap warga untuk

mengutamakan kepentingan negara di atas kepentingan golongan ataupun perorangan, demi terciptanya persatuan.

Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa Indonesia, sila-silanya merupakan satu-kesatuan yang utuh dan tidak bercerai-berai. Ketuhanan Yang Maha Esa adalah sila pertama yang kemudian disusul dengan sila Kemanusiaan yang adil dan beradab. Menurut Philipus M. Hadjon ⁴², konsekuensi logis dari pengakuan terhadap eksistensi Tuhan berarti sekaligus pengakuan terhadap harkat dan martabat manusia sebagai ciptaan Tuhan yang paling mulia. Demikian pula sila persatuan Indonesia, berarti mengakui manusia sebagai makhluk sosial yang berkehendak untuk hidup bersama dalam suatu masyarakat, yakni negara Republik Indonesia. Pengaturan hidup bersama itu didasarkan atas musyawarah yang dibimbing oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/ perwakilan. Tujuan dari hidup bersama dalam suatu negara merdeka adalah, untuk mencapai kesejahteraan bersama, seperti rumusan sila kelima, yakni keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Adanya pengakuan terhadap harkat dan martabat manusia dalam Negara Hukum Indonesia, secara intrinsik melekat pada Pancasila dan bersumber pada Pancasila. Jadi harkat dan martabat manusia merupakan pemberian dari Allah.

Berbeda dengan konsep Barat yang bersumber pada hukum kodrat. Pengakuan terhadap harkat dan martabat manusia merupakan hasil dari perjuangan rakyat menuntut haknya dari negara. Karena itu

⁴². Philipus M. Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya: PT. Bina Ilmu, hal. 65

menurut konsep Barat hak lebih diutamakan sedangkan kewajiban dibebankan kepada negara. Adapun konsep sosialis yang bersumber pada ajaran Karl Marx⁴³, harkat dan martabat manusia diyakini merupakan hasil dari kehendak dan usaha manusia, karenanya kewajiban kepada negara lebih diutamakan sedangkan dalam Negara Hukum yang bersumber pada Pancasila menurut Philipus M. Hadjon, adanya hak tersebut berbarengan dengan kewajiban terhadap masyarakat dan negara.

Bertitik tolak dari falsafah negara Pancasila tersebut, kemudian Philipus M. Hadjon⁴⁴, merumuskan elemen atau unsur-unsur Negara Hukum Pancasila sebagai berikut :

1. keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan;
2. hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan negara;
3. prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan perdilan merupakan sarana terakhir;
4. keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Adanya keseimbangan antara hak dan kewajiban tersebut dalam Negara Hukum Indonesia, diharapkan akan melahirkan asas kerukunan. Asas kerukunan akan menciptakan keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat. Menurut Philipus M. Hadjon⁴⁵,

⁴³ *Ibid*, hal. 65-66

⁴⁴ *Ibid*, hal. 90

⁴⁵ *Ibid*, hal. 88

meskipun tercipta keseimbangan, keserasian, dan kerukunan antara pemerintah dan rakyat, bukan berarti sama sekali tidak mungkin timbul sengketa antara pemerintah dan rakyat.

Sengketa mungkin saja dapat terjadi dalam pergaulan dan perhubungan yang semakin kompleks. Dalam hal terjadi sengketa antara pemerintah dan rakyat, prinsip musyawarah harus tetap diutamakan dan peradilan merupakan sarana terakhir. Demikian pula sengketa yang timbul dalam bidang administrasi.

Sengketa yang timbul di bidang administrasi diselesaikan antara lain oleh peradilan administrasi. Peradilan administrasi berfungsi untuk menjaga keseimbangan antara hak perseorangan dengan hak masyarakat atau kepentingan umum, sehingga tercipta keseimbangan, keselarasan, keserasian, dan kerukunan antara pemerintah dan rakyat.

Dengan demikian peradilan administrasi bukan semata-mata berfungsi melindungi kepentingan individu atau perseorangan, seperti halnya dalam konsep *rechtsstaat*.

b. Teori Sistem Hukum

Sistem hukum adalah merupakan suatu susunan dari norma – norma atau aturan-aturan faktual yang berlaku di suatu negara tertentu yang pada keseluruhannya terdiri dari bagian-bagian yang berkaitan satu sama lain, demikian menurut penulis Sistem menurut Satjipto Rahardjo adalah suatu kesatuan yang bersifat kompleks, yang terdiri dari bagian-bagian yang berhubungan satu sama lain.⁴⁶ Hans Kelsen,

⁴⁶Satjipto Rahardjo, 2000, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 48.

dalam bukunya menyatakan bahwa Hukum adalah seperangkat peraturan yang mengandung semacam kesatuan yang kita pahami melalui sebuah sistem.⁴⁷ Menurut Fuller, untuk mengetahui akan keberadaan sistem hukum, maka harus diletakkan delapan asas yang dinamakannya *principles of legality*, yaitu:⁴⁸

- 1) Suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan.
- 2) Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan.
- 3) Tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut.
- 4) Peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti.
- 5) Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain.
- 6) Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan.
- 7) Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah peraturan sehingga menyebabkan orang akan kehilangan orientasi.
- 8) Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.

Teori sistem hukum, yang dikembangkan oleh Friedmann⁴⁹, menguraikan bahwa hukum sebagai suatu sistem, dalam operasinya memiliki tiga komponen yang saling berinteraksi, yaitu struktur

⁴⁷ Hans Kelsen, 2008, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, Bandung: Nusa Media, hlm. 3.

⁴⁸*Op. Cit.*, hlm, 51.

⁴⁹<http://dedeandreas.blogspot.co.id/2015/03/teori-sistem-hukum-lawrence-mfriedman.html>.

(*structure law*), substansi (*substance law*) dan kultur (*culture law*). Struktur hukum adalah kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum, menyangkut aparat penegak hukum. Substansi hukum meliputi perangkat perundang-undangan, dan Kultur / Budaya hukum (*culture law*) merupakan hukum yang hidup (*living law*) yang dianut dalam suatu masyarakat.

Tentang struktur hukum Friedman menjelaskan: "*To begin with, the legal system has the structure of a legal system consist of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction Structure also means how the legislature is organized what procedures the police department follow, and so on. Structure, in way, is a kind of cross section of the legal system a kind of still photograph, with freezes the action.*"⁵⁰

Struktur dari sistem hukum terdiri atas unsur berikut ini, jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (termasuk jenis kasus yang berwenang mereka periksa), dan tata cara naik banding dari pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislative ditata, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh presiden, prosedur apa yang diikuti oleh kepolisian dan sebagainya. Jadi struktur (legal struktur) terdiri dari lembaga hukum yang ada dimaksudkan untuk menjalankan perangkat hukum yang ada.

⁵⁰ Lawrence M. Friedman, 1984 : 5-6

Struktur adalah Pola yang menunjukkan tentang bagaimana hukum dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya. Struktur ini menunjukkan bagaimana pengadilan, pembuat hukum dan badan serta proses hukum itu berjalan dan dijalankan.

Di Indonesia misalnya jika kita berbicara tentang struktur sistem hukum Indonesia, maka termasuk di dalamnya struktur institusi-institusi penegakan hukum seperti kepolisian, kejaksaan dan pengadilan

Substansi hukum menurut Friedman adalah: "Another aspect of the legal system is its substance. By this is meant the actual rules, norm, and behavioral patterns of people inside the system the stress here is on living law, not just rules in law books".

Aspek lain dari sistem hukum adalah substansinya. Yang dimaksud dengan substansinya adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam system itu. Jadi substansi hukum menyangkut peraturan perundang-undangan yang berlaku yang memiliki kekuatan yang mengikat dan menjadi pedoman bagi aparat penegak hukum.

Suatu substansi sistem hukum adalah kesatuan dari peraturan hukum primer (*primary rules*), yaitu norma-norma tentang perilaku dan peraturan hukum sekunder (*secondary rules*),⁵¹ yaitu norma-norma tentang norma-norma perilaku, misalnya bagaimana menentukan validitas norma-norma tentang perilaku, bagaimana

⁵¹ M.Khozim, 2009, *Sistem Hukum : Perspektif Ilmu Sosial*, Nusa Media, Bandung, hal.14..

menegakkan (*enforce*) norma-norma tentang perilaku, dan sebagainya. Menurutnya ada dua kondisi minimum sebagai syarat bagi eksistensi sistem hukum, yaitu *Syarat pertama*, adanya dasar pengakuan yang didukung oleh peraturan hukum sekunder yang diterima sebagai mengikat oleh aparat hukum yang bertugas menciptakan, mengubah, menerapkan, menegakkan, atau mengevaluasi peraturan hukum primer; *kedua*, tiap-tiap warga negara mematuhi peraturan hukum primer, paling tidak dikarenakan ketakutan akan hukuman. *Syarat kedua* bagi eksistensi sistem hukum menurut Hart tersebut memiliki relevansi teoritis dengan komponen ketiga dari sistem hukum menurut Friedman ⁵², yaitu kultur hukum, yang dipahaminya sebagai dukungan sosial atas hukum, seperti kebiasaan, pandangan, cara berperilaku dan berpikir, yang menggerakkan dukungan masyarakat untuk mematuhi atau tidak mematuhi aturan. Menurut Friedman ⁵³, sistem hukum mempunyai fungsi merespons harapan masyarakat terhadap sistem hukum, dengan cara antara lain mendistribusikan dan memelihara nilai-nilai yang dipandang benar oleh masyarakat, dengan merujuk kepada keadilan. Jadi keadilan menurut Friedman, adalah tujuan akhir dari sistem hukum.

Sedangkan mengenai budaya hukum, Friedman berpendapat⁵⁴,: "*The third component of legal system, of legal*

⁵² *Ibid* , hal. 14.

⁵³ *Ibid*, hal. 17-18

⁵⁴ .*Op. Cit.* html.

culture. By this we mean people's attitudes toward law and legal system their belief in other word, is the climate of social thought and social force which determines how law is used, avoided, or abused".

Kultur hukum menyangkut budaya hukum yang merupakan sikap manusia (termasuk budaya hukum aparat penegak hukumnya) terhadap hukum dan sistem hukum. Sebaik apapun penataan struktur hukum untuk menjalankan aturan hukum yang ditetapkan dan sebaik apapun kualitas substansi hukum yang dibuat tanpa didukung budaya hukum oleh orang-orang yang terlibat dalam sistem dan masyarakat maka penegakan hukum tidak akan berjalan secara efektif.

Hukum sebagai alat untuk mengubah masyarakat atau rekayasa sosial tidak lain hanya merupakan ide-ide yang ingin diwujudkan oleh hukum itu. Untuk menjamin tercapainya fungsi hukum sebagai rekayasa masyarakat kearah yang lebih baik, maka bukan hanya dibutuhkan ketersediaan hukum dalam arti kaidah atau peraturan, melainkan juga adanya jaminan atas perwujudan kaidah hukum tersebut ke dalam praktek hukum, atau dengan kata lain, jaminan akan adanya penegakan hukum (law enforcement) yang baik. Jadi bekerjanya hukum bukan hanya merupakan fungsi perundang-undangannya belaka, melainkan aktifitas birokrasi pelaksanaannya

2. *Middle Range Theory Menggunakan Teori Keadilan*

Sebagai ***Middle Range Theory*** dalam penelitian disertasi ini digunakan Teori Keadilan sebagai landasan hubungan kontraktual.

Pembahasan tentang hubungan kontraktual para pihak pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dalam hubungannya dengan masalah keadilan.

Kontrak sebagai wadah yang mempertemukan kepentingan satu pihak dengan pihak lain menuntut bentuk pertukaran kepentingan yang adil. Oleh karena itu sangat tepat dan mendasar apabila dalam melakukan analisis tentang asas proporsionalitas dalam kontrak justru dimulai dari aspek filosofis keadilan berkontrak.⁵⁵

Pertanyaan seputar apa itu “keadilan” adalah sebuah pertanyaan yang acapkali kita dengar, namun pemahaman yang tepat justru rumit bahkan abstrak, terlebih apabila dikaitkan dengan pelbagai kepentingan yang demikian kompleks.⁵⁶

Keadilan menurut Aristoteles,⁵⁷ dalam karyanya *Nichomachean Ethics*”, artinya berbuat kebajikan atau dengan kata lain keadilan adalah kebajikan yang utama. Menurut Aristoteles,⁵⁸ *“justice consists in treating equals equally and unequals un equally, in proportion to their inequality”*. Prinsip ini beranjak dari asumsi “untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama, secara proporsional.

⁵⁵ Agus Yudha Hernoko, 2008, *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, LaksBang Mediatama Yogyakarta, hal. 35.

⁵⁶ Robert Reiner 2002, dalam tulisannya berjudul *“Justice”* menggambarkan perdebatan tentang keadilan sebagai suatu *“essentiality contested concept”*. Dalam James Penner, et.al., (ed), *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory (Commentary and Materials)*, London: Butterworths, hal. 719. Menurut Plato, keadilan merupakan bagian dari *virtue* (kebajikan). Lihat Burhanuddin Salam, , 1997, *Etika Sosial*, Rineka Cipta, Jakarta, . hal. 117.

⁵⁷ Raymond Wacks, 1995, *Jurisprudence*,: Blackstone Press Limited, London, hal. 178, .

⁵⁸ *Ibid*, hal. 178.

Ulpianus⁵⁹ menggambarkan keadilan sebagai *“justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”* (keadilan adalah kehendak yang terus menerus dan tetap memberikan kepada masing-masing apa yang menjadi haknya) atau *“tribuere cuique suum”*–*“to give everybody his own”*⁶⁰ (keadilan memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya). Perumusan ini dengan tegas mengakui hak masing-masing person terhadap lainnya serta apa yang seharusnya menjadi bagiannya, demikian pula sebaliknya.

Pengertian ini diambil alih oleh Justinianus⁶¹ dalam *Corpus Iuris Civilis: Juris Praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, bahwa peraturan-peraturan dasar dari hukum adalah terkait dengan hidup dengan patut, tak merugikan orang lain dan memberi pada orang apa yang menjadi bagiannya.

Bahwa orang dinilai “baik” dilihat dari perilaku keadilannya. Menurutny ada tiga kebajikan moral yaitu: keadilan, pengendalian diri dan sopan santun.⁶²

Sedangkan Thomas Aquinass⁶³ dalam hubungannya dengan keadilan mengajukan tiga struktur fundamental (hubungan dasar), yaitu:

1. hubungan antar individu (*ordo partium ad partes*)
2. hubungan antar masyarakat sebagai keseluruhan dengan individu (*ordo totius ad partes*)

⁵⁹ O. Notohamidjojo, 1971, *Masalah: Keadilan*, Tirta Amerta Semarang, hal. 18-19

⁶⁰ K. Bertens, 2000, *Pengantar Etika Bisnis*, Kanisius, Yogyakarta, hal. 86-87.

⁶¹ O. Notohamidjojo, hal. 9, Op. Cit,

⁶² E. Sumaryono, 1995, *Etika Profesi Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, hal. 124 .

⁶³ Ibid, hal. 125-126.

3. hubungan antara individu terhadap masyarakat secara keseluruhan (*ordo partium ad totum*).

Keadilan distributive pada dasarnya merupakan penghormatan terhadap person manusia (*acceptio personarum*) dan keluhurannya (*dignitas*). Dalam konteks keadilan distributive, keadilan dan kepatutan (*equity*) tidak tercapai semata-mata dengan penetapan nilai yang aktual, melainkan juga atas dasar kesamaan antara satu hal dengan hal yang lainnya (*acqualitas rei ad rem*). Ada dua bentuk kesamaan yaitu:⁶⁴

- a. 1. kesamaan proporsional (*acqualitas proportionis*)
- b. 2. kesamaan kuantitas atau jumlah (*astualitas quantitas*).

Penghormatan terhadap person dapat terwujud apabila ada sesuatu yang dibagikan/diberikan kepada seseorang sebanding dengan yang seharusnya ia terima (*praeter proportionem dignitas ipsius*).⁶⁵

Dengan dasar itu, maka pengakuan terhadap person harus diarahkan pada pengakuan terhadap kepatutan (*equity*), kemudian pelayanan dan penghargaan didistribusikan secara proporsional atas dasar harkat dan martabat manusia. keadilan yang terkandung dalam keadilan atributif, distributif dan retributif bersifat proporsional (baik positif maupun negatif). Oleh Tillich keadilan proporsional ini disebut "*keadilan tributif*".⁶⁶

Sementara itu pembagian keadilan menurut pengarang modern,

⁶⁴ E. Sumaryono, 2002, *Etika Hukum Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Yogyakarta: Kanisius, Yogyakarta, hal. 90-91

⁶⁵ Ibid, hal. 90-91.

⁶⁶ Paul Tillich, 2004, *Cinta, Kekuasaan dan Keadilan*,: Pustaka Eureka, Surabaya, hal.74-

antara lain sebagaimana yang dilakukan oleh John Boatright dan Manuel Velasquez,⁶⁷ yaitu:

1. Keadilan distributif (*distributive justice*), mempunyai pengertian yang sama pada pola tradisional, dimana *benefits and burdens* harus dibagi secara adil.
2. Keadilan retributif (*retributive justice*), berkaitan dengan terjadinya kesalahan, dimana hukum atau denda dibebankan kepada orang yang bersalah haruslah bersifat adil.
3. Keadilan kompensatoris (*compensatory justice*), menyangkut juga kesalahan yang dilakukan, tetapi menurut aspek lain, dimana orang mempunyai kewajiban moral untuk memberikan kompensasi atau ganti rugi kepada pihak yang dirugikan.

Enam prinsip agar keadilan distributif terwujud, yaitu apabila diberikan:⁶⁸

- a. kepada setiap orang bagian yang sama;
- b. kepada setiap orang sesuai dengan kebutuhan individualnya;
- c. kepada setiap orang sesuai dengan haknya;
- d. kepada setiap orang sesuai dengan usaha individualnya;
- e. kepada setiap orang sesuai dengan kontribusinya;
- f. kepada setiap orang sesuai dengan jasanya (*merit*).

Sehubungan dengan hakikat keadilan dalam kontrak, beberapa sarjana mengajukan pemikirannya tentang keadilan yang berbasis kontrak, antara lain John Locke, Rosseau, Immanuel Kant serta John

⁶⁷ E. Sumaryono, 2002, hal. 90-91 **Op. Cit.**

⁶⁸ *Ibid*, hal. 95

Rawls.⁶⁹ Para pemikir tersebut menyadari bahwa tanpa kontrak serta hak dan kewajiban yang ditimbulkannya, maka masyarakat bisnis tidak akan berjalan. Oleh karena itu tanpa adanya kontrak, orang tidak akan bersedia terikat dan bergantung pada pernyataan pihak lain. Kontrak memberikan sebuah cara dalam menjamin bahwa masing-masing individu akan memenuhi janjinya dan selanjutnya hal ini memungkinkan terjadinya transaksi di antara mereka. Meskipun teori keadilannya berbasis kontrak, namun oleh John Rawls dikritik karena cenderung bersifat utilitarianisme dan intuisiisme.⁷⁰ Teori keadilan Rawls merupakan teori yang dianggap fenomenal dan paling banyak diperdebatkan oleh para ahli. Teori keadilan Rawls bertitik tolak dari kritiknya atas kegagalan teori-teori keadilan yang berkembang sebelumnya. Kegagalan tersebut disebabkan oleh substansinya yang sangat dipengaruhi baik utilitarianisme maupun intuisiisme.⁷¹

Seperti halnya Robert Nozick dan Ronald Dworkin, Rawls mengkritik utilitarianisme yang dipelopori oleh Jeremy Bentham dan dikembangkan oleh John Stuart Mill, sebagai pandangan moral yang sangat dominan dengan pemahamannya yang mengajarkan bahwa benar salahnya peraturan atau tindakan manusia tergantung pada konsekuensi langsung dari peraturan atau tindakan tertentu yang dilakukan.

Dengan demikian, baik buruknya tindakan manusia secara moral

⁶⁹ Raymond Wacks, *Op. Cit.*, hal. 191

⁷⁰ John Rawls, 1999., *A Theory of Justice*, Revised Edition, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press of Cambridge, hal. 10

⁷¹ Andre Ata Ujan, 1999, *Keadilan dan Demokrasi (Telaah Filsafat Politik John Rawls)*, Yogyakarta: Kanisius, hal. 21

sangat tergantung pada baik buruknya konsekuensi tindakan tersebut bagi manusia.⁷² Dworkin⁷³ menyebutnya sebagai teori “*goal based theory*”, menyatakan bahwa utilitarianisme gagal untuk menjamin keadilan sosial karena lebih mendahulukan asas manfaat daripada asas hak. Oleh karena itu utilitarianisme tidak tepat untuk dijadikan basis untuk membangun suatu konsep keadilan. Kelemahan pokok teori-teori kontrak yang berbasis utilitarianisme adalah:⁷⁴

- a. keadilan sulit dijamin karena pengambilan keputusan lebih ditentukan oleh prinsip manfaat daripada prinsip hak
- b. keadilan sebagai sebuah nilai juga tidak mendapat prioritas terhadap pertimbangan-pertimbangan ekonomis
- c. keadilan seakan dapat dikompensasi melalui keuntungan-keuntungan ekonomis atau keuntungan-keuntungan sosial lainnya
- d. pada taraf ini ketidakadilan akan mudah muncul dan bersamaan dengan itu penghargaan pada hak dan martabat manusia juga hilang dan diremehkan.

Kecenderungannya untuk memberikan manfaat paling besar bagi sebanyak mungkin anggota masyarakat, “*the greatest benefit for the greatest number of people*” atau disebut juga “*felicific calculus*”,⁷⁵ maka utilitarianisme cenderung menganggap bahwa kebahagiaan setiap orang adalah sama. Lebih dari itu kepuasan yang umumnya dipahami

⁷² Raymond Wacks, *Loc. Cit.*

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ *Ibid*, hal. 183

⁷⁵ . James Penner, et.al, *Loc. Cit.*

dalam arti kepuasan material, diangkat menjadi ukuran yang dianggap valid dan mengikat. Sehingga seolah-olah kepuasan dapat dikalkulasi secara matematis, meski sesungguhnya kepuasan tidak pernah dapat dikalkulasi secara matematis.⁷⁶

Dari aspek moral, dengan lebih mengutamakan asas manfaat (*the good*) dan mengesampingkan asas hak (*the right*), tampaknya utilitarianisme mempunyai tujuan baik, yakni berupaya melalui pendekatan teleologis, menjembatani jurang antara prinsip hak dan prinsip manfaat, namun dalam praktiknya paham ini gagal memainkan peranannya.⁷⁷

Tegasnya menurut beberapa kritikus, utilitarianisme tidak mampu menghadapi dua jenis permasalahan moral, yaitu masalah yang berkaitan dengan hak dan masalah yang berkaitan dengan keadilan.⁷⁸

Ketidakadilan mengorbankan hak dari satu atau beberapa orang hanya demi keuntungan ekonomis yang lebih besar bagi masyarakat secara keseluruhan. Sikap ini justru bertentangan dengan keadilan sebagai *fairness* yang menuntut prinsip kebebasan yang sama sebagai basis yang melandasi pengaturan kesejahteraan sosial. Oleh karenanya pertimbangan ekonomis tidak boleh bertentangan dengan prinsip kebebasan dan hak yang sama bagi semua orang. Dengan kata lain, keputusan sosial yang mempunyai akibat bagi semua anggota masyarakat harus dibuat atas dasar hak (*rights based weight*) daripada atas dasar

⁷⁶. Andre Ata Ujan, *Loc. Cit.*

⁷⁷. *Ibid*, hal. 30

⁷⁸. Manuel G. Velasquez, 2005, *Etika Bisnis Konsep dan Kasus*, (Alih Bahasa Ana Purwaningsih et.al), Yogyakarta: Andi, , hal. 77

manfaat (*good based weight*). Hanya dengan itu keadilan sebagai *fairness* dapat dinikmati semua orang.⁷⁹

Intuisionisme karena tidak memberi tempat memadai pada asas rasionalitas. Intuisionisme dalam proses pengambilan keputusan (moral) lebih mengandalkan kemampuan intuisi manusia. Dengan demikian pandangan ini juga tidak memadai apabila dijadikan pegangan dalam mengambil keputusan, terutama pada waktu terjadinya konflik antara norma-norma moral.⁸⁰ Dengan mengambil pelajaran dari kegagalan teori-teori sebelumnya, Rawls⁸¹ mencoba menawarkan suatu bentuk penyelesaian yang terkait dengan problematika keadilan dengan membangun teori keadilan berbasis kontrak. Menurutnya suatu teori keadilan yang memadai harus dibentuk dengan pendekatan kontrak, dimana asas-asas keadilan yang dipilih bersama benar-benar merupakan hasil kesepakatan bersama dari semua person yang bebas, rasional dan sederajat. Hanya melalui pendekatan kontrak sebuah teori keadilan mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara adil bagi semua orang. Oleh karenanya dengan tegas Rawls menyatakan, suatu konsep keadilan yang baik haruslah bersifat kontraktual, konsekuensinya setiap konsep keadilan yang tidak berbasis kontraktual harus dikesampingkan demi kepentingan keadilan itu sendiri.

Dalam konteks ini Rawls⁸² menyebut "*justice as fairness*" yang

⁷⁹ James Penner, et.al., *Op. Cit*, hal. 725

⁸⁰ Andre Ata Ujan, *Op. Cit*, hal. 21, 32

⁸¹ *Ibid*

⁸² James Penner et.al., *Op. Cit*, hal. 726; K. Bertens, *Op. Cit*, hal. 103

ditandai adanya prinsip rasionalitas, kebebasan dan kesamaan.⁸³ Oleh karena itu diperlukan prinsip-prinsip keadilan yang lebih mengutamakan asas hak daripada asas manfaat. Rawls⁸⁴ merumuskan dua prinsip keadilan distributif sebagai berikut:

- a. ***the greatest equal principle***, bahwa setiap orang harus memiliki hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Ini merupakan hal yang paling mendasar (hak asasi) yang harus dimiliki semua orang. Dengan kata lain, hanya dengan adanya jaminan kebebasan yang sama bagi semua orang maka keadilan akan terwujud (prinsip kesamaan hak).
- b. ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga perlu diperhatikan asas atau prinsip berikut:
 1. ***the different principle***, dan
 2. ***the principle of fair equality of opportunity***.

Prinsip ini diharapkan memberikan keuntungan terbesar bagi orang-orang yang kurang beruntung, serta memberikan penegasan bahwa dengan kondisi dan kesempatan yang sama, semua posisi dan jabatan harus terbuka bagi semua orang (prinsip perbedaan obyektif).

Penekanannya yang begitu kuat pada pentingnya memberi peluang yang sama bagi semua pihak, Rawls berusaha agar keadilan tidak terjebak dalam ekstrem kapitalisme di satu pihak dan sosialisme di lain

⁸³ Andre Ata Ujang, *Op. Cit*, hal. 71

⁸⁴ John Rawls, *Op. Cit*, hal. 107; A. Sonny Keraf, *Etika Bisnis (Tuntutan dan Relevansinya)*, Yogyakarta: Kanisius, 1998, hal. 152-155

pihak. Rawls mengatakan bahwa prinsip (1) yaitu *the greatest equal principle*, harus lebih diprioritaskan dari prinsip (2) apabila keduanya berkonflik. Sedang prinsip (2), bagian b yaitu *the principle of (fair) equality of opportunity* harus lebih diprioritaskan dari bagian a yaitu *the different principle*.⁸⁵

Keadilan harus dipahami sebagai *fairness*, dalam arti bahwa tidak hanya mereka yang memiliki bakat dan kemampuan yang lebih baik saja yang berhak menikmati pelbagai manfaat sosial lebih banyak, tetapi keuntungan tersebut juga harus membuka peluang bagi mereka yang kurang beruntung untuk meningkatkan prospek hidupnya. Dalam kaitannya dengan hal tersebut, pertanggungjawaban moralitas “kelebihan” dari mereka yang beruntung harus ditempatkan pada “bingkai kepentingan” kelompok mereka yang kurang beruntung. “*The different principle*” tidak menuntut manfaat yang sama (*equal benefits*) bagi semua orang, melainkan manfaat yang sifatnya timbal balik (*reciprocal benefits*), misalnya seorang pekerja yang terampil tentunya akan lebih dihargai dibandingkan dengan pekerja yang tidak terampil.

Di sini keadilan sebagai *fairness* sangat menekankan asas resiprositas, namun bukan berarti sekedar “*simply reciprocity*”, dimana distribusi kekayaan dilakukan tanpa melihat perbedaan-perbedaan obyektif di antara anggota masyarakat. Oleh karenanya, agar terjamin suatu aturan main yang obyektif maka keadilan yang dapat diterima sebagai *fairness* adalah *pure procedural justice*, artinya keadilan sebagai

⁸⁵ Manuel G. Velasquez, *Op. Cit*, hal. 109-110

fairness harus berproses sekaligus terefleksi melalui suatu prosedur yang adil untuk menjamin hasil yang adil pula.⁸⁶

Menarik untuk digarisbawahi bahwa konsep kesamaan menurut Rawls harus dipahami sebagai “kesetaraan kedudukan dan hak” bukan dalam arti “kesamaan hasil” yang dapat diperoleh semua orang. Kebebasan yang ada selalu dalam kebebasan yang “tersituasi” (dalam konteks “ini” dan “disini”), sehingga disandarkan pada berbagai kondisi, keadaan-keadaan dan kualitas masing-masing.

Tentunya pandangan ini semakin membuka mata mereka yang senantiasa menuntut hasil yang sama tanpa memandang proses (prosedur) dari awal hingga akhir. Bagi Rawls kesamaan hasil bukanlah alasan untuk membenarkan sebuah prosedur. Keadilan sebagai *fairness* atau sebagai *pure procedure justice* tidak menuntut setiap orang yang terlibat dan menempuh prosedur yang sama juga harus mendapat hasil yang sama. Sebaliknya, hasil prosedur yang *fair* itu harus diterima sebagai adil, juga apabila setiap orang tidak mendapat hasil yang sama. Dengan demikian konsep keadilan yang lahir dari suatu prosedur yang diterima oleh semua pihak juga harus diterima sebagai konsep yang pantas berlaku untuk umum.⁸⁷ Oleh karena itu harus dipahami bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama, tanpa memperhatikan perbedaan-perbedaan yang secara obyektif ada pada setiap individu.

⁸⁶ *Ibid*, hal. 86; Lihat juga *Lord Lloyd of Hampstead & M.D.A. Freeman*, 1985, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: English Language Book Society (ELBS), , hal. 414, 429

⁸⁷. Andre Ata Ujang, *Op. Cit*, hal. 45

Meskipun teori keadilan Rawls dalam banyak hal efektif memecahkan problem sosial kemasyarakatan, namun pada sisi lain teori ini juga dikritik, khususnya teori kedua (*the different principle*). Menurut mereka yang mengajukan kritik terhadap Rawls, bahwa teori Rawls (*the different principle*) justru menimbulkan ketidakadilan karena adanya peluang intervensi pemerintah untuk melanggar hak seseorang. Selain itu, prinsip ini juga mengorbankan usaha dan kegigihan orang dalam mencapai taraf kesejahteraan tertentu, justru dikesampingkan demi kepentingan mereka yang tidak beruntung. Padahal konsep Rawls tentang “*justice as fairness*” sangat menekankan prinsip hak yang dilandasi rasionalitas, kebebasan dan kesamaan.⁸⁸

Tampaknya dalam konteks ini Rawls dianggap masih sulit melepaskan pengaruh utilitarianisme, terbukti dengan menempatkan kebebasan individu untuk dalam kondisi tertentu tunduk pada kepentingan umum. Hal ini tampak jelas dalam konsep “*maximin strategy*” (maximum-minimum) dalam proses pemilihan prinsip-prinsip keadilan yang diajukan Rawls untuk menghindari konsekuensi-konsekuensi yang merugikan. Tabel keberuntungan (*gain and loss*) yang dipergunakan untuk menjelaskan konsep “*maximin strategy*” tampak jelas bagaimana proses pengambilan keputusan tersebut lebih mengarah dan masuk dalam ranah konsep utilitarianisme.⁸⁹

⁸⁸ Raymond Wacks, *Op. Cit*, hal. 196-197; lihat juga A. Sonny Keraf, *Op. Cit*, hal. 155-158

⁸⁹ Andre Ata Ujan, *Op. Cit*, hal. 139

Kritik ini sejalan dengan pandangan Manuel G. Velasquez⁹⁰ yang menyatakan bahwa meskipun konsep hak secara umum menolak standar-standar utilitarianisme, namun tidak berarti terbebas dari pertimbangan-pertimbangan utilitarian. Apabila keuntungan atau kerugian yang diterima masyarakat cukup besar, maka hal itu dapat dijadikan alasan untuk melampaui batas hak seseorang dalam mencari kepentingan atau tujuan-tujuannya.

Meskipun banyak kritik yang diajukan terhadap teori Rawls, namun para pendukungnya masih mengklaim bahwa keuntungan-keuntungan dari teori ini lebih besar dibandingkan kekurangannya. Para pendukung Rawls mengajukan beberapa alasan sebagai berikut:⁹¹

- a. Teori ini mempertahankan nilai-nilai dasar yang terdapat dalam keyakinan-keyakinan moral kita: kebebasan, persamaan hak dalam memperoleh kesempatan dan pertimbangan terhadap kelompok masyarakat yang kurang beruntung.
- b. Teori ini cocok dengan institusi-institusi ekonomi dasar di masyarakat barat, karena tidak menolak (i) sistem pasar; (ii) insentif kerja, ataupun (iii) perbedaan dalam pembagian tenaga kerja. Sebaliknya, dengan mensyaratkan sistem kerja yang tidak sama agar bisa memberikan keuntungan bagi orang-orang yang kurang beruntung, dan dengan mensyaratkan persamaan hak dalam memperoleh kesempatan, teori ini menunjukkan bagaimana

⁹⁰ Manuel G. Velasquez, *Op. Cit*, hal. 87

⁹¹ *Ibid*, hal. 112-113

perbedaan-perbedaan dalam pembagian tenaga kerja dan pasar bebas dapat dikompensasikan dan otomatis juga menjadi adil

- c. Teori ini mencakup unsur-unsur komunitarian dan individualistic yang terdapat dalam budaya Barat. Prinsip perbedaan mendorong orang-orang berbakat untuk menggunakan keahliannya dalam cara-cara yang mampu meningkatkan keuntungan bagi warga masyarakat lainnya yang kurang beruntung, yang dalam hal ini mendorong jenis pertimbangan komunitarian. Prinsip keadilan sederajat memberikan hak pada setiap individu untuk berusaha meraih kepentingan-kepentingan khusus mereka.
- d. Teori ini juga mempertimbangkan kriteria kebutuhan, kemampuan, usaha dan kontribusi. Prinsip perbedaan mendistribusikan keuntungan sesuai dengan kebutuhan, sedangkan prinsip kesamaan hak dalam memperoleh kesempatan mendistribusikan keuntungan dan beban menurut kemampuan dan kontribusi seseorang
- e. Bahwa ada pembenaran moral yang diberikan oleh posisi awal. Posisi awal didefinisikan sedemikian rupa sehingga orang-orang dalam posisi ini mampu memilih prinsip yang mempertimbangkan kepentingan semua orang dan hal ini menurut mereka adalah yang menjadi moralitas.

keadilan distributif. Nozick mengajukan pemikiran liberalistisnya tentang keadilan dengan menyebut teori keadilan distributifnya sebagai "*the entitlement theory*" (teori pemilikan hak atau teori landasan hak). Semua jenis distribusi keuntungan dan beban adalah adil jika

memungkinkan individu melakukan pertukaran barang secara bebas.⁹² Prinsip ini sebagai prinsip dasar keadilan distributif: Dari setiap orang sesuai dengan apa yang dipilih untuk dilakukan, bagi setiap orang sesuai dengan apa yang mereka lakukan untuk diri mereka sendiri (mungkin dengan bantuan orang lain), dan apa yang dipilih orang lain untuk dilakukan baginya dan mereka pilih untuk diberikan padanya atas apa yang telah mereka berikan sebelumnya dan belum diperbanyak atau dialihkan.⁹³ Mengembangkan teori keadilannya melalui pendekatan pasar bebas yang radikal dan menempatkan peran negara sebagai penjaga malam, artinya campur tangan negara terhadap kebebasan individu harus dibatasi seminimal mungkin (prinsip *minimal state*).⁹⁴ Seseorang dianggap memiliki sesuatu yang adil, apabila pemikiran itu berasal dari keputusan bebas yang mempunyai landasan “hak”.⁹⁵ Terkait dengan hal itu, ada tiga kemungkinan yang melahirkan tiga prinsip, yaitu:⁹⁶

- a. Prinsip “*original acquisition*”, perolehan sesuatu untuk pertama kalinya, misalnya dengan memproduksi sendiri.
- b. Prinsip “*transfer*”, kepemilikan sesuatu berdasarkan adanya transfer atau diberikan melalui orang lain

⁹² .Agus Yudha Hernoko, 2008, *Op. Cit*, hal. 50

⁹³ .Manuel G. Velasquez, *Op. Cit*, hal. 108

⁹⁴ .Wayne Morrison, 1998, *Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism*, London: Cavendish Publishing Ltd., hal. 399

⁹⁵ Manuel G. Velasquez, *Op. Cit*, hal. 97

⁹⁶ James Penner et.al., *Op. Cit*, hal. 750-751

c. Prinsip “*rectification of injustice*”, perolehan kembali sesuatu yang sebelumnya diambil dari diri seseorang. Dalam hal ini setiap intervensi dari luar merupakan pelanggaran terhadap kebebasan.

Nozick mengajukan keberatan terhadap prinsip material dari keadilan distributif (tradisional), karena prinsip itu mempunyai dua kelemahan, yaitu bersifat a-historis dan sudah terpolakan sebelumnya (*patterned*). Dikatakan a-historis karena tidak memperhatikan bagaimana pembagian itu sampai terjadi, hal itu merupakan “*end state principles*”, sekedar memperhatikan hasil akhir tanpa melihat prosesnya. Keberatan ini juga diajukan oleh Nozick terhadap prinsip perbedaan (*the different principle*) Rawls. Oleh karena itu melalui tiga prinsipnya tersebut Nozick tidak sekedar menekankan pada hasil pembagian tetapi juga mempertanggungjawabkan proses yang melandasi pembagian atau kepemilikan. Prinsip Nozick jelas menekankan pada prinsip hak, artinya harus ada pengakuan terhadap hak individu yang bebas dalam melakukan proses pertukaran yang *fair*.

Pandangan libertarian Nozick⁹⁷ ternyata menurut para kritikus juga mengandung sejumlah masalah. Kritik pertama, pandangan ini mengabadikan sebuah nilai tertentu (kebebasan dari paksaan orang lain) dan mengorbankan semua hak dan nilai-nilai lain tanpa memberikan alasan persuasive mengapa hal tersebut perlu dilakukan. Kritik kedua, bahwa prinsip libertarian atas keadilan distributif akan menciptakan perlakuan yang tidak adil terhadap orang-orang yang kurang beruntung.

⁹⁷ Manuel G. Velasquez, *Op. Cit.*, hal. 108-109

Terlepas dari pelbagai kritik terhadap teori Rawls, namun harus diakui sebagaimana dikemukakan para pemikir filsafat modern bahwa pokok-pokok pikiran tentang keadilan Rawls merupakan teori yang brilian dan iroginal bahkan mendekati teori komprehensif.⁹⁸ Beranjak dari pemikiran Rawls, Nozick maupun sarjana lain, kiranya dalam memahami pola hubungan kontraktual di antara pelaku bisnis yang mengarah pada makna keadilan harus didistribusikan pada kerangka dan konteks yang proporsional.

Terkait dengan kompleksitas hubungan kontraktual dalam dunia bisnis, khususnya terkait dengan keadilan dalam kontrak komersial, maka berdasarkan pikiran-pikiran tersebut di atas kita tidak boleh terpaku pada pembedaan keadilan klasik. Artinya analisis keadilan dalam kontrak komersial harus memadukan konsep kesamaan hak dalam petukaran (prestasi-kontraprestasi) sebagaimana dipahami dalam konteks keadilan komutatif maupun konsep keadilan distributif sebagai landasan hubungan kontraktual.

Memahami keadilan dalam kontrak komersial tidak boleh membawa kita kepada sikap *monistic* (paham tunggal), namun lebih dari itu harus bersikap komprehensif. Dalam keadilan komutatif yang menjadi landasan hubungan antara person, termasuk kontrak, hendaknya tidak dipahami sebagai kesamaan semata karena pandangan ini akan membawa ketidakadilan ketika dihadapkan dengan ketidakseimbangan para pihak yang berkontrak. Dalam keadilan komutatif di dalamnya terkandung pula

⁹⁸ *Ibid*, hal. 109

makna distribusi-proporsional. Demikian pula dalam keadilan distributif yang dipolakan dalam hubungan negara dengan warga negara, konsep distribusi proporsional yang terkandung di dalamnya dapat ditarik ke perspektif hubungan kontraktual para pihak.

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum selain kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Hakekat hukum bertumpu pada ide keadilan dan kekuatan moral. Ide keadilan tidak pernah lepas dari kaitannya dengan hukum, sebab membicarakan hukum, secara jelas atau samar-samar senantiasa merupakan pembicaraan tentang keadilan pula.⁹⁹

Kahar Masyhur menyatakan apa yang disebut adil:¹⁰⁰

- a. Adil ialah meletakkan sesuatu pada tempatnya.
- b. Adil ialah menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang.
- c. Adil ialah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa kurang antara sesama yang berhak, dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggarannya.

Orang dapat menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realitas absolut dan mengasumsikan, bahwa pengetahuan dan pemahaman tentangnya hanya bisa didapatkan secara parsial dan melalui upaya filosofis yang sangat sulit. Atau orang dapat menganggap, bahwa keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama atau filsafat tentang dunia secara umum. Jadi, orang dapat mendefinisikan keadilan dalam satu

⁹⁹ Satjipto Rahardjo, 1982, *Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni, , hal. 45.

¹⁰⁰ Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlaq*, Jakarta: Kalam Mulia, , hal. 71.

pengertian atau pengertian lain dari pandangan ini. Teori-teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan *“the search for justice”*¹⁰¹

Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran. Menurut Aristoteles dalam bukunya *nicomachean ethics*, bahwa hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan. Yang sangat penting dari pandangan Aristoteles ialah, bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun demikian, Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa dipahami, bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya. Dengan perkataan lain, bahwa Aristoteles memberikan kontribusi yang sangat besar terhadap Filsafat Hukum, yaitu menurut Aristoteles, bahwa keadilan dapat dibedakan menjadi dua macam yaitu:

- a. Keadilan Korektif, keadilan dengan menyamakan antara prestasi dan kontra prestasi. Keadilan ini didasarkan pada transaksi baik yang sukarela maupun yang tidak, misalnya dalam perjanjian tukar menukar.

¹⁰¹ .Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet. VIII, Yogyakarta: Kanisius, hal. 196.

- b. Keadilan diskriptif, yaitu keadilan yang membutuhkan distribusi atas penghargaan.¹⁰²

Dengan perkataan lain sebagaimana yang telah disebutkan oleh Moedjono¹⁰³ dalam bukunya yang berjudul “Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia”, tentang pendapat Aristoteles, bahwa keadilan yaitu “memberikan kepada setiap orang, apa yang menjadi haknya”. Selanjutnya ia membedakan adanya 2 (dua) macam keadilan:

- a. Keadilan Distributif; memberikan kepada setiap orang jatah berdasarkan jasanya. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada asas keseimbangan.
- b. Keadilan Komulatif; memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada asas kesamaan.”

Keadilan korektif ialah berlaku dalam hukum publik, sedangkan keadilan diskriptif atau distributif adalah berlaku dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan diskriptif atau distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan diskriptif atau distributif, hal yang penting ialah, bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada keadilan korektif yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.

¹⁰² Dardji Darmodiharjo dan Sudharto, 1995, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, hal. 154.

¹⁰³ Moedjono, 1974, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bagian I, Yogyakarta: Penerbit Yayasan Penerbitan FKIS-IKIP, hal. 9.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah, bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga.

Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.¹⁰⁴ Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepatutnya perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Dari uraian ini nampak, bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.¹⁰⁵

Dalam membangun argumennya, Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampuradukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang

¹⁰⁴. *Ibid*, hal. 25.

¹⁰⁵ *Ibid*.

dan hukum adat. Karena, berdasarkan perbedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.¹⁰⁶

Menurut Rawls dalam bukunya *a theory of justice* menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle*, adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung. Istilah perbedaan sosial-ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas. Sementara itu, *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapat dan otoritas. Mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus.

Program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, *pertama*, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. *Kedua*, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap

¹⁰⁶.*Ibid*, hal. 26-27.

orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.¹⁰⁷

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

Sifat dasar manusia adalah berkeinginan untuk mempertahankan hidup dan mengejar kehidupan yang lebih baik. Kebahagiaan hidup, akan dapat tercapai apabila didasarkan atas keseimbangan, baik itu antara manusia dengan manusia, manusia dengan alamnya, manusia secara kelompok (bangsa dengan bangsa) dan manusia dengan Tuhannya.

Keadilan ialah keseimbangan batiniah dan lahiriah yang memberikan kemungkinan dan perlindungan atas kehadiran dan perkembangan kebenaran, yang beriklim toleransi dan kebebasan.¹⁰⁸

¹⁰⁷. John Rawls, 1973, *A Theory of Justice*, London, Oxford University Press, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, 2006, *Teori Keadilan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.

¹⁰⁸ .Soejono Koesoemo Sisworo, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, Semarang: FH UNDIP, tanpa tahun, hal. 55.

Di samping keadilan ontologis sebagaimana di atas, Soejono Koesoemo Siswono juga mengemukakan batasan kebenaran ontologis, yaitu kebenaran ialah hubungan persesuaian yang serasi antara proposisi dengan kenyataan yang dipertimbangkan dalam tingkat terakhir dengan hati nurani. Adapun makna dan fungsi kebenaran dan keadilan bagi dan dalam putusan peradilan adalah bercorak *indorent*, yakni seharusnya menjadi sifat yang melekat dalam putusan termaksud dan bercorak *extravert*, yaitu merupakan ukuran / kriteria bagi putusan.¹⁰⁹

Kebenaran dan keadilan adalah nilai-nilai luhur dan mutlak percikan keagungan dari Tuhan Yang Maha Kuasa. Metode ontologis yang proporsional untuk karya hakim lewat putusan logis, rasional, intelektual, etis, irrasional dan divinoris harus dihayati oleh hakim dan subyek penemu hukum yang lain (jaksa, advokat, notaris, s/d aparaturnegara) dengan cara:

- a. Tekun ajeg melakukan samadhi/meditasi, berdoa dan kontemplasi;
- b. Membiasakan tidak mementingkan diri sendiri.
- c. Heling, percaya, mituhu;
- d. Rela, ikhlas, narima, jujur, sabar, budi luhur.

Apabila 1-2 dari R. Paryana Suryadipura dalam bukunya "*Anthropobiologie*". Berdasarkan *Atoomphysica* maka 3-4 dari R. Soenarto dalam bukunya "Serat Sasongko Jati dan Bawa Raos Selebeting Raos". Apabila 2 hal + 8 hal (hasta sila) diamalkan oleh para hakim niscaya putusan hakim akan baik, benar dan adil. Pendapat Soeyono Koesoemo Siswono di

¹⁰⁹ *Ibid.*, hal. 55-56.

atas yang memadu pitutur pujangga Jawa dalam 3 buku tersebut sudah sangat lengkap tidak hanya pitutur untuk diamalkan bagi hakim saja tapi juga aparat penegak hukum yang lain lebih luasnya aparat pemerintah/negara.

Keadilan atau ketidakadilan menurut hukum akan diukur oleh nilai moralitas yang mengacu pada harkat dan martabat manusia.¹¹⁰

Kemudian menurut pendapat Bagir Manan,¹¹¹ dalam bukunya *“Peran Hakim Dalam Dekolonisasi Hukum Dalam Wajah Hukum Di Era Reformasi”*, bahwa “kita percaya pada pedang keadilan hakim, karena itu hakim perlu selalu berwawasan luas dalam menerapkan hukum. Hakim bukan “mulut” undang-undang. Hakim adalah pemberi keadilan. Apabila ada pertentangan antara keadilan dan hukum, hakim wajib memihak keadilan dan mengesampingkan hukum”.

Demikian pula Pendapat Bismar Siregar yang disampaikan oleh Sidik Sunaryo,¹¹² bahwa “bila untuk menegakkan keadilan, saya harus korbankan kepastian hukumnya, maka akan saya korbankan hukum itu.

Menurut saya, hukum hanya sarana, sedangkan tujuannya adalah keadilan. Mengapa tujuan dikorbankan karena sarana ?”

Adapun menurut Satjipto Rahardjo,¹¹³ bahawa “paradigma penegakan hukum semestinya lebih mengutamakan sisi kemanusiaan (keadilan) dibandingkan penerapan pasal peraturan (kepastian hukum).

¹¹⁰. Sri Sumarwani, 2012, *Moral, Keadilan dan Kesejahteraan*, Makalah Acara Matrikulasi Program Doktor (S 3) Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang, hal. 5.

¹¹¹ Baqir Manan, 2000, *Peran Hakim Dalam Dekolonisasi Hukum, Dalam Wajah Hukum Di Era Reformasi*, Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 264.

¹¹² Bismar Siregar, dalam Sidik Sunaryo, 2004, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Malang: Penerbit Universitas Muhammadiyah Malang, , hal. 27.

¹¹³ Satjipto Rahardjo, 20 Januari 2006, *Diskusi Panel Memperingati Dies Natalis ke-49 Fakultas Hukum UNDIP*, tanggal 17 Januari 2006 Kompas,

Penegak hukum tidak cukup hanya mengetahui kata dalam peraturan, namun harus mencari makna di balik kata itu.” Firman Allah SWT dalam Al-Quran Surat An-Nisa’ Ayat 135¹¹⁴ yang artinya: Jadilah kamu orang yang benar-benar menegakkan keadilan, menjadi saksi karena Allah, walaupun terhadap dirimu sendiri, ibu bapamu, dan kaum kerabatmu. Hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak tetapi mempunyai nilai-nilai yang harus dijunjung tinggi dan dihormati, hal ini senada dengan salah satu dari arti hukum, yaitu sebagai jalinan nilai-jalinan nilai dari konsepsi-konsepsi yang abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk. Selanjutnya bahwa tujuan Negara Indonesia yang termuat pada alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 adalah:

- a. Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.
- b. Mewujudkan kesejahteraan umum.
- c. Mencerdaskan kehidupan bangsa
- d. Ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Sedangkan identitas bagi negara Indonesia diidentifikasi dalam 6 (enam) point pokok sebagai berikut:

- a. Indonesia sebagai negara republik
- b. Indonesia sebagai negara demokrasi
- c. Indonesia sebagai negara kesatuan

¹¹⁴ Departemen Agama R.I., 1982/1983, *Al-Quran Dan Terjemahnya*, Jakarta: Proyek Pengadaan Kitab Suci Al-Quran, , hal. 144.

- d. Indonesia sebagai negara kesejahteraan
- e. Indonesia sebagai negara hukum
- f. Indonesia sebagai negara Pancasila ¹¹⁵

Bahwa manusia, sebagai yang bebas, bertanggung jawab di hadapan Allah yang adil. Selanjutnya, baik dan buruk merupakan kategori-kategori rasional yang dapat diketahui melalui nalar, yaitu tak bergantung pada wahyu. Allah telah menciptakan akal manusia sedemikian rupa sehingga mampu melihat yang baik dan buruk secara obyektif. Selanjutnya kaum Mu'tazilah menyatakan, bahwa keadilan Allah tergantung pada pengetahuan obyektif tentang baik dan buruk, sebagaimana ditetapkan oleh nalar, apakah sang Pembuat hukum menyatakannya atau tidak. Dengan kata lain, kaum Mu'tazilah menyatakan, kemujaraban nalar naluri sebagai sumber pengetahuan etika dan spiritual, dengan demikian menegakkan bentuk obyektivisme rasionalis. ¹¹⁶

Sedangkan menurut kaum Asy'ariah, ¹¹⁷ bahwa baik dan buruk itu adalah sebagaimana Allah tentukan, dan adalah angkuh untuk menilai Allah berdasarkan kategori-kategori yang diberikan-Nya untuk mengarahkan kehidupan manusia. Bagi kaum Mu'tazilah tidak ada cara, dalam batas-batas logika biasa, untuk menerangkan hubungan kekuasaan Allah dengan tindakan manusia. Jadi, segala sesuatu yang terjadi merupakan hasil kehendak-Nya, tanpa penjelasan atau pembenaran.

¹¹⁵ Muchsin, *Nilai-nilai Hukum dalam Pembangunan Nasional Indonesia*, tanpa tahun, hal. 2.

¹¹⁶ Mumtaz Ahmad (ed), 1994, *Masalah-Masalah Teori Politik Islam*, Bandung: Mizan, hal. 154-155.

¹¹⁷ *Ibid*, hal. 156

Tetapi, hanya Allah semata-mata yang menciptakan segala tindakan secara langsung. Namun demikian, dalam beberapa tindakan, suatu kualitas tindakan sukarela digantikan kehendak Allah, yang menjadikan seseorang sebagai wakil sukarela dan bertanggung jawab. Karenanya, tanggung jawab manusia merupakan hasil kehendak *ilahiah* yang diketahui melalui bimbingan wahyu. Kalau tidak, maka nilai-nilai tidak memiliki dasar selain kehendak Allah yang mengenai nilai-nilai itu.

Konsepsi kaum Asy`ariah tentang pengetahuan etika ini dikenal sebagai subyektivisme teistis, yang berarti, bahwa semua nilai etika tergantung pada ketetapan-ketetapan kehendak Allah yang diungkapkan dalam bentuk wahyu yang kekal dan tak berubah. Kedua pendirian teologis tersebut berdasarkan pada penafsiran ayat-ayat Al-Quran, yang mempunyai pandangan kompleks tentang peranan tanggung jawab manusia dalam mewujudkan kehendak *ilahiah* di muka bumi. Di satu pihak, Al-Quran berisikan ayat-ayat yang mendukung penekanan Mu`tzilah pada tanggung jawab penuh manusia dalam menjawab panggilan bimbingan alamiah maupun wahyu. Di lain pihak, juga memiliki ayat-ayat yang dapat mendukung pandangan Asy`ariah tentang kemahakuasaan Allah yang tak memberi manusia peranan dalam menjawab bimbingan *ilahiah*. Betapapun, Al-Quran mempertimbangkan keputusan dan kemahakuasaan *ilahiah* dalam masalah bimbingan.

Sesungguhnya, konsep bimbingan natural atau universal mempunyai implikasi-implikasi yang lebih luas dari pada mempertunjukkan eksistensi kapasitas kemauan dalam jiwa manusia, dan

membuktikan tanggung jawab manusia dalam mengembangkan pengertian tajam persepsi moral dan spiritual serta motivasi, yang akan membawa kepada penegakan keadilan di muka bumi. Nampak, bahwa Al-Quran menganggap manusia seluruhnya sebagai satu bangsa berhubungan dengan bimbingan universal sebelum bimbingan khusus melalui para Nabi diturunkan, dan dengan demikian menganggap mereka semua secara bersama-sama bertanggung jawab untuk menegakkan keadilan sebagaimana firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat Al-Baqarah Ayat 213¹¹⁸ yang artinya sebagai berikut: Manusia adalah umat yang satu (setelah timbul perselisihan), maka Allah mengutus para Nabi, sebagai pemberi kabar gembira dan pemberi peringatan, dan Allah menurunkan bersama mereka Kitab dengan benar, untuk memberi keputusan di antara manusia tentang perkara yang mereka perselisihkan.

Berdasarkan bimbingan universal, maka dapat dibicarakan tentang dasar-dasar natural-moral tingkah laku manusia di dalam Al-Quran. Ayat-ayat tersebut menunjuk kepada watak moral yang universal dan obyektif yang membuat semua manusia diperlakukan secara sama dan sama-sama bertanggung jawab kepada Allah.

Dengan kata lain, perintah-perintah moral tertentu jelaslah didasarkan pada watak umum manusia dan dianggap sebagai terlepas dari keyakinan-keyakinan spiritual tertentu, meskipun semua bimbingan praktis pada akhirnya berasal dari sumber yang sama, yaitu, dari Allah. Karena itu, penting untuk menekankan dalam konteks Al-Quran, bahwa

¹¹⁸. Departemen Agama R.I., *Op.Cit.*, Al-Baqarah : 213, hal. 51.

gagasan keadilan teistis menjadi relevan dengan mapannya tatanan sosial, karena secara logis membangkitkan keadilan obyektif universal yang mendarah daging dalam jiwa manusia.

Dalam satu ayat yang sangat penting artinya, Al-Quran mengakui watak obyektif 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” sebagaimana firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat Al-Maidah Ayat 48¹¹⁹ yang artinya sebagai berikut: ”Untuk tiap-tiap umat di antara kamu Kami berikan aturan dan jalan yang terang. Sekiranya Allah menghendaki, niscaya kamu dijadikan-Nya satu umat (saja), tetapi Allah hendak menguji kamu terhadap pemberian-Nya kepadamu, maka berlomba-lombalah berbuat kebajikan. Hanya kepada Allah-lah kembali kamu semuanya, lalu diberitahukann-Na kepadamu apa yang telah kamu perselisihkan itu.”

Terhadap suatu asumsi yang jelas dalam ayat ini, bahwa semua umat manusia harus berusaha keras menegakkan suatu skala keadilan, yang diakui secara obyektif, tak soal dengan perbedaan keyakinan-keyakinan religius. Cukup menarik, manusia yang idael disebutkan sebagai menggabungkan kebajikan moral tersebut dengan kepasrahan religius yang sempurna. Bahkan dalam Al-Quran Surat Al-Baqarah Ayat 112¹²⁰ yang artinya sebagai berikut: ”(Tidak demikian) bahkan barangsiapa yang menyerahkan diri kepada Allah, sedang ia berbuat

¹¹⁹. Departemen Agama R.I., *Op.Cit.*, Al-Maidah : 48, hlm. 168.

¹²⁰. Departemen Agama R.I., *Op.Cit.*, Al-Maidah : 48, hlm. 168.

kebajikan, maka baginya pahala pada sisi Tuhannya, dan tidak ada kekhawatiran terhadap mereka dan tidak(pula) mereka bersedih hati.”

Dengan demikian, penulis mempunyai dasar yang jelas untuk membedakan antara keadilan obyektif dan keadilan teistis. Keadilan obyektif ialah diperkuat lagi oleh tindakan religius kepatuhan kepada Allah. Dalam bidang keadilan obyektif universal, manusia di perlakukan secara sama dan memikul tanggung jawab yang sama untuk menjawab bimbingan universal.

Lagi pula, tanggung jawab moral *asasiah* semua manusia pada tingkat bimbingan universal inilah yang membuatnya masuk akal untuk mengatakan, bahwa Al-Quran menunjukkan sesuatu yang sama dengan pemikiran barat tentang hukum natural, yang merupakan sumber keadilan positif dalam masyarakat yang berdasarkan persetujuan yang tak di ucapkan atau oleh tindakan resmi. Oleh karena Al-Quran mengakui keadilan teistis dan keadilan obyektif, maka untuk mengistilahnannya keadilan natural dalam arti yang dipakai oleh Aristoteles, yaitu suatu produk dari kekuatan natural bukan dari kekuatan sosial.

Maka, Aristoteles menyamakan keadilan *Ilahiah* dengan keadilan natural. Para ulama' fiqh berpendapat, bahwa keadilan *Ilahiah* merupakan tujuan akhir dari wahyu Islam, yang diungkapkan dalam bentuk awalnya dalam hukum-hukum Islam yang suci (syari`ah).¹²¹

Keadilan dalam filsafat hukum menjadi landasan utama yang harus diwujudkan melalui hukum yang ada. Aristoteles menegaskan, bahwa

¹²¹ . Mumtaz Ahmad, *Op.cit.*, hlm. 157-162.

keadilan sebagai inti dari filsafat hukumnya. Baginya, keadilan dipahami dalam pengertian kesamaan, yaitu antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik ialah mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Kesamaan proporsional ialah memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya.

Dari beberapa pembedaan tentang keadilan tersebut di atas, keadilan distributif dipandang segala awal mula dari segala jenis teori keadilan. Dinamika keadilan yang berkembang di masyarakat dalam telaah para ahli pada umumnya berlandaskan pada teori keadilan distributif, meskipun dengan berbagai versi dan pandangannya masing-masing. Oleh karena itu, dengan melakukan telaah kritis mengenai hubungan kontraktual para pihak, khususnya dalam kontrak komersial, tentunya harus dilandasi pemikiran proporsional yang terkandung dalam keadilan distributif.

Keadilan dalam berkontrak lebih termanifestasi apabila pertukaran kepentingan para pihak terdistribusi sesuai dengan hak dan kewajibannya secara proporsional.

3. *Applied Theory*

a. Teori Harmonisasi Hukum

Harmonisasi hukum, adalah upaya atau proses yang hendak mengatasi batasan-batasan perbedaan, hal-hal yang bertentangan dan kejanggalan dalam hukum. Harmonisasi hukum meliputi tiga unsur-unsur tatanan hukum, yaitu:

- 1) komponen materi hukum (*legal substance*) atau tata hukum yang

terdiri atas tatanan hukum eksternal yaitu peraturan perundang-undangan, hukum tidak tertulis termasuk hukum adat dan yurisprudensi, serta tatanan hukum internal yaitu asas hukum yang melandasinya;

- 2) komponen struktur hukum beserta kelembagaannya (*legal structure*), yang terdiri atas berbagai badan institusional atau kelembagaan publik dengan para pejabatnya; dan
- 3) komponen budaya hukum (*legal culture*), yang mencakup sikap dan perilaku para pejabat dan warga masyarakat berkenaan dengan komponen-komponen yang lain dalam proses penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat.

Namun demikian tidaklah cukup hanya dengan tiga unsur di atas untuk mewujudkan harmonisasi hukum, perlu juga mengaplikasikan prinsip hukum Kelsen dalam implementasi di lapangan terhadap aturan perundangan sehingga harmonisasi dapat terwujud. Kelsen¹²² cenderung menggunakan prinsip hukum seperti:

- 1) Hukum yang lebih tinggi mengesampingkan hukum yang lebih rendah.
- 2) Hukum yang lebih khusus mengesampingkan hukum yang lebih umum.
- 3) Hukum yang lebih baru mengesampingkan hukum yang lebih lama.
- 4) Hukum yang lebih menyangkut kepentingan umum

¹²² Munir Fuady, 2013, *Teori-Teori Besar Dalam Hukum*, Kencana, Jakarta hal. 147.

mengesampingkan hukum yang kurang menyangkut kepentingan umum.

Di Indonesia dalam konteks harmonisasi hukum, dapat diketahui dalam Keputusan Presiden Nomor 188 tahun 1998, Pasal 2 yang berbunyi sebagai berikut; Dalam rangka pengharmonisan, pembulatan dan pematapan konsepsi yang akan dituangkan dalam Rancangan Undang-Undang, Menteri atau pimpinan lembaga pemrakarsa, penyusun Rancangan Undang-Undang wajib mengkalkulasikan terlebih dahulu konsepsi tersebut dengan Menteri Kehakiman dan Menteri serta Pimpinan Lembaga Lainnya yang terkait.

Harmonisasi dalam hukum adalah mencakup penyesuaian peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintah, keputusan hakim, sistem hukum dan asas-asas hukum dengan tujuan peningkatan kesatuan hukum, kepastian hukum, keadilan dan kesebandingan, kegunaan dan kejelasan hukum, tanpa mengaburkan dan mengorbankan pluralisme hukum.¹²³

Tanpa adanya harmonisasi sistem hukum, akan memunculkan keadaan tidak dapat menjamin kepastian hukum yang dapat menimbulkan gangguan dalam kehidupan bermasyarakat, ketidaktertiban dan rasa tidak dilindungi.

¹²³.L.M. Gandhi, 1995. “*Harmonisasi Hukum Menuju Hukum Yang Responsif*”, *Makalah*, yang Disampaikan pada Pidato Pengukuhan Guru Besar Tetap FH-UI.

Dalam perspektif demikian masalah kepastian hukum akan dirasakan sebagai kebutuhan yang hanya dapat terwujud melalui harmonisasi sistem hukum.¹²⁴

Dalam perpektif demikian, langkah untuk menuju harmonisasi hukum dapat dilakukan dalam dua langkah perumusan, yaitu harmonisasi kebijakan formulasi (sistem pengaturan) dan harmonisasi materi (substansi). Untuk hal pertama menunjuk pada langkah perumusan harmonisasi sistem hukumnya, dan hal kedua menunjuk pada langkah perumusan harmonisasi norma-norma (materi hukum). Dengan demikian dapat dikatakan bahwa harmonisasi sistem hukum internasional adalah pengharmonisasian pluralitas sistem hukum dalam sistem hukum Internasional, untuk membentuk uniformitas sistem hukum yang dapat disetujui dan diterima oleh semua negara dalam melaksanakan transaksi-transaksi perdagangan internasional. Dirumuskan dalam dua langkah yaitu penyesuaian sistem hukum nasional menjadi sistem hukum yang bersifat global dan dengan demikian yang harmonis dan seragam adalah hukum positifnya (*harmony of law*) dan penyesuaian norma-norma hukum tertentu menjadi satu kesatuan norma yang bersifat global yang kelak dapat digunakan sebagai sarana penyelesaian sengketa, dengan demikian yang harmonis dan seragam adalah keputusan-keputusan hakim (*harmony of decision*) secara global.¹²⁵

¹²⁴ Kusnu Goesniadhie, 2006, *Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundang-undangan; Lex Specialis Suatu Masalah*, JP Books, Surabaya, hal. 100.

¹²⁵ *Ibid*, hal. 107

Perumusan langkah yang ideal yang ditempuh dalam harmonisasi sistem hukum adalah sebagaimana dikemukakan oleh L. Friedmann¹²⁶ yaitu perlu melakukan penyesuaian unsur-unsur tatanan hukum yang berlaku dalam kerangka sistem hukum nasional (*legal system*) yang mencakup komponen materi hukum (*legal substance*), komponen struktur hukum beserta kelembagaannya (*legal structure*) dan komponen budaya hukum (*legal culture*). Dengan demikian harmonisasi sistem hukum nasional melibatkan mata rantai hubungan ketiga komponen sistem hukum tersebut dalam kerangka sistem hukum nasional.

Selanjutnya memperhatikan sistem hukum nasional sebagai masukan, yaitu memperhitungkan keberadaan sistem hukum nasional yang sedang berjalan (*existing legal system*), yang menyangkut unsur-unsur substansi hukum, tata hukum yang terdiri tatanan hukum eksternal yaitu peraturan perundang-undangan, hukum tidak tertulis termasuk hukum adat dan yurisprudensi serta tatanan hukum internal yaitu asas-asas hukum yang melandasinya, struktur hukum beserta kelembagaannya (*legal structure*), yang terdiri atas berbagai badan institusional atau kelembagaan publik dengan para pejabatnya.¹²⁷

b. Teori Social Engineering

Teori hukum ini merupakan sarana rekayasa masyarakat. Bertolak dari pemikiran Roescoe Pound bahwa hukum berfungsi sebagai alat *social control* dan *social engineering*. Maka kita lihat

¹²⁶ *Ibid*, hal. 84-85

¹²⁷ *Ibid*, hal 85.

dua fungsi dari hukum tersebut dari sudut pandang sosiologi. Hukum sebagai kontrol sosial berarti dengan adanya hukum diharapkan masyarakat akan teratur dan semua elemen masyarakat mentaati hukum tersebut karena dianggap sebagai garis dalam menjalankan kehidupan bermasyarakat sehingga tidak terjadi gesekan antara satu dengan lainnya.¹²⁸

Dengan hukum yang ada di masyarakat tersebut maka akan mempengaruhi terhadap kehidupan sosial di masyarakat, sebagai akibatnya adalah adanya hubungan timbal balik antara masyarakat dengan hukum. Hukum sebagai sesuatu yang membangun kehidupan sosial dapat di artikan bahwa dengan adanya penegakan hukum diharapkan menghasilkan efek jera dari pelaku sehingga diharapkan di kemudian hari tidak melakukan kesalahan yang sama. Tetapi bila dirasakan hukum tersebut tidak dapat membawa pengaruh yang baik terhadap masyarakat, maka masyarakat akan berpendapat bahwa hukum tersebut tidak sesuai dan perlu disesuaikan dengan kebutuhan. Sehingga hukum yang akan dibuat selanjutnya mendapat pengaruh dari masyarakat sekitarnya.

c. *Teori Hukum Responsif*

Teori Hukum Responsif merupakan teori tentang profil hukum yang dibutuhkan dalam masa transisi. Karena harus peka terhadap situasi transisi di sekitarnya, maka hukum responsif tidak saja dituntut menjadi sistem yang terbuka, tetapi juga harus mengandalkan

¹²⁸ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim, 2006, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hal.234.

keutamaan tujuan, yaitu tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat-akibat yang timbul dalam bekerjanya hukum itu. ini lahir dan digagas oleh Nonet-Selznick¹²⁹

Apa yang dikatakan Nonet dan Selznick, sebetulnya ingin mengeritik model *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatiek* yang hanya berkuat di dalam sistem hukum positif. Model yang mereka sebut dengan tipe hukum otonom. Hukum Responsif sebaliknya, pemahaman mengenai hukum melampaui peraturan atau teks-teks dokumen dan *looking towards* pada hasil akhir, akibat dan manfaat dari hukum itu. Itulah sebabnya, hukum responsif mengandalkan dua doktrin utama. **Pertama**, hukum itu harus fungsional, pragmatik, bertujuan dan rasional. **Kedua**, kompetensi menjadi patokan evaluasi terhadap semua pelaksanaan hukum.

Dalam penegakan hukum responsif, penegakan hukum tidak hanya berdasarkan hukum secara formal, di mana hukum diberlakukan hanya berdasarkan aturan – aturan saja, dan hukum hanya diberakukan sebagai penjaga setiap pelanggaran atau diformat untuk mencegah setiap pelanggaran, tetapi hukum harus progresif, yaitu hukum harus dilihat dari sisi keadilan masyarakat. Sehingga ketika hukum itu ditegakkan maka rasa keadilan akan dirasakan oleh masyarakat.¹³⁰

¹²⁹ Philippe Nonet dan Philip Selznick, 2007 *Hukum Responsif*:. Nusa Media,, Bandung, hal.3

¹³⁰ Ali Mansyur, 2010, *Pranata Hukum dan Penegakannya di Indonesia*, Unissula Press, Semarang:, hal. 62 .

Proses penegakan hukum menjadi satu hal yang dilematis ketika dalam proses perwujudannya terjadi perbenturan kepentingan (*conflict of interest*). “Sejatinya penegakan hukum diletakkan di atas keseluruhan kenyataan dimensi kehidupan manusia, baik secara politik, kultural maupun ekonomis”.¹³¹ Hal tersebut mungkin dapat dipahami sejalan dengan pemikiran Nonet dan Selznick¹³² yang mengatakan bahwa umumnya negara baru (negara yang sedang berkembang) lebih cenderung memiliki hukum yang bertipe menindas. “Masuknya pemerintah ke dalam pola kekuasaan yang bersifat menindas (melalui hukum), biasanya terdapat pada masyarakat yang berada pada tahap pembentukan suatu tatanan politik tertentu”. Karena kompetensi sebagai tujuan berfungsi sebagai norma kritik, maka tatanan hukum responsif, menekankan pada:

- a. Keadilan substantif sebagai dasar legitimasi hukum
- b. Peraturan merupakan sub-ordinasi dari prinsip dan kebijakan
- c. Pertimbangan hukum harus berorientasi pada tujuan dan akibat bagi kemaslahatan masyarakat.
- d. Penggunaan diskresi sangat dianjurkan dalam pengambilan keputusan hukum dengan tetap berorientasi pada tujuan
- e. Memupuk sistem kewajiban sebagai ganti sistem paksaan
- f. Moralitas kerjasama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum

¹³¹ Gunarto, 2010, *Relasi Politik Demokrasi dan Penegakan Hukum*,: Unissula Press, Semarang hal. 44, .

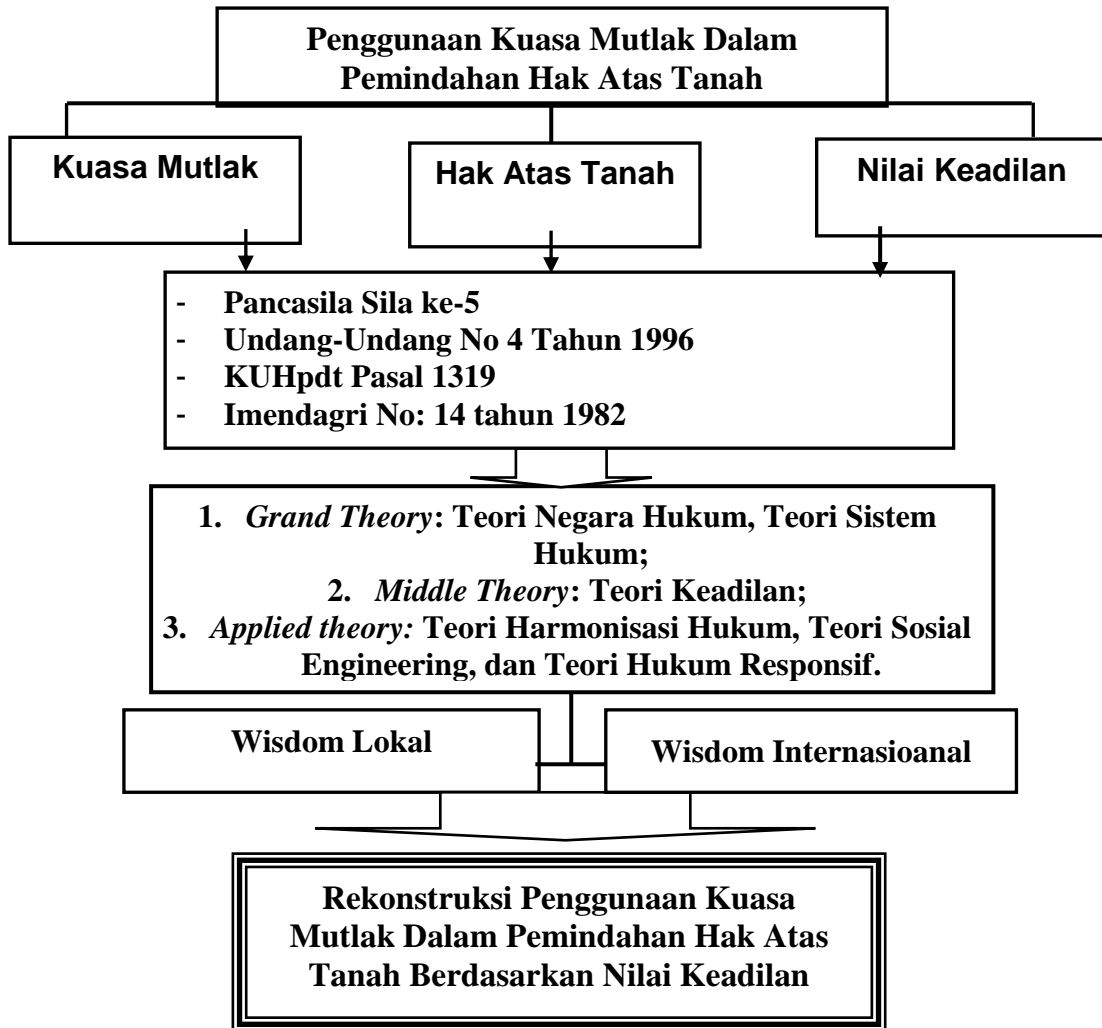
¹³² Mahfud MD, 1993; *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*,: Liberty, , Yogyakarta hal. 16 .

- g. Kekuasaan didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat.
- h. Penolakan terhadap hukum harus dilihat sebagai gugatan terhadap legitimasi hukum
- i. Akses partisipasi publik dibuka lebar dalam rangka integrasi advokasi hukum dan sosial.

Dalam konteks inilah, hukum responsif menurut Nonet-Selznick, merupakan upaya dalam menjawab tantangan untuk melakukan sintesis antara ilmu hukum dan ilmu sosial. Menurut mereka, suatu sintesis dapat dicapai bila kajian tentang pengalaman hukum menemukan kembali persambungannya dengan ilmu hukum klasik yang sifatnya lebih intelektual akademik. Ilmu hukum selalu lebih dari sekadar bidang akademik yang dipahami oleh hanya segelintir orang. Dengan demikian teori hukum, tidaklah buta terhadap konsekuensi sosial dan tidak pula kebal dari pengaruh sosial. Ilmu hukum memperoleh fokus dan kedalaman, ketika ia secara sadar mempertimbangkan implikasi-implikasi yang dimilikinya untuk tindakan dan perencanaan kelembagaan. Untuk membuat ilmu hukum lebih relevan dan lebih hidup, harus ada reintegrasi antara teori hukum, politik hukum dan teori sosial.

Teori Pound mengenai keseimbangan kepentingan-kepentingan sosial, merupakan sebuah usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan sebuah model hukum responsif itu.

G. Kerangka Pemikiran .



Untuk menganalisis permasalahan **Pertama** disertai faktor-faktor apa saja yang berpengaruh pada Penggunaan Kuasa Mutlak Dalam Pemindahan Hak Atas Tanah, dianalisis dengan Teori Negara Hukum dan Teori Sistem Hukum untuk menganalisis permasalahan **Kedua** bagaimana kelemahan-kelemahan Pelaksanaan Kuasa Mutlak Dalam Pemindahan Hak Atas Tanah dianalisis Teori Keadilan, sedangkan permasalahan **Ketiga** Rekonstruksi Penggunaan Kuasa Mutlak Dalam Pemindahan Hak Atas Tanah Berdasarkan Nilai Keadilan, menggunakan Teori Negara Hukum, Teori Sistem Hukum, Teori Keadilan, Teori Harmonisasi Hukum, Teori Sosial Engineering, dan Teori Hukum Responsif.

Bertolak dari pemikiran bahwa Surat Kuasa Mutlak (Kuasa Mutlak) sebagaimana yang dilarang oleh INMENDAGRI No. 14 Tahun 1982 adalah merupakan salah satu bentuk dari Hukum Perikatan yang lahir karena perjanjian. Pengaturan hukum perjanjian dapat dijumpai dalam Kitab Undang

– Undang Hukum Perdata. Meskipun Surat Kuasa Mutlak adalah merupakan bagian dari hukum perjanjian, yakni perjanjian pemberian kuasa; namun tidak ada satu pasalpun dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata yang mengatur maupun memberikan pengertiannya

Kitab Undang – Undang Hukum Perdata adalah merupakan Undang – Undang yang tertinggi dalam hal pengaturan mengenai hukum perjanjian. Dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata tidak ada satu pasalpun yang melarang pembuatan dan penggunaan Surat Kuasa Mutlak. Undang – undang menjamin kepada setiap orang untu membuat (ataupun tidak membuat) perjanjian apapun dan bagaimanapun isinya yang mereka kehendaki, baik yang diatur dalam undang – undang maupun yang tidak diatur dalam undang – undang, asalkan dibuat secara sah. Hal ini dapat dijumpai dalam Pasal 1338 Kitab Undang–Undang Hukum Perdata dan lebih dikenal dengan Asas kebebasan berkontrak (*contractsvrijheid, partij autonomie freedom of contract*).

Ketentuan umum mengenai hukum perjanjian telah diatur dalam buku ke III Kitab Undang – Undang Hukum Perdata dari Pasal 1233 sampai dengan Pasal 1864.

Sehingga apabila ada peraturan lain yang hendak mengatur mengenai hukum perjanjian, harus merujuk dan tidak boleh bertentangan dengan ketentuan umum tersebut, demikian Pasal 1319 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata menentukan.

Menurut pendapat penulis INMENDAGRI No. 14 Tahun 1982 yang mengatur tentang larangan membuat dan menggunakan Surat Kuasa Mutlak (

Kuasa Mutlak) yang notabene bagian dari hukum perjanjian, adalah bertentangan dengan Asas umum yang dikenal dalam hukum perjanjian yaitu asas kebebasan berkontrak (*contractsvrijheid, partij autonomie freedom of contract*). Asas tersebut tercermin dalam Pasal 1338 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata.

Adanya peraturan per – Undang- Undang yang saling bertentangan antara yang satu dengan yang lain sebagaimana tersebut diatas, menunjukkan adanya ketidak harmonisan dalam suatu sistem tata hukum di Indonesia. Ketidak harmonisan suatu peraturan per – Undang- Undang tersebut akan berpotensi menciptakan tidak adanya kepastian hukum.

Tidak adanya kepastian hukum, akan menimbulkan banyak konflik dimasyarakat dan pada akhirnya tujuan hukum itu sendiri tidak akan tercapai. Suatu peraturan per – Undang- Undang yang berlaku pada suatu negara tentu tidak dapat berdiri sendiri terlepas dari sistem tata hukum di negara tersebut, karena ia merupakan suatu bagian integral atau sub sistem dari suatu sistem hukum yang ada. Adanya perangkat hukum yang saling bertentangan sebagaimana tersebut diatas, maka perlu dikaji yang mendalam serta harus dicari solusinya.

Pengaturan tentang hukum perjanjian diatur dalam Buku ke-III Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, yaitu tentang perikatan. Namun pengertian mengenai perikatan, tidak ada satu pasal pun dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata yang memberikannya. Menurut Purwahid Patrik , S.H.¹³³ pengertian Perikatan diberikan oleh ilmu

¹³³. Purwahid Patrik, 1986, *Hukum Perdata I (Asas – asas hukum perikatan)*. UNDIP, Semarang hal. 1.;

pengetahuan, yaitu suatu hubungan hukum dalam lapangan harta kekayaan antara 2 (dua) orang atau lebih dimana pihak yang satu berhak atas sesuatu dan pihak lain berkewajiban atas sesuatu. Sumber perikatan menurut Pasal 1233 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata ada dua (2) yaitu perjanjian dan undang-undang. Perikatan yang timbul karena perjanjian adalah karena kehendak para pihak sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1313 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Sedangkan Perikatan yang timbul karena Undang – Undang menurut Pasal 1352 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, timbul karena Undang – Undang sahaja, atau dari Undang – Undang sebagai akibat perbuatan orang.

Perikatan yang timbul karena Undang – Undang sahaja / melulu, sebagai contoh dapat dijumpai pada Pasal 104 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, tentang kewajiban alimentasi antara orang tua dan anak; juga terdapat dalam Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan; termasuk juga Pasal 625 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, mengenai hukum Tetangga, hak dan kewajiban pemilik pekarangan yang berdampingan.

Kemudian perikatan yang timbul karena Undang – Undang sebagai akibat perbuatan orang, menurut ketentuan dalam Pasal 1353 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, ada dua (2) macam yakni perbuatan menurut hukum (halal), contohnya perwakilan sukarela (*zaakweernaming*) sebagaimana yang tersebut dalam Pasal 1354 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, kemudian pembayaran tak terhutang Pasal 1359 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata.

Selanjutnya perikatan yang timbul karena perbuatan yang melawan hukum, contohnya sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata.

Jenis jenis perikatan / perjanjian¹³⁴ dapat dibedakan menurut:

1. Isi prestasinya:
 - a. Perikatan positif dan negatif;
 - b. Perikatan sepintas lalu dan berkelanjutan;
 - c. Perikatan alternatif;
 - d. Perikatan fakultatif;
 - e. Perikatan generik dan spesifik;
 - f. Perikatan yang dapat dibagi-bagi dan yang tidak dapat dibagi-bagi.
2. Subyek-subyeknya
 - a. Perikatan solider atau tanggung renteng;
 - b. Perikatan principle atau accessoire;
3. Mulai berlaku dan berakhirnya perikatan:
 - a. Perikatan bersyarat;
 - b. Perikatan dengan ketentuan waktu.

Menurut Pasal 1313 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata¹³⁵, yang dimaksud dengan perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya, terhadap satu orang lain atau lebih. Ketentuan tersebut dapat dipahami bahwa, suatu perjanjian adalah suatu peristiwa yang menimbulkan perikatan atau hubungan hukum antara dua

¹³⁴ R. Setiawan, 2004. *Pokok – pokok Hukum Perikatan*. Sumur Bandung, . hal.. 18

¹³⁵ . R. Subekti & R. Tjitrosudibio. 1992-.. *Kitab undang – undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta,, hal 282 .

pihak (bisa orang perseorangan atau badan hukum/lembaga) atau lebih, untuk saling mengikatkan diri guna menimbulkan akibat hukum.

Suatu perjanjian menurut hukum dianggap sah, apabila telah memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian menurut Pasal 1320 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata¹³⁶, yaitu:

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu hal tertentu;
4. Suatu kausa/sebab yang halal.

Asas umum yang cukup penting dan dikenal dalam hukum perjanjian adalah asas kebebasan berkontrak (*contractsvrijheid, partij autonomie freedom of contract*). Artinya bahwa setiap orang dapat membuat (ataupun tidak membuat) perjanjian apapun dan bagaimanapun isinya yang mereka kehendaki, baik yang diatur dalam Undang – Undang maupun yang tidak diatur dalam Undang – Undang, asalkan dibuat secara sah. Asas ini tercermin dalam Pasal 1338 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Namun kebebasan tersebut bukan berarti mutlak, karena terdapat pembatasannya, yaitu tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang, ketertiban umum dan kesusilaan, demikian Pasal 1337 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, menegaskan. serta dibatasi juga oleh Pasal 1254 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata yakni harus mungkin terlaksana dan harus susila.

¹³⁶. Ibid hal . 283.

Pengertian perjanjian pemberian kuasa menurut Pasal 1792 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata ¹³⁷, adalah suatu perjanjian dengan mana seorang memberikan kekuasaan kepada seorang lain, yang menerimanya, untuk atas namanya menyelenggarakan suatu urusan. Dari pengertian pasal tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa pemberian kuasa adalah seseorang memberikan wewenang kepada seseorang/pihak lain untuk menyelenggarakan sesuatu urusan tertentu guna kepentingan pihak pemberi kuasa. Sifat dari pemberian kuasa itu sendiri bersifat konsensualisme, artinya pemberian kuasa telah terjadi atau sah sejak adanya kata sepakat diantara pemberi kuasa dengan si penerima kuasa.

Perjanjian pemberian kuasa dapat diberikan secara lisan maupun secara tertulis, bahkan secara diam-diam undang-undang tidak melarang. Untuk hal tersebut kiranya dapat dirujuk dalam rumusan Pasal 1793 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata ¹³⁸, yang menentukan bahwa: Kuasa dapat diberikan dan diterima dalam suatu akta umum, dalam suatu tulisan dibawah tangan, bahkan dalam sepucuk surat ataupun dengan lisan. Penerimaan suatu kuasa dapat pula terjadi secara diam-diam dan disimpulkan dari pelaksanaan kuasa itu oleh si kuasa.

Rumusan Pasal 1793 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata tersebut di atas, dapat diketahui bahwa pemberian kuasa adalah bebas dari suatu bentuk formalitas tertentu. Menurut ketentuan dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, perjanjian pemberian kuasa ada dua (2) macam yaitu:

1. Perjanjian pemberian kuasa secara khusus;

¹³⁷. Ibid hal . 382.

¹³⁸ Ibid hal . 382.

2. Perjanjian pemberian kuasa secara umum.

Kedua macam pemberian kuasa tersebut diatur dalam Pasal 1795 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata yang menegaskan bahwa: Pemberian kuasa dapat dilakukan secara khusus, yaitu mengenai hanya satu kepentingan tertentu atau lebih, tetapi tidak digunakan untuk beracara di Pengadilan, atau secara umum, yaitu meliputi segala kepentingan si pemberi kuasa.

Perjanjian pemberian kuasa secara khusus atau sering dikenal dengan istilah kuasa khusus menurut rumusan Pasal 123 *HIR (Herzein Indonesisch Reglement)* adalah orang yang dengan surat kuasa tersendiri (khusus) dikuasakan untuk mewakili berperkara. Maksud kekhususannya adalah khusus untuk beracara di Pengadilan. Surat kuasa yang demikian sering dibuat dan digunakan oleh Para Advokat guna mewakili kepentingan kliennya, yang lazim disebut dengan Surat Kuasa Khusus dan biasa dipergunakan dalam dunia peradilan. Pengertian Surat Kuasa Mutlak atau Kuasa Mutlak sebagaimana yang dimaksud oleh Instruksi Dalam Negeri No. 14/1982, adalah:

1. Kuasa yang didalamnya mengandung unsur tidak dapat ditarik kembali oleh pemberi kuasa;
2. Kuasa mutlak yang pada hakekatnya merupakan pemindahan hak atas tanah adalah kuasa mutlak yang memberikan kewenangan kepada penerima kuasa untuk menguasai dan menggunakan tanahnya serta melakukan segala perbuatan hukum yang menurut hukum hanya dilakukan oleh pemegang haknya.

Meskipun Surat Kuasa Mutlak adalah merupakan bagian dari hukum perjanjian, yakni perjanjian pemberian kuasa; namun dalam Kitab Undang – Undang Hukum Perdata tidak ada satu pasalpun yang mengatur maupun memberikan pengertiannya. Namun demikian, secara umum surat kuasa tunduk pada prinsip hukum yang diatur dalam Bab ke - XVI, Buku ke - III Kitab Undang – Undang Hukum Perdata, demikian Pasal 1319 menentukan, sedangkan aturan khususnya diatur dan tunduk pada ketentuan hukum acara yang digariskan H.I.R. (*Herzein Indonesisch Reglement*). Perjanjian pemberian kuasa pada dasarnya mempunyai beberapa sifat pokok, yaitu:¹³⁹

1. Penerima Kuasa Langsung Berkapasitas sebagai Wakil Pemberi Kuasa.

Pemberian kuasa tidak hanya bersifat mengatur hubungan internal antara pemberi kuasa dan penerima kuasa. Akan tetapi, hubungan hukum itu langsung menerbitkan dan memberi kedudukan serta kapasitas kepada kuasa menjadi wakil penuh (*full power*) pemberi kuasa yaitu:

- a. Memberi hak dan kewenangan (*authority*) kepada kuasa, bertindak untuk dan atas nama pemberi kuasa terhadap pihak ketiga;
- b. Tindakan kuasa tersebut langsung mengikat kepada diri pemberi kuasa, sepanjang tindakan yang dilakukan kuasa tidak melampaui batas kewenangan yang dilimpahkan pemberi kuasa kepadanya;

¹³⁹ M. Yahya Harahap, 2006, *Hukum Acara Perdata*: Sinar Grafika, , Jakarta ,hal. 2 – 3.

- c. Dalam ikatan hubungan hukum yang dilakukan kuasa dengan pihak ketiga, pemberi kuasa berkedudukan sebagai pihak materiil atau *principal* atau pihak utama, dan pihak penerima kuasa berkedudukan dan berkapasitas sebagai pihak formil.

Akibat hukum dari hubungan yang demikian, segala tindakan yang dilakukan kuasa kepada pihak ketiga dalam kedudukannya sebagai pihak formil, mengikat kepada pemberi kuasa sebagai *principal* (pihak materiil).

2. Pemberian Kuasa Bersifat Konsensual.

Sifat perjanjian atau persetujuan kuasa adalah konsensual (*consensuale overeenkomst*), yaitu perjanjian berdasarkan kesepakatan (*agreement*) dalam arti:

- a. Hubungan pemberian kuasa, bersifat partai yang terdiri dari pemberi dan penerima kuasa;
- b. Hubungan hukum itu dituangkan dalam perjanjian pemberian kuasa, berkekuatan mengikat sebagai persetujuan diantara mereka (kedua belah pihak);
- c. Oleh karena itu, pemberian kuasa harus dilakukan berdasarkan pernyataan kehendak yang tegas dari kedua belah pihak.

3. Berkarakter Garansi – Kontrak

Ukuran untuk menentukan kekuatan mengikat tindakan kuasa kepada *principal* (pemberi kuasa), hanya terbatas:

- a. Sepanjang kewenangan (*volmacht*) atau mandat yang diberikan oleh pemberi kuasa;

b. Apabila kuasa bertindak melampaui batas mandat, tanggung jawab pemberi kuasa hanya sepanjang tindakan, yang sesuai dengan mandat yang diberikan. Sedang pelampauan itu menjadi tanggung jawab kuasa, sesuai dengan asas “garansi-kontrak“ yang digariskan Pasal 1806 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata .

Sesuai dengan amanat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pada alinea ke empat disebutkan tentang salah satu tujuan negara kita yaitu mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh Rakyat Indonesia. Keadilan sosial itu merupakan simpul dari semua dimensi dan aspek dari ide kemanusiaan tentang keadilan. Istilah keadilan sosial tersebut terkait erat dengan pembentukan struktur kehidupan masyarakat yang didasarkan atas prinsip-prinsip persamaan (*equality*) dan solidaritas. Dalam konsep keadilan sosial terkandung pengakuan akan martabat manusia yang memiliki hak-hak yang sama yang bersifat asasi.¹⁴⁰

Konsep keadilan sosial (*social justice*) berbeda dari ide keadilan hukum yang biasa dipaksakan berlakunya melalui proses hukum. Tetapi konsep keadilan sosial tentu juga tidak hanya menyangkut persoalan moralitas dalam kehidupan bermasyarakat yang berbeda-beda dari satu kebudayaan ke kebudayaan lain sehingga derajat universalitasnya menjadi tidak pasti. Seperti dikemukakan di atas, keadilan social memang harus dibedakan dari perbagai dimensi keadilan, seperti keadilan hukum, keadilan politik, keadilan ekonomi, dan sebagainya,

¹⁴⁰ http://www.jimly.com/makalah/namafile/75/pesan_keadilan_sosial.pdf

meskipun dapat juga dipahami bahwa keseluruhan ide tentang keadilan itu pada akhirnya dapat dicakup.

H. Metode Penelitian.

Dalam metode penelitian ini, penulis akan menjelaskannya sebagai berikut:

1. Paradigma Penelitian.

Sebagaimana telah diuraikan dalam tujuan penelitian tersebut di atas, maka paradigma yang digunakan pada penelitian ini adalah konstruktivisme yaitu mengkonstruksi kembali peraturan Perundang – undangan / pranata hukum berupa INMENDAGRI No. 14/1982 tentang larangan penggunaan Surat Kuasa Mutlak. Kemudian merekonstruksinya sehingga menjadi peraturan hukum yang ideal sesuai dengan Asas Sistem Tata Hukum di Indonesia guna mencapai nilai keadilan.

2. Metode Pendekatan Penelitian.

Penelitian ini adalah bersifat kualitatif dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif. Penelitian yuridis yaitu semua data diambil melalui bahan-bahan kepustakaan yang berkaitan dengan objek penelitian, baik melalui INMENDAGRI No. 14/1982 ; Undang – Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – undangan maupun melalui Kitab Undang – Undang Hukum Perdata serta Peraturan Perundang – undangan lainnya, juga Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia. Sedangkan penelitian hukum normatif yaitu penelitian yang

perolehan datanya dari studi kepustakaan atau yang diperoleh dari bahan pustaka (data normatif).

3. Spesifikasi Penelitian.

Dalam spesifikasi penelitian yang dilakukan adalah diskreptif analitis, yaitu menggambarkan sesuatu keadaan hukum seperti apa adanya dengan paradigma studi konstruktivisme, kemudian dituangkan dalam suatu pembahasan yang logis, sistematis dan komprehensif.

4. Metode Sumber Data dan Pengumpulan Data.

Metode dalam pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode data primer, yaitu berupa aplikasi Peraturan Perundang – undangan yang berkaitan dengan hukum perjanjian pemberian kuasa sesuai hierarkhinya berdasarkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – undangan (Sistem Tata Hukum Indonesia).

5. Metode Analisis Data Penelitian.

Penelitian ini adalah termasuk penelitian hukum yang normatif, maka dilakukan analisis induktif kualitatif, prosesnya dimulai dari penggambaran aplikasi sebuah pranata hukum yakni berupa INMENDAGRI No. 14 / 1982 tentang Larangan Penggunaan Kuasa Mutlak Sebagai Pemindahan Hak Atas Tanah, terhadap Sistem Tata Hukum Indonesia yakni diaplikasikan dengan Kitab Undang – Undang Hukum Perdata dan realitas ideal penerapan penggunaan Surat Kuasa Mutlak pada kondisi masyarakat sekarang ini.

I. Sistematika Penulisan

Sesuai dengan masalah yang dibahas, maka penelitian Penulis ini dirancang dalam enam bab. Namun demikian, sebagaimana biasanya terlebih dahulu diawali dari bagian awal yang terdiri atas: Sampul; Lembar Pengesahan, Motto dan Persembahan Promovendus, Lembar Pernyataan Orignitas Disertasi, Abstrak dan Kata Kunci Disertasi, Ringkasan Disertasi, Kata Pengantar Disertasi, Daftar Isi, Daftar Tabel, Daftar Ragaan, Glosary, dan Daftar Isi. Bagian Isi Disertasi ini terdiri atas:

Bab I PENDAHULUAN yang berisi : Latar Belakang Masalah; Perumusan Masalah; Tujuan Penelitian; Kegunaan Penelitian; Kerangka Pemikiran; Metode Penelitian; Sistematika Penulisan serta Orisinalitas Penelitian.

Bab II TINJAUAN PUSATAKA yang berisi: Tinjauan tentang Perjanjian, yang berisi Pengertian Perjanjian, Bagian – bagian (unsur – unsur) dari Perjanjian, Syarat Sahnya Perjanjian, Asas – asas Hukum Perjanjian, Para Pihak Dalam Perjanjian, Wanprestasi dan Akibat Hukumnya, Hapusnya Perjanjian, Perjanjian Yang Batal Demi Hukum, Kuasa Mutlak dalam Pemindahan Hak atas Tanah, Pengertian Perjanjian Pemberian Kuasa, Bentuk Perjanjian Pemberian Kuasa, Sifat Perjanjian Pemberian Kuasa , Berakhirnya Pemberian Kuasa, serta Pengertian Kuasa Mutlak.

Bab III. Pelaksanaan Larangan Penggunaan Kuasa Mutlak Dalam Pemindahan Hak atas Tanah saat ini.

Bab IV. Kelemahan – kelemahan Pelaksanaan Kuasa Mutlak Dalam Pemindahan Hak atas Tanah saat ini.

Bab V Rekonstruksi Penggunaan Kuasa Mutlak Dalam Pemindahan Hak Atas Tanah Berdasarkan Nilai Keadilan.

Bab VI Penutup; Dalam bab ini berisi kesimpulan, saran, dan implikasi kajian disertasi..

J. Orisinalitas Penelitian

Penelitian yang dilakukan oleh penulis dengan judul “REKONSTRUKSI LARANGAN PENGGUNAAN KUASA MUTLAK DALAM PEMINDAHAN HAK ATAS TANAH BERDASARKAN NILAI KEADILAN ” adalah benar-benar asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik doktor, baik di Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang maupun di perguruan tinggi lain serta karya tulis ini adalah benar-benar murni gagasan, rumusan dan penelitian penulis sendiri tanpa ada bantuan dari pihak lain kecuali arahan dan bimbingan dari Tim Pembimbing/Promotor dan Co Promotor.

Dalam penelitian ini penulis lebih memfokuskan pada *critical legal system*, yakni mengkritisi INMENDAGRI No. 14 Tahun 1982 yuridis formal terhadap Sistem Tata Hukum Indonesia.

K. Orisinalitas Disertasi

Beberapa penelitian yang telah dilakukan berkenaan dengan masalah Perjanjian Pemberian Kuasa Mutlak lainnya dapat dilihat pada tabel dibawah ini:

ORISINILITAS DISERTASI

No	JUDUL	NAMA PENELITI	HASIL PENELITIAN	PEMBAHARUAN
1.	Larangan Penggunaan Kuasa Mutlak Notariil Dalam Pengalihan Hak Atas Tanah Sebagai Suatu Upaya perlindungan Hukum Bagi Pemegang Hak Atas Tanah	Ronny Utama	Larangan penggunaan kuasa mutlak notariil dalam pengalihan hak atas tanah pada prinsipnya memang bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak. Akan tetapi larangan tersebut bila dipandang dari sisi kepentingan umum, lebih bermanfaat atau lebih baik, walaupun bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak. Pelanggaran asas kebebasan berkontrak tidak saja mempunyai sifat negatif akan tetapi juga ada yang mengandung sifat positif, salah satunya larangan penggunaan kuasa mutlak notariil dalam pengalihan hak atas tanah yang dilarang oleh Instruksi Menteri Dalam Negeri Nomor 14 Tahun 1982 adalah kuasa mutlak notariil yang berdiri sendiri atau yang tidak ada perjanjian pokoknya dan dalam hal pengalihan hak atas tanah	Konstruksi hukum Kuasa Mutlak menurut IN-MENDAGRI No. 14/1982 ditinjau dari Sistem Tata Hukum di Indonesia berdasarkan Undang – Undang No. 12 Th. 2011.
2	Kepemilikan Hak Atas Tanah Di Indonesia	Rosmidah	Tanah merupakan bagian yang tak terpisahkan dari hidup dan kehidupan manusia. Sehingga hak atas tanah merupakan hak asasi manusia yang secara hukum berisikan	Penulis lebih memfokuskan hukum perjanjian pemberian kuasa sebagaimana yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

			<p>penguasaan dan pemilikan. Tujuan tulisan ini adalah meninjau konsepsi penguasaan dan pemilikan hak atas tanah di Indonesia dan penerapan konsep keadilan atas tanah pada kenyataannya. Karena masyarakat Indonesia hidup dengan hukum adat, maka tata nilai yang melandasi hukum tanah Indonesia adalah komunalistik yang religius yang kemudian berubah seiring zaman penjajahan dan orde baru menjadi individualistic dan kapitalisme sehingga dalam penguasaan dan pemilikan menimbulkan ketidakadilan.</p>	
3	<p>Aspek Hukum Terhadap Klausul Kuasa Mutlak Dalam Akta Perjanjian Pengikatan Jual Beli Tanah</p>	<p>Prayoto</p>	<p>Pelaksanaan dalam praktek mengenai klausul pemberian kuasa mutlak dalam perjanjian pengikatan jual beli tanah yang merupakan tindakan awal sebelum dibuat-nya Akta Jual Beli</p>	<p>Implikasi INMEN-DAGRI No. 14/1982 tentang Larangan Penggunaan Surat Kuasa Mutlak terhadap Harmonisasi Per Undang – Undangan</p>