

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Manusia diciptakan Allah untuk menjadi khalifah di muka bumi sebagaimana dalam al-Quran surat *al-Baqarah* ayat 30:

وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً

Ada dua tugas pokok yang diemban manusia sebagai khalifah, yaitu di samping untuk beribadah kepada Allah, juga dituntut untuk membangun peradaban di muka bumi. Untuk dapat membangun peradaban di muka bumi, Allah memberi sarana atau piranti yaitu kemampuan akal atau intelektual manusia untuk berkarya memakmurkan bumi, baik di bidang ilmu pengetahuan, seni sastra, sosial, ekonomi, dan teknologi melalui daya cipta, rasa, dan karsanya. Karya-karya intelektual yang dilahirkan dengan penuh pengorbanan tersebut menjadikan karya yang bernilai ekonomi. Nilai ekonomi ini sangat berbeda dengan nilai ekonomi yang muncul bukan dari karya intelektual manusia, seperti kekayaan yang diperoleh dari alam, tanah atau tumbuh-tumbuhan berikut hak-hak kebendaan lain yang dihasilkan. Nilai ekonomi yang melekat dari karya intelektual manusia dalam konteks dunia dagang atau usaha merupakan aset perusahaan yang sangat berharga dibanding dari aset kebendaan lain. Karya yang lahir dari intelektual manusia ini melahirkan hak yang lazim di sebut Hak Kekayaan Intelektual.

Dalam pandangan hukum Islam di Indonesia, kedudukan Hak Kekayaan Intelektual sudah diakui keberadaannya dengan lahirnya Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor: 1/MUNAS VII/MUI/5/2005 tentang Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual (Hak Kekayaan Intelektual) yang salah satu diktum putusannya adalah Dalam Hukum Islam, Hak Kekayaan Intelektual dipandang sebagai salah satu *huquuq maliyyah* (hak kekayaan) yang mendapatkan perlindungan hukum sebagaimana *mal* (kekayaan).

Hak Kekayaan Intelektual¹, dapat dikaji melalui berbagai perspektif. Hak Kekayaan Intelektual dapat dikaji melalui perspektif ekonomi, politik, sosial budaya, dan perspektif hukum. Dalam perspektif hukum, Hak Kekayaan Intelektual sangat menarik menarik untuk dikaji. Kajian Hak Kekayaan Intelektual dengan perspektif dari aspek hukum lebih dominan di kalangan ilmuwan hukum. Dominasi tersebut terlihat dalam kurikulum pendidikan ilmu hukum di Fakultas Hukum. Hak Kekayaan Intelektual ini dimasukkan sebagai kurikulum wajib dan itu tidak ditemui di Fakultas Ilmu Politik dan Fakultas Ekonomi².

Dalam peraturan perundang-undangan tentang Hak Kekayaan Intelektual di Indonesia, bidang-bidang Hak Kekayaan Intelektual sebagaimana di atas tidak semuanya diatur dalam undang-undang tersendiri, ada yang pengaturannya digabungkan dalam satu undang-undang dengan yang lain. Misalnya Hak Terkait diatur dalam Undang-Undang Hak Cipta. Demikian pula pengaturan tentang *utility models* (atau dalam undang-undang menggunakan istilah Paten Sederhana) diatur dalam Undang-Undang Paten. Begitu juga tentang *trade marks, service mark, trade names* dan *indication of origin* diatur dalam Undang-Undang Merek³.

Hak Kekayaan Intelektual di Indonesia hingga saat ini diatur dengan seperangkat undang-undang sebagai berikut:

¹Sebelum tahun 2000, istilah dan penyebutan Hak Kekayaan Intelektual belum ada keseragaman, ada yang menyebut Hak Milik Intelektual, Hak Atas Kekayaan Intelektual, dan Hak Kekayaan Intelektual. Ketiga istilah tersebut sebetulnya diterjemahkan dari istilah asing yakni *Intellectual Property Right (IPR)*. Setelah tahun 2000, Menteri Hukum dan Perundang-undangan mengeluarkan Surat Keputusan Menteri Hukum dan Perundang-undangan RI Nomor M.03.PR.07.10. Tahun 2000 yang didasarkan kepada Keputusan Presiden Nomor 177 Tahun 2000 tentang Perubahan Direktorat Jenderal Hak Atas Kekayaan Intelektual menjadi Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual dan bersamaan dengan itu dikeluarkan Surat Persetujuan Menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara Nomor 24/M/PAN/I/2000 dan dibakukanlah penggunaan istilah yang berasal dari *Intellectual Property Right* menjadi “Hak Kekayaan Intelektual” dengan menggunakan istilah atau akronim “Hak Kekayaan Intelektual”. Dengan demikian Istilah yang baku adalah “Hak Kekayaan Intelektual” dengan menggunakan istilah atau akronim “Hak Kekayaan Intelektual” bukan Hak Milik Intelektual ataupun Hak Atas Kekayaan Intelektual (menggunakan kata “Atas”) yang disingkat HAKI. Hak Kekayaan Intelektual telah dipergunakan secara resmi dalam Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu, Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merek, dan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta.

²OK. Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual (Intellectual Property Right)*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2015), 1.

³Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual (Intellectual Property Right)*, 18.

- 1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta;
- 2) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 13 Tahun 2016 tentang Paten;
- 3) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek Dan Indikasi Geografis;
- 4) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman;
- 5) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang;
- 6) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri;
- 7) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu;

Dorongan seseorang untuk merancang dan mengembangkan kreatifitas dan inovasi di bidang Hak Kekayaan Intelektual salah satunya adalah untuk memperoleh hak eksklusif yang terkandung dalam hak ekonomi (*economic right*) di samping hak moral (*moral right*) yang melekat pada Hak Kekayaan Intelektual. Hak eksklusif ini dikategorikan memiliki nilai yang dapat diperoleh dari hasil melaksanakan Hak Kekayaan Intelektual. Akan tetapi tidak semua pemilik Hak Kekayaan Intelektual dapat melaksanakan sendiri haknya tersebut, sehingga ada yang memberikan hak ekonominya itu kepada pihak lain. Untuk kepentingan ini, Hak Kekayaan Intelektual telah memiliki wadah hukum yaitu pemberian “lisensi” yang melahirkan akibat finansial berupa “royalti”.

Dengan demikian lisensi menggambarkan pemberian izin kepada yang bukan pemilik/pemegang Hak Kekayaan Intelektual untuk mengambil manfaat ekonomi dari Hak Kekayaan Intelektual milik seseorang. Dengan demikian salah satu pertimbangan dibentuknya wadah lisensi tersebut adalah perluasan dan percepatan peredaran Hak Kekayaan Intelektual yang dimiliki seseorang karena keterbatasan untuk melakukan pengembangan dan peredaran sendiri, dan di samping itu juga bertujuan untuk menyebarkan manfaat Hak Kekayaan Intelektual untuk kepentingan akses masyarakat atas suatu benda Hak Kekayaan Intelektual.

Dalam Hukum Waris Islam dijelaskan bahwa rukun waris Islam itu ada 3 (tiga), yaitu:⁴

1. Pewaris;
2. Ahli waris;
3. Tirkah (harta waris);

Selanjutnya berkaitan dengan harta waris tersebut, Al-Sayyid al-Bakri⁵ memberikan definisi tirkah (harta waris) sebagai berikut:

التركة ما خلفه الميت من مال أو حقوق

“Tirkah (harta peninggalan) adalah harta atau hak yang ditinggalkan oleh mayit”.

Berangkat dari definisi harta waris di atas, dalam hukum waris Islam oleh karena ternyata keberadaan Hak Kekayaan Intelektual telah diakui sebagai hak yang mempunyai nilai ekonomi, maka keberadaan Hak Kekayaan Intelektual tersebut dapat menjadi harta waris yang dapat diwariskan kepada ahli waris pewaris.

Ketentuan hukum waris mengenai keberadaan Hak Kekayaan Intelektual dapat menjadi harta waris tersebut sejalan dengan berbagai undang-undang yang mengatur Hak Kekayaan Intelektual, yaitu Undang-Undang Hak Cipta, Undang-Undang Paten, Undang-Undang Merek, Undang-Undang Perlindungan Varietas Tanaman, Desain Industri, dan Undang-Undang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu menentukan bahwa Hak Ekonomi semua bidang Hak Kekayaan Intelektual, yaitu Hak Cipta, Hak Terkait, Paten, Paten Sederhana, Merek, Perlindungan Varietas Tanaman, Rahasia Dagang, Desain Industri, dan Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu dapat beralih atau dialihkan dengan: pewarisan; hibah; wasiat; perjanjian tertulis; atau sebab-sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan⁶.

⁴Mushtafa al Khin dan Musthafa al Bagha, *al-Fiqhu a-Manhajiy ala Mazhab Al-Imam Al-Syafiyy*, (Damascus: Daar al-Qalam, 1992), *Jilid 5*, 75.

⁵Al-Syayyid al-Bakri. *I'anatu al-Talibin*, (Beirut: Daar Kutub Al-Ilmiyyah, 2000), *Jilid III*, 223.

⁶Pasal 16 dan 29 UU Hak Cipta dan Penjelasannya, Pasal 40 UU Merek, Pasal 74 dan 121 UU Paten, Pasal 5 UU Rahasia Dagang, Pasal 40 UU Perlindungan Varietas Tanaman, Pasal 31 Desain Industri dan Pasal 23 UU Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu.

Bagaimana dengan hak lisensi atas Hak Kekayaan Intelektual, apakah hak lisensi Hak Kekayaan Intelektual juga dapat diwariskan kepada ahli waris?

Sebagaimana dikatakan di atas, bahwa harta waris adalah segala harta atau segala hak yang ditinggalkan oleh orang yang meninggal dunia dan lisensi melahirkan sebuah hak, maka seharusnya lisensi masuk dalam hak yang dapat diwariskan kepada ahli warisnya.

Dalam literatur *fiqh* Islam dan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia peneliti belum menemukan aturan yang secara jelas yang mengatur tentang peralihan hak lisensi Hak Kekayaan Intelektual melalui pewarisan.

Dengan belum adanya pengaturan dan penormaan tentang hukum peralihan Lisensi Hak Kekayaan Intelektual melalui pewarisan dalam hukum waris Indonesia baik hukum waris Islam, hukum waris KUHPerdara dan hukum waris adat, maka Peneliti mencoba akan meneliti permasalahan tersebut dan dalam penelitian ini peneliti fokus pada peralihan lisensi Hak Kekayaan Intelektual melalui pewarisan perspektif hukum waris Islam, baik pada tataran normatif, teoritis, maupun filosofis.

Penelitian ini penting sekali karena sebagaimana dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 yang merupakan dasar konstitusional semua peraturan perundang-undangan, dalam Pasal 28C dinyatakan bahwa setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia⁷.

Menurut Achmad Zen Umar Purba, jika dibedah, terdapat unsur-unsur penting dalam Pasal 28C tersebut yang bisa diterapkan dalam pengelolaan sistem Hak Kekayaan Intelektual, yakni:

- a. Pengembangan diri;
- b. Kebutuhan dasar;
- c. Cakupan kemanfaatan ilmu pengetahuan, teknologi, seni dan budaya;

⁷Pasal 28C Ayat 1 Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945.

- d. Peningkatan kualitas hidup; dan
- e. Kesejahteraan umat manusia⁸.

Dalam konteks Lisensi Hak Kekayaan Intelektual, masing-masing Pemegang Hak Kekayaan Intelektual sebagai pemberi Lisensi dan Penerima Lisensi Hak Kekayaan Intelektual harus sama-sama harus berangkat dari norma di atas. Pemberi Lisensi dan Penerima Lisensi Hak Kekayaan Intelektual harus sama-sama mempunyai semangat secara bersama dan seimbang memanfaatkan Lisensi Hak Kekayaan Intelektual sebagai bentuk pengembangan diri, pemenuhan kebutuhan dasar, pemanfaatan ilmu pengetahuan, teknologi, seni dan budaya, peningkatan kualitas hidup, dan untuk kesejahteraan umat manusia.

Artinya perlindungan hukum kepada keduanya harus adil sesuai hak dan kewajibannya sebagaimana yang disepakati dalam perjanjian termasuk dalam hal peralihannya karena pewarisan. Ketentuan tersebut dikuatkan dengan Pasal 28D ayat (1) dan (2) yang berbunyi:

- “(1) Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*
- (2) Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.”⁹*

Dalam konstitusi ini menentukan bahwa Pemberi Lisensi dan Penerima Lisensi Hak Kekayaan Intelektual berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja. Tentu saja salah satu caranya adalah melalui perangkat peraturan perundang-undangan.

Konstitusi di atas, juga selaras dan sejalan dengan Pasal 7 TRIPs yang menjabarkan bahwa tujuan dari perlindungan dan penegakkan hukum Hak Kekayaan Intelektual adalah untuk mendorong timbulnya inovasi, pengalihan dan penyebaran teknologi dan diperolehnya manfaat bersama antara penghasil dan pengguna teknologi, menciptakan kesejahteraan sosial dan ekonomi serta

⁸Achmad Zen Umar Purba, *Hak Kekayaan Intelektual Pasca TRIPs*, (Bandung: Alumni, 2011), 101.

⁹Pasal 28D Ayat 1 dan 2 Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945

keseimbangan antara hak dan kewajiban¹⁰.

Berdasarkan uraian terhadap berbagai permasalahan mengenai pengaturan dan penormaan tentang hukum peralihan Lisensi Hak Kekayaan Intelektual melalui pewarisan yang belum ditemukan tersebut, maka peneliti akan berupaya melakukan kajian dan penelitian secara komprehensif menurut perspektif hukum waris Islam secara dogmatik normatif, teoritis maupun filosofis.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, rumusan masalah hukum yang menarik untuk dikaji dalam penelitian ini adalah lisensi Hak Kekayaan Intelektual yang merupakan salah satu *huquuq maliyyah* (hak kekayaan) dapat dialihkan kepada ahli warisnya melalui pewarisan dalam pandangan hukum Islam.

Dari rumusan masalah di atas, dapat diturunkan beberapa pertanyaan penelitian sebagai berikut:

1. Bagaimana perspektif *Fuqaha* terhadap lisensi hak kekayaan intelektual?
2. Bagaimana lisensi hak kekayaan intelektual dalam perspektif peraturan perundang-undang di Indonesia?
3. Mengapa lisensi hak kekayaan intelektual tersebut dapat dialihkan kepada ahli warisnya melalui pewarisan dalam pandangan hukum Islam?
4. Bagaimana regulasi tentang kepemilikan lisensi hak kekayaan intelektual dapat dialihkan kepada ahli warisnya ketika penerima lisensi hak kekayaan intelektual meninggal dunia?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian pada hakekatnya mengungkapkan, apa yang hendak dicapai oleh peneliti¹¹. Menurut Soerjono Soekanto, di antara tujuan penelitian hukum adalah mendapatkan asas-asas hukum (termasuk kaedah dan norma) dari hukum positif tertulis (termasuk Yurisprudensi, perjanjian internasional, dan

¹⁰Elisabeth Nurhaini Butarbutar, *Hukum Harta Kekayaan Menurut Sistemika KUH Perdata dan Perkembangannya*, (Bandung: Refika Aditama, 2012), 53.

¹¹Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Pres, 1986), 18.

doktrin) dan hukum tidak tertulis (kebiasaan dan perilaku manusia)¹² untuk diterapkan pada suatu peristiwa yang belum ada hukumnya atau hukumnya tidak memadai. Sejalan dengan apa yang dijelaskan di atas, tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah ditemukannya hukum peralihan Lisensi Hak Kekayaan Intelektual melalui pewarisan dalam hukum waris Islam melalui asas-asas hukum Islam, kaedah hukum Islam dan norma hukum Islam terkait dengan Hak Kekayaan Intelektual, Lisensi, hukum waris, hukum harta kekayaan dan hak dari hukum Islam.

D. Kegunaan Penelitian

Adapun kegunaan penelitian ini meliputi dua aspek, yaitu secara teoritis dan secara praktis.

1. Secara teoritis, hasil penelitian ini diharapkan dapat memberi masukan dan sumbangsih untuk pengembangan ilmu hukum tentang Lisensi Hak Kekayaan Intelektual, khususnya hukum peralihan Lisensi Hak Kekayaan Intelektual karena pewarisan dalam dalam hukum waris Islam dalam Sistem Hukum Waris Indonesia dan juga diharapkan dapat menambah referensi bagi penelitian-penelitian tentang penemuan hukum peralihan Lisensi Hak Kekayaan Intelektual karena pewarisan di masa yang akan datang.
2. Secara praktis, hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan masukan dan pertimbangan bagi para pihak yang akan menerapkan hukum peralihan Lisensi Hak Kekayaan Intelektual karena pewarisan khususnya dalam hukum waris Islam maupun dalam sistim hukum waris lainnya yang berlaku di Indonesia pada umumnya, seperti hakim, penegak hukum, DPR RI dan Pemerintah sebagai pembentuk undang-undang.

E. Kajian Pustaka

Kajian mengenai persoalan hukum Lisensi Hak Kekayaan Intelektual dan harta warisan atau *boedel* warisan di Indonesia memang telah dilakukan oleh banyak peneliti dalam bidang ilmu hukum. Namun, sependek pengetahuan

¹²Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, 50.

peneliti, belum ditemukan penelitian mengenai kepemilikan penerima lisensi hak kekayaan intelektual dapat dialihkan kepada ahli waris melalui pewarisan sebagai harta waris atau *boedel* waris di Indoensia bahkan di negara-negara lain.

Berdasarkan hasil pencarian peneliti baik melalui studi pustaka, maupun *searching* atau *browsing* dari media internet memang ditemukan beberapa kajian mengenai Lisensi Hak Kekayaan Intelektual, namun kajiannya lebih banyak dari aspek perlindungan hukum dan aspek perjanjian. Begitu pula banyak kajian tentang harta warisan atau *boedel* warisan, namun kajiannya lebih banyak dari sisi pemisahan dan pembagian harta warisan atau *boedel* warisan. Di antaranya adalah sebagai berikut:

1. O.K. Saidin¹³, dengan judul, "*Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual (Intellectual Property Right)*."

Buku tersebut memetakan dan menjelaskan aspek hukum Hak Kekayaan Intelektual termasuk persoalan lisensinya namun dalam pembahasannya tidak ditemukan kajian tentang aspek hukum peralihan lisensi Hak Kekayaan Intelektual karena pewarisan.

2. Kristin¹⁴, dengan judul, "*Perlindungan Hukum Terhadap Pemberi Dan Penerima Lisensi Hak Cipta Bidang Musik Dan Lagu*."

Hasil penelitian tersebut menunjukkan bahwa harus adanya ketegasan yang mengatur tentang perlindungan hukum terhadap pemberi dan penerima lisensi hak cipta atas lagu dan musik, sehingga dapat memberikan perlindungan hukum yang pasti dan saling menguntungkan satu sama lain antara pemberi dan penerima lisensi hak cipta.

3. Lena Griswanti¹⁵, dengan judul "*Perlindungan Hukum Terhadap Penerima Lisensi Dalam Perjanjian Lisensi Paten Di Indonesia*."

Dalam penelitian tersebut memberikan gambaran perlindungan hukum terhadap penerima lisensi dalam perjanjian lisensi paten di Indonesia adalah

¹³ OK. Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual (Intellectual Property Right)*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2015)

¹⁴ Tesis tahun 2012 pada Program Pascasarjana Magister Hukum Universita Gajah Mada Yogyakarta

¹⁵ Tesis tahun 2005 pada Program Pascasarjana Magister Hukum Universita Gajah Mada Yogyakarta,

upaya dan aturan hukum yang memberikan perlindungan atas kepentingan dan hak dari penerima lisensi untuk menikmati manfaat ekonomi dari suatu teknologi yang dipatenkan dalam jangka waktu dan syarat tertentu. Perlindungan hukum yang diberikan terhadap penerima lisensi didasarkan pada ketentuan yang diatur dalam undang-undang paten dan prinsip umum hukum perjanjian yang berlaku di Indonesia. Penerima lisensi telah mendudukkan posisi yang sama dan seimbang dengan pemberi lisensi atas hak-haknya. Perlindungan hukum berdasarkan Undang-Undang Paten meliputi pendaftaran ke Dirjen Hak Kekayaan Intelektual Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia untuk dicatat dan diumumkan dalam rangka memberikan kepastian hukum dan mengikat pihak ketiga, jenis dan lingkup paten yang dilisensikan bisa berupa paten produk dan proses yang berlaku di wilayah Indonesia, isi perjanjian lisensi tidak boleh memuat ketentuan yang merugikan perekonomian dan menghambat pengembangan teknologi penerima lisensi dan negaranya, jika terjadi pembatalan paten yang telah dilisensikan penerima lisensi masih berhak melaksanakan teknologi paten tersebut sampai batas waktu sesuai dalam perjanjian lisensi patennya.

4. Firman Moeljanto¹⁶, dengan judul “*Kekuatan Hukum Akta Perjanjian Lisensi Di Bawah Tangan Dalam Memberikan Perlindungan Hukum Terhadap Pihak Pemegang Dan Penerima Lisensi Merek Yang Terdaftar.*”

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa dalam praktek, akta perjanjian lisensi merek terdaftar yang dibuat di bawah tangan mempunyai kekuatan hukum mengikat bagi para pihak dan dapat dijadikan alat bukti di pengadilan sebagai alat perlindungan hukum bagi para pihak.

5. Sitti Salmah Usman¹⁷, dengan judul “*Analisis Perjanjian Pengalihan Boedel Waris Dalam Akta Pemisahan Dan Pembagian Menurut Hukum Perdata.*”

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa ketentuan dalam Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Perdata dapat disimpangi dalam suatu perjanjian

¹⁶ Tesis tahun 2005 di Program Pascasarjana Ilmu Hukum (Magister Kenotariatan) Universitas Gajah Mada Yogyakarta.

¹⁷ Tesis tahun 2010 di Program Magister Ilmu Hukum (Kenotariatan) Universitas Gajah Mada Yogyakarta.

pengalihan *boedel* waris, jika kesepakatan tersebut dibuat karena adanya cacat kehendak baik berupa kekhilafan atau kesesatan, paksaan, penipuan atau penyalahgunaan keadaan, atau perjanjian yang dibuat telah menyimpang dari Etika Penegakan Hukum yang Berkeadilan. Faktor-faktor penyebab tidak dipenuhinya prestasi dalam perjanjian pengalihan *boedel* waris adalah:

- (a) Adanya kekhilafan mengenai objek perjanjian;
- (b) Adanya penyalahgunaan keadaan yang dilakukan oleh salah satu pihak;
- (c) Pihak yang merasa dirugikan atas perjanjian hendak membatalkan perjanjian yang telah dibuatnya dengan pihak lawan janjinya;
- (d) Keadaan yang memaksa para pihak untuk tidak memenuhi prestasi, sebab perjanjian pengalihan *boedel* waris tersebut sedang dalam proses kasasi di Mahkamah Agung.

Notaris tidak hanya bertanggung jawab terhadap pembacaan, penjelasan atau penerjemahan, dan penandatanganan akta, tetapi notaris juga bertanggung jawab terhadap kesalahan dalam menetapkan akta yang harus dibuatnya untuk menuangkan keinginan para pihak¹⁸.

Dari uraian atas hasil-hasil penelitian sebagaimana tersebut di atas, jelas tidak ada satu pun penelitian yang sama dengan fokus penelitian yang akan dilakukan oleh Peneliti yaitu peralihan lisensi hak kekayaan intelektual melalui kewarisan dalam pandangan *fiqh* Islam.

Namun demikian, hasil penelitian-penelitian tersebut di atas dapat dijadikan pijakan awal dan menjadi salah satu sumber wawasan peneliti dalam melaksanakan penelitian ini.

F. Kerangka Pemikiran

Untuk menjawab rumusan masalah di atas, karena masalah utamanya adalah pandangan hukum Islam tentang hukum peralihan lisensi hak kekayaan intelektual dari penerima lisensi kepada ahli warisnya melalui pewarisan, maka Peneliti akan menggunakan teori keadilan dan teori negara hukum sebagai teori

¹⁸http://etd.repository.ugm.ac.id/index.php?mod=penelitian_detail&sub=PenelitianDetail&act=view&typ=html&buku_id=45258&obyek_id=4, diakses tanggal 19 September 2020.

dasar (*grand theory*), teori kepemilikan, harta dan hak dalam Islam sebagai teori penengah yang berfungsi menjelaskan masalah penelitian dan teori penemuan hukum (*istinbath*) sebagai teori aplikatif untuk operasionalisasi teori dalam masalah yang menjadi objek penelitian¹⁹.

1. Teori Utama (*Grand Theory*)

a. Teori Keadilan

Keadilan berasal dari kata adil, menurut Kamus Bahasa Indonesia adil adalah tidak sewenang-wenang, tidak memihak, tidak berat sebelah. Adil terutama mengandung arti bahwa suatu keputusan dan tindakan didasarkan atas norma-norma objektif. Keadilan pada dasarnya adalah suatu konsep yang relatif, setiap orang tidak sama, adil menurut yang satu belum tentu adil bagi yang lainnya, ketika seseorang menegaskan bahwa ia melakukan suatu keadilan, hal itu tentunya harus relevan dengan ketertiban umum dimana suatu skala keadilan diakui. Skala keadilan sangat bervariasi dari satu tempat ke tempat lain, setiap skala didefinisikan dan sepenuhnya ditentukan oleh masyarakat sesuai dengan ketertiban umum dari masyarakat tersebut.²⁰

Di Indonesia keadilan digambarkan dalam Pancasila sebagai dasar negara, yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Dalam sila lima tersebut terkandung nilai-nilai yang merupakan tujuan dalam hidup bersama. Adapun keadilan tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan kemanusiaan yaitu keadilan dalam hubungannya manusia dengan dirinya sendiri, manusia dengan manusia lainnya, manusia dengan masyarakat, bangsa, dan negara, serta hubungan manusia dengan Tuhannya.²¹

Nilai-nilai keadilan tersebut haruslah merupakan suatu dasar yang harus diwujudkan dalam hidup bersama kenegaraan untuk mewujudkan tujuan negara, yaitu mewujudkan kesejahteraan seluruh warganya dan seluruh wilayahnya,

¹⁹Juhaya S. Praja, *Teori Hukum Dan Aplikasinya*, (Bandung: CV Pustaka Stia, 2011), 129.

²⁰M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Cetakan Kedua, (Jakarta: Kencana, 2014), 85.

²¹Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, 86.

mencerdaskan seluruh warganya. Demikian pula nilai-nilai keadilan tersebut sebagai dasar dalam pergaulan antar negara sesama bangsa didunia dan prinsip-prinsip ingin menciptakan ketertiban hidup bersama dalam suatu pergaulan antarbangsa di dunia dengan berdasarkan suatu prinsip kemerdekaan bagi setiap bangsa, perdamaian abadi, serta keadilan dalam hidup bersama (keadilan sosial).²²

Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang harus selalu diperhatikan yaitu unsur keadilan, unsur kepastian hukum dan unsur kemanfaatan²³ Jika dalam menegakkan hukum hanya diperhatikan kepastian hukumnya saja, maka unsur lain harus dikorbankan. Demikian pula kalau yang diperhatikan unsur keadilan maka unsur kepastian hukum dan kemanfaatan juga harus di korbankan dan begitu selanjutnya. Itulah yang disebut antinomi yaitu sesuatu yang bertentangan namun tidak dapat dipisahkan satu sama lainnya. Dalam menegakkan hukum harus ada kompromi antara ketiga unsur tersebut. Meski dalam prakteknya tidak selalu mudah mengusahakan kompromi secara seimbang antara ketiga unsur tersebut.²⁴

Menurut Gustav Radbruch tujuan hukum yaitu keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Keadilan harus mempunyai posisi yang pertama dan yang paling utama dari pada kepastian hukum dan kemanfaatan. Secara historis, pada awalnya menurut Gustav Radbruch tujuan kepastian hukum menempati peringkat yang paling atas diantara tujuan yang lain. Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinya tersebut di Jerman di bawah kekuasaan Nazi melegalisasi praktek-praktek yang tidak berperikemanusiaan selama masa Perang Dunia II dengan jalan membuat hukum yang mensahkan praktek-praktek kekejaman perang pada masa itu. Gustav Radbruch pun akhirnya meralat teorinya tersebut di atas dengan menempatkan tujuan keadilan menempati posisi

²²Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, 87.

²³Penegakan Hukum, <http://wonkdermayu.wordpress.com/kuliah-hukum/penemuan-hukum-atau-rechtsving/>, tanggal 20 Oktober 2020, jam 11.05 wib.

²⁴Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2010), 161.

di atas tujuan hukum yang lain.²⁵

Sebagaimana diketahui bahwa didalam kenyataannya sering kali antara kepastian hukum terjadi benturan dengan kemanfaatan, atau antara keadilan dengan kepastian hukum, antara keadilan terjadi benturan dengan kemanfaatan. Sebagai contoh dalam kasus-kasus hukum tertentu, kalau hakim menginginkan keputusan yang adil (menurut persepsi keadilan yang dianut oleh hukum tersebut tentunya) bagi si penggugat atau tergugat atau bagi si terdakwa, maka akibatnya sering akan merugikan kemanfaatan bagi masyarakat luas. Sebaliknya kalau kemanfaatan masyarakat luas dipuaskan, perasaan adil bagi orang tertentu terpaksa harus dikorbankan.

Hukum merupakan suatu sistem, yang berarti bahwa hukum itu merupakan tatanan, merupakan suatu kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian yang saling berkaitan erat satu sama lain. Dengan kata lain sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut.²⁶ Sebagai suatu sistem, Lawrence M Friedman, membagi sistem hukum atas sub-sub sistem yang terdiri dari struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*), dan budaya hukum (*legal culture*).²⁷

Struktur hukum merupakan institusi pelaksana (penegak) hukum atau bagian-bagian yang bergerak didalam suatu mekanisme sistem atau fasilitas yang ada dan disiapkan dalam sistem. Substansi hukum adalah norma-norma hukum yang berlaku, yang mengatur bagaimana seharusnya masyarakat berperilaku, atau hasil aktual yang diterbitkan oleh suatu sistem, sedangkan Budaya hukum adalah nilai-nilai individualism atau masyarakat yang mendorong bekerjanya sistem hukum.²⁸ Ketiga elemen tersebut merupakan unsur sistem hukum, maka semua itu mau tidak mau menjadi areal garapan serentak wilayah pengembangan

²⁵Ahmad Zaenal Fanani, *Teori Keadilan dalam Perspektif Filsafat Hukum dan Islam*, artikel, diakses dari <http://www.badilag.net>, tanggal 19 Oktober 2020, 15.55 wib.

²⁶Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, 122.

²⁷Lawrence M Friedman, *Teori Hukum*, diakses dari <http://id.shvoong.com/law-and-politics/law/2288470-pengertian-sistem-hukum/>, tanggal 2 November 2020, jam 17.00 wib.

²⁸Marsudi Triadmodjo, *Teori Hukum*, (Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada), materi kuliah.

teori tentang hukum. Jelasnya teori hukum dapat dikembangkan baik pada wilayah substansi hukum maupun pada wilayah struktur dan budaya hukum itu sendiri.²⁹

Unsur Keadilan Dalam Hukum

Keadilan merupakan suatu hasil pengambilan keputusan yang mengandung kebenaran, tidak memihak, dapat dipertanggungjawabkan dan memperlakukan setiap manusia pada kedudukan yang sama di depan hukum. Perwujudan keadilan dapat dilaksanakan dalam ruang lingkup kehidupan masyarakat, bernegara dan kehidupan masyarakat internasional, ditunjukkan melalui sikap dan perbuatan yang tidak berat sebelah dan memberikan sesuatu kepada orang lain yang menjadi haknya. Keadilan dapat juga diartikan sebagai suatu tindakan yang didasarkan pada norma-norma, baik norma agama maupun norma hukum.

Keadilan menurut Teori hukum Islam adalah merupakan proporsionalitas antara hak dan kewajiban setiap manusia dalam peran dan kedudukan yang plural serta kedekatan dengan Allah SWT.³⁰ Di dalam norma agama, terdapat beberapa ayat dalam al-Quran yang berisi tentang kemaslahatan dan keadilan yang merupakan inti dari hukum islam diantaranya terdapat dalam surat :

QS an-Nissa (4) ayat 58:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ

اللَّهُ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

“Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan menyuruh kamu apabila menetapkan hukum diantara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah maha mendengar lagi maha melihat”;

²⁹Bernard L. Tanya, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia, Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010).

³⁰Marsudi Triadmodjo, *Teori Hukum*, Materi Kuliah tanggal 14 September 2012.

QS an-Nissa (4) ayat 135:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ
وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلُؤُوا أَوْ
تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا

“Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapa dan kaum kerabatmu. Jika ia kaya atau miskin, maka Allah lebih tau kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar balikkan kata-kata atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah maha mengetahui segala apa yang kamu kerjakan” ;

QS al-Maidah (5) ayat 8:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا
تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ

“Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang yang selalu menegakkan kebenaran karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah maha mengetahui apa yang kamu kerjakan”.³¹

Sedangkan dalam norma hukum sendiri, kesemuanya diatur dalam undang-undang hukum yang berlaku.

Menurut L.J. Van Apeldorn bahwa keadilan itu memperlakukan sama terhadap hal yang sama dan memperlakukan yang tidak sama sebanding dengan ketidaksamaannya. Asas keadilan tidak menjadikan persamaan hakiki dalam pembagian kebutuhan-kebutuhan hidup. Hasrat akan persamaan dalam bentuk

³¹Kemaslahatan dan Keadilan menjadi inti dari hukum Islam. Ini diwujudkan dengan banyaknya ayat al-Quran yang berisi tentang kemaslahatan dan keadilan. Diantaranya yaitu : An-Nisaa’: 58; An-Nisaa’: 135 dan Al-Maidah: 8.

perlakuan harus membuka mata bagi ketidaksamaan dari kenyataan-kenyataan.³²

Menurut W.J.S Poerwadarminta dalam Kamus Besar bahasa Indonesia memberikan pengertian adil itu dengan tidak berat sebelah (tidak memihak). Dapat diuraikan lebih rinci lagi bahwa adil itu dengan tidak berat sebelah. Apabila ada pengakuan dan perlakuan yang seimbang antara hak dan kewajiban, dengan sendirinya apabila kita mengakui “hak hidup”, maka sebaliknya kita harus mempertahankan hak hidup tersebut dengan jalan bekerja keras dan kerja keras yang kita lakukan tidak pula menimbulkan kerugian terhadap orang lain, sebab orang lain itu juga memiliki hak yang sama (hak untuk hidup) sebagaimana halnya hak yang ada pada kita.³³

Sedangkan menurut Kahar Mansur mengemukakan ada tiga hal yang dinamakan adil:

- (1) "Adil" ialah: meletakkan sesuatu pada tempatnya.
- (2) "Adil" ialah: menerima hak tanpa lebih dan memberikan orang lain tanpa kurang.
- (3) "Adil" ialah: memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggaran.³⁴

Menurut Aristoteles bahwa keadilan disini adalah memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagian atau haknya (*ius suum cuique tribuere*). Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan. Menurutnya bahwa keadilan dibagi menjadi 2 yaitu keadilan korektif, keadilan yang didasarkan pada transaksi, baik sukarela maupun tidak, dan berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Dan keadilan distributif, keadilan yang membutuhkan distribusi atau penghargaan, yang berfokus pada distribusi, honor, kekayaan dan barang-barang lain yang sama-sama didapatkan dalam masyarakat.

³²L.J. Van Apeldorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. Xxx, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2004), 11.

³³Kamus Besar Bahasa Indonesia, diakses dari <http://id.shvoong.com/writing-and-speaking/presenting/2150830-devinisi-keadilan-menurut-para-ahli/>, tanggal 4 November 2020, jam 8.15 wib.

³⁴Kahar Mansyur, *Membina Moral dan Akhlak*, (Jakarta: Kalam Mulia, 1985), 71.

Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan yang sudah mapan atau telah terbentuk. Sedangkan keadilan distributif ini menekankan pada studi keseimbangan antara bagian yang diterima seseorang dituangkan dalam bentuk putusan dan penemuan tersebut merupakan sumber hukum.

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 kebaikannya, yakni nilainya bagi masyarakat. Penemuan hukum itu sendiri diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa hukum yang kongkrit. Lebih lanjutnya dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa kongkrit (*das sein*) tertentu.³⁵

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 dan hukum adat. Karena berdasarkan pembedaan 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.³⁶

Keadilan Menurut Filsuf

1) Teori Keadilan Aristoteles

Aristoteles dalam karyanya yang berjudul *Etika Nichomachea*

³⁵Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, (Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004), 24.

³⁶Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, 26-27.

menjelaskan pemikiran pemikirannya tentang keadilan. Bagi Aristoteles, keutamaan, yaitu ketaatan terhadap hukum (hukum polis pada waktu itu, tertulis dan tidak tertulis) adalah keadilan. Dengan kata lain keadilan adalah keutamaan dan ini bersifat umum. Theo Huijbers menjelaskan mengenai keadilan menurut Aristoteles di samping keutamaan umum, juga keadilan sebagai keutamaan moral khusus, yang berkaitan dengan sikap manusia dalam bidang tertentu, yaitu menentukan hubungan baik antara orang-orang, dan keseimbangan antara dua pihak. Ukuran keseimbangan ini adalah kesamaan numerik dan proporsional. Hal ini karena Aristoteles memahami keadilan dalam pengertian kesamaan. Dalam kesamaan numerik, setiap manusia disamakan dalam satu unit. Misalnya semua orang sama di hadapan hukum. Kemudian kesamaan proporsional adalah memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya, sesuai kemampuan dan prestasinya.³⁷

Selain itu Aristoteles juga membedakan antara keadilan distributif dengan keadilan korektif. Keadilan distributif menurutnya adalah keadilan yang berlaku dalam hukum publik, yaitu berfokus pada distribusi, honor kekayaan, dan barang-barang lain yang diperoleh oleh anggota masyarakat. Kemudian keadilan korektif berhubungan dengan pembetulan sesuatu yang salah, memberikan kompensasi kepada pihak yang dirugikan atau hukuman yang pantas bagi pelaku kejahatan. Sehingga dapat disebutkan bahwa ganti rugi dan sanksi merupakan keadilan akorektif menurut Aristoteles. Teori keadilan menurut Aristoteles yang dikemukakan oleh Theo Huijbers adalah sebagai berikut:³⁸

- 1) Keadilan dalam pembagian jabatan dan harta benda publik. Disini berlaku kesamaan geometris. Misalnya seorang Bupati jabatannya dua kali lebih penting dibandingkan dengan Camat, maka Bupati harus mendapatkan kehormatan dua kali lebih banyak daripada Camat. Kepada yang sama penting diberikan yang sama, dan yang tidak sama penting diberikan yang tidak sama.
- 2) Keadilan dalam jual-beli. Menurutnya harga barang tergantung kedudukan

³⁷Hyronimus Rhiti, *Filsafat Hukum Edisi Lengkap (Dari Klasik ke Postmodernisme)*, Cetakan Kelima, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2015), 241.

³⁸Rhiti, *Filsafat Hukum Edisi Lengkap (Dari Klasik ke Postmodernisme)*, 242.

dari para pihak. Ini sekarang tidak mungkin diterima.

- 3) Keadilan sebagai kesamaan aritmetis dalam bidang privat dan juga publik. Kalau seorang mencuri, maka ia harus dihukum, tanpa mempedulikan kedudukan orang yang bersangkutan. Sekarang, kalau pejabat terbukti secara sah melakukan korupsi, maka pejabat itu harus dihukum tidak peduli bahwa ia adalah pejabat.
- 4) Keadilan dalam bidang penafsiran hukum. Karena undang-undang itu bersifat umum, tidak meliputi semua persoalan konkret, maka hakim harus menafsirkannya seolah-olah ia sendiri terlibat dalam peristiwa konkret tersebut. Menurut Aristoteles, hakim tersebut harus memiliki epikeia, yaitu “suatu rasa tentang apa yang pantas”.

2) Teori Keadilan John Rawls

Menurut John Rawls, keadilan adalah *fairness* (*justice as fairness*). Pendapat John Rawls ini berakar pada teori kontrak sosial Locke dan Rousseau serta ajaran deontologi dari Imanuel Kant. Beberapa pendapatnya mengenai keadilan adalah sebagai berikut:³⁹

- 1) Keadilan ini juga merupakan suatu hasil dari pilihan yang adil. Ini berasal dari anggapan Rawls bahwa sebenarnya manusia dalam masyarakat itu tidak tahu posisinya yang asli, tidak tahu tujuan dan rencana hidup mereka, dan mereka juga tidak tahu mereka milik dari masyarakat apa dan dari generasi mana (*veil of ignorance*). Dengan kata lain, individu dalam masyarakat itu adalah entitas yang tidak jelas. Karena itu orang lalu memilih prinsip keadilan.
- 2) Keadilan sebagai *fairness* menghasilkan keadilan prosedural murni. Dalam keadilan prosedural murni tidak ada standar untuk menentukan apa yang disebut “adil” terpisah dari prosedur itu sendiri. Keadilan tidak dilihat dari hasilnya, melainkan dari sistem (atau juga proses) itu sendiri.
- 3) Dua prinsip keadilan.
Pertama, adalah prinsip kebebasan yang sama sebesar-besarnya (*principle of*

³⁹Rhiti, *Filsafat Hukum Edisi Lengkap (Dari Klasik ke Postmodernisme)*, 246-247.

greatest equal liberty). Prinsip ini mencakup:⁴⁰

- a. Kebebasan untuk berperan serta dalam kehidupan politik (hak bersuara, hak mencalonkan diri dalam pemilihan);
- b. Kebebasan berbicara (termasuk kebebasan pers);
- c. Kebebasan berkeyakinan (termasuk keyakinan beragama);
- d. Kebebasan menjadi diri sendiri (*person*)
- e. Hak untuk mempertahankan milik pribadi.

Kedua, prinsip keduanya ini terdiri dari dua bagian, yaitu prinsip perbedaan (*the difference principle*) dan prinsip persamaan yang adil atas kesempatan (*the principle of fair equality of opportunity*). Inti prinsip pertama adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung. Istilah perbedaan sosio-ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas. Sedang istilah yang paling kurang beruntung (paling kurang diuntungkan) menunjuk pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan dan otoritas. Dengan demikian prinsip perbedaan menurut diaturnya struktur dasar masyarakat adalah sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang diuntungkan.

3) Teori Keadilan Thomas Hobbes

Menurut Thomas Hobbes keadilan ialah suatu perbuatan dapat dikatakan adil apabila telah didasarkan pada perjanjian yang telah disepakati. Dari pernyataan tersebut dapat disimpulkan bahwa keadilan atau rasa keadilan baru dapat tercapai saat adanya kesepakatan antara dua pihak yang berjanji. Perjanjian di sini diartikan dalam wujud yang luas tidak hanya sebatas perjanjian dua pihak

⁴⁰Damanhuri Fattah, “Teori Keadilan Menurut John Rawls”, terdapat dalam <http://ejournal.radenintan.ac.id/index.php/TAPIS/article/view/1589>, diakses terakhir tanggal 12 September 2020.

yang sedang mengadakan kontrak bisnis, sewa-menyewa, dan lain-lain. Melainkan perjanjian di sini juga perjanjian jatuhnya putusan antara hakim dan terdakwa, peraturan perundang-undangan yang tidak memihak pada satu pihak saja tetapi saling mengedepankan kepentingan dan kesejahteraan publik.⁴¹

4) Teori Keadilan Roscoe Pound

Roscoe Pound melihat keadilan dalam hasil-hasil konkrit yang bisa diberikannya kepada masyarakat. Ia melihat bahwa hasil yang diperoleh itu hendaknya berupa pemuasan kebutuhan manusia sebanyak-banyaknya dengan pengorbanan yang sekecil-kecilnya. Pound sendiri mengatakan, bahwa ia sendiri senang melihat “semakin meluasnya pengakuan dan pemuasan terhadap kebutuhan, tuntutan atau keinginan-keinginan manusia melalui pengendalian sosial; semakin meluas dan efektifnya jaminan terhadap kepentingan sosial; suatu usaha untuk menghapuskan pemborosan yang terus-menerus dan semakin efektif dan menghindari perbenturan antara manusia dalam menikmati sumber-sumber daya, singkatnya *social engineering* semakin efektif”.⁴²

5) Teori Keadilan Hans Kelsen

Menurut Hans Kelsen, keadilan adalah suatu tertib sosial tertentu yang di bawah lindungannya usaha untuk mencari kebenaran bisa berkembang dan subur. Karena keadilan menurutnya adalah keadilan kemerdekaan, keadilan perdamaian, keadilan demokrasi-keadilan toleransi.⁴³

Hukum dan Keadilan

Hukum sangat erat hubungannya dengan keadilan, bahkan ada pendapat bahwa hukum harus digabungkan dengan keadilan, supaya benar-benar berarti sebagai hukum, karena memang tujuan hukum itu adalah tercapainya rasa

⁴¹Muhammad Syukri Albani Nasution, *Hukum dalam Pendekatan Filsafat*, Cetakan Kedua, (Jakarta: Kencana, 2017), 217-218.

⁴²Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2014), Cetakan Kedelapan, 174.

⁴³Rahardjo, *Ilmu Hukum*, 174.

keadilan pada masyarakat. Suatu tata hukum dan peradilan tidak bisa dibentuk begitu saja tanpa memerhatikan keadilan, karena adil itu termasuk pengertian hakiki suatu tata hukum dan peradilan, oleh karenanya haruslah berpedoman pada prinsip-prinsip umum tertentu. Prinsip-prinsip tersebut adalah yang menyangkut kepentingan suatu bangsa dan negara, yaitu merupakan keyakinan yang hidup dalam masyarakat tentang suatu kehidupan yang adil, karena tujuan negara dan hukum adalah mencapai kebahagiaan yang paling besar bagi setiap orang.⁴⁴

Di dalam Pancasila kata adil terdapat pada sila kedua dan sila kelima. Nilai kemanusiaan yang adil dan keadilan sosial mengandung suatu makna bahwa hakikat manusia sebagai makhluk yang berbudaya dan berkodrat harus berkodrat adil, yaitu adil dalam hubungannya dengan diri sendiri, adil terhadap manusia lain, adil terhadap masyarakat bangsa dan negara, adil terhadap lingkungannya serta adil terhadap Tuhan Yang Maha Esa. Konsekuensi nilai-nilai keadilan yang harus diwujudkan meliputi:⁴⁵

- a. Keadilan distributif, yaitu suatu hubungan keadilan antara negara terhadap warganya, dalam arti pihak negaralah yang wajib memenuhi keadilan dalam bentuk keadilan membagi, dalam bentuk kesejahteraan, bantuan, subsidi serta kesempatan dalam hidup bersama yang didasarkan atas hak dan kewajiban;
- b. Keadilan legal, yaitu suatu hubungan keadilan antara warga negara terhadap negara dan dalam masalah ini pihak wargalah yang wajib memenuhi keadilan dalam bentuk menaati peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam negara; dan
- c. Keadilan komutatif, yaitu suatu hubungan keadilan antara warga satu dengan yang lainnya secara timbal balik.

Hukum dan Keadilan Masyarakat

Masalah keadilan merupakan persoalan yang rumit yang dapat dijumpai disetiap masyarakat. Hukum memiliki dua tugas utama yakni mencapai suatu

⁴⁴Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, 91.

⁴⁵Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, 92.

kepastian hukum dan mencapai keadilan bagi semua masyarakat. Di antara sekian banyaknya pemikiran dan konsep keadilan, salah satu konsep keadilan yang cukup relevan adalah sebagaimana yang dikonsepsikan oleh Roscoe Pound, yang selanjutnya diketahui dengan keadilan sosiologis; keadilan yang didasarkan pada kebiasaan, budaya, pola perilaku dan hubungan antar manusia dalam masyarakat.⁴⁶

Keadilan hukum bagi masyarakat tidak sekedar keadilan yang bersifat formal-prosedural, keadilan yang didasarkan pada aturan-aturan normatif yang *rigid* yang jauh dari moralitas dan nilai-nilai kemanusiaan. Lawan dari keadilan formal-prosedural adalah keadilan substantif, yakni keadilan yang ukurannya bukan kuantitatif sebagaimana yang muncul dalam keadilan formal, tetapi keadilan kualitatif yang didasarkan pada moralitas publik dan nilai-nilai kemanusiaan dan mampu memberikan kepuasan dan kebahagiaan bagi masyarakat.⁴⁷

Kepatuhan Hukum Masyarakat

Masalah kepatuhan (*compliance*) terhadap hukum bukan merupakan persoalan baru dalam hukum dan ilmu hukum, namun bagaimana hal tersebut dipelajari berubah-ubah sesuai dengan kualitas penelitian yang dilakukan terhadap masalah tersebut. Sosiologi hukum memasuki masalah kepatuhan hukum dengan melakukan penelitian empirik, seperti dilakukan oleh “*The Chicago Study*” dan studi-studi “KOL” (*Knowledge and Opinion about Law*). Sosiologi hukum tidak dapat membiarkan hukum bekerja dengan menyuruh, melarang, membuat ancaman sanksi dan sebagainya, tanpa mengamati sekalian sisi yang terlibat dalam bekerjanya hukum tersebut. Di sisi lain, sosiologi juga mempertanyakan mengapa rakyat harus patuh, dari mana negara mempunyai kekuasaan untuk memaksa, apakah rakyat tidak boleh menolak serta faktor-faktor apakah yang berhubungan dengan kepatuhan. Semua penyelidikan tersebut dilakukan untuk memperoleh penjelasan mengenai kepatuhan hukum

⁴⁶Umar Sholehudin, *Hukum dan keadilan masyarakat: perspektif kajian sosiologi hukum*, (Malang: Setara Press, 2011), 43.

⁴⁷Sholehudin, *Hukum dan keadilan masyarakat: perspektif kajian sosiologi hukum*, 44.

dalam letak (*setting*) sosiologisnya.⁴⁸

Paksaan (*cercion, threat*) merupakan ciri hukum yang menonjol, tetapi penggunaannya menjadi semakin kuat dan sistematis sejak kehadiran dari negara modern. Kekuasaan timbul dalam masyarakat sebagai fungsi dari kehidupan yang teratur. Untuk adanya hal tersebut dibutuhkan paksaan menuju terciptanya suatu pola perilaku (*conformity*) dengan menghukum perilaku yang menyimpang.⁴⁹

Kajian sosiologi hukum terhadap kepatuhan hukum pada dasarnya melibatkan dua variabel, yaitu hukum dan manusia yang menjadi objek pengaturan hukum tersebut. Dengan demikian, kepatuhan terhadap hukum tidak hanya dilihat sebagai fungsi peraturan hukum, melainkan juga fungsi manusia yang menjadi sasaran pengaturan. Kepatuhan hukum tidak hanya dijelaskan dari kehadiran hukum, melainkan juga dari kesediaan manusia untuk mematuhi.⁵⁰

Kepatuhan terhadap hukum bukan merupakan fungsi dari peraturan hukum semata, melainkan juga dari mereka yang menjadi sasaran pengaturan hukum tersebut. Oleh sebab itu, kepatuhan kepada hukum memerlukan penjelasan atas dasar apa saja kepatuhan tersebut muncul.⁵¹

Masalah pengetahuan masyarakat mengenai adanya peraturan juga merupakan faktor yang perlu diperhatikan pada waktu akan membicarakan kepatuhan masyarakat terhadap hukum. Dari pembacaan terhadap penelitian mengenai hubungan antara pengetahuan tentang hukum dan kepatuhan atau perilaku tidak dapat dipastikan, bahwa hubungan itu bersifat kausal. Pada umumnya masyarakat memiliki pengetahuan yang rendah mengenai isi peraturan, sehingga kepatuhan terhadap hukum berjalan berdampingan dengan pengetahuan yang rendah mengenai hukum. Dengan demikian, hukum dan pengetahuan mengenai hukum tidak dapat ditunjuk sebagai faktor absolut dalam wacana mengenai kepatuhan hukum.⁵²

⁴⁸Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, Cetakan Kedua, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), 203-204.

⁴⁹Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, 205.

⁵⁰Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, 207.

⁵¹Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, 209.

⁵²Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, 211-212.

Kebiasaan juga merupakan variabel yang menjelaskan hubungan antara peraturan dan kepatuhan.⁵³ Masyarakat tidak dapat dilihat sebagai suatu kesatuan yang homogen, melainkan terdiri dari berbagai golongan dan kelompok yang berbeda-beda. Pengakuan terhadap kondisi heterogenitas tersebut menjadi sangat penting pada waktu akan berbicara mengenai kepatuhan masyarakat terhadap hukum. Ternyata secara sosiologis, kepatuhan tersebut mengikuti berbagai variabel sosiologis, seperti kelompok jahat dan tidak jahat, umur, kedudukan sosial ekonomi, ras dan sebagainya.⁵⁴

Keadilan Sosial

Sebagaimana diketahui, keadilan sosial adalah bagian dari rumusan sila kelima Pancasila. Keadilan sosial ini dengan sendirinya mengandaikan adanya keadilan individual. Artinya, sikap atau perilaku individu Pancasila adalah sikap dan perilaku yang memiliki keutamaan atau kebajikan berupa keadilan itu. Disamping itu individu juga menjadi tujuan dari keadilan itu. Maksudnya adalah keadilan tidak hanya ditujukan kepada masyarakat seumumnya, melainkan juga kepada individu. Namun individu ini bukan sekedar entitas atomistik yang terlepas sama sekali dari konteks sosial budayanya, melainkan individu dalam keterhubungannya dengan individu lain dan dengan masyarakatnya. Disini keadilan sosial tidak sama dengan sosialisme yang tidak terlalu peduli dengan kepentingan individu.⁵⁵

Meskipun dalam keadilan sosial perhatian terhadap individu tetap ada, namun keadilan sosial tidak tergantung dari kehendak individu, melainkan dari struktur-struktur. Dengan demikian, keadilan sosial adalah keadilan struktural. Keadilan ini tercapai apabila struktur seperti proses-proses ekonomi, politik, sosial, budaya dan ideologis dalam masyarakat menghasilkan pembagian kekayaan masyarakat yang adil dan menjamin bahwa setiap warga memperoleh yang menjadi haknya. Keadilan sosial lebih mudah diperoleh dengan

⁵³Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, 213.

⁵⁴Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, 214-215.

⁵⁵Rhiti, *Filsafat Hukum Edisi Lengkap (Dari Klasik ke Postmodernisme)*, 251.

membongkar struktur-struktur yang tidak adil.⁵⁶

Unsur Kepastian Dalam Hukum

Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologi. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi tafsir) dan logis dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian aturan dapat berbentuk konstestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif.⁵⁷

Bahwa dalam hal penegakan hukum, setiap orang selalu mengharapkan dapat ditetapkannya hukum dalam hal terjadinya peristiwa kongkrit, dengan kata lain bahwa peristiwa tersebut tidak boleh menyimpang dan harus ditetapkan sesuai dengan hukum yang ada (berlaku), yang pada akhirnya nanti kepastian hukum dapat diwujudkan. Pentingnya kepastian hukum sesuai dengan yang terdapat pada Pasal 28D ayat 1 Undang-Undang Dasar 1945 perubahan ketiga bahwa “setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”.⁵⁸

Tentang kepastian hukum menurut Bismar Siregar di dalam KUHAP ternyata lebih menitikberatkan kepada kepastian hukum dan perlindungan hak terdakwa dari penegak keadilan itu sendiri. Selanjutnya bahwa hakim harus terjun ke tengah-tengah masyarakat, yakni tiada lain agar hakim lebih peka terhadap perasaan hukum dan rasa keadilan yang berguna dalam masyarakat. Singkatnya bahwa hakim tidak boleh terasing dari masyarakat. Seandainya terjadi dan akan

⁵⁶Rhiti, *Filsafat Hukum Edisi Lengkap (Dari Klasik ke Postmodernisme)*, 252.

⁵⁷Apa itu kepastian hukum, <http://yancearizona.wordpress.com/2008/04/13/apa-itu-kepastian-hukum/>, tanggal 20 Oktober 2012, jam 11.00 wib.

⁵⁸Pasal 28D ayat 1 Undang-Undang Dasar 1945, <http://anggimartika.blogspot.com/2012/03/kepastian-sebagai-tujuan-hukum.html?m=1>, tanggal 20 Oktober 2020, jam 11.15 wib.

terjadi benturan bunyi hukum antara apa yang dirasakan adil oleh masyarakat dengan apa yang disebut kepastian hukum, jangan hendaknya kepastian hukum dipaksakan dan rasa keadilan masyarakat dikorbankan.⁵⁹

Dalam paradigma *positivisme* definisi hukum harus melarang seluruh aturan yang mirip hukum, tetapi tidak bersifat perintah dari otoritas yang berdaulat. Kepastian hukum harus selalu di junjung apapun akibatnya dan tidak ada alasan untuk tidak menjunjung hal tersebut, karena dalam paradigmanya hukum positif adalah satu-satunya hukum. Dari sini nampak bahwa bagi kaum positivistik adalah kepastian hukum yang dijamin oleh penguasa. Kepastian hukum yang dimaksud adalah hukum yang resmi diperundangkan dan dilaksanakan dengan pasti oleh Negara. Kepastian hukum berarti bahwa setiap orang dapat menuntut agar hukum dilaksanakan dan tuntutan itu harus dipenuhi.

Namun demikian, pada paradikma *positivistik* bahwa sistem hukum tidak diadakan untuk memberikan keadilan bagi masyarakat, melainkan hanya sekedar melindungi kemerdekaan individu. Kemerdekaan individu tersebut senjata utamanya adalah kepastian hukum. Paradigma *positivistik* berpandangan, demi kepastian hukum maka keadilan dan kemanfaatan boleh dikorbankan. Pandangan positivistik yang telah mereduksi hukum sehingga telah menjadi sesuatu yang sederhana, linear, mekanistik dan deterministik maka apabila dilihat lagi hukum tidak lagi sebagai pranata manusia melainkan hanya sekedar media profesi.⁶⁰ Akan tetapi karena sifatnya yang deterministik, maka aliran ini memberikan suatu jaminan kepastian hukum yang sangat tinggi. Artinya masyarakat dapat hidup dengan suatu acuan yang jelas dan ketaatan hukum demi ketertiban bermasyarakat yang merupakan suatu keharusan. Karena tanpa kepastian hukum, setiap orang tidak akan mengetahui apa yang harus diperbuat yang pada akhirnya akan menimbulkan keresahan.

Menurut Gustav Radbruch, terdapat dua macam pengertian kepastian

⁵⁹Bismar Siregar – Sang “Pengadil” Yang Progresif, <http://musri-nauli.blogspot.com/2012/04/bismar-siregar-sang-pengadil-yang.html?m=1>, tanggal 20 Oktober 2020, jam 11.30 wib.

⁶⁰*Positivisme Hukum di Indonesia dan Perkembangannya*, <http://boyendratamin.blogspot.com/2011/08/positivisme-hukum-di-indonesia-dan.html?m=1>, tanggal 20 Oktober 2020, jam 11.40 wib.

hukum, yaitu kepastian hukum oleh hukum dan kepastian hukum dalam atau dari hukum. Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian hukum dalam masyarakat adalah hukum yang berguna. Kepastian hukum oleh karena hukum memberi tugas hukum yang lain, yaitu keadilan hukum serta hukum harus tetap berguna. Sedangkan kepastian hukum dalam hukum tercapai apabila hukum tersebut sebanyak-banyaknya dalam undang-undang. Dalam undang-undang tersebut terdapat ketentuan-ketentuan yang bertentangan (undang-undang berdasarkan suatu sistem yang logis dan praktis). Undang-undang dibuat berdasarkan *rechtswerkelijkheid* (keadaan hukum yang sungguh-sungguh) dan dalam undang-undang tersebut tidak terdapat istilah-istilah yang dapat ditafsirkan secara berlain-lainan.⁶¹

Menurut Friedrich Julius Stahl,⁶² seorang pelopor hukum Eropa Kontinental, ciri sebuah Negara hukum antara lain adalah adanya perlindungan terhadap hak asasi manusia, adanya pemisahan atau pembagian kekuasaan, pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan (*wetmatigheid van bestuur*) serta peradilan administrasi dalam perselisihan. Konsep Negara hukum disamping mencakup perihal kesejahteraan sosial (*welfare state*), kini juga bergerak kearah dimuatnya ketentuan perlindungan hak asasi manusia dalam konstitusi tertulis satu negara. Berdasarkan hal tersebut Negara disamping bertugas untuk mensejahterakan masyarakat dan memberikan keadilan sosial maka Negara juga harus memberikan perlindungan terhadap hak asasi manusia yang saat ini diatur dalam Pasal 28 I ayat (5) Undang-Undang Dasar 1945 dikenal dengan Prinsip Negara Hukum yang Demokratis.⁶³

Mochtar Kusumaatmadja menyatakan bahwa untuk mencapai ketertiban diusahakan adanya kepastian hukum dalam pergaulan manusia di masyarakat,

⁶¹*Kepastian Hukum*, diakses dari <http://www.surabayapagi.com/>, tanggal 21 November 2012, jam 14.00 wib.

⁶²Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan konstitusi di Indonesiabstudi tentang interaksi politik dan kehidupan ketatanegaraan*, cet. Pertama (Yogyakarta: Liberty, 1993), h 27.

⁶³Konstitusi kita menganut konsep Negara Hukum yang Demokratis dapat dilihat dalam ketentuan pasal 28 I ayat (5) yang berbunyi : ‘Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip Negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan’. (hasil perubahan kedua).

karena tidak mungkin manusia dapat mengembangkan bakat dan kemampuan yang diberikan Tuhan kepadanya secara optimal tanpa adanya kepastian hukum dan ketertiban.⁶⁴

Menurut Satjipto Rahardjo, untuk mendirikan Negara hukum memerlukan suatu proses yang panjang, tidak hanya peraturan-peraturan hukum saja yang harus ditata kelola dengan baik, namun dibutuhkan sebuah kelembagaan yang kuat dan kokoh dengan kewenangan-kewenangan yang luar biasa dan independen, bebas dari intimidasi atau campur tangan eksekutif dan legeslatif, yang dilaksanakan oleh sumber daya manusia yang bermoral baik dan bermoral teruji sehingga tidak mudah terjatuh di luar skema yang diperuntukkan baginya demi terwujudnya suatu kepastian hukum yang syarat akan keadilan.⁶⁵ Hukum bukan hanya urusan (*a business of rules*), tetapi juga perilaku (*matter of behavior*).⁶⁶

Kemanfaatan Hukum (*Zweckmaeszigkeit*)

Secara etimologi, kata "kemanfaatan" berasal dari kata dasar "manfaat", yang menurut Kamus Bahasa Indonesia, berarti faedah atau guna.⁶⁷ Hukum merupakan urat nadi dalam kehidupan suatu bangsa untuk mencapai cita-cita masyarakat yang adil dan makmur. Bagi Hans Kelsen hukum itu sendiri adalah suatu *sollenskategorie* (kategori keharusan) bukannya *seinkategorie* (kategori faktual). Yang maksudnya adalah hukum itu dikonstruksikan sebagai suatu keharusan yang mengatur tingkah laku manusia sebagai makhluk rasional. Dalam hal ini yang dipersoalkan oleh hukum bukanlah 'bagaimana hukum itu seharusnya' (*what the law ought to be*) melainkan 'apa hukumnya' (*what is the law*).⁶⁸

Sebagian orang berpendapat bahwa kemanfaatan hukum

⁶⁴Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, (Bandung: Alumni, 2000), 3.

⁶⁵Fahmi, *Kepastian Hukum*, hal 21, mengutip Satjipto Rahardjo dengan judul: 'Membedah Hukum Progresif', *Harian Kompas*, Media Oktober 2006, 17.

⁶⁶Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, hal 4.

⁶⁷Kamus Bahasa Indonesia, <http://m.artikata.com/arti-339692-manfaat.html>, tanggal 28 Oktober 2020, jam 11.00 wib.

⁶⁸Hans Kelsen, *Teori hukum murni : dasar-dasar ilmu hukum normatif*, diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien dan Nurainun Mangunsong, (Jakarta: Nusa Media, 2007) 15.

(*zweckmasigkeit*) sangat berkorelasi dengan tujuan pemidanaan terutama sebagai prevensi khusus agar terdakwa tidak mengulangi kembali melakukan perbuatan melawan hukum, dan prevensi umum setiap orang berhati-hati untuk tidak melanggar hukum karena akan dikenakan sanksinya. Oleh karena itu putusan hakim harus memberi manfaat bagi dunia peradilan, masyarakat umum dan perkembangan ilmu pengetahuan.

Di dalam tujuan hukum Islam pada prinsipnya bagaimana mewujudkan "kemanfaatan" kepada seluruh umat manusia, yang mencakupi "kemanfaatan" dalam kehidupan di dunia dan di akherat. Tujuan mewujudkan "kemanfaatan" ini sesuai dengan prinsip umum Al-Qur'an:

- a. *Al-Asl fi al-manafi al-hall wa fi al-mudar al man'u* (segala yang bermanfaat dibolehkan, dan segala yang mudarat dilarang).
- b. *La darara wala dirar* (jangan menimbulkan kemudarat dan jangan menjadi korban kemudarat).
- c. *Ad-Darar yuzal* (bahaya harus dihilangkan).⁶⁹

Menurut Sudikno Mertokusumo bahwa masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum itu untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau ditegakkan malah akan timbul keresahan di dalam masyarakat itu sendiri.⁷⁰

Sedangkan kemanfaatan hukum menurut Jeremy Betham bahwa alam telah menempatkan umat manusia di bawah pemerintahan dan dua penguasa, yakni suka dan duka. Untuk dua raja itu juga menentukan apa yang akan kita lakukan dan apa yang mesti dilakukan. Dua raja itu juga menentukan apa yang akan kita lakukan, apa yang akan kita katakan dan apa yang kita pikirkan. Hukum sebagai tatanan hidup bersama harus diarahkan untuk menyokong si 'raja suka', dan serentak mengekang si 'raja duka'. Dengan kata lain, hukum harus berbasis manfaat bagi kebahagiaan manusia.⁷¹ Jeremy Bentham, sebagai penganut aliran

⁶⁹Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, 216-217.

⁷⁰Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, 161.

⁷¹Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, 161.

utilistik, hukum barulah dapat diakui sebagai hukum, jika ia memberikan kemanfaatan yang sebesar-besarnya terhadap sebanyak-banyaknya orang.

Hukum bertujuan untuk "*the greatest happiness of the greatest number*".

Tujuan perundang-undangan harus berusaha untuk mencapai empat tujuan:

- a. *To provide subsistence* (untuk memberi nafkah hidup).
- b. *To provide abundance* (untuk memberikan makanan yang berlimpah).
- c. *To provide security* (untuk memberikan perlindungan).
- d. *To attain equility* (untuk mencapai persamaan).⁷²

John Stuart Mill mengajarkan bahwa tindakan itu hendaknya ditujukan terhadap pencapaian kebahagiaan, dan adalah keliru jika ia menghasilkan sesuatu yang merupakan kebalikan dari kebahagiaan, dengan kalimat lain; "*Action are right in proportion as they tend to promote man's happiness, and wrong as they tend to promote the reverse of happiness*".⁷³

b. Teori Negara Hukum

Gagasan negara hukum bermula sejak 1800 SM⁷⁴ oleh Plato (429-347 SM). Plato salah seorang filsuf Yunani yang menguasai bidang filsafat, politik dan hukum, salah satu karyanya yang terkenal adalah *Politeia* (tentang negara), *Politicos* (tentang abdi negara) dan *Nomoi* (tentang Undang-Undang). Gagasan beliau bahwa penyelenggaraan negara yang baik ialah yang didasarkan pada pengaturan hukum yang baik.⁷⁵ Ide tentang negara hukum tersebut kemudian dikembangkan oleh muridnya yaitu Aristoteles (382-322 SM) dalam bukunya *Politicos* yang berisi bahwa suatu negara yang baik ialah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum⁷⁶.

Sepanjang sejarah kehidupan bernegara, negara sering dihadapkan pada hukum besi kekuasaan, yaitu *power tends to corrupt, absolute power corrupts*

⁷²Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, 76-78.

⁷³Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, 78.

⁷⁴J.J Von Schimd, Sobirin Malian dan A. Ahsin Tohari dalam Jazim Hamidi dkk, *Teori Hukum Tata Negara, A Turning Point Of The State*, (Jakarta: Salemba Humanika, 2012), 143.

⁷⁵Jazim Hamidi, *Hermenuetika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, (Yogyakarta: UII Press, 2005), 143.

⁷⁶Azhary, *Negara Hukum Indonesia Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, (Jakarta: UI Press, 1995), 19

absolutely, seperti yang pernah dinyatakan oleh John E.E. Dalber Acton (1834-1902) yang populer disebut Lord Acton⁷⁷. Dalam perkembangan teori asal mula negara terdapat dua model negara, yaitu negara dengan nuansa kekuasaan absolut dan negara hukum. Munculnya ide negara hukum merupakan hasil dari pergulatan pemikiran yang panjang, bahkan berabad-abad, tentang negara dan hukum, terutama berkaitan dengan persoalan hakekat, asal mula, serta tujuan negara. Fokus permasalahannya terletak pada pertanyaan “dari manakah negara mendapat kekuasaan untuk memerintah serta mengadakan tindakan-tindakan yang harus ditaati oleh rakyat”?⁷⁸

Pada abad pertengahan, konsep negara dimaknai sebagai suatu organisasi masyarakat dengan konsentrasi persoalan-persoalan keduniawian yang disebut *civitas terena*. Sementara itu terdapat juga organisasi masyarakat yang berkonsentrasi pada persoalan keagamaan yang disebut *civitas dei*. Sedang organisasi masyarakat yang berkonsentrasi pada persoalan keilmuan disebut dengan *civitas academica*. Dalam perkembangannya antara *civitas terena* dan *civitas dei* terjadi proses dualisme yang saling menguasai, sehingga dominasi gereja terasa kental dalam kehidupan kenegaraan. Sebagian raja mengklaim bahwa dia bertahta karena kehendak Tuhan, kekuasaan raja berasal dari Tuhan, raja adalah wakil atau bayangan Tuhan di dunia.⁷⁹

Pemikiran para sarjana dan ahli filsafat kenegaraan seperti Machiavelli, Jean Bodin, dan Thomas Hobbes mengenai teori kedaulatan telah memberi kontribusi besar terhadap keabsolutan kekuasaan raja yang dikemas dalam teori Kedaulatan Negara yang monistis. Pernyataan Jean Bodin, *Le Rai Cest*, semakin membawa kekuasaan ke arah absolutisme sebagai akibat dari adanya legitimasi Doktrinal Teokratis atas kekuasaan raja yang mutlak.

Gagasan utama dari teori Kedaulatan Negara ini ialah bahwa kekuasaan negara adalah tertinggi dan tak terbatas sehingga negara dapat memaksakan

⁷⁷Moh. Koesnardi dan Bintang Saragi, *Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Undang-Undang Dasar 1945*, (Jakarta: Gramedia, cetakan Kelima, 1986), 114.

⁷⁸Mukthie Fajar, *Reformasi Konstitusi pada Masa Transisi Paradigmatic*, (Malang: Intrans, 2001), 11.

⁷⁹Soehino, *Ilmu Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 1981), 52.

kehendaknya tanpa menghiraukan pihak lain. Kekuasaan negara yang mutlak tersebut dimanifestasikan dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang menuntut ketaatan masyarakat terhadapnya, sebab negara adalah pembentuk undang-undang tertinggi (*legal omni competence*).

Menurut Machiavelli (1469-1527) dalam bukunya *Il le Principe*, tujuan negara adalah terciptanya ketertiban dan ketenteraman. Tujuan mulia tersebut hanya dapat dicapai manakala raja mempunyai kekuasaan mutlak yang tidak dapat dihalangi dan dicegah oleh siapa pun atau lembaga manapun. Untuk mencapai tujuan mulia itu, raja atau negara dapat menghalalkan segala cara (*the end justifies the mean*). Kebebasan bertindak seorang raja serta tiadanya lembaga yang dapat merintangi atau menghalang-halangi karena negara mempunyai kekuasaan, sedang kekuasaan itu identik dengan hukum.⁸⁰

Menurut Jean Bodin (1530-1596) dalam karyanya *Sixlivies de la Republicus*, bahwa kedaulatan adalah atribut negara yang tidak dimiliki oleh organisasi apa pun. Kemudian kedaulatan itu dipersonifikasikan pada diri seorang raja. Konsekuensinya, raja tidak bertanggung jawab kepada siapa pun selain kepada Tuhan. Pandangan Bodin ini telah memberikan kontribusi besar terhadap terciptanya absolutisme raja.⁸¹

Pandangan Jean Bodin, mengenai absolutisme raja tersebut didukung oleh Thomas Hobbes (1588-1679). Pandangan Hobbes berangkat dari fenomena alamiah yang menurutnya tidak ada keadilan, kesentosaan, kesejahteraan, ketertiban, dan kedamaian. Menurutya secara alamiah, kehidupan itu tidak tertib, tidak adil, dan kacau balau, yang diilustrasikan sebagai kehidupan hewani (*homo homini lupus*). Dalam kondisi yang demikian, untuk dapat bertahan maka mereka saling mengadakan perjanjian dengan menyerahkan sejumlah hak kepada raja yang nantinya diharapkan dapat mengatur tata tertib kehidupan mereka. Karena itu raja harus diberi kekuasaan mutlak.⁸²

Pemikiran para filosof kenegaraan tersebut, mulai dari Machiavelli sampai Hobbes, telah menempatkan posisi raja dengan kekuasaan absolut yang

⁸⁰Soehino, *Ilmu Negara*, 70-75.

⁸¹Soehino, *Ilmu Negara*, 77-81.

⁸²Soehino, *Ilmu Negara*, 98-104.

dilegitimasi oleh teori kedaulatan negara. Hal ini ternyata telah membawa dampak negatif berupa kesewenang-wenangan raja serta tak terlindunginya hak asasi manusia. Hal ini telah mengundang berbagai tokoh untuk mencari solusi dalam menghadapinya. Di antaranya adalah Leon Duguit dan Harold J. Laski yang berpandangan bahwa negara adalah media untuk mencapai kesejahteraan umum sehingga hukum bukan lagi sebagai kumpulan perintah dan larangan, tetapi sekumpulan cara penyelenggaraan kesejahteraan umum. Dari pemikiran tersebut, konsep negara berkuasa digeser menjadi negara bertanggung jawab, yaitu bertanggung jawab terhadap tercapainya kesejahteraan umum. Ketaatan individu kepada negara bukan disebabkan oleh kekuasaan negara, tetapi oleh tanggung jawab negara untuk dapat menyelenggarakan pencapaian kesejahteraan bersama.⁸³

Penentang paham absolutisme juga datang dari John Locke yang menyatakan bahwa kekuasaan raja tidak mutlak, dengan alasan pada saat perjanjian penyerahan hak kepada para raja tidak semua hak masyarakat diberikan, tetapi ada hak-hak yang tetap melekat pada diri individu, seperti hak kodrat. Karena itu penguasa atau raja yang disertai sebagian hak tersebut seharusnya mengambil peran mengatur pergaulan individu agar tertib. Dalam konteks kenegaraan dan terhadap hak-hak kodrat, penguasa atau raja harus menghormatinya. Dengan demikian fungsi dari perjanjian tersebut adalah untuk menjamin dan melindungi hak asasi individu dari kemungkinan kesewenang-wenangan penguasa. Karena itu kekuasaan raja menjadi tidak mutlak karena dibatasi oleh hak asasi individu warga negara.

Selanjutnya Locke juga menyatakan, agar hak asasi individu tidak dilanggar dan tetap terlindungi, maka kekuasaan negara harus dibagi menjadi tiga, yaitu kekuasaan:

- (a) Eksekutif, yang bertugas mempertahankan peraturan dan mengadili;
- (b) Legislatif, yang bertugas membuat peraturan-peraturan;
- (c) Federatif, yang bertugas selain dari tugas eksekutif dan legislatif, seperti mengadakan hubungan luar negeri.⁸⁴

⁸³Soehino, *Ilmu Negara*, 153-154.

⁸⁴Soehino, *Ilmu Negara*, 106-112.

Pemikiran Locke ini kemudian dikembangkan lebih lanjut oleh Montesquieu dengan membagi kekuasaan negara menjadi:

- (a) Legislatif;
- (b) Eksekutif;
- (c) Yudikatif,

yang kemudian populer dengan konsep Trias Politica.⁸⁵

Upaya untuk memperjuangkan pembatasan kekuasaan dan menentang absolutisme juga dilakukan oleh J.J. Rousseau (1712-1778) dengan gagasan kedaulatan rakyatnya. Menurut pandangan Rousseau, kehidupan individu dalam keadaan alamiah adalah bebas sederajat, otonom, aman, tertib, dan damai. Dalam perkembangannya individu sadar bahwa ada ancaman potensial dalam hidupnya, ada ketimpangan antara penghalang kemajuan dengan alat yang dimiliki individu. Karenanya, keadaan alamiah (*status natural*) sulit untuk dapat dipertahankan, sehingga diperlukan kontrak sosial yang dapat mengubah dari suasana alamiah (*status natural*) menjadi suasana bernegara (*status civitas*). Dalam konteks bernegara, pemerintah selaku pemegang pimpinan organisasi negara dibentuk dan ditentukan oleh pihak yang berdaulat, yaitu rakyat lewat kehendak umum (*volonte general*). Hasil dari perjanjian masyarakat tersebut melahirkan bentuk negara yang kedaulatannya berada di tangan rakyat lewat kehendak umum atau pemilihan umum. Dari sinilah lahirnya gagasan negara demokratis, di mana penguasa negara tidak lain hanyalah wakil rakyat.⁸⁶

Hugo Krabe (1857-1939) juga menentang absolutisme raja dengan dasar etis, yakni perasaan hukum yang bersumber pada individu yang bersifat etis normatif yang merupakan manifestasi kesadaran individu tentang baik dan buruk⁸⁷. Krabe mengkritisi konsep hukum masa rezim absolutisme, yakni apa yang diundangkan oleh negara harus berbarometer perasaan hukum masyarakat. Menurut Krabe, perasaan hukum masyarakat merupakan sumber sekaligus pencipta hukum. Negara, melalui proses legislasi, pada hakekatnya hanya memberi bentuk pada perasaan hukum masyarakat tersebut. Suatu peraturan baru

⁸⁵Soehino, *Ilmu Negara*, 116-118.

⁸⁶Soehino, *Ilmu Negara*, 118-126

⁸⁷Mukthie Fajar, *Tipe Negara Hukum*, (Malang: Intrans, 2004), 15.

dapat disebut hukum jika sesuai dengan perasaan hukum masyarakat. Dengan demikian, maka posisi negara tidak berdaulat mutlak, melainkan hukumlah yang berdaulat karena hakekat negara hanya memberi bentuk, sementara perasaan hukum masyarakat adalah yang menentukan dan membatasi isi hukum.

Dalam perkembangan selanjutnya, pemikiran Krabe tersebut terkenal dengan teori kedaulatan hukum yang kemudian menimbulkan bentuk negara hukum, yaitu negara yang susunannya diformat sedemikian rupa sehingga segala alat perlengkapan negara, termasuk warga negara, harus taat dan tunduk kepada hukum.

Dari paparan sejarah perkembangan pemikiran di atas dapat disimpulkan bahwa konsep negara hukum lahir melalui pemikiran para ahli hukum dan kenegaraan sebagai reaksi terhadap negara kekuasaan yang absolut. Dari berbagai pemikiran tersebut dapat disimpulkan pula bahwa ide pembatasan kekuasaan untuk mencegah kesewenang-wenangan harus dilakukan dengan cara:

- (1) Memberikan supremasi pada hukum, yaitu semua tindakan penguasa harus berdasarkan pada hukum;
- (2) Melakukan pembagian kekuasaan negara;
- (3) Adanya jaminan hak asasi warga negara;
- (4) Negara berorientasi pada kesejahteraan umum;
- (5) Diperkuat dengan paham konstitusionalisme; dan
- (6) Bertumpu pada paham kedaulatan rakyat.

Konsep Negara Hukum

Negara Hukum adalah konsep yang merupakan produk sejarah. Karena itu unsur-unsur negara hukum mempunyai hubungan yang sangat erat dengan sejarah dan perkembangan masyarakat dari suatu negara. Sementara itu sejarah dan perkembangan masyarakat setiap negara tidaklah sama, sehingga pemaknaan dan unsur-unsur negara hukumnya juga berbeda. Hal ini melahirkan adanya berbagai tipe negara hukum, mulai dari Negara Hukum Anglo Saxon, Negara Hukum Eropa Kontinental, Negara Hukum Sosialis, Negara Hukum Islam (Nomokrasi Islam) sampai Negara Hukum Pancasila yang masing-masing mempunyai dasar

pemikiran dan ciri karakteristik sendiri-sendiri.⁸⁸ Sampai saat ini, konsepsi tentang Negara Hukum masih terus berkembang.

Istilah “negara hukum”, yang merupakan terjemahan dari *rechtsstaat*, adalah istilah baru dalam khasanah ketatanegaraan yang muncul pada sekitar abad ke-19, dibandingklan dengan istilah demokrasi, konstitusi, atau kedaulatan.⁸⁹ Istilah negara hukum pertama kali digunakan oleh Rudolf von Gneist (1816-1895), seorang ahli ketatanegaraan dan guru besar pada Universitas Berlin, Jerman, untuk menyebut pemerintahan Inggris Raya pada waktu itu. Meskipun secara historis istilah negara hukum baru populer abad ke-19, tetapi pemikiran dan konsepsi negara hukum sudah dicetuskan sejak abad ke-17 di Eropa Barat bersamaan dengan munculnya usaha untuk menggulingkan kekuasaan absolut para raja saat itu. Cita-cita dan upaya untuk membebaskan dari kekuasaan absolut para raja tersebut banyak dipengaruhi oleh faham individualisme yang diyakini telah membawa bangsa Eropa ke arah pencerahan, *renaissance*, dan mengalami reformasi.

Secara historis ada dua istilah yang terkait dengan konsep negara hukum, yaitu *rechtsstaat* dan *rule of law*. Kedua istilah tersebut memang mempunyai perbedaan arti materiil yang disebabkan oleh perbedaan latar belakang sejarah dan pandangan hidup bangsa di mana kedua istilah tersebut lahir dan berkembang. Namun keduanya mempunyai arah dan tujuan yang sama, yaitu mencegah kekuasaan absolut demi pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia.⁹⁰

Konsep *rechtsstaat* bertumpu pada sistem hukum *civil law*, yaitu sistem hukum Romawi Jerman, dengan latar belakang kelahirannya sebagai perjuangan untuk menentang absolutisme kekuasaan atau *machsstaat*. Sedang konsep *rule of law* bertumpu pada sistem hukum *common law* yang menekankan pada proses pemutusan perkara di pengadilan secara bebas tanpa pengaruh dan tekanan dari pihak manapun.

⁸⁸Lihat Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, (Jakarta: UI Press, 1995).

⁸⁹Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 10.

⁹⁰Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 33.

Secara umum dapat diartikan bahwa negara hukum atau *rechtsstaat* atau *rule of law* adalah negara yang susunannya diatur dengan sebaik-baiknya dalam peraturan perundang-undangan (hukum) sehingga segala kekuasaan dari alat-alat pemerintahannya didasarkan atas hukum. Begitu pula rakyat tidak bisa bertindak sekehendaknya yang bertentangan dengan hukum. Negara hukum ialah negara yang diperintah bukan oleh orang-orang tetapi oleh hukum. Dalam negara hukum hak-hak rakyat dijamin sepenuhnya oleh negara dan sebaliknya kewajiban-kewajiban rakyat terhadap negara harus dilaksanakan sepenuhnya dengan tunduk dan taat pada segala peraturan perundang-undangan negara. Dengan demikian, pemaknaan negara hukum memang selalu dikaitkan dengan organisasi internal atau struktur negara yang harus diatur menurut hukum. Setiap tindakan penguasa, dan juga rakyat, harus didasarkan atas hukum.

Menurut Joeniarto, asas negara hukum mengandung arti bahwa dalam penyelenggaraan negara tindakan penguasa harus didasarkan hukum bukan didasarkan kekuasaan atau kemauan penguasa belaka dengan maksud untuk membatasi kekuasaan penguasa serta melindungi kepentingan masyarakat, yaitu perlindungan terhadap hak asasi anggota masyarakatnya dari tindakan sewenang-wenang.⁹¹ Begitu pula menurut Sudargo Gautama, bahwa dalam suatu negara hukum terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan. Negara tidak maha kuasa, tidak bertindak sewenang-wenang. Tindakan-tindakan negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum. Dengan demikian, suatu negara dapat dikategorikan sebagai negara hukum apabila tindakan dari pihak yang berwajib, penguasa atau pemerintah secara jelas ada dasar hukumnya sebagai dasar dari tindakan yang berwajib, penguasa atau pemerintah yang bersangkutan.⁹²

Tipe-tipe Negara Hukum

Dalam perkembangan sejarah pemikiran dan praktik negara hukum ditemukan adanya beberapa tipe negara hukum. Dari pemikiran ahli dan praktik ketatanegaraan di Eropa ditemukan adanya tipe Negara Hukum *Anglo Saxon* yang

⁹¹Joeniarto, *Negara Hukum*, (Yogyakarta: Yayasan Penerbit Gajah Mada, 1968), 53.

⁹²Sudargo Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*, (Bandung: Alumni, 1973), 8.

berasal dari konsep *rule of law* dan Negara Hukum *Eropa Kontinental* yang berasal dari konsep *rechtsstaat*. Selain kedua tipe tersebut di negara-negara komunis juga berkembang tipe Negara Hukum Sosialis atau yang disebut dengan *socialist legality*. Di kalangan negara-negara Islam, seperti Saudi Arabia, Mesir, dan Pakistan berkembang tipe Negara Hukum Islam yang lazim disebut *Nomokrasi Islam*. Sedang Indonesia yang mempunyai hubungan historis dengan negara-negara Eropa Kontinental, dalam perkembangannya berusaha mengembangkan konsep negara hukum khas Indonesia yang disebut dengan Negara Hukum Pancasila.

1. Negara Hukum Anglo Saxon (Rule of law)

Pada mulanya ide negara hukum berkaitan dengan praktek negara polisi di Eropa Barat yang memiliki dua fungsi, yaitu mengupayakan kemakmuran dan ketertiban. Namun dalam kenyataannya para raja tetap saja memerintah secara sewenang-wenang, mulai Raja Lois VIII sampai Louis XIV (Perancis), Raja Philip II sampai Willem van Oranje (Belanda), Raja Isabella sampai Ferdinand (Spanyol), Raja Henry II dan Henry III sampai Oliver Cromwell (Inggris).⁹³

Ketika Inggris dilanda krisis finansial akibat peperangan dan penaklukan, memaksa Raja John I membuka akses bagi para bangsawan untuk terlibat dalam aktifitas pemerintahan dengan menerima kesepakatan *Magna Charta*. Selain para bangsawan, terlibat pula dalam pemerintahan adalah para penyumbang dana terbesar (pengusaha) dan para cendekiawan. Keterlibatan bangsawan, pengusaha, dan cendekiawan dalam pemerintahan ini menjadi cikal bakal parlemen Inggris yang disebut *House of Lord*. Dalam perkembangannya, selain para bangsawan, pengusaha, dan cendekiawan, rakyat biasa juga meminta hak mereka untuk terlibat dalam pemerintahan. Keterlibatan rakyat biasa dalam pemerintahan ini juga menjadi cikal bakal parlemen Inggris yang disebut *House of Common*.⁹⁴

Perjuangan rakyat Inggris selama berabad-abad dalam menentang

⁹³Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 34-35.

⁹⁴Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 35-38.

absolutisme tersebut menjadi inspirasi bagi Albert van Dicey dalam menyusun bukunya *Introduction to the study of the law of the constitution* (1885) yang memperkenalkan konsep negara hukum Inggris Abad XIX. Dalam khasanah kenegaraan Inggris, negara hukum yang dimaksud adalah konsep *Rule of Law*.⁹⁵

Pemikiran *rule of law* mulai tampak di Inggris ketika masa pemerintahan Raja Henry II (1164) yang menghasilkan naskah *constitution of clarendon*. Kemudian disusul pada masa pemerintahan John I dengan naskah *Magna Charta* (1215). Naskah tersebut di antaranya berisikan perihal pembatasan atas kekuasaan raja di bidang perpajakan dan hak milik warga negara. Hal ini yang selanjutnya mengilhami naskah *Bill of Rights* pada masa pemerintahan Raja William pada tahun 1689.⁹⁶

Menurut Dicey ada tiga unsur utama dari *rule of law*, yaitu: (a) *supremacy of law*; (b) *equality before the law*; (c) *constitution based on individual right*. Unsur *supremacy of law* mengandung pengertian negara diatur oleh hukum dan individu hanya mungkin dihukum jika melanggar hukum. Unsur *equality before the law* mengandung arti bahwa semua warga negara baik rakyat maupun pejabat taat pada hukum yang sama (*ordinary court*), dan jika melanggar hukum diadili di pengadilan yang sama. Unsur *constitution based on individual right* mengandung pengertian bahwa konstitusi sebagai undang-undang dasar merupakan generalisasi dari praktik atau kebiasaan yang sudah berlangsung dalam praktik penyelenggaraan negara, sedang hak asasi dan kebebasan individu dijamin dengan hukum-hukum biasa, konvensi, atau pun putusan hakim. Hal ini berkaitan dengan Konstitusi Inggris yang tidak dikodifikasikan dalam dokumen tunggal, melainkan tersebar ke berbagai dokumen, piagam, petisi, keputusan pengadilan, konvensi, kebiasaan tradisional, hukum adat, dan sebagainya.⁹⁷

Konsep *the rule of law* yang dikemukakan oleh Dicey pada tahun 1885 itu telah mengalami perubahan sepanjang perjalanan sejarah praktek ketatanegaraan

⁹⁵Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 35-38.

⁹⁶Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 39.

⁹⁷Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 39-42.

Inggris. Menurut Wade dan Philips, dari hasil penelitiannya yang dibukukan dalam *Constitutional Law*, bahwa *rule of law* pada tahun 1955 sudah berbeda dibandingkan dengan waktu awalnya. Menurutnya, unsur pertama yang berupa supremasi hukum, sampai saat ini masih merupakan unsur yang esensial dari konstitusionalisme Inggris. Hanya saja saat ini ada kelompok-kelompok yang taat pada hukum yang khusus dari kelompoknya serta pelanggaran atasnya diadili dalam pengadilan yang khusus pula, seperti kelompok militer yang berada di bawah yuridiksi Pengadilan Militer. Walaupun unsur supremasi hukum masih merupakan unsur esensial, namun saat ini negara turut campur dalam berbagai bidang kehidupan warganya dan negara atau pemerintah dapat mengambil tindakan apa pun dengan alasan demi kepentingan umum. Hal ini tentu mengurangi kadar supremasi hukum.⁹⁸

Mengenai unsur kesamaan di hadapan hukum, hal ini tidaklah berarti bahwa kekuasaan warga negara dapat disamakan dengan kekuasaan pejabat negara. Pemberian kekuasaan khusus kepada pejabat negara untuk melaksanakan tugas kenegaraannya tidaklah dapat dianggap melanggar *rule of law*. Begitu pula beberapa pengecualian, seperti:

- (a) Hak-hak imunitas raja;
- (b) Hak kekebalan diplomatik;
- (c) Kewenangan Persatuan Dagang untuk mengatur sendiri urusannya ke dalam; dan
- (d) Adanya kekuasaan *abitrasi*.

Hal ini tidak melanggar *rule of law*, tetapi tentu dianggap mengurangi makna *equality before the law*.⁹⁹

Dalam perkembangan selanjutnya, ternyata terdapat peralihan orientasi dari *rule of law* yang bergaya formalitas (negara hukum formal) ke orientasi prosedural yang substansial demi keadilan (negara hukum material) sebagai pengaruh dari dinamika pemikiran negara kesejahteraan (*the welfare state*). Hal

⁹⁸Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 42-43.

⁹⁹Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 42-43.

ini didasarkan atas pertimbangan, sebagaimana dikemukakan oleh Roberto Mangabera dalam *Law in Modern Society* (1976), bahwa telah terjadi meluasnya arti “kepentingan umum”, seperti pengawasan-pengawasan atas kontrak yang curang untuk penimbunan harta kekayaan secara tidak adil, dan pengawasan terhadap konsentrasi ekonomi yang dapat mengganggu pasar dalam persaingan bebas. Hal tersebut menunjukkan bahwa dalam bidang perekonomian campuran tangan pemerintah demi kepentingan umum menjadi lebih luas.¹⁰⁰

Perkembangan *rule of law* menjadi *welfare state* dapat dilihat di Inggris yang telah mengadakan program jaminan sosial, jaminan kesehatan nasional, nasionalisasi perusahaan swasta yang menyangkut kepentingan umum, dan kesempatan memperoleh pendidikan lanjutan dan pendidikan tinggi bagi yang kurang mampu. Di Amerika Serikat yang merupakan Negara Hukum Anglo Saxon juga sudah terdapat serangkaian undang-undang yang mengatur kesejahteraan sosial.¹⁰¹

2. Negara Hukum Eropa Kontinental (*Rechtsstaat*)

Kalau upaya untuk menghadapi absolutisme kekuasaan para raja di Inggris telah melahirkan konsep *rule of law*, maka di Perancis dan Jerman telah melahirkan konsep *rechtsstaat*. Sejarah *rechtsstaat* di Perancis diawali sejak Revolusi Perancis tahun 1789 sebagai akibat dari kesewenang-wenangan Raja Louis XIV. Menjelang meletusnya Revolusi Perancis 4 Juli 1789, pada tanggal 5 Mei 1789 raja terpaksa mengundang rapat kaum bangsawan, pendeta, dan pedagang ke Istana Versailles. Ini merupakan rapat yang pertama kali diadakan lagi setelah rapat gabungan semacam itu tidak pernah diadakan lagi sejak tahun 1614. Sejak saat itu golongan ketiga, yaitu para pedagang dan orang kaya mempunyai kesempatan untuk ikut menentukan jalannya kebijaksanaan negara. Kalau pada masa sebelumnya yang berperan dalam kegiatan kenegaraan bersama raja hanyalah kaum bangsawan dan pendeta saja, maka sejak saat itu kaum borjuis

¹⁰⁰ Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 42-43.

¹⁰¹ Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 42-43.

mulai memegang peranan dalam kehidupan bernegara, bahkan semakin lama peran kaum borjuis ini semakin besar terutama ketika raja memerlukan bantuan dana yang besar dari kaum borjuis untuk membiayai peperangan. Jika raja tidak memperhatikan usulan dan kepentingan kaum borjuis maka raja tidak akan mendapatkan bantuan dana tersebut.¹⁰²

Kondisi yang sama juga terjadi di Jerman. Kaisar Jerman pada waktu itu, yaitu Frederick Wilhelm IV, terpaksa menerima orang-orang kaya dan cendekiawan untuk turut berperan dalam pemerintahannya. Kehadiran kaum liberal dan hasil pemikiran para cendekiawan mengenai negara hukum tidak saja memengaruhi pemerintahan di Jerman, tetapi juga bangsa-bangsa di Benua Eropa (Eropa Kontinental) lainnya. Salah satu tokoh cendekiawan yang sangat berpengaruh di Benua Eropa saat itu adalah Immanuel Kant (1724-1804).¹⁰³

Konsep Negara Hukum Immanuel Kant, sebagaimana dikemukakan dalam bukunya *Methaphysische Ansfangsgrunde der Rechtslehre*, sering disebut dengan Negara Hukum Liberal. Hal ini disebabkan gagasan tersebut merupakan tuntutan dari kaum borjuis liberal. Keinginan mereka, kaum borjuis liberal itu, untuk terlibat dalam urusan kenegaraan didasarkan atas keinginan agar hak-hak dan kebebasan pribadinya tidak diganggu. Keinginan mereka hanyalah agar dibebaskan untuk mengurus kepentingannya sendiri, sehingga penyelenggaraan perekonomian atau kemakmuran diserahkan sepenuhnya kepada mereka tanpa campur tangan negara. Dalam pandangan mereka negara hanya berperan menjaga tata tertib dan keamanan, sehingga negara hukum yang digagasnya adalah Negara Hukum Penjaga Malam (*Nachtwachter Staat*). Menurut Kant, dalam Negara Hukum Liberal atau Negara Hukum Penjaga Malam, segala tindakan negara untuk menjaga ketertiban dan keamanan harus didasarkan atas hukum, sedang penyelenggaraan perekonomian berasaskan persaingan bebas; *laisse faire, laissez passer*, sehingga siapa yang kuat mereka yang akan menang.¹⁰⁴

¹⁰²Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 44-45.

¹⁰³Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 44-45.

¹⁰⁴Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 45-46.

Kelemahan lain dari Negara Hukum Formal gagasan Immanuel Kant, karena hanya memperhatikan aspek formalnya tanpa memperhatikan siapa pembuat hukum itu, maka bisa jadi negara totaliter yang diatur oleh hukum yang dibuat oleh diktator atau penguasa tiran dapat digolongkan sebagai negara hukum.¹⁰⁵

Ternyata pemikiran tersebut telah mengakibatkan tidak diperhatikannya kepentingan masyarakat banyak. Penyelenggaraan perekonomian yang diserahkan sepenuhnya kepada swasta atau kaum borjuis liberal tanpa campur tangan pemerintah atau negara, ternyata tidak mendatangkan kesejahteraan dan kemakmuran bagi rakyat banyak, melainkan hanya mendatangkan keuntungan sebesar-besarnya serta kemakmuran pada kaum borjuis liberal saja. Akhirnya tujuan dan cita-cita negara hukum tidak dapat dicapai dengan konsep Negara Hukum Liberal ini. Oleh karena itu, Frederich Julius Stahl, mengemukakan konsep untuk memperbaiki dan mengatasi kelemahan konsep Negara Hukum Liberal tersebut.¹⁰⁶

Meskipun dimaksudkan untuk memperbaiki pemikiran Immanuel Kant, ternyata konsep Negara Hukum dari Stahl, sebagaimana dikemukakan dalam karya ilmiahnya *Philosophie des Rechts*, masih sama dengan Kant, yaitu hanya memperhatikan aspek formalnya saja dan mengabaikan aspek materialnya. Karena itu pemikiran Stahl ini sering disebut dengan Negara Hukum Formal. Menurut Stahl, Negara Hukum haruslah mengandung unsur-unsur utama yang terdiri dari:

- a. Mengakui dan melindungi hak-hak asasi manusia;
- b. Untuk melindungi hak asasi tersebut maka penyelenggaraan negara harus Berdasarkan teori *trias politica*;
- c. Dalam menjalankan tugasnya, pemerintah berdasar atas undang-undang (*wetmatig bestuur*);
- d. Apabila dalam menjalankan tugasnya berdasarkan undang-undang pemerintah

¹⁰⁵Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 48.

¹⁰⁶Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 48.

masih melanggar hak asasi (pemerintah campur tangan dalam kehidupan pribadi seseorang), maka ada pengadilan administrasi yang akan menyelesaikannya.¹⁰⁷

Keempat unsur negara hukum yang dikemukakan oleh Stahl tersebut dimaksudkan untuk melindungi hak-hak asasi warga negara dengan cara membatasi dan mengawasi gerak langkah dan kekuasaan negara dengan undang-undang. Ternyata Stahl hanya mengutamakan aspek formalnya, yaitu hak asasi dan kebebasan individu terlindungi secara formal. Hasilnya hanya membawa kesamaan dalam aspek hukum dan politik saja. Sedang dalam pencapaian kemakmuran, sistem penyelenggaraan ekonomi tetap liberal berdasarkan persaingan bebas. Campur tangan pemerintah atau negara dalam penyelenggaraan ekonomi hanya dapat dilakukan bila telah disetujui oleh rakyat melalui undang-undang. Negara tidak boleh menyimpang atau pun memperluas peranannya dalam penyelenggaraan perekonomian selain yang ditetapkan oleh undang-undang, artinya harus *wetmatig*. Padahal tidak semua kejadian dan permasalahan yang akan terjadi di kemudian hari dapat diperkirakan semuanya oleh undang-undang. Pembatasan yang ketat oleh undang-undang ini telah mempersempit ruang gerak pemerintah dalam penyelenggaraan negara, sehingga pemerintah menjadi kaku dan tidak dapat mengelola negara untuk mencapai masyarakat yang bebas dan makmur bagi setiap individu. Dengan demikian adanya *wetmatigheid van het bestuur* yang menjadi ciri utama Negara Hukum Formal yang dikemukakan Stahl tidak dapat menjamin untuk mewujudkan tercapainya tujuan negara hukum untuk menjamin hak-hak asasi dan kebebasan setiap warga negara demi kesejahteraan kehidupan bersama.¹⁰⁸

Gugatan terhadap konsep Negara Hukum Formal yang memiliki ciri-ciri pasif dalam bidang sosial dan ekonomi semakin gencar dilakukan pada pertengahan abad ke-20. Gugatan itu antara lain dilatarbelakangi oleh:

(a) Adanya ekses-ekses yang ditimbulkan dari industrialisme dan liberalisme

48. ¹⁰⁷Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*,

47. ¹⁰⁸Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*,

yang selama ini menjadi pijakan Negara Hukum Formal;

- (b) Menyebarnya paham sosialisme yang menghendaki pemerataan distribusi kekuasaan; dan
- (c) Keberhasilan partai-partai sosialis dalam pemilu di beberapa negara Eropa.

Di samping itu juga disebabkan oleh berkembangnya pemikiran mengenai Negara Hukum yang lebih demokratis, berperikemanusiaan, dan berkeadilan, seperti yang terjadi di Belanda.

Perkembangan pemikiran tentang Negara Hukum di Negeri Belanda juga pernah dikemukakan oleh M. Scheltema dalam Kongres di Fakultas Hukum Rijksuniversiteit di Groningen pada Februari 1899. Menurut Scheltema ada 4 unsur utama negara hukum yang masing-masing unsur utama itu diikuti oleh beberapa unsur turunannya, yaitu:

- 1) Adanya kepastian hukum, yang unsur turunannya meliputi:
 - a. Asas legalitas;
 - b. Undang-undang yang mengatur tindakan yang berwenang sedemikian rupa sehingga warga negara dapat mengetahui apa yang dapat diharapkan;
 - c. Undang-undang tidak boleh berlaku surut;
 - d. Hak asasi dijamin dengan undang-undang;
 - e. Pengadilan yang bebas dari pengaruh kekuasaan lain;
- 2) Asas persamaan, yang unsur turunannya meliputi:
 - a. Tindakan yang berwenang diatur dalam undang-undang dalam arti materiil;
 - b. Adanya pemisahan kekuasaan;
- 3) Asas demokrasi, yang unsur turunannya meliputi:
 - a. Hak untuk memilih dan dipilih bagi warga negara;
 - b. Peraturan untuk badan yang berwenang ditetapkan oleh parlemen;
 - c. Parlemen mengawasi tindakan pemerintah;
- 4) Asas pemerintahan untuk rakyat, yang unsur turunannya meliputi:
 - a. Hak asasi dijamin dengan Undang-Undang Dasar;
 - b. Pemerintahan secara efektif dan efisien.¹⁰⁹

¹⁰⁹Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 50.

Selanjutnya konsep Negara Hukum Demokratis dikemukakan oleh Paul Scholten dalam karya ilmiahnya *Verzamelde Geschriften* (1935). Menurut Scholten bahwa unsur-unsur negara hukum itu terdiri dari:

- 1) Adanya hak warga negara terhadap negara/raja, yang meliputi;
 - a. Hak individu yang pada prinsipnya berada di luar wewenang negara, seperti kebebasan beragama, berserikat, berrapat, pers, dan hak milik;
 - b. Pembatasan atas hak di atas hanyalah dengan ketentuan undang-undang yang berlaku umum sehingga ada kesamaan di hadapan hukum, dan bukan atas kehendak atau kekuasaan raja;
- 2) Adanya pemisahan kekuasaan yang mengacu pada pendapat Montesquieu dengan beberapa catatan:
 - a. Kekuasaan pembentuk undang-undang, dengan cara apa pun rakyat hendaklah diikutsertakan dalam kekuasaan ini agar tidak terjadi kesewenang-wenangan dalam pembentukan undang-undang;
 - b. Dalam pembentukan undang-undang harus pula diperhatikan aspek materialnya di samping aspek formalnya;
 - c. Kedudukan yudikatif yang ada pada Mahkamah Agung tidak dapat dikatakan sama derajatnya dengan pembentuk undang-undang, tetapi lebih tinggi, sebab selain mempunyai tugas mengadili pelanggar hukum juga mempunyai kekuasaan untuk mengawasi pembentukan undang-undang (hak menguji undang-undang);
 - d. Perlunya diwaspadai adanya kekuasaan pemerintahan yang semakin besar agar jangan sampai kedaulatan hukum beralih menjadi kedaulatan negara.¹¹⁰

Perkembangan pemikiran Negara Hukum pada abad ke-20, menurut pandangan Struycken telah mendorong lahirnya Negara Hukum Baru, yaitu negara hukum yang membagi segala kebutuhan hidup, yang membantu para warga negara dengan berbagai sarana yang diperlukan. Dalam Negara Hukum Modern, negara tidak dapat membebani para warga negara dengan kewajiban melakukan sesuatu, dan tidak dapat memerintah atau melarang, kecuali atas dasar

¹¹⁰Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 48-49.

perintah hukum yang ditetapkan secara musyawarah antara pemerintah dan perwakilan rakyat.¹¹¹

Selain hal di atas, Negara Hukum Modern yang berkembang pada abad ke-20 juga mengandung unsur baru, yaitu:

- (1) Adanya kontrol peradilan terhadap pemerintah;
- (2) Adanya pemberian wewenang kepada pemerintah dalam hal pembuatan undang-undang untuk mengatasi berbagai ketertinggalan legislatif oleh gerak eksekutif;
- (3) Adanya perlindungan hukum terhadap yang berkuasa juga sekaligus pihak yang dikuasai.¹¹²

Perkembangan dalam pemikiran dan praktik negara hukum di negara-negara Barat telah mengubah pengertian asas legalitas yang semula diartikan pemerintah berdasar atas undang-undang (*wetmatigheid van het bestuur*) menjadi pemerintah berdasar atas hukum (*rechtmaticheid van het bestuur*). Dalam hal ini pemerintah tidak lagi dianggap sebagai penguasa absolut yang harus dikontrol dan dibatasi, namun pemerintah (penguasa) adalah patner dalam mencapai tujuan bersama, yaitu kemakmuran. Untuk itu asas legalitas pun dimaknai lebih longgar lagi menjadi *doelmatigheid van het bestuur* yang selanjutnya melahirkan konsep negara hukum baru, yaitu Negara Kemakmuran (*Welvaarts Staat*). Dalam konsep Negara Kemakmuran, pemerintah mempunyai kewenangan untuk melakukan tindakan tertentu sepanjang untuk kepentingan umum agar kemakmuran betul-betul terwujud secara nyata. Untuk itu, meskipun asas legalitas masih dipertahankan, tetapi beberapa modifikasi dilakukan di beberapa negara. Seperti kewenangan pemerintah untuk membentuk undang-undang dengan pembatasan referendum di Swis, atau hak *veto* yang dipunyai Presiden Amerika Serikat untuk menolak undang-undang yang dipandang merugikan negara.¹¹³

Pemikiran dan praktik kenegaraan di Eropa Barat selanjutnya, yang

51. ¹¹¹Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*,

53. ¹¹²Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*,

56. ¹¹³Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*,

dimulai tahun 1960, menunjukkan adanya perkembangan pemaknaan negara hukum dari Negara Kemakmuran (*Welvaarts Staat*) menuju kepada Negara Kesejahteraan (*Verzorgingsstaat*). Dalam konsep Negara Kesejahteraan, di samping sebagai penjaga malam, negara dituntut pula untuk memberikan jaminan sosial pada hari tua, memberikan jaminan kesehatan yang memadai kepada masyarakat, memberikan jaminan asuransi, dan memberikan jaminan kepada masyarakat yang sedang menganggur. Negara bukan hanya menjaga tata tertib saja, tetapi juga harus turut serta menyelenggarakan ekonomi nasional, sebagai pembagi jasa-jasa, sebagai penengah sengketa, dan ikut aktif dalam berbagai bidang kehidupan.¹¹⁴ Negara tidak cukup hanya menyediakan kemakmuran materi atau kemakmuran jasmaniah saja, tetapi juga kemakmuran rohaniah, sehingga dapat mewujudkan kehidupan yang sejahtera.

Dengan demikian unsur negara hukum klasik tidak dapat dipertahankan secara mutlak. Pembentuk undang-undang harus rela menyerahkan sebagian wewenangnya kepada pemerintah, agar penyelenggaraan negara tidak lagi hanya menjaga ketertiban yang ada, tetapi juga menerbitkan ketertiban yang adil. Pembentuk undang-undang maupun pemerintah tidak lagi dapat memperkirakan semua kebutuhan undang-undang di masa yang akan datang, sehingga seringkali diperlukan ruang lingkup kebebasan bertindak oleh pemerintah yang lebih luas.¹¹⁵

Dari uraian perkembangan negara hukum di atas tampak adanya pergeseran dari status negara hukum formil menuju negara hukum materiil yang demokratis, aspiratif, partisipatif, dan akomodatif dengan melibatkan rakyat dalam proses pembuatan hukum. Usaha untuk semakin mendemokrasikan negara hukum materiil ini juga tidak bisa lepas dari peran aktif *International Commission of Jurist* (ICJ) dalam menyebarkan, mengembangkan, dan mengaktualisasikan perlindungan HAM yang lebih luas yang tidak terbatas pada hak-hak sipil, tetapi juga menyangkut hak politis, ekonomi, sosial, dan kultural.

Hasil kongres *International Commission of Jurist* (IJC) tahun 1955 di

¹¹⁴Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 57.

¹¹⁵Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 54.

Athena menetapkan bahwa prinsip utama negara hukum (*the rule of law*) adalah:

- a. Negara harus tunduk pada hukum;
- b. Pemerintah harus menghormati hak-hak individu;
- c. Hakim harus melindungi dan menjalankan hukum tanpa rasa takut dan tanpa berpihak serta menentang setiap campur tangan oleh pemerintah atau partai politik terhadap kebebasan hakim.¹¹⁶

Sedang hasil kongres *International Commission of Jurist* (ICJ) di Bangkok tahun 1965 menetapkan bahwa prinsip-prinsip bagi terselenggaranya *rule of law* adalah:

- a. Adanya perlindungan konstitusional, yaitu bahwa konstitusi selain menjamin hak-hak individu harus menentukan pula prosedur untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin;
- b. Adanya badan kehakiman yang bebas dan tidak memihak (*independency and impartial tribunal*);
- c. Adanya pemilihan umum yang bebas;
- d. Adanya kebebasan untuk mengeluarkan pendapat;
- e. Adanya kebebasan untuk berserikat, berorganisasi, dan beroposisi;
- f. Adanya pendidikan kewarganegaraan (*civics education*) dalam proses pendewasaan sikap politik masyarakat.¹¹⁷

3. Negara Hukum Sosialis (*Socialist Legality*)

Di negara-negara komunis juga dikenal konsep yang hampir mirip dengan negara hukum, yaitu *Socialist Legality* yang merupakan negara hukum yang bertujuan untuk mencapai sosialisme di mana hak-hak perseorangan dapat disalurkan kepada prinsip-prinsip sosialisme. Konsep *Socialist Legality* ini pernah diterapkan di bekas negara Uni Soviet (USSR) dan negara-negara komunis lainnya.

Dalam Undang-Undang Dasar Uni Soviet dahulu, terdapat beberapa pasal

59. ¹¹⁶Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*,

60. ¹¹⁷Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*,

yang membahas hak-hak warga negara yang menjadi ciri *socialist legality* sebagaimana halnya unsur-unsur *rule of law* atau *rechtsstaat*. Jaminan hak-hak warga negara tersebut dikemukakan dalam Pasal 34, 36, 39, 48, 50, 52, dan 54 UUD USSR yang meliputi:

- a. Adanya prinsip persamaan di depan hukum tanpa membedakan faktor asal-usul, status sosial, ras atau bangsa, seks, tingkat pendidikan, bahasa, sikap terhadap agama, jenis pekerjaan, tempat tinggal, dan lain-lain (Pasal 34);
- b. Adanya prinsip persamaan hak yang sama kendati dari berbagai ras, suku, dan bangsa (Pasal 36);
- c. Adanya jaminan hak-hak warga negara dalam bidang sosial, ekonomi, politik, serta hak perorangan (Pasal 39);
- d. Adanya jaminan hak-hak warga negara untuk berperan serta dalam kegiatan negara terkait dengan pembahasan dan pengesahan undang-undang serta keputusan-keputusan yang menyangkut kepentingan umum (Pasal 48);
- e. Adanya jaminan kebebasan berbicara, pers, berkumpul, berrapat, melakukan arak-arakan dan demonstrasi untuk kepentingan rakyat dan untuk memperkuat serta mengembangkan sistem sosialis (Pasal 50);
- f. Adanya jaminan hak warga negara untuk memeluk atau tidak memeluk agama serta propaganda anti agama (*atheis*) (Pasal 52);
- g. Adanya jaminan warga negara untuk memperoleh kebebasan individu terhadap penangkapan tanpa dasar hukum, di mana seseorang tidak boleh ditahan kecuali berdasarkan keputusan pengadilan atau surat kuasa penangkapan jaksa (Pasal 54).¹¹⁸

Meskipun terdapat jaminan terhadap beberapa hak asasi warga negara dalam Undang-Undang Dasar USSR ternyata dalam pelaksanaannya terdapat perbedaan yang esensial mengenai makna unsur negara hukum yang ada pada *socialist legality* dengan yang ada pada *rule of law* atau *rechtsstaats*, terutama yang berkaitan dengan hak asasi, hakim yang bebas, dan asas legalitas. Dalam *socialist legality*, hak asasi yang berkaitan dengan kebebasan berbicara, dan kebebasan pers, ternyata memiliki arti bebas versi Lenin, yaitu *free of capital*,

¹¹⁸Prajudi Atmosudirdjo dkk., *Konstitusi Soviet*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1986).

careerism and boorgeors anarchistic individualism. Dengan demikian berbagai hak yang dijamin dalam konstitusi itu hanya bersifat formalitas belaka, sedang dalam prakteknya bukanlah negara hukum tetapi tetap merupakan negara polisi. Bahkan mereka sendiri menamakan negaranya bukan dengan negara hukum tetapi negara diktator proletar.¹¹⁹

4. Nomokrasi Islam

Nomokrasi Islam adalah istilah yang dipakai untuk menyebut negara hukum dalam perspektif Islam. Menurut Azhary,¹²⁰ Negara Hukum dalam perspektif Islam memiliki prinsip-prinsip umum yang terdiri dari:

- (a) Kekuasaan sebagai amanah;
- (b) Musyawarah;
- (c) Keadilan;
- (d) Persamaan;
- (e) Pengakuan dan perlindungan terhadap HAM;
- (f) Peradilan bebas.

Dalam perspektif Islam terdapat 2 teori yang mengkaji tipologi negara dilihat dari aspek kekuasaan. Pertama adalah teori Imam Malik yang didasarkan atas prinsip *Al-Maslahah Al-Mursalah* (kemaslahatan umum).¹²¹ Teori ini sangat berpengaruh dalam menentukan prinsip-prinsip umum tentang kenegaraan dalam Islam. Dalam pandangan Imam Malik, Al-Quran dan Al-Sunnah tidak menentukan secara jelas mengenai bentuk Nomokrasi Islam, apakah bentuk kerajaan atau Republik. Karena itu berdasarkan prinsip *Al-Maslahah Al-Mursalah* manusia diberi kebebasan dan kewenangan untuk menformat ketatanegaraannya sesuai dengan latar belakang sejarah, sistem politik, ekonomi, sosial, kultural, serta falsafah masing-masing bangsa sepanjang substansinya konsekuen dengan

¹¹⁹Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, 58.

¹²⁰Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini* (Jakarta:Predana Media, 2003), 85.

¹²¹Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, 9-12.

ajaran Al-Quran dan Al-Sunnah.

Bentuk negara kerajaan atau republik bukanlah ukuran utama dalam mengusahakan kesejahteraan rakyatnya, karena kerajaan atau republik hanya sekedar bentuk, wadah, dan formalitas. Meskipun bentuk negaranya kerajaan sepanjang konsekuen dengan ajaran Al-Quran dan Al-Sunnah maka bisa dinyatakan sebagai Nomokrasi Islam. Sebaliknya, meskipun bentuk negaranya republik dengan prinsip demokrasi; dari, oleh, dan untuk rakyat, sepanjang tidak sejalan dengan ajaran Al-Quran dan Al-Sunnah, maka tidak dapat dinyatakan sebagai Nomokrasi Islam.

Teori kedua dikemukakan oleh Ibnu Khaldun (1332-1406) dalam bukunya *Muqaddimah*.¹²² Menurut Khaldun, ada 2 tipe negara, yaitu negara dengan ciri kekuasaan alamiah (*Mulk Tabi'i*) dan negara dengan ciri kekuasaan politik (*Mulk Siyasi*). Negara dengan ciri kekuasaan alamiah (*Mulk Tabi'i*) ditandai dengan kekuasaan yang sewenang-wenang, absolut, dan cenderung pada hukum rimba sebagaimana lazim diterapkan di negara-negara otoriter, totaliter, dan fasisme. Negara dengan ciri kekuasaan politik (*Mulk Siyasi*) dibagi lagi menjadi 3, yaitu:

- (1) Negara hukum atau Nomokrasi Islam (*Siyasah Diniyah*);
- (2) Negara hukum sekuler (*Siyasah Aqliyah*);
- (3) Negara ala "republik" Plato (*Siyasah Madaniyah*).

Dari ketiga tipe *Mulk Siyasi* tersebut, menurut Ibnu Khaldun yang paling ideal sebagai bentuk tata politik dan kultural yang permanen adalah *Siyasah Diniyah* (Nomokrasi Islam). *Siyasah Aqliyah* (negara hukum sekuler) hanya mendasarkan pada hukum sebagai hasil rasio manusia tanpa mengindahkan hukum yang bersumber dari wahyu Tuhan. Sedang *Siyasah Madaniyah* (republik ala Plato) merupakan negara yang diperintah oleh segelintir golongan elit atas sebagian golongan budak yang tidak mempunyai hak pilih. Dalam *Siyasah Diniyah* (Nomokrasi Islam), kecuali berdasarkan syari'ah, yaitu hukum yang bersumber dari Al-Quran dan Al-Sunnah, juga menggunakan hukum yang bersumber dari akal pikiran manusia. Menurut Khaldun, ciri ideal suatu negara

¹²²Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, 13-15.

ialah kombinasi antara syari'ah dan kaidah-kaidah hukum yang ditetapkan dengan menggunakan akal manusia. Penggunaan akal manusia di sini dimaksudkan dengan tetap merujuk kepada syari'ah.¹²³

Penyebutan Nomokrasi Islam untuk negara hukum dalam prespektif Islam dimaksudkan untuk menghindari penyebutan Theokrasi yang sering digunakan oleh para sarjana barat dalam menyebut negara dalam prespektif Islam di negara-negara Arab. Predikat yang tepat bagi negara Islam adalah Nomokrasi Islam bukan Theokrasi. Sebab konsep Theokrasi tidak ada kaitan sama sekali dengan Islam. Istilah Theokrasi yang berasal dari kata Theos (Tuhan) dan Kratos (pemerintahan) pertama kali dipakai untuk mengidentifikasi karakteristik tipe negara Israel pada awal permulaan era Kristen. Theokrasi digunakan untuk menyebut negara-negara yang diperintah oleh Tuhan atau Tuhan-tuhan, yaitu suatu negara yang memiliki bentuk pemerintahan yang mengakui Tuhan atau dewa sebagai raja atau penguasa dekat. Karena itu Theokrasi hanya tepat untuk mengidentifikasi negara yang dipimpin oleh pemimpin agama yang dilegitimasi sebagai wakil Tuhan, seperti Paus pada abad pertengahan, atau seperti Negara Vatikan sekarang yang merupakan institusi rokhani yang mendominasi umatnya.¹²⁴

5. Negara Hukum Indonesia

Dalam perkembangannya, muncul Konsep Negara Hukum Pancasila yang merupakan konsep yang dikembangkan oleh pakar hukum di Indonesia. Pada dasarnya konsep negara hukum Pancasila selain memiliki unsur-unsur pada konsep negara hukum yang disebutkan terdahulu juga memiliki unsur-unsur khusus¹²⁵.

Konsep negara hukum di Indonesia dapat disebut juga negara hukum Pancasila, dipengaruhi oleh paham *Anglo Saxon the rule of law* dan Eropa

¹²³Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, 13-15.

¹²⁴Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, 86-87.

¹²⁵ Praja, *Teori Hukum Dan Aplikasinya*, 140.

kontinental *rechtsstaat* dengan anggapan bahwa Indonesia menganut pola yang diambil tidak menyimpang dari pengertian negara hukum pada umumnya, disesuaikan dengan keadaan di Indonesia artinya digunakan dengan ukuran maupun pandangan bernegara kita¹²⁶.

Atas dasar itu negara hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 mengambil konsep *prismatic* atau *integrative* dari 2 (dua) konsep negara hukum (*Rechtsstaat* dan *Role of Law*). Pilihan konsep *prismatic* atau *integrative* tersebut sangat beralasan, yaitu ingin memadukan prinsip kepastian hukum (*rechtsstaat*) dengan prinsip keadilan dalam konsep *the role of law*¹²⁷.

Negara Indonesia adalah Negara Hukum.¹²⁸ Negara Hukum Indonesia adalah negara hukum yang berdasarkan nilai-nilai Pancasila yang merupakan falsafah dan dasar negara. Pancasila sebagai dasar negara yang merupakan cerminan dari jiwa bangsa Indonesia, haruslah menjadi sumber hukum dari semua peraturan hukum yang ada.

Menurut Azhary¹²⁹, meskipun konsep Negara Hukum Indonesia yang pernah dikemukakan dalam Penjelasan UUD 1945 sebelum dilakukan perubahan, erat sekali hubungannya dengan konsep *rechtsstaat*, yaitu konsep negara hukum Eropa Kontinental, tetapi konsep Negara Hukum Indonesia sebetulnya bukanlah tipe *rechtsstaat*. Tipe Negara Hukum Indonesia juga bukan tipe *rule of law*, meskipun unsur-unsur dari *rechtsstaat* dan *rule of law* dapat ditemukan dalam Negara Hukum Indonesia. Menurut Azhary, ciri-ciri Negara Hukum Indonesia berdasarkan Pancasila adalah:

- a. Adanya hubungan yang erat antara agama dan negara;
- b. Bertumpu pada prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa;
- c. Menganut kebebasan beragama dalam arti positif;

¹²⁶Padmo Wahyono dalam Ellyar Chaidir, *Negara Hukum, Demokrasi Dan Konstalasi Ketatanegaraan Indonesia*, (Yogyakarta: Total Media, 2007), 42.

¹²⁷ Praja, *Teori Hukum Dan Aplikasinya*, 140.

¹²⁸Republik Indonesia, *Perubahan Ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Pasal 1 Ayat (3).

¹²⁹Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, 97-98.

- d. Atheisme tidak dibenarkan serta komunisme dilarang;
- e. Menganut asas kekeluargaan sekaligus kerukunan.

Padmo Wahyono¹³⁰ merumuskan ada 5 (lima) unsur Negara Hukum Pancasila, yaitu:

- a. Pancasila merupakan sumber hukum nasional yang berarti bahwa bangsa Indonesia menghendaki satu sistem hukum nasional yang dibangun atas dasar wawasan kebangsaan, wawasan nusantara, dan wawasan bhinneka tunggal ika;
- b. MPR mempunyai kewenangan untuk mengubah dan menetapkan UUD yang melandasi segala peraturan perundangan di bawahnya, yang mana undang-undang dibuat oleh DPR dan Presiden yang menunjukkan prinsip legislatif khas Indonesia;
- c. Pemerintah berdasarkan sistem konstitusional;
- d. Adanya persamaan di depan hukum;
- e. Adanya kekuasaan kehakiman yang bebas dan tidak memihak.

Secara konsepsional, seharusnya Negara Hukum Indonesia dapat dirumuskan baik secara material maupun yuridis formal. Secara material, Negara Hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila dalam pembuatan substansi hukumnya harus menjunjung tinggi dan berlandaskan pada:

- a. Nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, artinya bahwa hukum yang dijadikan dasar pengaturan kehidupan negara harus bersumber dari dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai ketuhanan serta selaras dengan ajaran agama-agama yang ada. Dalam hal ini hukum-hukum yang bersumber dari ajaran agama adalah bagian dan menjadi salah satu sumber hukum dan peraturan perundang-undangan.
- b. Nilai-nilai kemanusiaan yang adil dan beradab, artinya bahwa hukum yang dijadikan dasar pengaturan kehidupan negara harus bersumber dari dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai kemanusiaan yang universal, nilai-nilai keadilan, dan nilai-nilai keadaban. Dengan demikian maka hukum dan peraturan perundang-undangan harus menjunjung tinggi nilai Hak-hak Asasi

¹³⁰Padmo Wahyono, *Pembangunan Hukum di Indonesia* (Jakarta: In-Hill Co., 1989), 153.

Manusia.

- c. Nilai-nilai persatuan Indonesia, artinya bahwa hukum yang dijadikan dasar pengaturan kehidupan negara harus bersumber dari dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai kebangsaan Indonesia, tetap menjaga persatuan dan kesatuan dengan tetap menghormati keanekaragaman agama, budaya, suku, bahasa, tradisi, dan adat istiadat yang ada. Dengan demikian hukum dan peraturan perundang-undangan harus mengakui dan menjamin nilai-nilai kearifan lokal, tradisi dan budaya nusantara yang beraneka ragam.
- d. Nilai-nilai kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, artinya bahwa hukum yang dijadikan dasar pengaturan kehidupan negara harus bersumber dari dan tidak bertentangan dengan kepentingan dan aspirasi rakyat yang ditetapkan melalui musyawarah secara perwakilan dengan berlandaskan pada akal sehat (hikmat) dan i'tikad baik serta kearifan (kebijaksanaan). Dengan hukum dan peraturan perundang-undangan harus demokratis baik secara substansial dan prosedural.
- e. Nilai-nilai keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, artinya bahwa hukum yang dijadikan dasar pengaturan kehidupan negara harus hukum yang betul-betul bisa menciptakan kesejahteraan masyarakat secara adil dan merata bagi seluruh rakyat Indonesia. Dengan demikian hukum dan peraturan perundang-undangan harus dapat menjamin terwujudnya keadilan dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat tanpa kecuali.

Sedang secara yuridis formal Negara Hukum Indonesia harus didasarkan atas ketentuan yang ada dalam pasal-pasal peraturan perundang-undangan, baik dalam dalam Undang-Undang Dasar, Undang-Undang, maupun peraturan perundangan lainnya. Secara yuridis formal, pilar utama bangunan Negara Hukum Indonesia yang tercantum dalam Pembukaan UUD 1945 yang kemudian dijabarkan dalam pasal- pasalnya adalah:

- a. Adanya jaminan hak asasi manusia yang tercantum dalam: Alinea ke-1 Pembukaan UUD 1945, Pasal 27 Ayat (1), (2), dan (3), Pasal 28, Pasal 31 Ayat (1), Pasal 28A, 28B ayat (1), (2), Pasal 28C ayat (1), (2), Pasal 28D ayat (1), (2), (3), (4), Pasal 28E ayat (1), (2), (3), Pasal 28 F, Pasal 28G ayat (1),

- (2); Pasal 28H ayat (1), (2), (3), (4), Pasa 28 I ayat (1), (2), (3), (4), dan Pasal 28 J ayat 1 dan (2), Pasal 29 Ayat (2);
- b. Adanya prinsip persamaan di depan hukum yang dicantumkan dalam Pasal 27 ayat (1);
 - c. Adanya kekuasaan kehakiman yang bebas tidak memihak, yang dicantumkan dalam Pasal 24 ayat (1).
 - d. Adanya jaminan pendidikan dan sosial yang dicantumkan dalam Pasal 34 Ayat (1) dan (2).

Disamping itu terdapat sejumlah peraturan perundangan-undangan di bawah UUD 1945 yang mengatur dan menjabarkan bagaimana mengimplementasikan keempat pilar utama tersebut.

2. Teori Penengah (*Middle Theory*)

a. Teori Kepemilikan Dalam *Fiqh* Islam

Dalam *fiqh* muamalah, milik menurut Ali al-Khafifi adalah sesuatu kekhususan untuk menguasai sesuatu yang mengesampingkan orang lain dapat memanfaatkan sesuatu tersebut.¹³¹ Apabila seseorang telah memiliki suatu benda yang sah menurut syarak, maka orang tersebut bebas bertindak terhadap benda tersebut, baik akan dijual maupun akan digadaikan, baik dia sendiri maupun dengan perantara orang lain.¹³²

Menurut istilah milik dapat didefinisikan suatu *ikhtisāṣ* yang menghalangi yang lain, menurut syariat yang membenarkan pemilik *ikhtisāṣ* itu untuk bertindak terhadap barang miliknya sekehendaknya kecuali ada penghalang.¹³³ Sedangkan Wahbah al Zuhaily mendefenisikan bahwa milik adalah adalah keistimewaan (*ikhtisāṣh*) terhadap sesuatu yang menghalangi orang lain darinya dan pemiliknya bebas melakukan *bertaṣarruf* secara langsung kecuali ada halangan syarak.¹³⁴

¹³¹ Ali Al-Khafifi, *Mukhtasar Ahkam A-Mu'amalah Al-Syar'iyah*, (Kairo: Mathba'ah Al-Sunnah, 1852), 9.

¹³² Yusuf Qordawi, *Norma dan Etika Ekonomi Islam*, (Jakarta : Gema Insani Pers, 1997), 70.

¹³³ Mustafa Ahmad al-Zarqa', *al Madkhal al Fiqh al 'Amm*, (Beirut: Jilid I, Darul Fikr, 1968), 240.

¹³⁴ Wahbah al Zuhaily, *al Fiqh al Islamy wa Adillatuh*, Juz 4, h. 57

Beberepa defenisi milik tersebut terdapat dua *istishash* atau keistimewaan yang diberikan oleh syarak kepada pemilik harta, diantaranya:

- 1) Keistimewaan dalam menghalangi orang lain untuk memanfaatkannya tanpa kehendak atau izin pemiliknya.
- 2) Keistimewaan dalam *bertaşarruf*. *Bertaşarruf* adalah sesuatu yang dilakukan oleh seseorang berdasarkan *iradah* (kehendak) nya dan syarak menetapkan batasnya beberapa konsekwensi yang berkaitan dengan hak.¹³⁵

Oleh sebab itu, milkiyah (pemilikan) seseorang mempunyai keistimewaan berupa kebebasan dalam bertaşarruf (berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu) kecuali ada halangan tertentu yang diakui oleh syarak. Kata halangan di sini adalah sesuatu yang mencegah orang yang bukan pemilik suatu barang untuk mempergunakan atau memanfaatkan dan bertindak tanpa persetujuan lebih dahulu dari pemiliknya.¹³⁶

Dalam ketentuan syarak terdapat beberapa sebab untuk memperoleh kepemilikan yaitu: *ihrazu al-mubahat*, *al-‘uquud*, *al-khalafiyyah*, dan *al-tawalludu minal mamluk*.¹³⁷

Menurut hukum kepemilikan ada 2 macam model yaitu:

- 1) Kepemilikan penuh (*al-milku al-tam*), yaitu kepemilikan pada benda terkait dan sekaligus hak memanfaatkan.
- 2) Hak kepemilikan tidak sempurna (*al-milku al-naqis*), hak memiliki benda saja, tanpa hak memanfaatkan, atau hak memanfaatkan saja tanpa memiliki, misalnya rumah yang disewakan.

b. Teori Harta (*Mal*) Dalam *Fiqh* Islam

Konsep Harta (*al-Mal*) Dalam *Fiqh* Islam

Istilah *Al-Mal* bisa diartikan harta atau kekayaan, dalam bahasa arab harta disebut segala sesuatu yang dimiliki manusia dari pakaian, perhiasan,

¹³⁵ Ghufron A. Mas'adi, *Fiqh Muamalah Konstektual*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), 55.

¹³⁶ Suhrawardi K. Lubis, *Hukum Ekonomi Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika Offset, 2000), 5.

¹³⁷ Hasbi Ash-Shiddiqy, *Pengantar Fiqh Mu'amalah*, (Semarang: Pustaka Rizki Putra, 2001), 12.

dan kekayaan. Sedangkan harta dalam kamus besar bahasa Indonesia disebutkan bahwa harta adalah barang atau uang yang menjadi kekayaan barang milik seseorang, baik kekayaan berwujud atau tidak berwujud dan bernilai dan menurut hukum dimiliki oleh seseorang.

Kata “*al-Mal*” direkam dalam al-Qur’an terulang sebanyak 86 (delapan puluh enam) kali, dan dikemukakan dalam ragam dan bentuk redaksi yang tersebar dalam berbagai ayat dan terhimpun dalam bermacam-macam surah.¹³⁸ Kesemuanya mempunyai konotasi pengertian yang sama yaitu; harta benda, kekayaan atau hak milik.¹³⁹ Begitu banyaknya al-Qur’an menghimpun, mengulang, dan memberikan penekanan mengenai “*al-Mal*”, tidak lain karena “*al-Mal*” di kalangan komunitas manusia terkadang bisa menjadi sumber ketegangan dan bahkan pemicu pertikaian individu dalam masyarakat.¹⁴⁰

Kecenderungan manusia gemar terhadap “*al-Mal*” merupakan pembawaan manusia. Hal itu diungkapkan oleh al-Qur’am secara transparan dalam surat al-Fajr [89] ayat 20:

وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا ﴿٢٠﴾

“Dan kamu mencintai harta benda dengan kecintaan yang berlebihan.”

Karena itu perlu adanya peraturan atau hukum yang mengatur tentang harta benda (*al-Mal*) dalam kehidupan manusia, agar hak milik seseorang tidak diklaim dan dilanggar orang lain. Kekuatan hukum akan member perlindungan terhadap hak-hak seseorang, dan juga memberi batasan yang tegas antara hak individu, hak masyarakat dan hak negara.

Dalam Islam meringkai “*al-Mal*” sebagai hak individu ke dalam konsep *al-maṣāliḥ al-khamsah* (lima masalah yang harus dijaga) yaitu: *Pertama*, menjaga agama. *Kedua*, menjaga jiwa. *Ketiga*, menjaga akal.

¹³⁸Lihat Muhammad Abd al-Baqi, *al-Mu’jam al-Mufahras Li al-Fadl al-Qur’an al-Karim* (Mesir: Dar al-Fikr, 1981), 682-683, dalam Abd. Salam Arif, *Hak Milik Intelektual dalam Islam, dalam Antologi Hukum Islam*, cet.1, (Yogyakarta: Program Studi Hukum Islam UIN SUKA Yogyakarta, 2010), 61.

¹³⁹Hans Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic* (Beirut: Maktab Du Liban, 1980), 931-932. Lihat juga *al-Munjid fi al-lughah wa al-‘Alam* (Beirut: Maktabah al-Syarqiyah, 1986), 780, dalam Arif, *Hak Milik Intelektual dalam Islam, dalam Antologi Hukum Islam*, 61.

¹⁴⁰Arif, *Hak Milik Intelektual dalam Islam, dalam Antologi Hukum Islam*, 61.

Keempat, menjaga keturunan. *Kelima*, menjaga *al-mal* (harta)¹⁴¹ Lima hal tersebut merupakan masalah yang primer (*daruri*) dalam kehidupan setiap muslim.

Kajian Etimologi

Menurut Ibn Manzur dalam *Lisan al-Arab* definisi harta itu ialah apa yang dimiliki oleh seseorang dari keseluruhan sesuatu¹⁴². Dalam kamus *Mu'jam al-Wasit*, harta adalah setiap apa yang dimiliki baik oleh individu atau bersama-sama seperti harta benda, barang dagangan harta tak alih, uang, hewan dan kesemua dari harta-harta¹⁴³.

Kajian Terminologi

a. Golongan Hanafiyah

Kalangan fuqaha Hanafiyah memberikan definisi mal sebagai berikut:

المال: هو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة¹⁴⁴

“Menurut golongan Hanafiah harta merupakan benda atau barang yang dapat dikuasai dan pada kebiasaannya dapat diambil faedah darinya”.

Dari definisi di atas bahwa dikatakan harta itu bila ada dua unsur, yaitu:

- i. Dapat dikuasai (dikelola/*hiyazah*). Sesuatu barang yang tidak dapat dikuasai/dikelola contohnya sesuatu yang bersifat *ma'nawi*, seperti ilmu pengetahuan, kesehatan, kemuliaan dan kecerdikan, tidaklah dianggap sebagai harta. Begitu juga dengan sesuatu yang tidak dapat dikuasai seperti udara, panas cahaya matahari dan cahaya bulan semua ini bukanlah termasuk kategori harta.
- ii. Dapat diambil manfaat. Sesuatu yang tidak dapat diambil faedah seperti

¹⁴¹Lihat al-Syatibi, *al-Muwafaqat Fi Ushul al-Syari'ah, juz II* (Mesir: Dar al-Qalam, ttp), 10, dalam Arif, *Hak Milik Intelektual dalam Islam, dalam Antologi Hukum Islam*, 61.

¹⁴²Ibnu Manzur, *Lisan al-Arab*, (Beirut: Dar Sadr, 1956), Jil. 11, 623.

¹⁴³Majma' Lughoh al Arabiy, *Mu'jam al-Wasith*, (Istambul: al-Maktabah al-Islamiyah, t.th), *Jilid 2*, 892.

¹⁴⁴Wahbah Zuhaily, *al-Fiqhul Islam Wa Adillatuhu*, (Damaskus : Darul Fikri, 1989), *Jilid IV*, 41.

makanan yang beracun, atau sesuatu yang dapat diambil manfaat tetapi pada kebiasaannya tidak dapat dianggap sebagai manfaat oleh manusia seperti setitik air atau segenggam tanah maka ia tidak dapat dianggap sebagai harta karena tidak bermanfaat secara satuannya¹⁴⁵.

b. Pendapat Golongan Malikiyah.

Al-Syatibi mendefinisikan harta itu sebagai:

المال ما يقع عليه الملك و يستبدية المالك

“apa-apa yang dimiliki di mana si pemilik itu sendirilah yang akan menjaganya dari diambil oleh orang lain”.¹⁴⁶

c. Pendapat Golongan Syafi’iyah.

Golongan Syafi’iyah berpendapat:

لا يقع اسم المال إلا علي ما له قيمة يباع بها

“bahwa tidak disebut dengan harta kecuali sesuatu yang mempunyai nilai dan dapat diperjualbelikan selama manusia menyukainya”¹⁴⁷.

d. Pendapat Golongan Hanabilah.

Syamsudin Ibn Qudamah al-Maqdisi berkata bahwa harta ialah:

ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة

“apa-apa yang mempunyai manfaat pada saat keadaan biasa bukan pada saat keadaan darurat”¹⁴⁸.

Abd Karim Zaidan, ulama kontemporer juga memberikan definisi mengenai harta yaitu bahwa harta itu sebagai sesuatu yang dapat dikuasai dan dimanfaatkan pada kebiasaannya¹⁴⁹. Definisi ini menekankan pada dua hal, yaitu pertama dapat dikuasai dan kedua dapat dimanfaatkan.

Berdasarkan definisi-definisi di atas maka dapat diambil kesimpulan apa yang dikatakan harta buat manusia itu sebagai berikut di bawah:

¹⁴⁵Zuhaily, *al-Fiqhul Islam Wa Adillatuhu*, Jilid IV, 41.

¹⁴⁶Al Syatibi, *a- Muwafaqat fi Ushuli al- Syariah*, (Beirut: Darul Ma’rifah), Jilid II, 17.

¹⁴⁷Al Sayuti, *al-Asybah Wan Naza’ir*, (Beirut: Darul Kitab al Ilmiah, 1990), 327.

¹⁴⁸Al Maqdisi, *al-Syarhu al-Kabir*, (Beirut: Dar al Fikri, 1994), Jilid 4, 8.

¹⁴⁹Zuhaily, *al-Fiqhul Islam Wa Adillatuhu*, 43.

- a. Sesuatu yang dapat kuasai dan dapat dimanfaatkan secara langsung oleh manusia, seperti rumah, tanah, mobil, uang dan sebagainya;
- b. Sesuatu yang tidak dikuasai secara langsung tetapi manusia berkemampuan untuk menguasainya, hal ini karena penguasaan secara langsung tidak menjadi syarat untuk menetapkan sesuatu itu sebagai harta. Bahkan yang menjadi syarat ialah kemungkinan sesuatu itu dapat dikuasai ketika ia dapat dimanfaatkan. Dalam hal ini, tambang yang terdapat di perut bumi dan mutiara yang berada di dasar laut dianggap sebagai harta;
- c. Sesuatu yang dilarang oleh agama untuk dimanfaatkan oleh seluruh umat manusia tidak dapat dianggap sebagai harta walaupun sesuatu itu dapat dimanfaatkan seperti bangkai, sebab yang menjadi ukuran sesuatu itu bermanfaat atau tidak haruslah berdasarkan ketentuan hukum syariat¹⁵⁰.

Kedudukan Mal Dan Fungsinya

Syariat Islam menetapkan bahwa segala apa yang ada di langit dan di bumi adalah merupakan anugerah Allah yang diperuntukan kepada manusia untuk dimanfaatkan sebesar-besarnya bagi kesejahteraan kehidupan manusia sendiri. Pada hakekatnya harta adalah milik Allah yang diberikan kepada manusia sebagai amanat untuk dibelanjakan (*taṣarruf*) dengan menggunakan aturan-aturan yang telah ditetapkan oleh Allah sehingga manusia dalam memanfaatkan harta kekayaannya di batasi dengan aturan-aturan Allah melalui hukum-Nya. Karena Allahlah yang memiliki segala sesuatu di bumi ini, sedangkan manusia sebagai pemilik manfaatnya.¹⁵¹

Sesuai dengan firman Allah dalam surat As-syura' ayat 49:

لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْ شَاءَ وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ

الذُّكُورَ

“Kepunyaan Allah-lah kerajaan langit dan bumi, Dia menciptakan apa

¹⁵⁰Ahmad Ibrahim, *al-Ahkam*, (Kulala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka, 1998), 3.

¹⁵¹Siti Mujibatun, *Pengantar Fiqih Muamalah*, Semarang: Lembaga Studi Sosial dan Agama (eLSA), 2012, 35.

yang Dia kehendaki. Dia memberikan anak-anak perempuan kepada siapa yang Dia kehendaki dan memberikan anak-anak lelaki kepada siapa yang Dia kehendaki.”¹⁵²

Harta mempunyai kedudukan yang penting dalam kehidupan manusia. Hartalah yang dapat menunjang segala kegiatan manusia, termasuk untuk memenuhi kebutuhan pokok manusia yaitu papan, sandang, dan pangan.

Sekiranya kita berbicara mengenai harta lebih jauh lagi maka pembangunan semesta yang didambakan oleh umat manusia ini tidak akan terlaksana tanpa harta. Memang harta bukan satu-satunya yang diandalkan dalam mewujudkan pembangunan (material, spiritual) karena masih ada faktor lain yang ikut menentukan, seperti kemauan keras, keikhlasan, kejujuran, dan seperangkat ilmu pengetahuan yang diperlukan oleh masing-masing kegiatan. Harta adalah termasuk ke dalam lima kebutuhan pokok manusia, yaitu memelihara agama, jiwa, akal, kehormatan (keturunan), dan harta.¹⁵³

Seseorang diberi kesempatan oleh Allah memiliki harta banyak atau sedikit, seseorang tidak boleh sewenang-wenang dalam menggunakan hartanya itu. Kebebasan seseorang untuk memiliki dan memanfaatkan hartanya adalah sebatas yang dibenarkan oleh syarak. Di samping untuk kepentingan pribadi, juga harus ada yang dilimpahkan kepada pihak lain seperti dengan cara menunaikan zakat, memberikan infaq dan sedekah untuk kepentingan umum dan orang-orang yang memerlukan bantuan seperti fakir miskin, dan anak yatim. Hal ini berarti, bahwa harta itu dapat berfungsi sosial.¹⁵⁴

Sebagaimana firman Allah dalam surat adz-dzariat ayat 19:

وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ

“Dan pada harta-harta mereka ada hak untuk orang miskin yang meminta dan orang miskin yang tidak mendapat bagian.”¹⁵⁵

¹⁵²Yayasan Penyelenggara Penerjemah Al-Qur’an, *Log.*, Cit, 489.

¹⁵³M. Ali Hasan, *Berbagai Macam Transaksi Dalam Islam (Fiqih Muamalah)*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2003), 59.

¹⁵⁴Hasan, *Berbagai Macam Transaksi Dalam Islam (Fiqih Muamalah)*, 60.

¹⁵⁵Yayasan Penyelenggara Penerjemah Al-Qur’an, 522.

Jenis-Jenis Harta

Harta dalam pengertian sebagaimana disampaikan di atas, dalam hukum Islam menurut sudut pandang tertentu dibedakan dalam beberapa kategori, yaitu:¹⁵⁶

1. *Mal Mutaqawwam dan Gairu Mutaqawwam*

Dari sudut pandang perlindungan dan pengakuan syari'at atasnya atau ditinjau dari segi pemanfaatan menurut syarak harta dibedakan menjadi *mal mutaqawwam* (harta yang bernilai) dan *mal ghoiru mutaqawwam* (harta yang tidak bernilai). Babi, khamr, bangkai dan lain sebagainya tergolong *mal ghoiru mutaqawwam* karena syarak mengharamkan kepada orang mukmin untuk memanfaatkan barang-barang sejenis ini.

2. *Mal al-'Uqar dan Mal-Gairul 'Uqar*

Dari segi kemungkinan dapat dipindahkan, harta dibedakan menjadi *mal al-aqar* (harta tidak bergerak atau harta tetap), yaitu harta benda yang tidak mungkin dipindah dari tempat asalnya ketempat lain seperti tanah, dan *mal ghoirul aqar* (harta bergerak atau harta tidak tetap), yaitu harta benda yang dapat dipindahkan dari tempat semula ke tempat lain seperti hewan dan perhiasan.

3. *Mal Mišliy dan Mal Qimiy*

Dari sisi padanan harta sejenis dipasaran, harta dibedakan menjadi *mal mišliy* dan *mal qimiy*. *Mal mišliy* adalah harta yang mempunyai persamaan atau padanan dengan tidak mempertimbangkan adanya perbedaan antara satu dengan lainnya dalam kesatuan jenisnya. Biasanya *mal mišliy* berupa harta benda yang dapat ditimbang, ditakar, diukur atau dihitung kuantitasnya. Kebanyakan barang dagangan jenis ini seperti buah-buahan, sayur-sayuran, garment dan lain sebagainya.

Sedang *mal qimiy* adalah harta yang tidak mempunyai persamaan atau padanan atau harta yang memiliki padanan namun terdapat perbedaan kualitas yang sangat diperhitungkan, seperti perhiasaan, binatang piaraan, naskah kuno,

¹⁵⁶Ghufroon A. Mas'adi, *Fiqih Muamalah Kontekstual*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2002), 20.

barang antik, dan lain sebagainya.

4. *Mal Isti'mali dan Mal Istihlaki*

Dari segi sifat pemanfaatannya, harta dibedakan menjadi *mal isti'mali* dan *mal istihlaki*. *Mal isti'mali* adalah harta benda yang dapat diambil manfaatnya beberapa kali dengan tidak menimbulkan perubahan dan kerusakan zatnya dan tidak berkurang nilainya, seperti kebun, pakaian, perhiasaan, dan lain sebagainya. Sedang *mal istihlaki* adalah harta benda yang menurut kebiasaannya hanya dapat dipakai dengan menimbulkan kerusakan zatnya atau berkurang nilainya. Seperti korek api, makanan, minuman, kayu bakar dan lain sebagainya.

Mal istihlaki dibedakan menjadi dua yaitu *istihlaki haqiqiy* dan *istihlaki buquqy*. *Istihlaki haqiqiy* adalah harta benda yang benar-benar habis sekali dipakai, seperti korek api, kayu bakar, makanan dan lain sebagainya. Sedangkan *istihlaki buquqy* adalah harta benda yang secara hukum bersifat habis sekali pakai, meskipun bendanya masih utuh, seperti kertas tulis dan lain sebagainya.

5. *Mal Mamluk, Mal Mahjur, dan Mal Mubah*

Dari segi statusnya, harta dibedakan menjadi *mal mamluk*, *mal mahjur*, dan *mal mubah*. *Mal mamluk* adalah harta benda yang statusnya berada dalam pemilikan seseorang atau badan hukum, seperti pemerintah atau yayasan. Orang lain tidak berhak menguasai barang seperti ini kecuali melalui akad tertentu yang dibenarkan oleh syarak.

Mal mahjur adalah harta yang menurut syarak tidak dapat dimiliki dan tidak dapat diserahkan kepada orang lain lantaran telah diwakafkan atau telah diperuntukkan bagi kepentingan umum, seperti jalan, masjid, tempat pemakaman, dan segala macam barang yang diwakafkan.

Mal mubah (benda bebas) adalah segala harta selain yang termasuk kedua kategori benda di atas. Setiap orang dapat menguasai dan memiliki jenis benda ini sesuai kesanggupannya. Orang yang terlebih dahulu menguasainya ia menjadi pemiliknya. Seperti ikan di laut, rumput dan binatang buruan di hutan dan lain sebagainya.

6. *Mal Aşl dan Mal şamarah*

Yang dimaksud dengan *mal aşl* adalah harta benda yang dapat menghasilkan harta lain. Sedangkan *mal şamarah* adalah harta benda yang tumbuh atau dihasilkan dari *mal aşl* tanpa menimbulkan kerugian atau kerusakan atasnya. Misalnya, sebidang kebun menghasilkan buah-buahan.

7. *Mal Qismah dan Mal Gairu al-Qismah*

Yang disebut dengan *mal qismah* adalah harta benda yang dapat dibagi menjadi beberapa bagian dengan tidak menimbulkan kerusakan atau berkurangnya manfaat masing-masing bagian dibandingkan sebelum dilakukan pembagian, seperti, emas batangan, daging, kayu dan lain sebagainya. Sedangkan *mal ghoirul qismah* adalah harta yang tidak dapat dilakukan pembagian sebagaimana pada *mal qismah*, seperti, gelas, kursi, dan perhiasaan.

8. *Al-Malu al-Khaş dan al-Mal al-‘Amm*

Dari sifat peruntukannya harta dibedakan menjadi *malul khas* (harta pribadi) dan *malul amm* (harta masyarakat umum).

al-Ma al-khaş adalah harta benda yang dimiliki oleh pribadi seseorang dan orang lain tercegah menguasai atau mememanfaatkannya tanpa seizin pemiliknya. Sedangkan *al-Mal al-‘amm* adalah harta benda yang menjadi milik masyarakat yang sejak semula dimaksudkan untuk kemaslahatan dan kepentingan umum.

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
SUNAN GUNUNG DJATI
BANDUNG

c. Teori Hak Dalam *Fiqh* Islam

Pengertian Hak

Kajian Etimologi

Hak berasal dari bahasa Arab yaitu *al-haqq* yang banyak mempunyai beberapa arti yang berbeda-beda seputar ketetapan dan kewajiban.¹⁵⁷

Al-haqq dengan arti “kepastian” sebagaimana dalam al-Quran surat *Yasiin* ayat 7:

¹⁵⁷ Wahbah az-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa adilatuh*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1985), jilid 4, 19.

لقد حقَّ القولُ على أكثرهم، فهم لا يؤمنون

“Sesungguhnya telah pasti berlaku perkataan (ketentuan Allah) terhadap kebanyakan mereka, karena mereka tidak beriman”.

Al-haqq dengan arti “menetapkan” sebagaimana dalam al-Quran surat *al-Anfaal* ayat 8:

لِيُحِقَّ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ

“agar Allah menetapkan yang hak dan membatalkan yang batil”

Al-haqq dengan arti “yang benar” sebagaimana dalam al-Quran surat *al-Isra* ayat 81:

جَاءَ الْحَقُّ وَرَهَقَ الْبَاطِلَ

“Yang benar telah datang dan yang bathil telah lenyap”.

Al-haqq dengan arti “kewajiban” sebagaimana dalam al-Quran surat *al-Baqarah* ayat 241:

وللمطلقاتِ متاعٌ بالمعروفِ حقاً على المتقين

“Kepada wanita-wanita yang diceraihan (hendaklah diberikan oleh suaminya) mut'ah menurut yang ma'ruf, sebagai suatu kewajiban bagi orang yang taqwa”.

Kata *al-haqq* juga mempunyai arti bagian tertentu sebagaimana pada al-Quran surat *al-Ma'arij* 24:

والذين في أموالهم حقٌ معلومٌ

“dan orang-orang yang dalam hartanya tersedia bagian tertentu”

Sementara itu, kata *al-haqq* juga mempunyai arti adil sebagai lawan kata dalim sebagaimana pada al-Quran surat *al-Gafir* 24:

والله يقضي بالحق

“Dan Allah menghukum dengan keadilan”

Pengertian Terminologi¹⁵⁸:

- a. Hak merupakan sekumpulan kaidah yang mengatur hubungan antar manusia baik yang berkaitan dengan perorangan maupun harta-benda.
- b. Hak merupakan kewenangan atau kekuasaan atas sesuatu atau sesuatu yang wajib bagi seseorang untuk orang lain.

Menurut pendapat Sudarsono bahwa hak adalah kewenangan untuk melakukan sesuatu yang telah dibenarkan oleh undang-undang.¹⁵⁹ Selain itu menurut Satjipto Rahardjo sebagaimana dikutip oleh Marwan Mas, hak adalah kekuasaan yang diberikan oleh hukum kepada seseorang dengan tujuan untuk melindungi kepentingan seseorang tersebut¹⁶⁰.

Asal-usul Hak

Manusia merupakan makhluk yang hidup bermasyarakat dan membutuhkan orang lain untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Hal ini dikarenakan kebutuhan manusia yang beraneka ragam sehingga manusia tidak dapat memenuhi semua kebutuhannya sendiri. Setiap manusia memiliki kebutuhan yang berbeda-beda, oleh karena itu, timbullah pertentangan-pertentangan kehendak diantara manusia. Maka dari itu, untuk melindungi kepentingan dan kehendak masing-masing individu perlu ada aturan sehingga tidak merugikan dan melanggar hak orang lain¹⁶¹.

Sumber Hak

Persoalan tentang hak dalam perspektif hukum Islam berbeda dengan perspektif hukum modern. Islam memandang hak sebagai aturan-aturan yang ditetapkan oleh *syarak* dan mengandung nilai moral dalam rangka memelihara kemaslahatan kehidupan manusia di dunia dan akhirat. Sedangkan menurut hukum modern, hak merupakan kekuasaan yang melekat pada setiap manusia yang dapat digunakan sebeb-as-bebasnya tanpa memperhatikan hak dan

¹⁵⁸Ash-Shiddieqy, *Pengantar Fiqh Muamalah*, 120.

¹⁵⁹Sudarsono, *Kamus Hukum*, (Jakarta: PT Rineka Cipta, 2007), 154.

¹⁶⁰Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2011), 30.

¹⁶¹Teungku Muhammmad Hasbi Ash-Shiddieqy, *Pengantar Fiqh Muamalah*, (Semarang: Pustaka Rizki Putra, 1999), 119.

kepentingan pihak lain¹⁶².

Dalam Islam, pada hakikatnya segala hak yang melekat pada manusia bersumber dari hak-hak Allah. Untuk itu, setiap manusia harus menggunakan haknya sesuai dengan ketetapan *syarak* yaitu untuk mewujudkan kemaslahatan pribadi dan kemaslahatan publik (umum)¹⁶³.

Menurut ulama *fiqh*, sebab timbulnya hak itu ada lima, yaitu:

- a. Syari'at, seperti ibadah-ibadah.
- b. Akad, seperti jual-beli, sewa-menyewa, dan hibah.
- c. Kehendak pribadi, seperti nazar atau janji.
- d. Perbuatan yang bermanfaat, seperti melunasi utang pihak lain.
- e. Perbuatan yang merugikan pihak lain, seperti wajib membayar ganti rugi karena kelalaian dalam menggunakan milik pihak lain¹⁶⁴.

Akibat Hukum Hak

a. Perlindungan Hak

Islam memberikan jaminan perlindungan hak untuk setiap individu. Apabila terjadi pelanggaran hak maka pemilik atau penerima hak dapat menuntut ganti rugi dan pemerintah juga dapat memaksa pihak tertentu untuk memenuhi hak orang lain jika terjadi suatu perselisihan dalam pemenuhan hak. Perlindungan hak dalam Islam merupakan implementasi dari prinsip keadilan. Oleh karena itu, diperlukannya suatu kekuasaan untuk menjamin terlindunginya hak agar pelanggaran terhadap hak orang lain tidak berkembang¹⁶⁵.

b. Penggunaan Hak

Islam memberikan kebebasan bagi setiap individu untuk menggunakan haknya sesuai dengan kehendak sepanjang tidak bertentangan dengan syari'at. Oleh karena itu, pemilik hak dilarang menggunakan haknya untuk hal-hal yang buruk seperti menggunakan uang untuk berjudi.¹⁶⁶ Selain harus sesuai dengan

¹⁶²Mujibatun, *Pengantar Fiqh Muamalah*, 57.

¹⁶³Mujibatun, *Pengantar Fiqh Muamalah*, 57-58

¹⁶⁴M. Hasan Ali, *Berbagai Macam Transaksi dalam Islam*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2003), 14.

¹⁶⁵Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, 37.

¹⁶⁶Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, 38.

syari'at, penggunaan hak juga tidak boleh melanggar atau mengganggu hak orang lain sehingga perlindungan kebebasan dalam menggunakan hak pribadi harus sejalan dengan hak orang lain dan masyarakat.

Macam-macam Hak

a. Dari segi kepemilikan hak, hak dibedakan menjadi dua yaitu hak Allah dan hak manusia (*mukallaf*) :

- 1) Hak Allah adalah hak yang kemanfaatannya untuk memelihara kemashlahatan umum. Adapun yang menjadi hak Allah yaitu segala bentuk ibadah dalam Islam seperti shalat, zakat, puasa, haji, dan segala macam hukuman pidana seperti *hadd* zina dan *qiṣaṣ* pembunuhan.
- 2) Hak manusia (*mukallaf*) adalah hak yang ditujukan untuk kepentingan manusia secara individu sebagai pemilik hak, contohnya yaitu hak milik¹⁶⁷.

b. Dari segi objek atau substansinya hak dibedakan menjadi dua, yaitu:

- 1) Hak *syahkṣi*, hak *syahkṣi* adalah suatu kewajiban yang dibebankan kepada seseorang untuk kepentingan orang lain berdasarkan hukum syarak.
- 2) Hak *'aini*, hak *'aini* adalah kekuasaan atau kewenangan dan keistimewaan yang muncul akibat hubungan secara langsung antara manusia dengan benda tertentu. Macam-macam hak *'aini* antara lain, yaitu:
 - a) Hak *milkiyah* adalah kekuasaan atas suatu benda yang memberikan keistimewaan kepada pemilik hak untuk *mentaṣarufkan* benda tersebut secara bebas sepanjang tidak ada halangan syarak.
 - b) Hak *intifa'* adalah hak untuk memanfaatkan harta benda orang lain melalui sebab-sebab yang dibenarkan oleh syarak.¹⁶⁸
 - c) Hak *irtifaq* adalah hak pakai atau memanfaatkan benda tak bergerak (tanah)¹⁶⁹.
 - d) Hak *irtihan* adalah hak yang diperoleh dari harta yang digadaikan yang berkaitan dengan harga bukan zakatnya.
 - e) Hak *iḥtibas* adalah hak menahan sesuatu benda seperti hak menahan

¹⁶⁷Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, 44.

¹⁶⁸Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, 46-49.

¹⁶⁹Ibrahim Lubis, *Ekonomi Islam : Suatu Pengantar*, (Jakarta: Kalam Mulia, 1994), 271.

benda yang ditemukan¹⁷⁰.

- c. Dari segi kewenangan, hak dibedakan menjadi hak *diyani* (hak keagamaan) dan hak *qadaiy* (hak kehakiman).
 - 1) Hak *diyani* adalah hak yang tidak dapat dicampuri oleh kekuasaan negara atau hakim seperti persoalan hutang yang tidak dapat diselesaikan di depan pengadilan namun, akan tetap dituntut di hadapan Allah.
 - 2) Hak *qadaiy* adalah segala hak yang berada di bawah kekuasaan hakim dan dapat dibuktikan di depan pengadilan sepanjang pemilik hak sanggup menuntut dan membuktikan haknya tersebut¹⁷¹.
- d. Dari segi pewarisan (hak pewarisan), dibedakan menjadi hak yang dapat diwariskan dan hak yang tidak dapat diwariskan.
 - 1) Hak-hak yang dapat diwariskan, yaitu hak-hak yang dimaksudkan sebagai suatu jaminan atau kepercayaan, seperti hak menahan harta yang dijadikan jaminan utang, menahan barang yang dijual sampai dibayarkan oleh pembelinya.
 - 2) Hak-hak yang tidak dapat diwariskan, dalam hak ini ulama *fiqh* berbeda pendapat. Mazhab Hanafi berpendapat, bahwa hak dan manfaat tidak dapat diwariskan, karena yang dapat diwariskan hanya materi (harta benda) saja, sedangkan hak manfaat tidak termasuk materi. Sedangkan Jumhur ulama *fiqh* berpendapat, bahwa warisan itu tidak hanya materi saja, akan tetapi hak dan manfaat juga mempunyai nilai yang sama dengan harta benda.

3. Teori Aplikasi (*Applicative Theory*): Teori Penemuan Hukum

Kita ketahui bersama bahwa kegiatan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam satu perundangan-undangan dengan tuntas dan jelas, oleh karena itu tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapnyanya dan jelas sejelas-jelasnya. Karena undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas, maka hakim atau atau petugas-petugas hukum lainnya harus mencari atau menemukan

¹⁷⁰Sohari Sahrani dan Ruf'ah Abdullah, *Fikih Muamalah*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2011), 34. Lihat Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2010), 36.

¹⁷¹Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, 51-52.

hukumnya. Ia harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding, legal finding*)¹⁷². Penggunaan istilah penemun hukum, menurut Sudikno Mertokusumo, sering dipermasalahkan dan dipadankan dengan istilah pelaksanaan hukum (*rechtshandhaving*), penerapan hukum (*rechtstoepassing*), pembentukan hukum (*rechtsvorming*), penciptaan hukum (*rechtschepping*). Hanya saja menurut Sudikno, istilah-istilah tersebut tidak tepat dan yang tepat adalah penemuan hukum dengan penjelasan sebagai berikut¹⁷³:

- Pelaksanaan hukum dapat diartikan hanya menjalankan hukum tanpa adanya sengketa atau pelanggaran; atau melaksanakan hukum karena ada sengketa yang dilaksanakan oleh hakim sebagai bentuk penegakan hukum.
- Penerapan hukum tidak lain berarti menerapkan peraturan hukum yang abstrak pada peristiwanya yang konkret, hal ini tidaklah mungkin. Peristiwa konkret harus dijadikan peristiwa hukum terlebih dahulu agar peraturan hukumnya dapat diterapkan. Istilah ini digunakan pada masa karena hakim hanyalah dikatakan sebagai corong undang-undang atau *subsumptie automaat*.
- Pembentukan hukum adalah merumuskan peraturan-peraturan umum yang berlaku umum bagi setiap orang. Hal ini lazimnya dilakukan oleh pembentuk undang-undang seperti Dewan Perwakilan Rakyat bersama Pemerintah.
- Penciptaan hukum juga istilah yang tidak tepat karena mengesankan hukumnya sama sekali tidak ada kemudian diciptakan: dari tidak ada menjadi ada padahal hukum bukanlah selalu kaedah tertulis maupun tidak tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa.

Mengenai definisi penemuan hukum sendiri, para ahli hukum belum ada kesamaan. Berikut beberapa pengertian penemuan hukum menurut beberapa ahli, sebagaimana yang dikemukakan Bambang Sutiyo¹⁷⁴:

- a. Paul Scholten, penemuan hukum oleh hakim merupakan sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya, kadang

¹⁷²Sudikno Mertokusumo - A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: Citra Aditya Bakti, 2013), 4.

¹⁷³Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2009), 36-37.

¹⁷⁴Bambang Sutiyo, *Metode Penemun Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti Dan Berkeadilan*, (Yogyakarta: UII Press, 2015), 49-50.

sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan dengan jalan interpretasi, analogi, atau pengkonkretan hukum (*rechtssvervijing*).

- b. John Z Laudo, penemuan hukum adalah penerapan ketentuan pada fakta dan ketentuan kadangkala harus dibentuknya karena tidak selalu diketemukan dalam undang-undang.
- c. N.E. Algradanvan Duyvendjk, penemuan hukum adalah menemukan hukum oleh hakim atau pemutus yuridis untuk suatu kejadian kongkrit yang membutuhkan penyelesaian yuridis. Dapat juga berarti kegiatan untuk mempergunakan berbagai macam teknik penafsiran dan cara menguraikan dengan mempergunakan berbagai macam alasan yang tidak terdapat di dalam aturan hukum yang ada pada kejadian yang disampaikan kepadanya. Ia tidak hanya membuat hukum untuk persoalan yang ada di depannya, tetapi juga untuk kejadian yang sama yang akan datang.
- d. Sudikno Mertokusumo, penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang kongkret. Dengan kata lain penemuan hukum merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkret (*das sein*) tertentu.
- e. Muhammad Busyro Muqoddas, penemuan hukum oleh hakim ada dua macam: pertama, penerapan peraturan yang sudah ada pada suatu peristiwa kongkret; kedua, pembentukan hukum atas suatu peristiwa konkret yang tidak tersedia peraturan yang jelas untuk diterapkan.

Dari definisi-definisi di atas, Bambang Sutiyoso menyimpulkan bahwa penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh subyek atau pelaku penemuan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwa (konkret) berdasarkan kaidah atau metode tertentu yang dibenarkan oleh ilmu hukum, seperti interpretasi, penalaran, eksposisi (kontruksi hukum), dan lain-lain¹⁷⁵.

¹⁷⁵Sutiyoso, *Metode Penemun Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti Dan Berkeadilan*, 50.

Sedangkan menurut hemat Peneliti, penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum suatu peristiwa (konkret) yang hukum atau peraturan perundang-undangnya yang akan diterapkan dalam peristiwa tersebut tidak ditemukan atau tidak lengkap oleh subyek atau pelaku penemuan hukum berdasarkan kaidah atau metode tertentu yang dibenarkan oleh ilmu hukum, seperti interpretasi, kontruksi hukum, dan lain-lain.

Penemuan hukum adalah sebuah keharusan karena dalam prakteknya ketentuan undang-undang berlaku umum dan bersifat abstrak, tidak dapat diterapkan begitu saja secara langsung pada peristiwa konkret, oleh karena itu ketentuan undang-undang harus diberi arti, dijelaskan atau ditafsirkan dan disesuaikan dengan peristiwanya untuk diterapkan pada peristiwanya itu. Peristiwa hukumnya harus dicari lebih dahulu dari peristiwa konkretnya, kemudian undang-undangnya ditafsirkan untuk dapat diterapkan.

Setiap undang-undang bersifat statis dan tidak dapat mengikuti perkembangan kemasyarakatan, sehingga menimbulkan ruang kosong yang perlu diisi. Tugas mengisi ruang kosong itulah, dibebankan kepada para subyek atau pelaku penemuan hukum (misal: hakim, peneliti/ilmuwan hukum, jaksa, polisi, advokat, dan individu) dengan melakukan penemuan hukum melalui metode interpretasi atau kontruksi dengan syarat bahwa dalam menjalankan tugasnya tersebut, para pelaku penemuan hukum tidak boleh memperkosa maksud dan jiwa undang-undang atau tidak boleh bersikap sewenang-wenang.¹⁷⁶

Menurut Sudikno Mertokusumo, subyek atau pelaku penemuan hukum pada umumnya dipusatkan sekitar hakim dan pembentuk undang-undang. Akan tetapi di dalam kenyataannya, penemuan hukum boleh dikatakan dilakukan oleh setiap orang yang berkepentingan dalam suatu perkara.¹⁷⁷ Berikut penjelasan mengenai subyek penemuan hukum dan daya kekuatan mengikat hasil temuannya:¹⁷⁸

a. Hakim melakukan penemuan hukum saat harus memutuskan suatu peristiwa

¹⁷⁶Ahamad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), 25.

¹⁷⁷Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, 38.

¹⁷⁸Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, 38-39.

konkret atau konflik. Hasil penemuan hukum hakim berupa putusan hakim yang mempunyai kekuatan mengikat (dapat dieksekusi) dan sekaligus merupakan sumber hukum (yurisprudensi).

- b. Pembentuk undang-undang melakukan penemuan hukum saat membuat undang-undang tidak berhadapan dengan peristiwa konkret atau konflik (abstrak) tetapi peristiwa tersebut besar kemungkinan akan terjadi (preskriptif). Hasilnya berupa undang-undang yang merupakan sumber hukum.
- c. Peneliti hukum melakukan penemuan hukum saat melakukan penelitian terhadap peristiwa konkret atau abstrak, pada prinsipnya juga melakukan penemuan hukum yang sifatnya teoritis, hasilnya bukan hukum tetapi doktrin yang dapat digunakan sebagai sumber hukum.
- d. Notaris melakukan penemuan hukum saat ada klien yang datang minta dibuatkan akta atas peristiwa konkret.
- e. Para pencari keadilan meliputi namun tidak terbatas pada jaksa, pengacara, kuasa hukum, wakil yang menghadapi peristiwa konkret minta untuk diputuskan oleh pihak yang berwenang.

Untuk memudahkan pemahaman penjelasan tentang subyek penemuan hukum, peristiwa, sifat dan hasilnya dapat disajikan dalam Tabel 1.¹⁷⁹



¹⁷⁹Diolah dari Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti Dan Berkeadilan*, 64 dan Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, 38 -39.

Tabel 1 Subyek, Peristiwa, Sifat, dan Hasil Penemuan Hukum

Subjek	Peristiwa	Sifat	Hasil
Hakim	Konkret	Konflikatif	Hukum dan yurisprudensi sebagai sumber hukum
Pembentuk UU	Abstrak	Preskriptif	Undang-Undang dan sumber hukum
Peneliti hukum	Konkret atau abstrak	Teoritis	Doktrin dan Sumber hukum
Notaris	Konkret	Diskriptif	Akta
Para pihak yang bersengketa (misal : jaksa, pengacara, kuasa hukum, wakil)	Konkret	Konflikatif	Tuntutan, permohonan, atau pembelaan keadilan

Sumber penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo adalah peraturan perundang-undangan, kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional dan doktrin. Terdapat hierarki dalam sumber hukum tersebut. Artinya bila terjadi konflik dua sumber, maka sumber yang tertinggi akan melumpuhkan sumber hukum yang lebih rendah.¹⁸⁰ Bambang Sutyoso menambahkan dua lagi sumber penemuan hukum yaitu putusan desa dan perilaku manusia (*das sein*). Sehingga sumber penemuan hukum, berurutan menurut hierarki atau tingkatan-tingkatannya sebagai berikut: a. peraturan perundang-undangan; b. kebiasaan; c. yurisprudensi; d. perjanjian internasional; e. doktrin; f. putusan desa; dan g. perilaku manusia (*das sein*).¹⁸¹

Menurut Achmad Ali, ada 2 (dua) teori penemuan hukum, yaitu melalui metode interpretasi atau penafsiran dan metode kontruksi.¹⁸² Pendapat Achmad

¹⁸⁰Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, 48.

¹⁸¹Sutyoso, *Metode Penemun Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti Dan Berkeadilan*, 64.

¹⁸²Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Edisi Kedua, (Jakarta: Kencana, 2015), 163.

Ali sama dengan Abdul Mannan¹⁸³ dan Jazim Hamidi.¹⁸⁴ Bedanya menurut Achmad Ali kalau interpretasi digunakan masih tetap berpegang pada bunyi teks itu. Sedangkan pada kontruksi, tidak lagi berpegang pada bunyi teks itu, dengan syarat tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem. Sedangkan menurut Jazim Hamidi metode interpretasi digunakan dalam hal peraturannya sudah ada tetapi tidak jelas atau mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vage normen*), konflik antarnorma hukum (*antinomy normen*) dan ketidakpastian dari suatu peraturan perundang-undangan. Metode kontruksi hukum digunakan apabila tidak diketemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, atau dalam hal peraturannya memang tidak ada, jadi terdapat kekosongan hukum (*recht vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*). Untuk mengisi kekosongan undang-undang inilah, biasanya pelaku penemuan hukum menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang, dimana tidak lagi berpegang pada bunyi teks itu, tetapi dengan syarat tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.¹⁸⁵

Sedangkan Sudikno Mertokusumo secara garis besar membedakan metode penemuan hukum menjadi tiga, yaitu metode interpretasi atau penafsiran, eksposisi (kontruksi hukum), dan metode argumentasi. Metode interpretasi digunakan dalam hal peraturan perundang-undangannya sudah ada tetapi tidak atau kurang jelas. Metode argumentasi digunakan dalam hal aturan perundang-undangannya tidak lengkap atau tidak ada. Sedangkan kontruksi hukum atau eksposisi diperuntukkan untuk peristiwa-peristiwa yang tidak dijumpai aturan perundang-undangannya, yaitu dengan membentuk pengertian-pengertian hukum.¹⁸⁶ Sementara Bagir Mannan sama dengan Sudikno membagi metode penemuan hukum menjadi tiga, bedanya menurut Bagir Manan kelompok yang

¹⁸³Abdul Mannan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, (Jakarta: Kencana, 2008), 279-281.

¹⁸⁴Jazim Hamidi, *Hermenuetika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, (Yogyakarta: UII Press, 2005), 52.

¹⁸⁵Hamidi, *Hermenuetika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, 52.

¹⁸⁶Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti Dan Berkeadilan*, 104-105.

ketiga bukan metode argumentasi akan tetapi penciptaan dan pembentukan hukum.¹⁸⁷

Perbedaan pendapat para ahli di atas, kiranya tidak perlu dipermasalahkan, karena pada dasarnya perbedaan tersebut hanya dalam pengelompokan saja, karena menurut hemat Penulis metode argumentasi dan penciptaan dan pembentukan hukum tersebut termasuk dalam metode konstruksi hukum.

Mengenai metode interpretasi para ahli hukum berbeda pendapat dalam mendefinisikannya. Menurut Sudikno Mertokusumo metode interpretasi merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan yang gamblang teks undang-undang agar ruang lingkup kaedah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna undang-undang atau menafsirkan undang-undang. Hal ini bukan hanya dilakukan oleh hakim saja, tetapi juga oleh ilmuwan hukum dan para justisiabel yang mempunyai kepentingan dengan perkara terutama advokat.¹⁸⁸

Sementara Bagir Mannan mendefinisikan interpretasi sebagai metode memahami makna asas atau kaidah hukum; menghubungkan suatu fakta hukum dengan kaidah hukum; menjamin penerapan atau penegakan hukum dapat dilakukan secara tepat, benar, dan adil; dan mempertemukan antara kaidah hukum dengan perubahan-perubahan sosial agar kaidah hukum tetap aktual dan mampu memenuhi kebutuhan sesuai dengan dinamika masyarakat.¹⁸⁹

Menurut hemat peneliti, metode interpretasi adalah salah satu metode penemuan hukum dengan cara memahami makna asas atau kaidah hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang terkait langsung atau tidak langsung dengan suatu peristiwa tertentu dan menafsirkannya serta menerapkannya terhadap peristiwa tertentu.

Macam-macam metode interpretasi hukum diantaranya:¹⁹⁰

a. Interpretasi Gramatikal adalah menafsirkan kata-kata dalam undang-undang

¹⁸⁷Bagir Mannan, "Beberapa Catatan Tentang Penafsiran", *Majalah Hukum Varia Peradilan* Tahun XXIV No. 285 Edisi Agustus 2009, Jakarta: Ikatan Hakim Indonesia, 6.

¹⁸⁸Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, 13.

¹⁸⁹Mannan, "Beberapa Catatan Tentang Penafsiran", 5.

¹⁹⁰Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, 57-64 dan Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, 63-70.

sesuai kaidah bahasa dan kaidah hukum tata bahasa. Interpretasi ini disebut juga interpretasi obyektif.

- b. Interpretasi Historis terdapat dua macam. Interpretasi menurut sejarah undang-undang (*wet historisch*) dan interpretasi sejarah hukum (*rechts historisch*).
- c. Interpretasi Sistematis adalah metode menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan, artinya tidak ada satu pun dari peraturan perundang-undangan tersebut dapat ditafsirkan seakan-akan berdiri sendiri, tetapi harus selalu dipahami dalam kaitannya dengan jenis peraturan yang lainnya. Menafsirkan undang-undang tidak boleh menyimpang atau keluar dari sistem perundang-undangan atau sistem hukum negara.
- d. Interpretasi Teologis/Sosiologis adalah suatu intepretasi untuk memahami suatu peraturan hukum, sehingga peraturan hukum tersebut dapat diterapkan sesuai keadaan dan kebutuhan masyarakat.
- e. Interpretasi Komparatif adalah metode penafsiran dengan jalan memperbandingkan antara berbagai sistem hukum.
- f. Interpretasi Futuristik/Antispatif adalah metode penemuan hukum yang bersifat antisipasi, yang menjelaskan undang-undang yang berlaku sekarang dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum.
- g. Interpretasi Restriktif adalah penafsiran yang sifatnya membatasi atau mempersempit makna dari suatu aturan.
- h. Interpretasi Ekstensif adalah metode interpretasi yang membuat interpretasi melebihi batas-batas yang biasa dilakukan melalui interpretasi gramatikal.
- i. Intepretasi autentik dalam bahasa Belanda disebut sebagai *volledig bewijs opleverend*, adalah interpretasi untuk memberikan keterangan atau pembuktian yang sempurna, yang sah atau yang resmi. Penafsiran autentik ini dilakukan oleh pembuat undang-undang itu sendiri, jadi hakim tidak diperkenankan untuk melakukan penafsiran dengan cara lain selain dari apa yang telah ditentukan dalam pengertiannya dalam undang-undang itu sendiri.

- j. Interpretasi Interdisipliner adalah melakukan analisis terhadap kasus yang ternyata substansinya menyangkut berbagai disiplin atau bidang kekhususan dalam lingkup ilmu hukum, seperti hukum perdata, hukum pidana, hukum administrasi atau hukum internasional. Pelaku penemuan hukum akan melakukan penafsiran yang disandarkan pada harmonisasi logika yang bersumber pada asas-asas hukum lebih dari satu cabang kekhususan dalam disiplin ilmu hukum.¹⁹¹
- k. Interpretasi multidisipliner adalah selain menangani dan berusaha membuat terang suatu kasus yang dihadapinya, seorang pelaku penemuan hukum juga harus mempelajari dan mempertimbangkan berbagai masukan dari disiplin ilmu lain di luar ilmu hukum. Hal ini berarti hakim membutuhkan bantuan dari disiplin ilmu yang lain dalam menjatuhkan putusan, demi membuat suatu putusan yang adil dan memberi kepastian hukum.¹⁹²
- l. Interpretasi Dalam Kontrak/Perjanjian. Dalam praktek interpretasi terhadap kontrak atau perjanjian mengalami perkembangan, mengingat perjanjian merupakan kumpulan kata dan kalimat yang sifatnya interpretable (dapat ditafsirkan), baik oleh para pihak yang berkepentingan, undang-undang maupun oleh hakim. Sementara itu dalam aturan perundang-undangan sendiri tidak memberikan pedoman dan kepastian hukum tentang bagaimana seharusnya dalam menafsirkan perjanjian terutama ketika muncul adanya perbedaan penafsiran antar satu pihak dengan pihak lainnya.¹⁹³
- m. Interpretasi Dalam Perjanjian Internasional. Interpretasi ini sangat penting dalam era globalisasi saat ini dengan semakin berkembangnya lalu lintas pergaulan hidup internasional yang berdampak semakin banyaknya terjadi perjanjian atau kontrak internasional yang bila terjadi perbedaan penafsiran terhadap perjanjian tersebut perlu metode penafsirannya. Terkait hal tersebut Yudha Bakti Ardhiwisastra mengutip pendapat Mc. Nair: *“there is no part of*

¹⁹¹Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Bayumedia, 2012), 221

¹⁹²Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, 221.

¹⁹³Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti Dan Berkeadilan*, 12

the law of Treaties which the writer approaches with more trepidation that question of interpretation.”¹⁹⁴ Dengan kata lain bahwa perbedaan interpretasi terhadap perjanjian internasional merupakan masalah tersendiri yang menimbulkan banyak persoalan. Untuk memberikan solusi atas persoalan tersebut, Fitzmaurice sebagaimana yang dikutip oleh Bambang Sutiyoso, memberikan 5 (lima) prinsip mengenai penafsiran perjanjian internasional yang disimpulkan dari putusan Mahkamah Internasional, yaitu:

- (1) *actually of textual interpretation;*
- (2) *natural or ordinary meaning;*
- (3) *intergration or interpretation of the treaty as a whole;*
- (4) *effectiveness; dan*
- (5) *subsequent practice;*
*contemporanety (interpretation of text and terms in the light of their normal meaning at the date of condusion).*¹⁹⁵

Penggunaan jenis-jenis interpretasi di atas, menurut Achmad Ali, tidak ada urutan tertentu, tergantung kasus dan kebutuhannya. Bahkan terhadap penerapan satu pasal undang-undang, bisa saja diterapkan bebrbagai jenis interpretasi sesuai dengan kebutuhan dan kasusnya.¹⁹⁶ Setiap jenis interpretasi kalau mau diterapkan secara ekstrem, tunggal dan kaku, akan mengandung kelemahan yang dapat muncul, antara lain:

- a. Interpretasi gramatikal yang digunakan seara berlebihan dapat menuju pada penundukan secara harfiah terhadap teks undang-undang;
- b. Interpretasi sistematis yang terlalu berat aksentuasinta dapat menuju kontruksi berpikir yang lemah, yang jauh menyimpang dari kehidupan nyata;
- c. Interpretasi historis dapat menggunakan masa kini hanya sebagai pelengkap masa lalu dan tidak lagi memperhatikan perkembangan lebih lanjut masa depan;

¹⁹⁴Yudha Bakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Kontruksi Hukum*, (Bandung: Alumni, 2000), 55.

¹⁹⁵Sutiyoso, *Metode Penemun Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti Dan Berkeadilan*, 128.

¹⁹⁶Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 198.

- d. Interpretasi sosiologis dapat menimbulkan risiko penyerahan diri pada penimbangan yang terlalu di arahkan khususnya pada penyelesaian peristiwa yang diajukan kepadanya;¹⁹⁷

Metode kontruksi hukum, yang menurut Sudikno Mertokusumo tidak lain adalah metode eksposisi, adalah metode untuk menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian, bukan untuk menjelaskan barang.¹⁹⁸ Pengertian hukum dimaksud adalah kontruksi hukum (*rechts constructie*) yang merupakan alat-alat yang dipakai untuk menyusun bahan hukum yang dilakukan secara sistematis dalam bentuk bahsan dan istilah lain. Menyusun disini ialah menyatukan apa yang termasuk dalam satu bidang yang sama yaitu pengertian yang sama.¹⁹⁹ Sedangkan menurut Scholten, kontruksi hukum adalah cara untuk mengembangkan masa hukum atau hukum positif melalui penalaran logis, sehingga dapat dicapai hasil yang dikehendaki. Dilihat dari sudut masa hukum, kontruksi merupakan penarikan atau pengembangan lebih lanjut dari bahan tersebut dengan menggunakan penalaran logis. Adapun dari sudut kontruksi itu sendiri, ia tidak boleh melepaskan diri dan mengabaikan masa hukum yang ada tersebut.²⁰⁰

Menurut hemat penulis kontruksi hukum adalah metode untuk membentuk hukum suatu peristiwa konkret melalui penalaran logis sehingga dapat dicapai hasil yang dikehendaki dengan tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.

Konsep kontruksi hukum dipelopori aliran sistem terbukanya hukum dari Paul Scholten, dimana ia mengemukakan:

- a. Hukum bukan suatu sistem tertulis yang tidak boleh diubah sebelum badan pembuat undang-undang mengubahnya.
- b. Keterbukaan sistem hukum berhubungan dengan persoalan kekosongan dalam hukum, dimana ada dua jenis kekosongan dalam hukum, yaitu (1) kekosongan hukum itu sendiri (*recht vacuum*) dan (2) kekosongan dalam perundang-undangan (*wet vacuum*).²⁰¹

¹⁹⁷Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 200.

¹⁹⁸Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, 73.

¹⁹⁹Sutiyoso, *Metode Penemun Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti Dan Berkeadilan*, 143.

²⁰⁰Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 178.

²⁰¹Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 200-201.

Menurut Rudolph Von Jhering, sebagaimana dikutip Achmad Ali, ada tiga syarat utama untuk melakukan kontruksi.²⁰²

- a. Meliputi hukum positif. Kontruksi harus mampu meliputi semua bidang hukum positif yang bersangkutan;
- b. Tidak boleh membantah dirinya sendiri. Dalam pembuatan kontruksi, tidak boleh ada pertentangan logis di dalamnya;
- c. Faktor estetis, yaitu bahwa kontruksi tidak merupakan sesuatu yang dibuat-buat. Dengan kontruksi diinginkan bahwa dalam belantara peraturan-peraturan itu muncul kejelasan-kejelasan.

Artinya, menurut Achmad Ali, kontruksi hukum harus mengandung tiga syarat: materi, kesatuan logis, dan bentuk.²⁰³

Macam-macam metode kontruksi hukum:

- a. Metode Analogi (*argumentum per analogium*) yaitu membandingkan atau menganalogikan suatu peristiwa hukum dengan peristiwa hukum lain yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan. Adalah salah satu metode membentuk hukum terhadap suatu peristiwa in concreto yang belum ada pengaturannya, namun dengan keadaan (circumstances) yang mirip dibandingkan atau dianalogikan dengan peristiwa lain yang telah diatur undang-undang.²⁰⁴
- b. Metode *argumentum a contrario* yaitu menerapkan hukum atas suatu peristiwa yang tidak diatur oleh undang-undang, tetapi kebalikan dari peristiwa tersebut diatur dalam Undang-undang.²⁰⁵ Ia adalah metode penemuan hukum dengan penalaran bahwa peraturan perundang-undangan hanya berlaku pada suatu hal atau peristiwa tertentu dan bagi peristiwa lain diperlakukan hal yang sebaliknya. Aksentuasi dari penerapan metode ini adalah adanya ketidakpastian (kekosongan hukum) terhadap peristiwa

²⁰²Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 201-202.

²⁰³Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 202.

²⁰⁴M. Natsir Asnawi, *Hermeneutika Putusan Hakim Pendekatan Multidisipliner dalam Memahami Putusan Peradilan Perdata*, (Yogyakarta, UII Press, 2014), 24.

²⁰⁵Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, 69.

tertentu.²⁰⁶

- c. Metode konkretisasi atau penghalusan hukum (*rechtsverviijnings*) yaitu rumusan pengecualian terhadap peraturan perundang-undangan karena kalau tidak maka dirumuskan terlalu luas. Artinya peraturan yang bersifat umum diterapkan terhadap peristiwa atau hubungan hukum yang khusus dengan penjelasan atau kontruksi dengan memberi ciri-ciri.²⁰⁷ Ia adalah metode penemuan hukum dengan mengkonkretkan suatu aturan hukum yang masih bersifat umum ke dalam peristiwa hukum in concreto. Dalam konkretisasi hukum ini, dibuat semacam pengecualian-pengecualian atau penyimpangan dari peraturan yang bersifat umum, kemudian diterapkan ke dalam peristiwa atau fakta yang bersifat khusus.²⁰⁸
- d. Fiksi hukum. Menurut Satjipto Rahardjo, sebagaimana dikutip Achmad Ali, fiksi hukum adalah metode penemuan hukum yang mengemukakan fakta-fakta baru kepada kita, sehingga tampil suatu personifikasi baru dihadapi kita.²⁰⁹ Metode fiksi sebagai penemuan hukum ini sebenarnya berlandaskan asas in dubio pro reo, yaitu asas bahwa setiap orang dianggap mengetahui undang-undang. Fungsi fiksi hukum disamping untuk memenuhi hasrat menciptakan stabilitas hukum juga utamanya untuk mengisi kekurangan undang-undang. Fiksi bermaksud mengatasi konflik antara tuntutan-tuntutan baru dengan sistem hukum yang ada.²¹⁰

Menurut Achmad Ali sebagaimana dikutip Jazim Hamidi, ada perbedaan pandangan tentang metode dan cara penemuan hukum menurut yuris yang berasal dari sistem hukum Eropa Kontinental dan *Anglo Saxon*. Pada umumnya para yuris penganut sistem hukum Eropa Kontinental, tidak memisahkan secara tegas antara metode interpretasi dan kontruksi hukum. Sebaliknya para yuris yang cenderung kepada sistem *Anglo Saxon* membuat pemisahan tegas antara metode

²⁰⁶Asnawi, *Hermeneutika Putusan Hakim Pendekatan Multidisipliner dalam Memahami Putusan Peradilan Perdata*, 24.

²⁰⁷Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, 71.

²⁰⁸Asnawai, *Hermeneutika Putusan Hakim Pendekatan Multidisipliner dalam Memahami Putusan Peradilan Perdata*, 24-25.

²⁰⁹Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 210.

²¹⁰Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 210.

interpretasi dan kontruksi hukum.²¹¹

Achmad Ali dengan tegas menyatakan bahwa perlu dipisahkan secara tegas antara metode interpretasi dan metode kontruksi hukum. Hal ini bukan hanya dibutuhkan dalam sistematika ilmu hukum, melainkan juga dalam dunia paraktik hukum di pengadilan. Achmad Ali berpendapat bahwa kelompok yang tidak mau membuat batas yang tegas antara interpretasi dan kontruksi itu disebabkan telah mematok ajaran Trias Politica Montesquieu dalam kepalanya sebagai suatu doktrin yang paling benar, padahal siapakah yang menjamin kebenarannya dalam masyarakat modern sekarang ini.²¹² Lebih lanjut Achmad Ali membedakan antara interpretasi dan kontruksi sebagai berikut:²¹³ pada interpretasi, penafsiran terhadap teks undang-undang masih berpegang pada bunyi teks; sedangkan pada kontruksi, menggunakan penalaran logis untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang, dimana tidak lagi berpegang pada bunyi teks, tetapi dengan syarat tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.



²¹¹Hamidi, *Hermenuetika Hukum*, 52-53.

²¹²Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 174-175.

²¹³Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 176.