

BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Desa berdasarkan Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, adalah desa dan desa adat atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut Desa, adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan, kepentingan masyarakat setempat berdasarkan prakarsa masyarakat, hak asal usul, dan atau hak tradisional yang diakui dan dihormati dalam sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Paragraf 1 Angka 1 Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, Desa atau yang disebut dengan nama lain telah ada sebelum Negara Kesatuan Republik Indonesia terbentuk. Sebagai bukti keberadaannya, Penjelasan Pasal 18 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (sebelum perubahan) menyebutkan bahwa “Dalam teritori Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 (dua ratus lima puluh) “*Zelfbesturende landschappen*” dan “*Volksgemeenschappen*”, seperti desa di Jawa dan Bali, Nagari di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang, dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa. Negara Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingati hak-hak asal usul daerah tersebut”. Oleh sebab itu, keberadaannya

wajib tetap diakui dan diberikan jaminan keberlangsungan hidupnya dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Sejak era reformasi pada tahun 1998, pada level Pemerintahan Desa telah terjadi dinamika ketatanegaraan yang sangat menarik yaitu perubahan paradigma sentralistik menjadi desentralisasi dengan semangat penghargaan terhadap pluralistik yang menjadi visi kebangsaan yang masih dianut secara partikularistik. Perkembangan dinamika politik dalam negeri yang akhirnya mengharuskan dilakukan amandemen terhadap Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945. Penghargaan terhadap eksistensi keistimewaan pemerintahan desa tetap dihormati. Pasal 18B hasil amandemen Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 menyebutkan bahwa :

- (1) *Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan Undang-undang;*
- (2) *Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang.*

Penghormatan terhadap eksistensi keistimewaan pemerintahan desa oleh konstitusi inilah yang selanjutnya membawa Desa menemukan identitasnya sebagai sebuah kesatuan hukum yang memiliki hak untuk mengurus kepentingannya sendiri, yang dalam bahasa lain disebut hak otonomi. Dengan demikian desa secara alami telah memiliki otonominya sendiri semenjak masyarakat hukum ini terbentuk, dimana otonomi yang dimilikinya bukan pemberian pihak lain.

Dalam sejarah pengaturan Desa, telah ditetapkan beberapa pengaturan tentang Desa, yaitu Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1948 tentang Pokok

Pemerintahan Daerah, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1957 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Daerah, Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1965 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Daerah, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1965 tentang Desa Praja Sebagai Bentuk Peralihan Untuk Mempercepat Terwujudnya Daerah Tingkat III di Seluruh Wilayah Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan di Daerah, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dan terakhir pada Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

Paragraf 6 Angka 1 Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, dalam pelaksanaannya, pengaturan mengenai Desa tersebut belum dapat memadai segala kepentingan dan kebutuhan masyarakat Desa yang hingga saat ini sudah berjumlah sekitar 73.000 (tujuh puluh tiga ribu) Desa dan sekitar 8.000 (delapan ribu) kelurahan. Selain itu, pelaksanaan pengaturan Desa yang selama ini berlaku sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman, terutama antara lain menyangkut kedudukan masyarakat hukum adat, demokratisasi, keberagaman, partisipasi masyarakat, serta kemajuan dan pemerataan pembangunan sehingga menimbulkan kesenjangan antarwilayah, kemiskinan, dan masalah sosial budaya yang dapat mengganggu keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Selain itu bahwa dalam perjalanan ketatanegaraan Republik Indonesia, Desa telah berkembang dalam berbagai bentuk sehingga perlu dilindungi dan

diberdayakan agar menjadi kuat, maju, mandiri, dan demokratis sehingga dapat menciptakan landasan yang kuat dalam melaksanakan pemerintahan dan pembangunan menuju masyarakat yang adil, makmur, dan sejahtera. Oleh karena Desa dalam susunan dan tata cara penyelenggaraan pemerintahan dan pembangunan perlu diatur tersendiri dengan undang-undang, maka diberlakukanlah Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 7 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5495 untuk selanjutnya disingkat Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa).

Ditetapkannya Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa diharapkan dapat membawa paradigma baru dalam pembangunan, mampu mengubah cara pandang pembangunan, bahwa kesejahteraan dan kemakmuran ekonomi tidak selamanya berada di kota atau perkotaan, tetapi dalam membangun Indonesia haruslah dimulai dari Desa. Karena Desa menjadi bagian terdepan dari upaya gerakan pembangunan yang berasal dari prakarsa masyarakat, guna mencapai kesejahteraan dan kemakmuran, sekaligus berkeadilan dan berkesinambungan.

Desa melaksanakan fungsi pemerintahan dengan mengacu pada ketentuan Pasal 19 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa, bahwa Desa melaksanakan fungsi pemerintahan, baik berdasarkan kewenangan lokal berskala Desa, kewenangan yang ditugaskan oleh Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, atau Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota; maupun kewenangan lain yang ditugaskan oleh Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, atau Pemerintah Daerah

Kabupaten/Kota sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa disusun dengan semangat penerapan amanat konstitusi dengan konstruksi menggabungkan fungsi *self-governing community* dengan *local self government*, sedemikian rupa, sehingga landasan konstitusional ini akan menjadi dasar yang kokoh bagi masa depan desa di Indonesia. Membangun Desa Membangun Negara.

Berdasarkan Pasal 78 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa, Pembangunan Desa bertujuan meningkatkan kesejahteraan masyarakat Desa dan kualitas hidup manusia serta penanggulangan kemiskinan melalui pemenuhan kebutuhan dasar, pembangunan sarana dan prasarana Desa, pengembangan potensi ekonomi lokal, serta pemanfaatan sumber daya alam dan lingkungan secara berkelanjutan. Dalam rangka melaksanakan pembangunan Desa, Desa dapat mendirikan Badan Usaha Milik Desa. Badan Usaha Milik Desa, yang selanjutnya disebut BUM Desa, adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh Desa melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan Desa yang dipisahkan guna mengelola aset, jasa pelayanan, dan usaha lainnya untuk sebesar-besarnya kesejahteraan masyarakat Desa.

Eksistensi BUM Desa sama hal nya dengan eksistensi Badan Usaha Milik Negara (BUMN) maupun Badan Usaha Milik Daerah (BUMD). BUM Desa dibentuk oleh Pemerintah Desa untuk mendayagunakan segala potensi ekonomi, kelembagaan perekonomian, serta potensi sumber daya alam dan sumber daya manusia dalam rangka meningkatkan kesejahteraan masyarakat Desa. Hanya yang berbeda, baik BUMN dan BUMD setidaknya sudah mendapatkan kejelasan

pengaturan mengenai bentuk badan usahanya. BUMN terdiri atas Perusahaan Umum dan Perusahaan Perseroan, sedangkan BUMD terdiri atas perusahaan umum Daerah dan perusahaan perseroan Daerah.

Pasca keberlakuan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang mengubah Pasal 1 Angka 6 dan Pasal 87 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa. **Selanjutnya dalam rangka** melaksanakan ketentuan Pasal 117 dan Pasal 185 huruf b Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020, maka diundangkan Peraturan Pemerintah Nomor 11 Tahun 2021 Tentang Badan Usaha Milik Desa.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja telah menegaskan kedudukan BUM Desa sebagai badan hukum yang didirikan oleh Desa dan/atau bersama Desa-Desa guna mengelola usaha, memanfaatkan aset, mengembangkan investasi dan produktivitas, menyediakan jasa pelayanan, dan/atau menyediakan jenis usaha lainnya untuk sebesar-besarnya kesejahteraan masyarakat Desa.

Kepastian hukum terkait status sebagai badan hukum dari BUM Desa semakin menegaskan bahwa peran BUM Desa/BUM Desa bersama semakin penting sebagai konsolidator produk/jasa masyarakat, produsen berbagai kebutuhan masyarakat, inkubator usaha masyarakat, penyedia layanan publik, dan berbagai fungsi lainnya. BUM Desa/BUM Desa bersama dapat menjadi penyumbang pendapatan asli Desa. Oleh karena itu, di masa mendatang BUM Desa/BUM Desa bersama diyakini menjadi pengungkit kemandirian Desa.

Meskipun Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja telah menegaskan kedudukan BUM Desa sebagai badan hukum, tetapi kenyataannya baik dalam Undang-Undang tersebut maupun peraturan pelaksanaannya yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 11 Tahun 2021 Tentang Badan Usaha Milik Desa tetap tidak ditemukan pengaturan mengenai apa bentuk badan hukum yang dimaksud untuk mendirikan BUM Desa.

Ketiadaan pengaturan mengenai apa bentuk badan hukum yang dimaksud untuk mendirikan BUM Desa membawa Peneliti untuk menganalisis implikasi yuridis yang muncul. Terutama apabila dikaitkan dengan pemenuhan salah satu asas dalam penyelenggaraan Pemerintahan Desa sebagaimana diatur pada Pasal 24 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, yaitu asas kepastian hukum. Yang dimaksud dengan “kepastian hukum” adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan Pemerintahan Desa.

Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Kaum Positivisme lebih menekankan pada kepastian hukum, sedangkan Kaum Fungsionalis mengutamakan kemanfaatan hukum, dan sekiranya dapat dikemukakan bahwa “*summum ius, summa injuria, summa lex, summa crux*” yang artinya adalah hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya, dengan demikian kendatipun keadilan bukan merupakan tujuan

hukum satu-satunya akan tetapi tujuan hukum yang paling substantif adalah keadilan.¹

Ketiadaan pengaturan mengenai bentuk badan hukum dari BUM Desa tentu saja akan menjadi isu hukum yang sangat penting untuk dianalisis, terutama jika dikaitkan dengan norma substantif, yaitu terkait pendirian, permodalan, organ dan pertanggungjawabannya serta pembubarannya. Apalagi, debat mengenai aspek privat dan publik ketika Negara atau Pemerintah Daerah melakukan penyertaan modal secara langsung ke dalam BUMN maupun BUMD tetap belum terselesaikan. Hal mana pasti juga terjadi pada BUM Desa yang juga akan dianalisis dalam penelitian Disertasi ini.

Berdasarkan latar belakang diatas, maka Peneliti tertarik untuk melakukan penelitian Disertasi dengan judul : **KONSTRUKSI BENTUK BADAN HUKUM BADAN USAHA MILIK DESA.**

1.2. Rumusan Masalah

Guna mengkaji lebih dalam isu sentral yang telah dijelaskan di atas, maka rumusan masalah dalam penelitian Disertasi ini adalah :

- a. Dasar filosofis pendirian Badan Usaha Milik Desa.
- b. Implikasi yuridis pengaturan mengenai Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa.
- c. Alternatif Konstruksi Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa Dan Parameter Pemilihan Bentuk Badan Hukumnya.

¹ Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari : Memahami dan Memahami Hukum*, Yogyakarta, Laksbang Pressindo, 2010, h. 59.

1.3. Tujuan Penelitian

Dalam rangka memperjelas hasil dari penelitian Disertasi ini terdapat 3 (tiga) tujuan antara lain:

- a. Menemukan Dasar filosofis pendirian Badan Usaha Milik Desa.
- b. Menemukan Implikasi yuridis pengaturan mengenai Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa.
- c. Merumuskan mengenai Alternatif Konstruksi Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa Dan Parameter Pemilihan Bentuk Badan Hukumnya.

1.4. Manfaat Penelitian

Diharapkan penelitian Disertasi ini dapat memberikan manfaat baik secara teoritis maupun praktis sebagai berikut:

1.4.1. Manfaat teoritis

Bagi kepentingan teoritis, hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan masukan dalam pengembangan ilmu hukum, khususnya bidang Hukum Perusahaan terutama terkait dengan : Dasar filosofis pendirian Badan Usaha Milik Desa dan Implikasi Yuridis Pengaturan mengenai Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa.

1.4.2. Manfaat praktis

Secara praktis penelitian ini diharapkan mampu merumuskan Alternatif Konstruksi Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa Dan Parameter Pemilihan Bentuk Badan Hukumnya.

1.5. Orisinalitas Penelitian

Keaslian (*originality*) suatu penelitian sangat penting artinya untuk menghindari terjadinya suatu duplikasi. Berkaitan dengan keaslian penelitian ini **Herman Menville** mengatakan “ *It is better to fail in originality, than to succeed in imitation*”.² Sehubungan dengan keaslian pokok permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini, dapat dikemukakan beberapa hasil penelitian yang terdahulu :

Tabel 1 Kajian Disertasi Yang Pernah Dilakukan

No.	Nama	Judul Disertasi	Kajian Disertasi
1.	Wuri Adriyani, Disertasi Pascasarjana Universitas Airlangga, Tahun 2009	Kedudukan Persero Dalam Hubungan Dengan Hukum Publik dan Hukum Privat	(1) Keberlakuan ketentuan-ketentuan hukum publik bagi Persero disamping ketentuan-ketentuan hukum privat. (2) Sinkronisasi ketentuan hukum publik dan hukum privat, pada Persero.
2.	Hadiyanto, Disertasi Pascasarjana Universitas Padjadjaran, Tahun 2012	Politik Hukum Pengelolaan Kekayaan BUMN Persero Dalam Rangka Pembangunan Perekonomian Indonesia	(1) Politik hukum pemerintah mengenai kekayaan negara yang dipisahkan pada BUMN Persero. (2) Pertanggungjawaban hukum organ BUMN Persero berdasarkan prinsip-prinsip keuangan negara.
3.	Yudho Taruno Muryanto, Program Studi Doktor (S3) Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Tahun 2019	Tanggung Jawab Direksi Dan Dewan Pengawas (Komisaris) Dalam Pengelolaan Badan Usaha Milik Daerah Untuk Mewujudkan Prinsip Tata Kelola Perusahaan Yang Baik	(1) Bagaimana tanggung jawab direksi dan dewan pengawas (komisaris) BUMD dalam mewujudkan prinsip tata kelola perusahaan yang baik? (2) Apa problematika pengelolaan BUMD dalam rangka mewujudkan prinsip tata kelola perusahaan yang baik? (3) Bagaimana tata kelola BUMD yang ideal dalam mewujudkan

² Herman Menville dalam Mathias M. Siems, *Legal Originality*, Oxford Jurnal of Legal studies, Vol. 28, Issue 1, 2008, p. 147.

			prinsip tata kelola perusahaan yang baik?
4.	Darwin Nasution, Disertasi Program Studi Doktor (S3) Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Tahun 2019	Pengaturan Bentuk Dan Pengelolaan Perseroda Sebagai Badan Hukum Yang Ideal Untuk Pembangunan Ekonomi Daerah	(1) Bagaimana model pengelolaan dan pertanggungjawaban Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) berbentuk perseroda yang sesuai dengan prinsip pengelolaan perusahaan yang sehat? (2) Bagaimana menentukan status hukum keuangan dan kekayaan Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) berbentuk perseroda sebagai keuangan dan kekayaan daerah yang dipisahkan? (3) Bagaimana pengaturan yang ideal terhadap Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) berbentuk perseroda di Indonesia sesuai dengan prinsip <i>good corporate governance</i>?

Perbedaan penelitian di atas dengan Disertasi Peneliti adalah :

- 1) Dengan disertasi **Wuri Adriyani** fokus pada Sinkronisasi ketentuan hukum publik dan hukum privat, pada Persero. Sedangkan Peneliti fokus membahas mengenai BUM Desa, dengan menawarkan temuan berupa Alternatif Konstruksi Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa Dan Parameter Pemilihan Bentuk Badan Hukumnya.
- 2) Dengan disertasi **Hadiyanto**, Peneliti menggunakan temuan **Hadiyanto** dan membandingkannya dengan konsep pemisahan keuangan desa ke dalam BUM Desa dan lebih berfokus pada analisis mengenai Alternatif Konstruksi Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa Dan Parameter Pemilihan Bentuk Badan Hukumnya.
- 3) Dengan disertasi **Yudho Taruno Muryanto**, meskipun sama-sama menganalisis mengenai penerapan prinsip tata kelola perusahaan yang baik,

tetapi Peneliti mengalisa bagaimana penerapan prinsip tersebut ke dalam pengaturan mengenai BUM Desa untuk mencari rekonstruksi Pengaturan Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa.

- 4) Dengan disertasi **Darwin Nasution**, meskipun sama-sama menganalisis mengenai prinsip *good corporate governance*, tetapi Peneliti mengalisa bagaimana penerapan prinsip tersebut ke dalam pengaturan mengenai BUM Desa untuk mencari rekonstruksi Pengaturan Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa.

1.6. Kerangka Teori

Teori merupakan pengetahuan ilmiah yang mencakup penjelasan mengenai suatu faktor dari sebuah disiplin ilmiah. Dalam dunia ilmu, teori menempati kedudukan penting, karena teori memberikan sarana untuk dapat merangkum serta memahami masalah yang dibicarakan secara lebih baik. Hal-hal yang semula tampak tersebar dan berdiri sendiri dapat disatukan dan ditunjukkan kaitannya satu sama lain secara lebih bermakna.³

1.6.1. Teori tentang negara kesejahteraan (*welfare state*)

Indonesia adalah negara hukum (*rechtstaat*), demikian tercantum dalam pasal 1 Ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945). Ketentuan tersebut memberikan konsekuensi bahwa setiap kehidupan berbangsa dan bernegara harus didasarkan pada hukum. Di negara hukum seperti Indonesia, penyelenggaraan negara tidak berdasarkan kekuasaan

³ Koentjaraningrat, *Metode-Metode Penelitian Masyarakat*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 1993, h. 21.

belaka (*markstaat*), tetapi harus berdasarkan atas hukum (supremasi hukum-hukum sebagai panglima). Oleh sebab itu, kegiatan negara dan warga negara selalu terikat dan harus berdasarkan hukum yang ditetapkan. Selanjutnya, didalam pasal 1 Ayat (2) UUD 1945 disebutkan juga bahwa kedaulatan berada ditangan rakyat. Ketentuan ini sebagai bukti bahwa setiap penyelenggaraan negara harus didasarkan atas prinsip demokrasi. Demokrasi merupakan prinsip penyelenggaraan negara yang pada dasarnya mensyaratkan partisipasi rakyat dalam setiap pengambilan kebijakan. Dalam konteks perumusan atau penetapan suatu hukum (peraturan) dua ketentuan dalam konstitusi negara Indonesia ini mempunyai saling keterkaitan, yaitu bahwa segala kegiatan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara harus didasarkan atas hukum dan hukum (ketentuan/peraturan) harus ditetapkan oleh negara bersama rakyat sebagai pemegang kedaulatan.

Pada awalnya konsep negara hukum memberikan kewajiban kepada negara dalam menjalankan tugas dan fungsinya untuk menjaga ketertiban dan melindungi warga negara dari setiap perlakuan yang bertentangan dengan hukum. Ide sentral dari pada *rechtstaat* adalah pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak manusia yang bertumpu atas prinsip kebebasan dan persamaan.⁴ Namun kemudian, seiring dengan perubahan pemikiran dan perkembangan kehidupan masyarakat, konsep negara hukum mengalami perubahan. Perubahan tersebut pada intinya bahwa negara mempunyai kewajiban yang lebih luas disamping menjaga ketertiban dan melindungi warga negara tetapi juga untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat.

⁴ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Surabaya, Bina Ilmu, 1987, h. 35.

Konsep negara hukum yang pertama sebagaimana disebutkan di atas sering dinamakan dengan konsep negara hukum formal klasik (*klasiek rechtsstaat*) dan konsep negara hukum yang kedua adalah konsep negara hukum kesejahteraan (*welfare state*).

Untuk sampai pada berkembangnya konsep negara hukum kesejahteraan (*welfare state*), pengalaman buruk yang ditunjukkan tipe negara yang berideologi hukum formal (klasik) tersebut dalam bentuk penderitaan-penderitaan sosial memberi stimulasi kepada para pemikir dan konseptor kenegaraan untuk berusaha menemukan konsep-konsep negara yang dianggap lebih sesuai dengan nilai-nilai dasar yang dikehendaki rakyatnya. Dari proses pencarian tersebut akhirnya ditemukan 2 (dua) ideologi, yakni sebagai berikut :

- 1) Aliran pemikiran yang memandang bahwa upaya untuk menghilangkan keburukan-keburukan sosial yang ditimbulkan oleh sistem negara yang berideologi liberal kapitalistik hanya dengan jalan sosialisasi masyarakat sepenuh-penuhnya. Kaum sosialis ini, utamanya yang beraliran sosialis ilmiah yang dipelopori **Karl Max** secara radikal mendasarkan pandangannya pada konsep sosialisasi mutlak. Baginya, keburukan-keburukan sosial yang ditimbulkan konsep negara berideologi liberal individualistik berakar pada dibenarkannya hak milik perseorangan atas alat-alat produksi dan bersamaan dengan itu diberikan kebebasan berusaha untuk mengejar keuntungan pribadi.⁵

⁵ Marilang, *Keadilan Sosial bagi Seluruh Rakyat (Studi Pengelolaan Tambang)*, Jurnal Penelitian dan Pengembangan Keilmuan Secara Aktual, Edisi Khusus, Juni, 2010, h. 110.

- 2) Aliran pemikiran yang berusaha mempertahankan tingkat kebebasan sejauh mungkin dalam negara hukum sembari membenarkan perlunya negara campur tangan dalam penyelenggaraan kesejahteraan rakyat (umum) semaksimal mungkin. Ideologi dan paham negara demikian berusaha mengkombinasikan asas negara hukum dengan asas negara sosialis. Aliran pemikiran ini sampai pada konsepsi tentang *sociocapitalist state* yang mengutamakan fungsi *welfare* sebagaimana diperkenalkan oleh **Mac Iver**. Dalam perkembangannya, aliran ini memandang bahwa negara tidak lagi berfungsi sebagai instrument kekuasaan semata (*instrument of power*) melainkan mulai dipandang sebagai *tool* pelayanan (*an agency of service*). Dalam suasana alam pikiran semacam inilah timbul dan berkembang gejala “*welfare state*” sebagai jawaban para pemikir kenegaraan terhadap keburukan-keburukan sosial yang ditimbulkan konsep negara yang berideologi liberal individualis kapitalistik dan konsep negara yang berideologi *socio-capitalist state*.⁶

Terkait tugas, fungsi dan tujuan bernegara tersebut di atas, maka Negara kesejahteraan (*welfare state*) dianggap sebagai jawaban yang paling tepat atas bentuk keterlibatan negara dalam memajukan kesejahteraan rakyat. Keyakinan ini diperkuat oleh munculnya kenyataan empiris mengenai kegagalan pasar (*market*

⁶ W. Riawan Tjandra, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta, Universitas Atma Jaya, 2008, h. 23.

failure) dan kegagalan negara (*government failure*) dalam meningkatkan kesejahteraan rakyat.⁷

Ideologi negara kesejahteraan (*welfare state*) menjadi landasan kedudukan dan fungsi pemerintah (*bestuursfunctie*) oleh negara-negara modern. Konsep negara kesejahteraan lahir atas dasar pemikiran untuk melakukan pengawasan yang ketat terhadap penyelenggaraan kekuasaan negara, khususnya eksekutif yang pada masa monarki absolut telah terbukti banyak melakukan penyalahgunaan kekuasaan.⁸

Secara istilah, menurut kamus online *Merriam-Webster Dictionary*, kata “*welfare*” diartikan sebagai “*the state of doing well especially in respect to good fortune, happiness, well-being, or prosperity*”. Sedangkan “*welfare state*” memiliki arti :

1. “*a social system based on the assumption by a political state of primary responsibility for the individual and social welfare of its citizens;*
2. *a nation or state characterized by the operation of the welfare state system.*”

Negara merupakan aktor pertama dan utama yang bertanggungjawab mencapai janji kesejahteraan kepada rakyatnya, terutama memainkan peran distribusi sosial (kebijakan sosial) dan investasi ekonomi (kebijakan ekonomi) fungsi dasar negara adalah mengatur untuk menciptakan law and order dan mengurus untuk mencapai kesejahteraan/*welfare*.⁹

⁷ William R. Keech, *Market Failure and Government Failure*, Paper submitted for presentation to Public Choice World Congress, Public Version 1.0-2-27-12, Miami, 2012, h. 5.

⁸ Marilang, *Ideologi Welfare State Konstitusi : Hak Menguasai Negara Atas Barang Tambang*, Jurnal Konstitusi, Vol. 9, No. 2, Juni, 2012, h. 264-266.

⁹ Syaiful Bahri Ruray, *Tanggung Jawab Hukum Pemerintah Daerah dalam Pengelolaan dan Pelestarian Fungsi Lingkungan Hidup*, Bandung, Alumni, 2012, h. 27.

Menurut **Bessant, Watts, Dalton** dan **Smith** ide dasar negara kesejahteraan beranjak dari abad ke-18 ketika **Jeremy Bentham** (1748-1832) mempromosikan gagasan bahwa pemerintah memiliki tanggung jawab untuk menjamin *the greatest happiness* (atau *welfare*) *of the greatest number of their citizens*. **Bentham** menggunakan istilah “*utility*” (kegunaan) untuk menjelaskan konsep kebahagiaan atau kesejahteraan. Berdasarkan prinsip utilitarianisme yang ia kembangkan, **Bentham** berpendapat bahwa sesuatu yang dapat menimbulkan kebahagiaan ekstra adalah sesuatu yang baik. Sebaliknya, sesuatu yang menimbulkan sakit adalah buruk. Menurutnya, aksi-aksi pemerintah harus selalu diarahkan untuk meningkatkan kebahagiaan sebanyak mungkin orang. Gagasan **Jeremy Bentham** mengenai reformasi hukum, peranan konstitusi dan penelitian sosial bagi pengembangan kebijakan sosial membuat ia dikenal sebagai “bapak kesejahteraan negara” (*father of welfare states*).¹⁰

Konsep *welfare state* atau *social service-state*, yaitu negara yang pemerintahannya bertanggung jawab penuh untuk memenuhi berbagai kebutuhan dasar sosial dan ekonomi dari setiap warga negara agar mencapai suatu standar hidup yang minimal, merupakan anti tesis dari konsep “negara penjaga malam” (*Nachtwakerstaat*) yang tumbuh dan berkembang di abad ke 19. Di dalam negara penjaga malam atau negara hukum dalam arti sempit (*rechtstaat in engere zin*), pemerintah hanya mempertahankan dan melindungi sosial serta ekonomi berlandaskan asas “*laissez faire, laissez aller*”.¹¹

¹⁰ *Ibid.*, h. 33.

¹¹ *Ibid.*, h. 33-34.

Sir William Beveridge dan **T.H. Marshall** yang berasal dari Inggris dalam laporannya/pemikirannya mengenai *Social Insurance and allied Services* yang terkenal dengan nama *Beveridge Report*, bahwa **Sir William Beveridge** menyebutkan dengan istilah *Want, Squalor, Ignorance, Disease, dan Idleness* sebagai “*The Five Giants Evils*” yang harus diperangi dalam laporannya itu. **Sir William Beveridge** mengusulkan sebuah sistem asuransi komprehensif yang dipandanginya mampu melindungi orang dari buaian hingga liang lahat (*from cradle to grave*). Pengaruh laporan **Sir William Beveridge** tidak hanya di Inggris, melainkan juga menyebar ke negara-negara lain seperti Eropa bahkan hingga ke Amerika Serikat dan kemudian menjadi dasar bagi pengembangan skema jaminan sosial di negara-negara tersebut.¹²

Konsep kesejahteraan (*welfare*) itu sendiri sering diartikan berbeda oleh beberapa ahli dari beberapa negara yang berbeda. Merujuk pada **Spicker, Midgley, Tracy dan Livermore, Thompson, dan Suharto**, pengertian kesejahteraan sedikitnya mengandung empat makna, yaitu : Pertama, sebagai kondisi sejahtera (*wellbeing*). Pengertian ini biasanya merujuk pada istilah kesejahteraan sosial (*social welfare*) sebagai kondisi terpenuhinya kebutuhan material dan nonmaterial. **Midgley**, mendefinisikan kesejahteraan sosial sebagai “... *a condition or state of human well-being*”.¹³ Kedua, sebagai pelayanan sosial, di Inggris, Australia, dan Selandia Baru, pelayanan sosial umumnya mencakup lima bentuk, yakni jaminan

¹²Naya Amin Zaini, *Politik Hukum dan HAM (Kajian Hukum Terhadap Kewajiban Pemenuhan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia)*, Jurnal Panorama Hukum, Vol.1, No.2, 2016, h. 5-6.

¹³James Midgley, et. al., *The Handbook of Social Policy*, dalam Michelle Livermore, London, Sage, 2000, h. xi-xv.

sosial (*social security*), pelayanan kesehatan, pendidikan, perumahan dan pelayanan sosial personal (*personal social services*). Ketiga, sebagai tunjangan sosial yang, khususnya di Amerika Serikat (AS), diberikan kepada orang miskin. Karena sebagian besar penerima *welfare* adalah orang-orang miskin, cacat, pengangguran, keadaan ini kemudian menimbulkan konotasi negatif pada istilah kesejahteraan, seperti kemiskinan, kemalasan, ketergantungan, yang sebenarnya lebih tepat disebut "*social illfare*" ketimbang "*social welfare*".¹⁴ Keempat, sebagai proses atau usaha terencana yang dilakukan oleh perorangan, lembaga-lembaga sosial, masyarakat maupun badan-badan pemerintah untuk meningkatkan kualitas kehidupan (pengertian pertama) melalui pemberian pelayanan sosial (pengertian kedua) dan tunjangan sosial (pengertian ketiga).¹⁵

Dari beberapa konsep mengenai kesejahteraan (*welfare*) tersebut di atas, meskipun tampaknya mengenai konsep negara kesejahteraan sangat erat kaitannya dengan kebijakan sosial (*social policy*) yang dibanyak negara mencakup strategi dan upaya-upaya pemerintah dalam meningkatkan kesejahteraan warganya, terutama melalui perlindungan sosial (*social protection*) yang mencakup jaminan sosial (baik berbentuk bantuan sosial dan asuransi sosial), maupun jaring pengaman sosial (*social safety nets*), tetapi Peneliti sependapat dengan yang disampaikan oleh **Paul Spicker**, bahwasanya konsep negara kesejahteraan tidak hanya mencakup

¹⁴ Edi Suharto, *Negara Kesejahteraan dan Reinventing Depsos*, Makalah pada Seminar "Mengkaji Ulang Relevansi Welfare State dan Terobosan melalui Desentralisasi-Otonomi di Indonesia", Wisma MM Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, Institute for Research and Empowerment (IRE) Yogyakarta dan Perkumpulan Prakarsa Jakarta, 2006, h. 4.

¹⁵ Edi Suharto, *Peta dan Dinamika Welfare State di Beberapa Negara : Pelajaran apa yang bisa dipetik untuk membangun Indonesia?*, Makalah disampaikan pada Seminar "Mengkaji Ulang Relevansi Welfare State dan Terobosan melalui Desentralisasi Otonomi di Indonesia", Wisma MM Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, Institute for Research and Empowerment (IRE) Yogyakarta dan Perkumpulan Prakarsa Jakarta, 2006, h. 4..

deskripsi mengenai sebuah cara pengorganisasian kesejahteraan (*welfare*) atau pelayanan sosial (*social services*). Melainkan juga sebuah konsep normatif atau sistem pendekatan ideal yang menekankan bahwa setiap orang harus memperoleh pelayanan sosial sebagai haknya. Negara kesejahteraan juga merupakan anak kandung pergumulan ideologi dan teori, khususnya yang bermatra sayap kiri (*left wing view*), seperti Marxisme, Sosialisme, dan Sosial Demokratik.¹⁶

Namun menurut **Edi Suharto**, konsep negara kesejahteraan justru tumbuh subur di negara-negara demokratis dan kapitalis, bukan di negara-negara sosialis. Di negara-negara Barat, negara kesejahteraan sering dipandang sebagai strategi ‘penawar racun’ kapitalisme, yakni dampak negatif ekonomi pasar bebas. Oleh karenanya, *welfare state* sering disebut sebagai bentuk dari “kapitalisme baik hati” (*compassionate capitalism*). Meski dengan model yang berbeda, negara-negara kapitalis dan demokratis seperti Eropa Barat, Amerika Serikat, Australia dan Selandia Baru adalah beberapa contoh penganut *welfare state*. Sedangkan, negara-negara di bekas Uni Soviet dan Blok Timur umumnya tidak menganut *welfare state* karena mereka bukan negara demokratis maupun kapitalis.¹⁷

Keberadaan konsep *welfare state* bukanlah tanpa perdebatan. Perdebatan tentang konsep *welfare state* yang banyak mengundang kontroversi, dan terjadi debat yang terus-menerus sebenarnya tidak lepas dari mengenai seberapa jauh tanggungjawab pemerintah terhadap kesejahteraan.

¹⁶ Paul Spicker, *Social Policy : Themes and Approaches*, London, Prentice Hall, 1995, sebagaimana dikutip oleh Edi Suharto, “Negara Kesejahteraan dan Reinventing Depsos”, *Op. Cit.*, h. 7.

¹⁷ Agus Riwanto, *Politik Hukum Negara Kesejahteraan Indonesia Pasca Reformasi*, Sukoharjo, Oase Pustaka, 2018, h. 10.

Perdebatan tentang *welfare state* bisa kita lihat pada pendapat **Claus Offe** (*Some Contradiction of Welfare State*), salah seorang sosiolog terkemuka dari Jerman, menuturkan bahwa kritik terhadap *welfare state*, dari kubu konservatif, pada dasarnya dapat diringkas menjadi dua : ¹⁸

1. sistem kesejahteraan dipandang mengganggu perkembangan modal dan investasi (*disincentive to investment*) karena pajak yang tinggi dan regulasi yang ketat dikarenakan pada pelaku usaha dianggap membuat disinsentif karena tingkat laba yang diperoleh menjadi kecil dan tidak menarik;
2. sistem kesejahteraan, hak-hak sosial ekonomi dan peran kuat dari asosiasi serikat pekerja dipandang mengurangi insentif untuk kerja lebih keras (*disincentive to work*), ketimbang apabila mereka bekerja di bawah lingkungan sistem pasar bebas.

Selain dari kubu konservatif, bahwa ternyata *welfare state* juga dihujani kritik-kritik yang tajam dari kubu sosialis. **Claus Offe** meringkas bahwa kritik kubu sosialis ada tiga : ¹⁹

1. *welfare state* dipandang sebagai sistem dan kelembagaan yang tidak efisien dan tidak efektif atau dianggap sebagai terlalu sedikit dan terlalu terlambat dalam menata dan memperbaiki ketimpangan sosial ekonomi yang ada;

¹⁸ Claus Offe, *Some Contradiction of the Modern Welfare State*, dalam Christopher Pierson dan Francis G. Castels, 2000, *The Welfare State Reader*, Cambridge, Polity Press, 2000, h. 67-76.

¹⁹ *Ibid.*

2. *welfare state* dipandang bersifat *represif*, dalam arti bahwa para warga negara penerima manfaat (berbagai tunjangan) sering kali wajib mengikuti syarat-syarat, dan prosedur untuk memperoleh tunjangan-tunjangan dan karena itu harus berhadapan dengan sistem birokrasi; dan
3. *welfare state* dipandang menciptakan pemahaman yang keliru tentang kenyataan sosial dan politik dari kelas pekerja. Bahwa seakan-akan ada dua dunia; dunia kerja dan dunia hak. Padahal, keduanya tak terpisahkan dan bahwa produksi (pertumbuhan ekonomi) sendiri dapat diubah oleh mereka. Ringkasnya, *welfare state* hanya sekedar sarana untuk menstabilkan sistem ekonomi kapitalis ketimbang sebagai sarana untuk perubahan mendasar dalam masyarakat kapitalis.

Selain itu, keberadaan konsep *welfare state* juga diperdebatkan oleh kalangan feminis dan kubu lingkungan hidup. Kaum feminis, seperti **Carole Pateman** menyatakan bahwa sistem *welfare state* masih bertumpu pada sistem sosial laki-laki/patriarki, dimana laki-laki dianggap sebagai pencari nafkah (*male breadwinner*) dan kerja-kerja kaum perempuan (kerja domestik, pengasuhan dan perawatan anak) tidak dihargai penting dalam ekonomi dan *welfare state*. Sementara itu, dari kubu kaum ekologis, mereka mengkritik bahwa *welfare state* masih bertumpu pada asas produktivis ekonomi, yakni mengandalkan produksi dan pertumbuhan ekonomi (GNP,GDP) yang tiada batasnya, yang akhirnya akan merusak lingkungan juga.²⁰

²⁰ Sugeng Bahagijo dan Darmawan Triwibowo, *Memahami Negara Kesejahteraan: Beberapa Catatan Bagi Indonesia, Jurnal Politika*, Vol.2, No.3, 2006, h. 17-18.

Berikut akan disajikan tabel Argumetasi Pro atau yang mendukung dan Kontra atau yang menolak Konsep *Welfare State* yang menggambarkan adanya perdebatan tentang konsep *welfare state* yang banyak mengundang kontroversi, dan terjadi debat yang terus-menerus. Dimana perdebatan tersebut sebenarnya tidak lepas dari membahas mengenai seberapa jauh tanggungjawab pemerintah terhadap kesejahteraan rakyatnya. Argumentasi pro dan kontra konsep *welfare state* adalah sebagai berikut : ²¹

Tabel 2 Argumetasi Pro dan Kontra Konsep *Welfare State*

Argumetasi Pro (Mendukung)	Argumentasi Kontra (Menolak)
<i>Humanitarian</i> <i>Democratic</i> <i>Social</i> <i>Economic</i> <i>Mutual self-interest</i> <i>Religious</i> <i>Ethical-reciprocity</i> <i>The failure of the private</i>	<i>Libertarian</i> <i>Conservative</i> <i>Individualist</i> <i>Economic</i> <i>Anti-regulatory</i> <i>The free market</i>

Sumber : Bahan Hukum Sekunder, diolah, 2021.

Argumetasi Pro atau yang mendukung penuh Konsep *Welfare State* dapat dipahami sebagai berikut, mereka mendasarkan pada : 1) *humanitarian* adalah gagasan agar rakyat tidak menderita; 2) *democratic*, pemilih di sebagian besar negara-negara Nordic menginginkan perluasan jaminan sosial secara bertahap; 3) *ethical-reciprocity* merupakan prinsip moral yang universal, dan sebagian besar sistem kesejahteraan berdasarkan pola “saling”. *Altruisme* atau menolong sesama adalah kewajiban moral di hampir semua budaya, dan bantuan serta dukungan untuk orang yang miskin adalah merupakan prinsip moral yang universal; 4)

²¹ Sophiana Widiastutie, *Profil Negara Eropa Negara-negara Nordic (The Nordic Countries)*, *Jurnal Kajian Wilayah Eropa*, Vol. II, No. 3, 2006, h. 167-168.

religious yaitu, sebagian besar agama dunia menekankan akan pentingnya organisasi sosial dibandingkan dengan kepentingan diri pribadi semata. Kewajiban religius termasuk diantaranya memiliki rasa solidaritas kepada sesama; 5) *mutual self-interest* adanya beberapa sistem nasional mendorong pertumbuhan *mutual insurance*); 6) *economic*, merupakan program sosial yang ditujukan untuk berbagai macam fungsi ekonomi, seperti misalnya: regulasi terhadap permintaan dan struktur pasar tenaga kerja); 7) *social*, yaitu, program sosial yang ditujukan untuk bidang pendidikan, keluarga dan pekerjaan; 8) *the failure of the private sector*, memberikan advokasi mengenai ketentuan-ketentuan sosial yang diwajibkan pada sektor privat yang bertentangan dengan tujuan sosial.²²

Adapun argumentasi kontra atau yang menolak konsep *welfare state* mendasarkan konsep mereka pada: 1) *libertarian*, yaitu intervensi negara melanggar kebebasan individu; individu tidak seharusnya tergantung pada subsidi pihak lain untuk kepentingannya; 2) *conservative*, yaitu pengeluaran sosial memberikan efek yang kurang baik bagi perilaku, memupuk ketergantungan, dan menurunkan semangat kerja; 3) *economic*, yaitu pengeluaran sosial membutuhkan biaya besar dan pajak yang tinggi. *Welfare state* memberikan efek yang kurang baik bagi ekonomi sehingga secara paradoks memberikan efek negatif pada kesejahteraan rakyat; 4) *individualist*, yaitu pengeluaran sosial mengurangi kebebasan menikmati kemakmuran dan kesuksesan individual dengan mernbagikan sebagian dari kemakmurannya kepada orang lain argumen ini juga penting bagi kaum libertarian dan konservatif); 5) *anti-regulatory*, dimana *welfare*

²² *Ibid.*

state adalah pembenaran dari kontrol negara yang lebih besar kepada bisnis, membatasi pertumbuhan dan menciptakan pengangguran; 6) *the free market*, merupakan advokasi kepada pasar akan mendorong produksi yang lebih efektif dan efisien dibandingkan dengan menyelenggarakan program-program sosial.²³

Selanjutnya Peneliti akan lebih dalam menganalisis konsep mengenai negara kesejahteraan atau “*welfare state*” sebagai suatu ideologi. Karena menurut Peneliti, bahwa konsep negara kesejahteraan merupakan landasan pemikiran dalam mengembangkan sistem ekonomi kerakyatan. Hal ini dikarenakan bahwa di dalam konsep negara kesejahteraan termuat nilai-nilai keadilan yang merupakan rohnya pembangunan ekonomi.

Negara Kesejahteraan, *Welfare State* bertujuan mewujudkan kesejahteraan umum. Negara adalah alat yang dibentuk rakyatnya untuk mencapai tujuan bersama, yaitu kemakmuran dan keadilan sosial. Menurut **R. Kranenburg** teori *Welfare State* bukan sekadar memelihara ketertiban hukum, melainkan juga aktif mengupayakan kesejahteraan warganya. Kesejahteraan pun meliputi berbagai bidang yang luas cakupannya, sehingga selayaknya tujuan negara itu disebut secara plural yaitu tujuan-tujuan negara. Selain itu menurutnya bahwa upaya pencapaian tujuan-tujuan negara itu dilandasi oleh keadilan secara merata, seimbang.²⁴

Menurut **R. Kranenburg**, menyatakan bahwa negara harus secara aktif mengupayakan kesejahteraan, bertindak adil yang dapat dirasakan seluruh masyarakat secara merata dan seimbang, bukan mensejahterakan golongan tertentu

²³ *Ibid.*

²⁴ Kranenburg, R. dan Tk. B. Sabaroedin, *Ilmu Negara Umum*, Cetakan Kesebelas, Jakarta, Pradnya Paramita, 1989, h. 16.

tapi seluruh rakyat.²⁵ Maka akan sangat ceroboh jika pembangunan ekonomi dinafikan, kemudian pertumbuhan ekonomi hanya dipandang dan dikonsentrasikan pada angka persentase belaka.

Mengenai hal ini, **Jurgen Habermas** juga berpendapat bahwa jaminan kesejahteraan seluruh rakyat merupakan hal pokok bagi negara modern. Selanjutnya menurut **Jurgen Habermas**, jaminan kesejahteraan seluruh rakyat yang dimaksud diwujudkan dalam perlindungan atas *the risk of unemployment, accident, illness, old age, and death of the breadwinner must be covered largely through welfare provisions of the state.*²⁶

Dalam salah satu penelitiannya, **J.G. Andersen** mengungkapkan bahwa negara kesejahteraan atau “*welfare state*” adalah sebagai berikut :²⁷

“A welfare state is a state in which organized power is deliberately used (through politics and administration) in an effort to modify the play of the market forces in at least three directions - first, by guaranteeing individuals and families a minimum income irrespective of the market value of their work or their property; - second, by narrowing the extent of insecurity by enabling individuals and families to meet certain “social contingencies” (for example, sickness, old age and unemployment) which lead otherwise to individual and family crisis; and - third, by ensuring that all citizens without distinction of status or class are offered the best standards available in relation to a certain agreed range of social services.”

Dari hasil penelitian tersebut disimpulkan bahwa : *welfare state* merupakan institusi negara dimana kekuasaan yang dimilikinya (dalam hal kebijakan politik dan administrasi) ditujukan untuk memastikan setiap warga negara beserta keluarganya

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State - Sociological Introduction*, California, Stanford University Press, 1992, h. 126.

²⁷ J. G. Andersen, *Welfare States and Welfare State Theory*, Aalborg : Centre for Comparative Welfare Studies, Denmark, Aalborg Universitet, Institut for Ekonomi, Politik og Forvaltning, (CCWS Working Paper), 2007, h. 4.

memperoleh pendapatan minimum sesuai dengan standar kelayakan. Memberikan layanan sosial bagi setiap permasalahan yang dialami warga negara (baik dikarenakan sakit, tua, atau menganggur), serta kondisi lain semisal krisis ekonomi. Memastikan setiap warga negara mendapatkan hak-haknya tanpa memandang perbedaan status, kelas ekonomi, dan perbedaan lain.

Penelitian lain yang dilakukan **Assar Lindbeck** menyatakan bahwa :²⁸

“Welfare state. According to a narrow definition, the welfare state comprises two types of government spending arrangements : (i) cash benefits to households (transfers, including mandatory income insurance) and (ii) subsidies or direct government provision of human services (such as child care, preschooling, education, health care, and oldage care). By broader definitions, the welfare state may also include price regulation (such as rent control and agricultural price support), housing policies, regulation of the work environment, job-security legislation, and environmen-tal policies. This essay is confined to the narrow definition.”

Penelitian tersebut menyatakan bahwa, *welfare state* bisa dilihat dari sudut pandang terbatas dan sudut pandang luas. Dari perspektif terbatas, *welfare state* merupakan tata kelola keuangan pemerintah yang ditujukan untuk sektor rumah tangga (konsumsi dalam negeri, penghasilan, asuransi), serta subsidi atau dana sosial untuk kesehatan anak, pendidikan, kesehatan umum, dan perawatan orang tua. Dari sudut pandang yang luas, *welfare state* bisa digambarkan sebagai intervensi pemerintah melalui kebijakan publik, termasuk diantaranya kebijakan perumahan, peraturan tenaga kerja, undang-undang perpajakan, serta kebijakan lingkungan, dengan tujuan untuk kesejahteraan masyarakat.

²⁸ Assar Lindbeck, *The Welfare State-Background, Achievements, Problems*, Research Institute of Industrial Economics, IFN Working Paper No. 662, Research Institute of Industrial Economics, Stockholm, Sweden, 2006, h. 2.

Paham negara hukum kesejahteraan sering juga disebut sebagai negara hukum modern dalam arti material. **Bagir Manan** mengatakan bahwa konsep negara kesejahteraan adalah : ²⁹

“Negara atau pemerintah tidak semata-mata sebagai penjaga keamanan atau ketertiban masyarakat, tetapi pemikul utama tanggung jawab mewujudkan keadilan sosial, kesejahteraan umum, dan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”.

Dari situ tampak bahwa negara kesejahteraan menurut **Bagir Manan** tersebut menempatkan negara atau pemerintah tidak saja sebagai penjaga keamanan atau ketertiban masyarakat, tetapi memiliki tanggung jawab untuk mewujudkan kesejahteraan sosial dan kesejahteraan umum bagi rakyatnya.

Ciri-ciri negara hukum kesejahteraan menurut **Muchsan** adalah, Negara bertujuan mensejahterakan kehidupan warganya secara merata, dan negara dituntut untuk memberikan pelayanan yang sebaik-baiknya dan seluas-luasnya kepada masyarakat. Tanpa pelayanan yang baik dan merata mustahil akan terwujud kesejahteraan pada kehidupan masyarakat. Sehubungan dengan ciri-ciri tersebut maka ada dua gejala yang pasti muncul dalam negara kesejahteraan, yakni **Pertama** campur tangan pemerintah terhadap aspek kehidupan masyarakat sangat luas dan **Kedua** dalam pelaksanaan fungsi pemerintah sering digunakan asas diskresi. Intervensi pemerintah terhadap aspek kehidupan masyarakat ini dituntut demi terciptanya kesejahteraan masyarakat yang merata, bukan kesejahteraan menurut

²⁹ Bagir Manan, *Politik Perundangundangan dalam Rangka Mengantisipasi Liberalisme Perekonomian*, Bandar Lampung, FH UNLA, 1996, h. 9.

konsepsi liberal. Dengan adanya campur tangan ini, dapat dihindari terjadinya *free fight liberalism*, yang hanya akan menguntungkan pihak yang kuat saja.³⁰

Apabila diamati, konsep negara kesejahteraan sesungguhnya merupakan pengembangan dari konsepsi negara hukum material. Dalam upaya menciptakan kesejahteraan rakyat muncul konsep negara kesejahteraan yang diintrodusir oleh **Otto Bar** sebagaimana dikutip oleh **Amran Muslimin**, bahwa :³¹

Negara hukum modern menjadi Negara yang bersifat Negara Kebudayaan (*culturstaat*) atau Negara Kesejahteraan (*welvaarstaat*). Negara dianggap sebagai perusahaan yang medatangkan manfaat bagi rakyat, karena menyelenggarakan kepentingan umum dan melalui (*wetmatigheid van udmministratie*). Saluran-saluran hukum dibuat oleh Raja bersama-sama dengan rakyat. Jadi rakyat ikut menentukan kepentingan umum, bukan raja sendiri seperti dalam *polizeistaat*.

Menurut **Mac Iver**, negara tidak dipandang lagi sebagai alat kekuasaan (*instrument of power*) semata, tetapi lebih dari itu, dipandang sebagai alat pelayanan (*an agency of services*). Paham yang pragmatis ini, kemudian melahirkan konsepsi negara kesejahteraan (*welfare state*) atau negara hukum modern atau negara hukum material, yang menurutnya memiliki ciri-ciri sebagai berikut :³²

- 1) Dalam negara hukum kesejahteraan, yang diutamakan adalah terjaminnya hak-hak asasi sosial ekonomi rakyat;
- 2) Pertimbanganpertimbangan efisiensi dan manajemen lebih diutamakan daripada pembagian kekuasaan yang berorientasi politis, sehingga peran eksekutif lebih besar daripada peran legislatif;
- 3) Hak milik tidak bersifat mutlak;
- 4) Negara tidak hanya menjaga ketertiban dan keamanan, tetapi juga turut serta dalam usaha-usaha sosial dan ekonomi;
- 5) Kaidah-kaidah hukum administrasi semakin banyak mengatur sosial ekonomi dan membebankan kewajiban tertentu kepada warga negara;

³⁰ Muchsan, *Sistem Pengawasan Terhadap perbuatan Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Yogyakarta, Liberty, 1992, h. 4-5.

³¹ Amran Muslimin, *Beberapa Asas-Asas dan Pengertian-Pengertian Pokok Tentang Administrasi Dan Hukum Administrasi*, Bandung, Alumni, 1982, h. 87.

³² Mac Iver, *The Modern State*, London, Oxford University Press, 1950, h. 4.

- 6) Peran hukum publik condong mendesak hukum privat, sebagai konsekuensi semakin luasnya peran negara;
- 7) Lebih bersifat negara hukum material yang mengutamakan keadilan sosial yang material pula.

Tampak dari uraian di atas, bahwa peran negara telah ditempatkan pada posisi yang kuat dan lebih besar dalam menciptakan kesejahteraan umum (*public welfare*) dan keadilan sosial (*social justice*). Konsepsi negara demikian, dalam berbagai literatur disebut dengan istilah, antara lain : *social services state* atau *an agency of services* (negara sebagai alat pelayanan) atau *social rechtsstaat* (negara hukum sosial).

Lemaire menyebutnya dengan terminologi “*bestuurzor*” (negara menyelenggarakan kesejahteraan umum) atau “*verzorgingstaat*” (negara kesejahteraan). Konsepsi negara hukum modern ini, selain menghendaki setiap tindakan negara atau pemerintah harus berdasarkan hukum, juga negara disertai peran, tugas, dan tanggung jawab yang lebih luas untuk mensejahterakan rakyat.³³

Oleh karena itu, tugas negara *in case* pemerintah adalah merumuskan dalam setiap undang-undang agar tujuan tersebut yaitu kesejahteraan masyarakat dapat terwujud sehingga akan terlihat dan dapat dirasakan secara nyata bahwa hukum sangat berperan dalam mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Inilah yang oleh **Satjipto Raharjo** bahkan lebih jauh lagi mengatakan bahwa, “Hukum hendaknya membuat bahagia”.³⁴

³³ Marojohan S. Panjaitan, *Pengembangan Sistem Ekonomi Kerakyatan dalam Perspektif Negara Hukum Kesejahteraan Berdasarkan UUD 1945*, *Jurnal Wawasan Hukum*, Vol. 26, No. 01, 2012, h. 441-451.

³⁴ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta, Kompas, 2006, h. 9-11.

Marsilam Simanjuntak mengatakan bahwa dengan dilakukannya beberapa kali amandemen Undang-Undang Dasar 1945 Negara Kesatuan Republik Indonesia semakin kukuh sebagai negara hukum yang hidup di tengah-tengah peradaban yang maju dan modern, negara hukum yang melaksanakan demokrasi dan memperjuangkan hak-hak asasi manusia secara lebih progresif.³⁵

Menurut **Hamid S. Atamimi** Negara Indonesia sejak didirikan telah bertekad menetapkan diri sebagai negara yang berdasar atas hukum, sebagai *Rechtsstaat*. Bahkan *rechtsstaat* Indonesia itu ialah *rechtsstaat* yang “memajukan kesejahteraan umum”, “mencerdaskan kehidupan bangsa” dan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.” *Rechtsstaat* itu ialah *rechtsstaat* yang materiil, yang sosialnya, yang oleh Bung Hatta disebut negara pengurus, suatu terjemahan *Verzorgingsstaat*.³⁶

Bagir Manan menyebutkan bahwa dimensi sosial ekonomi dari negara berdasar atas hukum adalah berupa kewajiban negara dan pemerintah untuk mewujudkan dan menjamin kesejahteraan sosial (kesejahteraan umum) dalam suasana sebesar-besarnya kemakmuran menurut asas keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Dimensi ini secara spesifik melahirkan paham negara kesejahteraan (*Verzorgingsstaat, welfare state*).³⁷

Jika adanya kewajiban pemerintah untuk memajukan kesejahteraan umum itu merupakan ciri konsep negara kesejahteraan, Indonesia tergolong sebagai negara kesejahteraan, karena tugas pemerintah tidaklah hanya di bidang pemerintahan saja,

³⁵ Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta Timur, Ghalia Indonesia, 1994, h. 161.

³⁶ *Ibid.*, h. 18.

³⁷ *Ibid.*, h. 19.

melainkan harus juga melaksanakan kesejahteraan sosial dalam rangka mencapai tujuan Negara, yang dijalankan melalui pembangunan nasional.³⁸

Berdasarkan uraian-uraian di atas bisa dikemukakan bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah negara hukum yang menganut desentralisasi dan berorientasi kesejahteraan. Cita negara hukum kesejahteraan dimana negara berperan aktif dalam mengatur perekonomian tercantum pada pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Banyak istilah yang digunakan dan semuanya mengarah kepada kesejahteraan masyarakat. Para *‘founding fathers’* negara kita menggunakan istilah “adil dan makmur” sebagaimana ternyata dalam Alinea kedua pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai berikut :

“Dan perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia telah sampailah kepada saat yang berbahagia dengan selamat sentausa mengantarkan rakyat Indonesia ke depan pintu gerbang kemerdekaan Negara Indonesia, yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur.”

Istilah lain adalah “kesejahteraan umum” dan “keadilan sosial” yang tertuang pada alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang memuat tujuan Negara Kesatuan Republik Indonesia, yaitu : Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa :

“Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam

³⁸ Ibid.

suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/ Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.”

Selain itu dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tersebut, juga terdapat Pancasila yang didalam sila ke lima menyatakan : “*Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.*” Jika dimaknai dalam bidang ekonomi maka rakyat berhak diperlakukan adil secara ekonomi dan dapat mengakses kesejahteraan dalam hidupnya.

Konsep negara kesejahteraan Indonesia juga diakomodir dalam batang tubuh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu pada Pasal 27 Ayat (2), Pasal 31 Ayat (1), Pasal 32 Ayat (1), Pasal 33, dan Pasal 34 Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal 27 Ayat (2) menentukan bahwa : “*Tiap-tiap warganegara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan*”. Pasal 31 Ayat (1) mengatur bahwa : “*Setiap warga negara berhak mendapat pendidikan*”. Pasal 32 Ayat (1) menentukan bahwa : “*Negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memelihara dalam mengembangkan nilai-nilai budayanya.*”

Pencantuman ketentuan sistem perekonomian nasional dalam konstitusi merupakan peletakan landasan konstitusional bagi kebijakan perekonomian nasional. Konstitusi merupakan acuan kebijakan bagi pemerintah dari sebuah negara kesejahteraan dalam mengambil setiap kebijakan ekonomi. Konstitusi tidak boleh dilanggar dan dikalahkan demi kepentingan ekonomi. Pasal 33 Undang-

Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengatur mengenai landasan konstitusional perekonomian nasional sebagai berikut :

- 1) *“Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan.*
- 2) *Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.*
- 3) *Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.*
- 4) *Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan, kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.”*

Menurut **Jimly Ashidiqqie** ketentuan tentang ekonomi dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan instrumen pengendalian terhadap dinamika pasar sekaligus sarana perekayasaan perkembangan ekonomi untuk mencapai cita-cita bersama yaitu terciptanya keadilan (*justice*), terciptanya kemakmuran bersama dan kebebasan. Konstitusi berfungsi sebagai penyeimbang antara kepentingan negara, masyarakat dan pasar.³⁹

Selanjutnya Pasal 34 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menekankan bahwa filantropi negara harus dilakukan untuk mereka yang tidak mampu bekerja karena kefakiran, kemiskinan, dan keterlantaran. Pasal 34 Ayat (1) mengatur bahwa : *“Fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara”*.

Konstitusi secara jelas menginginkan terwujudnya negara kesejahteraan di Indonesia, dimana negara menganugerahkan hak sosial dan ekonomi secara luas kepada setiap warga negara Indonesia. Dengan demikian, di Indonesia, negara

³⁹ Jimly Assidiqqie, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta, Kompas Gramedia, 2010, h. 68-70.

bukanlah *minimal state* atau *necessary evil*, dan bahkan bukan pula sekadar *enabling state* yang hanya memodifikasi pasar seraya tetap memuja individualisme. Berdasarkan konstitusi di Indonesia, negara adalah *development agents* yang tidak hanya mendorong *equality of opportunity*, namun juga secara aktif berupaya menegakkan keadilan sosial (*equality of outcome*). Negara secara jelas diamanatkan untuk menempatkan kepentingan masyarakat di atas kepentingan orang perorang. Implikasinya, negara berperan penting dalam penyediaan barang dan jasa publik (*provider state*) menuju *unconditional welfare state*, dengan kebijakan fiskal (keuangan negara) secara aktif menjalankan fungsi redistribusi pendapatan untuk keadilan sosial.

1.6.2. Teori tentang pemerintahan desa, otonomi desa dan penyelenggaraan pemerintahan desa

Pengertian Desa menurut Pasal 1 Angka 1 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, bahwa Desa adalah desa dan desa adat atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut Desa, adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan, kepentingan masyarakat setempat berdasarkan prakarsa masyarakat, hak asal usul, dan/atau hak tradisional yang diakui dan dihormati dalam sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa menyebutkan bahwa, Desa atau yang disebut dengan nama lain telah ada sebelum Negara Kesatuan Republik Indonesia terbentuk. Sebagai bukti keberadaannya, Penjelasan Pasal 18 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

(sebelum perubahan) menyebutkan bahwa “Dalam territori Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 “*Zelfbesturende landschappen*” dan “*Volksgemeenschappen*”, seperti desa di Jawa dan Bali, Nagari di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang, dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan Asli dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa. Negara Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingati hak-hak asal usul daerah tersebut”. Oleh sebab itu, keberadaannya wajib tetap diakui dan diberikan jaminan keberlangsungan hidupnya dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Keberagaman karakteristik dan jenis Desa, atau yang disebut dengan nama lain, tidak menjadi penghalang bagi para pendiri bangsa (*founding fathers*) ini untuk menjatuhkan pilihannya pada bentuk negara kesatuan. Meskipun disadari bahwa dalam suatu negara kesatuan perlu terdapat homogenitas, tetapi Negara Kesatuan Republik Indonesia tetap memberikan pengakuan dan jaminan terhadap keberadaan kesatuan masyarakat hukum dan kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya.

Dalam kaitan susunan dan penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pengaturan Desa atau disebut dengan nama lain dari segi pemerintahannya mengacu pada ketentuan Pasal 18 Ayat (7) yang menegaskan bahwa “Susunan dan tata cara penyelenggaraan Pemerintahan Daerah diatur dalam undang-undang”. Hal itu berarti bahwa Pasal 18 Ayat (7) Undang-Undang Dasar Negara Republik

Indonesia Tahun 1945 membuka kemungkinan adanya susunan pemerintahan dalam sistem pemerintahan Indonesia.

Melalui perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat dipertegas melalui ketentuan dalam Pasal 18B Ayat (2) yang berbunyi “*Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang*”.

Dalam sejarah pengaturan Desa, telah ditetapkan beberapa pengaturan tentang Desa, yaitu Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1948 tentang Pokok Pemerintahan Daerah, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1957 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Daerah, Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1965 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Daerah, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1965 tentang Desa Praja Sebagai Bentuk Peralihan Untuk Mempercepat Terwujudnya Daerah Tingkat III di Seluruh Wilayah Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan di Daerah, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, dan terakhir dengan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Sebagaimana dinyatakan pada Huruf a, b dan c Konsiderans Menimbang Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa, bahwa Desa memiliki hak asal usul dan hak tradisional dalam mengatur dan mengurus kepentingan

masyarakat setempat dan berperan mewujudkan cita-cita kemerdekaan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Selanjutnya bahwa dalam perjalanan ketatanegaraan Republik Indonesia, Desa telah berkembang dalam berbagai bentuk sehingga perlu dilindungi dan diberdayakan agar menjadi kuat, maju, mandiri, dan demokratis sehingga dapat menciptakan landasan yang kuat dalam melaksanakan pemerintahan dan pembangunan menuju masyarakat yang adil, makmur, dan sejahtera. Pada akhirnya bahwa Desa dalam susunan dan tata cara penyelenggaraan pemerintahan dan pembangunan perlu diatur tersendiri dengan undang-undang, sehingga pada tanggal 15 Januari 2014, Pemerintah akhirnya mengundangkan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa.

Pasal 4 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa juga menegaskan bahwa tujuan ditetapkan pengaturannya Desa yang merupakan penjabaran lebih lanjut dari ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 18 Ayat (7) dan Pasal 18B Ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu :

- a. *“memberikan pengakuan dan penghormatan atas Desa yang sudah ada dengan keberagamannya sebelum dan sesudah terbentuknya Negara Kesatuan Republik Indonesia;*
- b. *memberikan kejelasan status dan kepastian hukum atas Desa dalam sistem ketatanegaraan Republik Indonesia demi mewujudkan keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia;*
- c. *melestarikan dan memajukan adat, tradisi, dan budaya masyarakat Desa;*
- d. *mendorong prakarsa, gerakan, dan partisipasi masyarakat Desa untuk pengembangan potensi dan Aset Desa guna kesejahteraan bersama;*
- e. *membentuk Pemerintahan Desa yang profesional, efisien dan efektif, terbuka, serta bertanggung jawab;*
- f. *meningkatkan pelayanan publik bagi warga masyarakat Desa guna mempercepat perwujudan kesejahteraan umum;*
- g. *meningkatkan ketahanan sosial budaya masyarakat Desa guna mewujudkan masyarakat Desa yang mampu memelihara kesatuan sosial sebagai bagian dari ketahanan nasional;*

- h. memajukan perekonomian masyarakat Desa serta mengatasi kesenjangan pembangunan nasional; dan*
- i. memperkuat masyarakat Desa sebagai subjek pembangunan.”*

Dengan konstruksi menggabungkan fungsi *self-governing community* dengan *local self government*, diharapkan kesatuan masyarakat hukum adat yang selama ini merupakan bagian dari wilayah Desa, ditata sedemikian rupa menjadi Desa dan Desa Adat. Desa dan Desa Adat pada dasarnya melakukan tugas yang hampir sama. Sedangkan perbedaannya hanyalah dalam pelaksanaan hak asal usul, terutama menyangkut pelestarian sosial Desa Adat, pengaturan dan pengurusan wilayah adat, sidang perdamaian adat, pemeliharaan ketenteraman dan ketertiban bagi masyarakat hukum adat, serta pengaturan pelaksanaan pemerintahan berdasarkan susunan asli. Desa Adat memiliki fungsi pemerintahan, keuangan Desa, pembangunan Desa, serta mendapat fasilitasi dan pembinaan dari pemerintah Kabupaten/Kota. Dalam posisi seperti ini, Desa dan Desa Adat mendapat perlakuan yang sama dari Pemerintah dan Pemerintah Daerah. Oleh sebab itu, di masa depan Desa dan Desa Adat dapat melakukan perubahan wajah Desa dan tata kelola penyelenggaraan pemerintahan yang efektif, pelaksanaan pembangunan yang berdaya guna, serta pembinaan masyarakat dan pemberdayaan masyarakat di wilayahnya. Dalam status yang sama seperti itu, Desa dan Desa Adat diatur secara tersendiri dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa.

Pemberian otonomi kepada desa tersebut di atas, sebagaimana tersirat dalam Huruf a Konsiderans Menimbang Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa, didasarkan kepada hak asal usul dan hak tradisional dalam mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat dan berperan mewujudkan cita-cita

kemerdekaan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hubungan otonomi desa dengan otonomi daerah dalam konsep NKRI (Negara Kesatuan Republik Indonesia) menjadi suatu hal yang perlu untuk dianalisis secara mendalam, mengingat sejauh ini, belum ada definisi yang jelas dan tegas mengenai otonomi desa di dalam peraturan perundang-undangan.

Menurut **Soetardjo Kartohadikoesoemo**, pengertian tentang kewenangan sesuatu daerah hukum yang dilukiskan dengan istilah asing “otonomi” dalam bahasa Indonesia : hak untuk mengatur dan mengurus “rumah tangga” sendiri dalam hukum adat sebenarnya tidak dikenal oleh bangsa Indonesia. Pengertian tentang otonomi desa itu adalah ciptaan bangsa Belanda, waktu mereka masih memegang kekuasaan di Indonesia.⁴⁰

Dalam pengertian otonomi menurut tradisi hukum tata negara asing itu, maka desa di Indonesia sebagai daerah hukum yang paling tua menjalankan otonomi sangat luas, lebih luas dari otonomi daerah-daerah hukum di atasnya yang menyusul di kemudian hari, baik yang dibentuk oleh desa-desa bersama-sama dengan sukarela, maupun yang dipaksakan oleh pihak-pihak yang lebih kuat. Oleh daerah-daerah hukum yang lebih tinggi itu kemudian otonomi desa mendapat pembatasan-pembatasan tertentu.⁴¹

Lebih lanjut **Soetardjo Kartohadikoesoemo** menyatakan bahwa hak otonomi atau hak untuk mengatur dan mengurus rumah tangga desa sebagai daerah hukum yang diatur dalam hukum adat adalah kewenangan dan kewajiban tidak

⁴⁰ Soetardjo Kartohadikoesoemo, *Desa*, Cetakan Pertama, Jakarta, PN Balai Pustaka, 1984, h. 281.

⁴¹ *Ibid.*, h. 282.

hanya yang bersangkutan dengan kepentingan keduniawian, akan tetapi juga yang bersangkutan dengan kepentingan kerohanian. Tidak hanya yang berkenaan dengan kepentingan pemerintahan (kenegaraan) akan tetapi juga yang berkenaan dengan kepentingan penduduk perseorangan. Teranglah bahwa isi otonomi desa menurut hukum adat adalah sangat luas.⁴²

Senada dengan **Soetardjo Kartohadikoesoemo, Bayu Surianingrat** juga mengatakan otonomi desa adalah otonomi yang sudah ada sejak desa itu terbentuk. Otonomi desa berlandaskan adat, mencakup kehidupan lahir dan batin penduduk desa, dan tidak berasal dari pemberian pemerintah.⁴³

Menurut **Ni'matul Huda**, ada 4 (empat) hal penting untuk memahami tentang otonomi desa, yakni *pertama*, cara pandang legal formal yang sering dikemukakan oleh para ahli hukum. Dalam Undang-Undang sering ditemukan diktum : “desa adalah kesatuan masyarakat hukum yang mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri” sebagai definisi standar otonomi desa. Pengertian ini berarti desa merupakan sebuah subyek hukum yang berhak dan berwenang membuat tindakan hukum : membuat peraturan yang mengikat, menguasai tanah, membuat surat-surat resmi, berhubungan dengan pengadilan, menyelenggarakan kerjasama, dan lain-lain. Padahal otonomi tidak hanya sekedar persoalan hubungan hukum, tetapi hubungan antara desa dengan negara. Desa baru dapat disebut otonom kalau ia

⁴² *Ibid.*

⁴³ Bayu Surianingrat, *Desa dan Kelurahan Menurut UU No. 5 Tahun 1979*, Jakarta, Metro Pos, 1980, h. 14.

memperoleh pembagian kewenangan dan keuangan dari negara, sehingga desa mempunyai kewenangan untuk mengelola pemerintahan.⁴⁴

Kedua, otonomi desa baru dipahami dan ditegaskan sebagai bentuk pengakuan negara terhadap eksistensi desa beserta hak asal usul dan adat istiadatnya. Ini artinya negara tidak merusak, melainkan melindungi eksistensi desa. Negara juga harus memberikan pengakuan terhadap eksistensi desa yang umurnya jauh lebih tua ketimbang Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Pengakuan adalah pijakan pertama, tetapi pengakuan belum cukup. Lebih dari sekedar pengakuan, otonomi desa berarti pembagian kekuasaan, kewenangan dan keuangan kepada desa.⁴⁵

Ketiga, konsep “*self governing community*” sering juga dirujuk sebagai padanan frasa “kesatuan masyarakat hukum”, tetapi sejauh ini belum ada elaborasi yang memadai tentang konsep asing itu.⁴⁶ Pada Pasal 1 Angka 2 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa, pengertian Desa adalah desa dan desa adat atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut Desa, adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan, kepentingan masyarakat setempat berdasarkan prakarsa masyarakat, hak asal usul, dan/atau hak tradisional yang diakui dan dihormati dalam sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dari pengertian yang diberikan tersebut maka tampak jelas bahwa konstruksi yang dibangun adalah dengan menggabungkan fungsi *self-governing community* dengan

⁴⁴ Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Desa Dalam Konstitusi Indonesia Sejak Kemerdekaan Hingga Reformasi*, Setara Press, Malang, 2015, h. 49-50.

⁴⁵ *Ibid.*, h. 50.

⁴⁶ *Ibid.*

local self government, diharapkan kesatuan masyarakat hukum adat yang selama ini merupakan bagian dari wilayah Desa, ditata sedemikian rupa menjadi Desa dan Desa Adat. Desa dan Desa Adat pada dasarnya melakukan tugas yang hampir sama. Sedangkan perbedaannya hanyalah dalam pelaksanaan hak asal-usul, terutama menyangkut pelestarian sosial Desa Adat, pengaturan dan pengurusan wilayah adat, sidang perdamaian adat, pemeliharaan ketenteraman dan ketertiban bagi masyarakat hukum adat, serta pengaturan pelaksanaan pemerintahan berdasarkan susunan asli.

Keempat, cara pandang romantik-lokalistik. Meskipun dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa tidak ada rumusan tentang otonomi desa, tetapi wacana resmi menegaskan bahwa desa memiliki ‘otonomi asli’ berdasarkan asal-usul dan adat setempat.⁴⁷

Menurut **Widjaja** menyatakan bahwa otonomi desa merupakan otonomi asli, bulat, dan utuh serta bukan merupakan pemberian dari pemerintah. Sebaliknya pemerintah berkewajiban menghormati otonomi asli yang dimiliki oleh desa tersebut. Sebagai kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai susunan asli berdasarkan hak istimewa, desa dapat melakukan perbuatan hukum baik hukum publik maupun hukum perdata, memiliki kekayaan, harta benda serta dapat dituntut dan menuntut di muka pengadilan.⁴⁸

Berkaitan dengan otonomi asli menurut **Fakrulloh** bahwa dalam memaknai otonomi asli terdapat dua aliran pemikiran yaitu : (1) aliran pemikiran pertama

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ H.A.W. Widjaja, *Otonomi Desa : Merupakan Otonomi Yang Asli, Bulat dan Utuh*, Jakarta, Rajawali Pers, 2008, h. 165.

memakai kata otonomi asli sebagai adat atau dekat dengan sosial budaya, (2) aliran pemikiran yang memaknai sebagai otonomi asli yang diberikan, oleh karenanya digagasan pemikiran bahwa otonomi desa sebagai otonomi masyarakat sehingga lebih tepat disebut otonomi masyarakat desa.⁴⁹

Otonomi desa merupakan hak, wewenang dan kewajiban untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat berdasarkan hak asal-usul dan nilai-nilai sosial budaya yang ada pada masyarakat untuk tumbuh dan berkembang mengikuti perkembangan desa tersebut. Urusan pemerintahan berdasarkan asal-usul desa, urusan yang menjadi wewenang pemerintahan Kabupaten atau Kota diserahkan pengaturannya kepada desa, namun dalam pelaksanaan hak, kewenangan dan kebebasan dalam penyelenggaraan otonomi desa harus tetap mengunjung nilai-nilai tanggung jawab terhadap Negara Kesatuan Republik Indonesia dengan menekankan bahwa desa adalah bagian yang tidak terpisahkan dari bangsa dan negara Indonesia.⁵⁰

Dadang Juliantara menerangkan bahwa otonomi desa bukanlah sebuah kedaulatan melainkan pengakuan adanya hak untuk mengatur urusan rumah tangganya sendiri dengan dasar prakarsa dari masyarakat. Otonomi dengan sendirinya dapat menutup pintu intervensi institusi di atasnya, sebaliknya tidak dibenarkan proses intervensi yang serba paksa, mendadak, dan tidak melihat realitas komunitas.⁵¹

⁴⁹ Fakrullah, Zudan, dkk. *Kebijakan Desentralisasi di Persimpangan*, Jakarta, Cipruy, 2004. h.7.

⁵⁰ H.A.W. Widjaja, *Op. Cit.*, h. 166.

⁵¹ Dadang Juliantara, *Pembaharuan Desa, Bertumpu Pada Angka Terbawah*, Yogyakarta, Lappera Pustaka Utama, 2003, h.116.

Pemaknaan otonomi desa dari perspektif sosiologis akan berbeda dari perspektif hukum. Istilah otonomi desa terasa kuat pemaknaan normologisnya dari sudut pandang hukum, yang lebih menekankan kepada aturan normatif, dimana desa lebih dipahami sebagai suatu daerah kesatuan hukum dimana bertempat tinggal suatu masyarakat yang berkuasa mengadakan pemerintahan sendiri.⁵² Jika perspektif sosiologis lebih menekankan pada “kultur” komunitas atau masyarakat desa, maka sebaliknya perspektif hukum lebih menekankan pada “struktur” pemerintahan desa.⁵³

Dari sudut politik dan hukum, desa sering diidentikkan sebagai organisasi kekuasaan. Desa dipahami sebagai organisasi pemerintahan atau organisasi kekuasaan yang secara politis mempunyai wewenang tertentu dalam struktur pemerintahan negara.⁵⁴ Pemerintahan Desa berdasarkan Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa adalah penyelenggaraan urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat dalam sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Sehingga dapat disimpulkan bahwa Pemerintahan Desa merupakan bagian dari Pemerintahan Nasional yang penyelenggaraannya ditujukan pada perdesaan. Pemerintahan Desa adalah suatu proses dimana usaha-usaha masyarakat desa yang bersangkutan dipadukan dengan usaha-usaha pemerintah untuk meningkatkan taraf hidup masyarakat.

Pemerintahan Desa berdasarkan Pasal 23 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, diselenggarakan oleh Pemerintah Desa. Pemerintah Desa

⁵² Soetardjo Kartohadikoesomo, *Op.Cit.*, h. 3.

⁵³ Kushandajani, *Otonomi Desa Berbasis Modal Sosial dalam Perspektif Socio-Legal*, Semarang, Jurusan Ilmu Pemerintahan FISIP Universitas Diponegoro, 2008, h. 31.

⁵⁴ Dadang Juliantara, *Op. Cit.*, h.132.

sebagaimana diatur pada Pasal 1 Angka 3 *juncto* Pasal 25 Undang-Undang tersebut, adalah Kepala Desa atau yang disebut dengan nama lain dibantu perangkat Desa atau yang disebut dengan nama lain sebagai unsur penyelenggara Pemerintahan Desa. Penyebutan nama lain untuk Kepala Desa dan perangkat Desa dapat menggunakan penyebutan di daerah masing-masing.

Pada konsep *welfare state*, pemerintah diberi kewajiban untuk mewujudkan *bestuurszorg* (kesejahteraan umum), yang untuk itu kepada pemerintah diberikan kewenangan untuk campur tangan (*staatsbemoienis*) dalam segala lapangan kehidupan masyarakat. Demikian halnya Pemerintah desa dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan desa untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat desa juga harus mendasarkan pada asas-asas sebagaimana diatur pada Pasal 24 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, sebagai berikut :

- a. Kepastian hukum; Yang dimaksud dengan “kepastian hukum” adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan Pemerintahan Desa.
- b. Tertib penyelenggaraan pemerintahan; Yang dimaksud dengan “tertib penyelenggara pemerintahan” adalah asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggara Pemerintahan Desa.
- c. Tertib kepentingan umum; Yang dimaksud dengan “tertib kepentingan umum” adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, dan selektif.
- d. Keterbukaan; Yang dimaksud dengan “keterbukaan” adalah asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan Pemerintahan Desa dengan tetap memperhatikan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- e. Proporsionalitas; Yang dimaksud dengan “proporsionalitas” adalah asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggaraan Pemerintahan Desa.
- f. Profesionalitas; Yang dimaksud dengan “profesionalitas” adalah asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

- g. Akuntabilitas; Yang dimaksud dengan “akuntabilitas” adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir kegiatan penyelenggaraan Pemerintahan Desa harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat Desa sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- h. Efektivitas dan efisiensi; Yang dimaksud dengan “efektivitas” adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan yang dilaksanakan harus berhasil mencapai tujuan yang diinginkan masyarakat Desa. Yang dimaksud dengan “efisiensi” adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan yang dilaksanakan harus tepat sesuai dengan rencana dan tujuan.
- i. Kearifan lokal; Yang dimaksud dengan “kearifan lokal” adalah asas yang menegaskan bahwa di dalam penetapan kebijakan harus memperhatikan kebutuhan dan kepentingan masyarakat Desa.
- j. Keberagaman; Yang dimaksud dengan “keberagaman” adalah penyelenggaraan Pemerintahan Desa yang tidak boleh mendiskriminasi kelompok masyarakat tertentu.
- k. Partisipatif; Yang dimaksud dengan “partisipatif” adalah penyelenggaraan Pemerintahan Desa yang mengikutsertakan kelembagaan Desa dan unsur masyarakat Desa.

1.6.3. Teori tentang badan hukum

Pada dasarnya bila ditinjau dari sudut status yuridisnya, maka badan usaha itu dapat dibedakan atas : ⁵⁵

1. Badan usaha yang termasuk badan hukum; dan
2. Badan usaha yang bukan badan hukum.

Badan Hukum merupakan terjemahan istilah hukum yaitu *rechtspersoon* (Belanda), *persona moralis* (Latin), serta *legal persons* (Inggris). Meskipun demikian dari kalangan hukum ada juga yang menyarankan atau telah mempergunakan istilah lain untuk menggantikan istilah badan hukum, misalnya istilah *purusa hukum* (Oetarid Sadino), *awak hukum* (St.K. Malikul Adil), *pribadi hukum* (Soerjono Soekanto, Purnadi Purbacaraka) dan sebagainya.⁵⁶

⁵⁵ Chidir Ali, *Badan Hukum*, Bandung, Alumni, 1991, h. 108-109.

⁵⁶ *Ibid.*, h. 18.

Lain daripada itu, istilah *rechtspersoon* merupakan lawan kata dari *natuurlijk person* (manusia). Dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata) tidak dijumpai istilah *rechtspersoon* maupun badan hukum, juga tidak terdapat peraturan umum yang mengatur mengenai *rechtspersoon* maupun badan hukum secara lengkap.

Menurut **E. Utrecht**, badan hukum (*rechtspersoon*), yaitu badan yang menurut hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak, selanjutnya dijelaskan, bahwa badan hukum ialah setiap pendukung hak yang tidak berjiwa, atau lebih tepat yang bukan manusia.⁵⁷ Tidak hanya sebagai pendukung hak, menurut **Maijers**, badan hukum adalah meliputi sesuatu yang menjadi pendukung hak dan kewajiban.⁵⁸

Lebih jauh menurut **Logeman**, bahwa badan hukum adalah suatu *personifikatie* (personifikasi) yaitu suatu *bestendigheid* (perwujudan, penjelmaan) hak dan kewajiban. Hukum organisasi (*organisatierecht*) menentukan *innerlijkstruktuur* (struktur intern) dari *personifikatie* itu. Badan hukum sebagai pendukung hak dan kewajiban, tetap ada, diteruskan, sedangkan pengurusnya, yang menjadi wakil kontinuitas itu, dapat berganti-ganti.⁵⁹

Berbeda dengan pendapat di atas, **Bothink** tidak melihat realitas sebagai dasar hukum. Bagi Bothink, badan hukum itu hanya suatu gambar yuridis tentang identitas bukan manusia yang dapat melakukan perbuatan-perbuatan.⁶⁰

⁵⁷ *Ibid.*, h. 14.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, h. 18-19.

⁶⁰ *Ibid.*, h. 19.

H. Th. Ch. Kal dan **V.F.M. Den Hartog** menerangkan bahwa *purusa wajar* yakni manusia ialah subjek hukum. Akan tetapi lain daripada manusia, menurut hukum ada juga subjek hukum yang lain, yang tidak bersifat wajar atau makhluk, melainkan merupakan sesuatu organisasi. Organisasi yang memperoleh sifat subjek hukum itu adalah *purusa hukum* atau badan hukum. *Purusa hukum* dapat bertindak dalam hubungan hukum sebagai purusa wajar ia boleh mempunyai hak milik, boleh berunding, boleh mengikat perjanjian, boleh bertindak dalam persengketaan hukum dan sebagainya dan memikul tanggung jawab dalam arti hukum tentang segala perbuatannya.⁶¹

Menurut **Subekti**, badan hukum atau *rechtspersoon*, artinya orang yang diciptakan oleh hukum.⁶² **R. Rochmat Soemitro** mengemukakan, badan hukum (*rechtspersoon*) ialah suatu badan yang dapat mempunyai harta, hak serta kewajiban seperti orang pribadi.⁶³

Chidir Ali sendiri mengemukakan bahwa mengenai apakah badan hukum itu jawabannya dapat bertitik tolak dari jawaban apa subjek hukum yang pengertian pokoknya terumus, yaitu : (1) manusia, dan (2) segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat yang demikian itu oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban. Pada rumusan yang ke (2) atau terakhir inilah merupakan jawaban apa badan hukum itu.⁶⁴

Beberapa ahli hukum berikut ini juga mengemukakan hal yang sama sebagaimana disampaikan oleh **Chidir Ali** tersebut di atas, antara lain :

⁶¹ *Ibid.*, h. 19-20.

⁶² Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1985, h. 21.

⁶³ Chidir Ali, *Op. Cit.*, h. 18-19.

⁶⁴ *Ibid.*

- 1) **Sri Soedewi Maschun Sofwan** menjelaskan, bahwa manusia adalah badan pribadi – itu adalah manusia tunggal. Selain dari manusia tunggal, dapat juga oleh hukum diberikan kedudukan sebagai badan pribadi kepada wujud lain – disebut badan hukum yaitu kumpulan dari orang-orang bersama-sama mendirikan suatu badan (perhimpunan) dan kumpulan harta kekayaan, yang ditiadakan untuk tujuan tertentu – (yayasan). Kedua-duanya merupakan badan hukum.⁶⁵
- 2) **Wirjono Prodjodikoro** mengemukakan pengertian suatu badan hukum, yaitu badan yang disamping manusia perseorangan juga dianggap dapat bertindak dalam hukum dan yang mempunyai hak-hak, kewajiban-kewajiban dan perhubungan hukum terhadap orang lain atau badan lain.⁶⁶
- 3) **Sudiman Kartohadiprodjo** menjelaskan, tiap manusia jadi merupakan orang. Manusia ini merupakan orang yang karena terbawa oleh keadaan bahwa ia manusia. Karena itu orang yang bercorak manusia itu disebut orang asli (*natuurlijk person*). Sebagai lawan subjek hukum lainnya, ialah badan hukum (*rechtspersoon*).⁶⁷
- 4) **Marhainis Abdulhay** menerangkan bahwa orang (*persoon*) sebagai subyek hukum dibedakan dalam 2 (dua) pengertian, yaitu : (1) *Natuurlijke person* atau *mens person* yang disebut orang dalam bentuk manusia atau manusia pribadi; (2) *Rechtspersoon* yang disebut orang

⁶⁵ *Ibid.* Di dalam Sri Soedewi. M. Sofwan, *Hukum Badan Pribadi*, Yayasan Badan Penerbit Gadjah Mada, stencil tanpa tahun.

⁶⁶ Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perdata*, Bandung, Bale Bandung – Sumur, 1987, h. 23.

⁶⁷ Chidir Ali, *Loc. Cit.*

dalam bentuk badan hukum atau orang yang diciptakan hukum secara fiksi atau *persona ficta*.⁶⁸

Melengkapi apa yang disampaikan dari para ahli hukum sebelumnya, maka apa yang disampaikan oleh **Purnadi Purbacaraka** dan **Agus Brotosusilo** juga perlu dipahami, dimana keduanya memberikan pengertian tentang pribadi hukum sebagai suatu badan yang memiliki harta kekayaan terlepas dari anggota-anggotanya, dianggap sebagai subjek hukum – mempunyai kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum, mempunyai tanggung jawab dan memiliki hak-hak serta kewajiban-kewajiban – seperti yang dimiliki oleh seseorang. Pribadi hukum ini memiliki kekayaan tersendiri, mempunyai pengurus atau pengelola dan dapat bertindak sendiri sebagai pihak di dalam suatu perjanjian.⁶⁹

Beberapa teori tentang badan hukum, antara lain : ⁷⁰

- 1) Teori Fiksi. Teori ini dipelopori oleh sarjana Jerman, **Friedrich Carl von Savigny** (1779 - 1861). Menurut von Savigny, sebenarnya menurut alam hanya manusia saja yang merupakan subjek hukum, tetapi orang menciptakan dalam bayangannya, yaitu badan hukum selaku subjek hukum, yang diperhitungkan sama dengan manusia.
- 2) Teori Orgaan. Teori ini dikemukakan oleh sarjana Jerman, **Otto von gierke** (1841 - 1921). Menurut teori organ, badan hukum bukanlah suatu hal yang abstrak, tetapi benar-benar ada. Badan hukum bukanlah suatu kekayaan (hak) yang tidak bersubjek, tetapi badan hukum itu suatu

⁶⁸ Marhainis Abdulhay, *Hukum Perdata Material – Jilid I*, Jakarta, Pradnya Paramita, 1982, h. 28.

⁶⁹ Chidir Ali, *Loc. Cit.*

⁷⁰ *Ibid.*, h. 31-37.

organism yang riil, yang hidup dan bekerja seperti manusia biasa. Tujuan badan hukum menjadi kolektivitas, terlepas dari individu, ia suatu *Verband personlichkeit* yang memiliki *Gesamwille*. Berfungsinya badan hukum dipersamakan dengan fungsinya manusia. Jadi badan hukum tidak berbeda dengan manusia.

- 3) Teori Kekayaan Bersama. Teori ini dikemukakan oleh **Rudolf von Jhering** (1818 – 1892), seorang sarjana Jerman, pengikut aliran/mazhab sejarah tetapi kemudian keluar. Teori ini diikuti oleh **Marcel Planiol** (Perancis), **Molengraaff** (Belanda), serta **Star Busmann, Kranenburg, Paul Scholten** dan **Apeldoorn**. Menurut teori ini, badan hukum bukan abstraksi dan bukan organism. Pada hakikatnya hak dan kewajiban badan hukum adalah hak dan kewajiban anggota bersama-sama. Mereka bertanggung jawab bersama-sama. Harta kekayaan badan itu adalah milik (*eigendom*) bersama seluruh anggota. Para anggota yang berhimpun adalah suatu kesatuan dan membentuk suatu pribadi yang disebut badan hukum. Karena itu badan hukum hanyalah suatu konstruksi yuridis belaka. Pada hakikatnya badan hukum itu sesuatu yang abstrak.
- 4) Teori Kekayaan Bertujuan. Teori kekayaan bertujuan dikemukakan oleh seorang sarjana Jerman yaitu **A. Brinz**, dan didukung oleh **Van der Heijden**. Teori ini mengemukakan bahwa kekayaan badan hukum itu tidak terdiri dari hak-hak sebagaimana lazimnya (ada yang menjadi pendukung hak-hak tersebut, yaitu manusia). Kekayaan badan hukum

dipandang terlepas dari yang memegangnya (*onpersoonlijk/subjectloos*).

Disini yang penting bukan siapakah badan hukum itu, tetapi kekayaan tersebut diurus dengan tujuan tertentu. Karena itu, menurut teori ini tidak peduli manusia atau bukan, tidak peduli kekayaan itu merupakan hak-hak yang normal atau bukan, pokoknya adalah tujuan dari kekayaan tersebut.

- 5) Teori Kenyataan Yuridis. Teori ini merupakan penghalusan (*verfijning*) dari teori organ. Teori ini dikemukakan oleh sarjana Belanda, **E.M. Meijers** dan dianut oleh **Paul Scholten**. Menurut teori ini, badan hukum adalah wujud riil, sama riilnya dengan manusia dan lain-lain perikatan (*verbintenis*).

Badan Usaha baik yang badan hukum maupun yang badan hukum dalam melakukan kegiatan usaha atau aktivitas bisnisnya, pasti memiliki tujuan utama untuk memaksimalkan nilai perusahaan, demikian dalam rangka mendapatkan laba/keuntungan yang sebanyak-banyaknya (*profit oriented*).

Salah satu faktor yang mempengaruhi nilai perusahaan adalah tata kelola perusahaan yang baik atau *Good Corporate Governance*. *Good Corporate Governance* (GCG) dapat menciptakan nilai tambah karena dengan menerapkan *Good Corporate Governance*, diharapkan perusahaan akan memiliki kinerja yang baik sehingga dapat menciptakan nilai tambah dan meningkatkan nilai perusahaan yang dapat memberikan keuntungan bagi para pemegang saham atau pemilik perusahaan. Hampir semua pelaku usaha sepakat bahwa dalam menjalankan perusahaan maka penerapan GCG merupakan sebuah keharusan. Namun demikian,

pada dasarnya, penerapan prinsip-prinsip GCG merupakan sebuah pilihan. Karena GCG lebih merupakan etika bisnis dibandingkan suatu keharusan dalam penerapannya (*mandatory*).

Dalam memahami *corporate governance*, Peneliti antara lain mengutip definisi yang diungkapkan oleh komite *Cadbury (Cadbury committee)* yang merupakan sebuah lembaga yang pertama kali dibentuk oleh *Bank of England* yang bertugas menyusun *corporate governance code*. Komite ini mendefinisikan *corporate governance* sebagai suatu sistem yang mengarahkan dan mengendalikan perusahaan dengan tujuan, agar mencapai keseimbangan antara kekuatan kewenangan yang diperlukan oleh perusahaan untuk menjamin kelangsungan eksistensinya dan pertanggungjawaban kepada stakeholdes. Hal ini berkaitan dengan peraturan kewenangan pemilik, direktur manajer, pemegang saham dan sebagainya.⁷¹

The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) merupakan salah satu organisasi internasional yang sangat aktif mendukung implementasi dan perbaikan *Corporate Governance* di seluruh dunia. OECD mendefinisikan *Corporate Governance* sebagai berikut :⁷²

Corporate Governance is the system by which business corporations are directed and controlled. The Corporate Governance structure specifies the distribution of rights and responsibilities among different participants in the corporation, such as the board, the managers, shareholders and other stakeholders, and spells out the rules and procedures for making decisions on corporate affairs. By doing this, it also provides the structure through

⁷¹ Indra Surya & Ivan Yustiavandana, *Penerapan Good Corporate Governance (Mengesampingkan Hak-hak Istimewa Demi Kelangsungan Usaha)*, Jakarta, Kencana, 2006, h. 25.

⁷² Siswanto Sutojo dan Aldridge, E. John, *Good Corporate Governance : Tata Kelola Perusahaan Yang Sehat*, Jakarta, Damar Mulia Rahayu, 2005, dalam Dedi Kusmayadi, Dedi Rudiana, dan Jajang Badruzaman, *Good Corporate Governance*, Tasikmalaya, LPPM Universitas Siliwangi, 2015, h. 9.

which the company objective are set, and the means of ataining those objectives and monitoring performanc.

Sementara itu, *Asian Development Bank (ADB)* sebagai suatu organisasi yang mendorong perkembangan ekonomi negara-negara di benua Asia juga menaruh perhatian yang besar terhadap *Corporate Governance*. Dalam laporannya sebagai hasil penilaian terhadap kondisi *Corporate Governance* di 5 negara Asia. ADB mendefinisikan *Corporate Governance* sebagai berikut : ⁷³

A Corporate Governance system consists of (i) a set of rules that define the relationships between shareholders, managers, creditors, the government and other stakeholders (i.e., their respective rights and responsibilities) and (ii) a set of mechanisms that help directly or indirectly to enforce these rules.

International Finance Corporation (“IFC”) mendefinisikan tata kelola perusahaan atau yang lebih populer dikenal dengan istilah *Corporate Governance* sebagai “*the structures and processes for the direction and control of companies.*”⁷⁴ Berdasarkan pengertian tersebut, pada intinya tata kelola perusahaan membahas mengenai bagaimana cara suatu perusahaan diarahkan dan dikelola agar seluruh kepentingan pemangku kepentingan (*stakeholders*) diakomodasi secara baik. Maka dari itu, perusahaan harus dikelola dengan seimbang dan baik, sehingga timbul istilah *Good Corporate Governance* (“GCG”).

Definisi menurut *World Bank* (Bank Dunia), GCG yaitu suatu penyelenggaraan manajemen pembangunan yang solid dan bertanggung jawab yang sejalan dengan prinsip demokrasi dan pasar yang efisien, penghindaran salah alokasi dana investasi, dan pencegahan korupsi baik secara politik maupun

⁷³ Asian Development Bank (ADB), *Corporate Governance and Finance in East Asia : A Study of Indonesia, Republic of Korea, Malaysia, Philippines, and Thailand*, 2001, p.5, dalam *Ibid.*

⁷⁴ IFC, *The Indonesia Corporate Governance Manual : First Edition*, Jakarta, IFC, 2014, h. 30.

administratif, menjalankan disiplin anggaran serta penciptaan *legal and political framework* bagi tumbuhnya aktivitas usaha.⁷⁵

Pakar *Corporate Governance* dari Inggris, **Jill Solomon** dan **Aris Solomon** dalam bukunya "*Corporate Governance and Accountability*" mendefinisikan :⁷⁶

Corporate Governance is the system of checks and balances, both internal and external to companies, which ensures that companies discharge their accountability to all their stakeholders and act in a socially responsible way in all areas of their business activity.

Dengan sudut pandang yang berbeda dari definisi *Corporate Governance* yang dikemukakan di atas, **Shleifer** and **Vishny** (1997) berargumentasi bahwa: "Corporate Governance deals with the ways in which suppliers of finance to corporations assure themselves of getting a return on their investment" Menurut Sutedi (2011) *Corporate Governance* menurut adalah suatu proses dan struktur yang digunakan oleh organ perusahaan (Pemegang Saham/Pemilik -Good Corporate Governance¹⁰ Modal, Komisaris/dewan Pengawas dan Direksi) untuk meningkatkan keberhasilan usaha dan akuntabilitas perusahaan guna mewujudkan nilai pemegang saham dalam jangka panjang dengan tetap memperhatikan kepentingan stakeholder lainnya, berlandaskan peraturan perundang-undangan dan nilai-nilai etika.

Dengan sudut pandang yang berbeda dari definisi *Corporate Governance* yang dikemukakan di atas, **Shleifer** and **Vishny** berargumentasi bahwa :

⁷⁵ Eddi Wibowo, Eddi.dkk, *Memahami Good Corporate Government Governance & Good Corporate Governance*, Jakarta, YPAPI, 2004, h. 86.

⁷⁶ Solomon, J. dan A. Solomon, *Corporate governance and accountability*, Australia, John Wiley & Sons, Ltd, 2004, dalam Dedi Kusmayadi, Dedi Rudiana, dan Jajang Badruzaman, *Loc. Cit.*

"Corporate Governance deals with the ways in which suppliers of finance to corporations assure themselves of getting a return on their investment".⁷⁷

Menurut **Adrian Sutedi**, *Corporate Governance* adalah suatu proses dan struktur yang digunakan oleh organ perusahaan (Pemegang Saham/Pemilik *Good Corporate Governance*. Modal, Komisaris/dewan Pengawas dan Direksi) untuk meningkatkan keberhasilan usaha dan akuntabilitas perusahaan guna mewujudkan nilai pemegang saham dalam jangka panjang dengan tetap memperhatikan kepentingan stakeholder lainnya, berlandaskan peraturan perundang-undangan dan nilai-nilai etika.⁷⁸

Menurut **Ridwan Khairandy** dan **Camelia Malik**, GCG secara defenitif merupakan "sistem yang mengatur dan mengendalikan perusahaan untuk menciptakan nilai tambah (*value added*) untuk semua *stakeholder*". Konsep GCG di Indonesia dapat diartikan sebagai konsep pengelolaan perusahaan yang baik. Dua hal yang ditekankan dalam konsep GCG tersebut. Pertama, pentingnya hak pemegang saham untuk memperoleh informasi dengan benar (akurat) dan tepat pada waktunya Kedua, kewajiban perusahaan untuk melakukan pengungkapan (*disclosure*) secara akurat, tepat waktu dan transparan terhadap semua informasi kinerja perusahaan, kepemilikan, dan *stakeholder*.⁷⁹

⁷⁷ Andrei Shleifer dan R. W. Vishny, *A Survey of Corporate Governance*, Journal of Finance 52 (2), June1997, h. 737-783.

⁷⁸ Adrian Sutedi, *Good Corporate Governance*, Jakarta, Sinar Grafika, 2011, dalam Dedi Kusmayadi, Dedi Rudiana, dan Jajang Badruzaman, *Op. Cit.*, h. 9-10.

⁷⁹ Ridwan Khairandy dan Camellia Malik, *Good Corporate Governance, Perkembangan Pemikiran dan Implementasinya di Indonesia dalam Perspektif Hukum*, Yogyakarta, Kreasi Total Media, 2007, h. 73.

Dua teori utama yang terkait dengan *corporate governance* adalah *stewardship theory* dan *agency theory*. *Stewardship theory* dibangun di atas asumsi filosofis mengenai sifat manusia yakni bahwa manusia pada hakekatnya dapat dipercaya, mampu bertindak dengan penuh tanggung jawab, memiliki integritas dan kejujuran terhadap pihak lain. Inilah yang tersirat dalam hubungan fidusia yang dikehendaki para pemegang saham. Dengan kata lain, *stewardship theory* memandang manajemen sebagai dapat dipercaya untuk bertindak dengan sebaik-baiknya bagi kepentingan publik maupun stakeholder. Sementara itu, *agency theory* yang dikembangkan oleh **Michael Johnson**, memandang bahwa manajemen perusahaan sebagai “*agents*” bagi para pemegang saham, akan bertindak dengan penuh kesadaran bagi kepentingannya sendiri, bukan sebagai pihak yang arif dan bijaksana serta adil terhadap pemegang saham. Dalam perkembangan selanjutnya, *agency theory* mendapat respon lebih luas karena dipandang lebih mencerminkan kenyataan yang ada. Berbagai pemikiran mengenai *corporate governance* berkembang dengan bertumpu pada *agency theory* di mana pengelolaan dilakukan dengan penuh kepatuhan kepada berbagai peraturan dan ketentuan yang berlaku.⁸⁰

Sejak diperkenalkan oleh OECD, prinsip-prinsip *Corporate Governance* telah dijadikan acuan oleh negara-negara di dunia termasuk Indonesia. Prinsip-prinsip tersebut disusun seuniversal mungkin sehingga dapat berlaku bagi semua negara atau perusahaan dan diselaraskan dengan sistem hukum, aturan atau tata nilai yang berlaku di negara masing-masing. Dalam rangka mendorong

⁸⁰ Richard Chinn, *Corporate Governance Handbook*, London, Gee Publishing Ltd, 2000, dan John C. Shaw, *Corporate Governance and Risk: A System Approach*, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc, 2003, dalam Thomas S. Kaihatu, *Good Corporate Governance dan Penerapannya di Indonesia*, Jurnal Manajemen Dan Kewirausahaan, Vol.8, No. 1, Maret 2006, h.2.

pertumbuhan ekonomi yang stabil diperlukan stabilitas iklim investasi. Stabilitas iklim investasi bergantung pada penciptaan situasi dan kondisi yang mendukung perusahaan-perusahaan untuk melakukan usahanya secara optimal. Untuk itu disadari perlunya suatu kesamaan persepsi mengenai prinsip-prinsip yang penting dalam pengelolaan perusahaan agar dapat beroperasi secara maksimal. OECD mengembangkan prinsip-prinsip *Corporate Governance* sejak tahun 1998. Prinsip-prinsip *Good Corporate Governance* dari OECD pertama kali diluncurkan pada tahun 1999 dan menjadi acuan utama dalam penyusunan *code of Good Corporate Governance* bagi negara-negara di seluruh dunia. Banyak institusi internasional, seperti *World Bank*, *International Monetary Fund (IMF)*, dan *International Organization for Securities Commission (IOSCO)* menjadikan prinsip Corporate Governance OECD sebagai benchmark bagi penilaian kondisi Corporate Governance di suatu negara.

Pada tahun 2015, OECD bekerjasama OJK meluncurkan The New G20/OECD Principles Of Corporate Governance (CG). Prinsip-prinsip GCG G20/OECD terbaru tersebut merupakan pengembangan dari versi terdahulu yang memberikan rekomendasi bagi para pembuat kebijakan nasional tentang hak-hak pemegang saham, remunerasi eksekutif, pengungkapan informasi keuangan, perilaku investor institusi, dan bagaimana mekanisme pasar saham harus berfungsi. Perubahan prinsip-prinsip GCG G20/OECD dibagi menjadi 6 bab yang penambahannya dimasukkan ke dalam tiap-tiap bab tersebut : ⁸¹

⁸¹ Siaran Pers OECD – OJK No. SP 98/DKNS/OJK/12/2015, Jakarta, Tanggal 3 Desember 2015.

- 1) Dasar kerangka tata kelola yang efektif;
- 2) Hak dan perlakuan yang adil untuk pemegang saham dan fungsi kunci kepemilikan;
- 3) Investor institusi, pasar modal dan perantara lainnya;
- 4) Peran pemangku kepentingan dalam tata kelola;
- 5) Transparansi dan Keterbukaan informasi;
- 6) Tanggung jawab Direksi dan Dewan Komisaris.

Sedangkan lebih sempit lagi, menurut OECD, prinsip dasar GCG yang dikembangkan adalah sebagai berikut : 1. Akuntabilitas (*Accountability*); 2. Pertanggungjawaban (*Responsibility*); 3. Keterbukaan (*Transparency*); 4. Kewajaran (*Fairness*); dan 5. Kemandirian (*Independency*).

Di Indonesia, Komite Nasional Kebijakan Good Corporate Governance (KNKGCG) yang dibentuk tahun 1999 berdasarkan Surat Keputusan Menteri Koordinator Bidang Ekonomi, Keuangan, dan Industri Nomor : KEP/31/M.EKUI/08/1999 telah mengeluarkan pedoman *Good Corporate Governance* (GCG). Pedoman tersebut telah beberapa kali disempurnakan, terbaru pada tahun 2006 oleh Komite Nasional Kebijakan Governance (KNKG) sebagai pengganti KNKGCG. KNKG mengeluarkan Pedoman Umum *Good Corporate Governance* Indonesia. Lima prinsip dasar *Good Corporate Governance* menurut KNKG tahun 2006 adalah sebagai berikut :

- 1) Transparansi. Transparansi adalah keterbukaan dalam melaksanakan proses kegiatan perusahaan baik dalam proses pengambilan keputusan maupun dalam mengungkapkan informasi material dan relevan

mengenai perusahaan. Perusahaan harus menyediakan informasi yang material dan relevan dengan cara yang mudah diakses dan dipahami oleh pemangku kepentingan. Perusahaan harus mengambil inisiatif untuk mengungkapkan tidak hanya masalah yang disyaratkan oleh peraturan perundang-undangan, tetapi juga hal penting untuk pengambilan keputusan oleh pemegang saham, kreditur, dan pemangku kepentingan lainnya.

- 2) Akuntabilitas. Akuntabilitas adalah pertanggungjawaban atas pelaksanaan fungsi dan tugas-tugas sesuai wewenang yang dimiliki oleh seluruh organ perusahaan termasuk pemegang saham. Perusahaan harus dapat mempertanggungjawabkan kinerjanya secara transparan dan wajar. Untuk itu perusahaan harus dikelola secara benar, terukur dan sesuai dengan kepentingan perusahaan dengan tetap memperhitungkan kepentingan pemegang saham dan pemangku kepentingan lain.
- 3) Responsibilitas. Responsibilitas adalah pertanggungjawaban perusahaan adalah kesesuaian (kepatuhan) di dalam pengelolaan perusahaan terhadap prinsip korporasi yang sehat serta peraturan perundangan yang berlaku. Perusahaan harus mematuhi peraturan perundangundangan serta melaksanakan tanggungjawab terhadap masyarakat dan lingkungan sehingga dapat terpelihara kesinambungan usaha dalam jangka panjang dan mendapatkan pengakuan sebagai *good corporate citizen*.
- 4) Independensi. Independensi adalah suatu keadaan dimana perusahaan dikelola secara profesional dan tanpa benturan kepentingan pihak

manapun. Perusahaan harus dikelola secara independen sehingga masing-masing organ perusahaan tidak saling mendominasi dan tidak dapat diintervensi oleh pihak lain.

- 5) Kewajaran dan kesetaraan. Perlakuan dari perusahaan terhadap pihak-pihak yang berkepentingan sesuai dengan kriteria dan proporsi yang seharusnya. Perusahaan harus senantiasa memperhatikan kepentingan pemegang saham dan pemangku kepentingan lainnya berdasarkan asas kewajaran dan kesetaraan.

Selain itu terdapat prinsip-prinsip GCG yang diterapkan dalam beberapa peraturan perundang-undangan secara sektoral, baik setingkat Undang-Undang sampai dengan peraturan teknis yang dikeluarkan kementerian atau instansi yang berwenang.

1.6.4. Teori tentang kepastian hukum

Soedjono Dirdjosisworo berpendapat bahwa dalam pergaulan hidup manusia, kepentingan-kepentingan manusia bisa senantiasa bertentangan satu dengan yang lain, maka tujuan hukum adalah untuk melindungi kepentingan-kepentingan itu.⁸² Sementara, **Muchsini** pernah mengungkapkan bahwa sebenarnya hukum bukanlah sebagai tujuan tetapi dia hanyalah sebagai alat, yang mempunyai tujuan adalah manusia, maka yang dimaksud dengan tujuan hukum adalah manusia dengan hukum sebagai alat untuk mencapai tujuan itu. **Van Apeldoorn** menyampaikan bahwa tujuan hukum ialah mengatur pergaulan hidup secara damai.

⁸² Soedjono Dirjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 1983, h. 11.

Hal tersebut berarti bahwa hukum menghendaki perdamaian, yang semuanya bermuara kepada suasana damai. **Rudolf Von Jhering** mengatakan bahwa tujuan hukum ialah untuk memelihara keseimbangan antara berbagai kepentingan. **Aristoteles** mengatakan tujuan hukum itu ialah untuk memberikan kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi anggota masyarakat sebanyak-banyaknya, sebagaimana selaras dengan pendapat **Roscoe Pound** yang menegaskan *law is tool of social engineering*, yang bermakna tujuan hukum yaitu sebagai alat untuk membangun masyarakat.⁸³

Bila dikaitkan dengan fungsi hukum sebagai perlindungan kepentingan manusia, hukum mempunyai tujuan dan sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan dasar hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, dan seimbang dalam kehidupan bermasyarakat. Dapat dicapainya ketertiban dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi. Dalam mencapai tujuannya itu hukum bertugas untuk membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang, dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.⁸⁴

Salah satu teori yang mengungkapkan tentang tujuan hukum adalah milik **Gustav Radbruch** yang dalam bukunya "*Rechtsphilosophie*" mengungkapkan bahwa "*Nicht dargetan ist der unbedingte Vorrang der durch das positive Recht erfüllten Forderung der Rechtssicherheit vor den von ihm vielleicht unerfüllt gelassenen Forderungen der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit.*"⁸⁵ Dalam

⁸³ Muchsin, *Ikhtisar Ilmu Hukum*, Jakarta, Badan Penerbit Iblam, 2006, h. 11.

⁸⁴ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta, Liberty, 2003, h. 77.

⁸⁵ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, K.F. Koehler Verlag, 1975, h. 177.

pandangan **Gustav Radbruch** tersebut secara umum diartikan bahwa kepastian hukum (*Rechtssicherheit*) harus diberi prioritas pemenuhannya pada tiap sistem hukum positif, seolah-olah kepastian hukum (*Rechtssicherheit*) itu harus ada lebih dulu, baru kemudian keadilan (*Gerechtigkeit*), dan kemanfaatan (*Zweckmaeszigkeit*).

Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinya tersebut 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 di atas tujuan hukum yang lain.⁸⁶

Menurut **Gustav Radbruch**, Keadilan yang dimaksud adalah keadilan dalam arti sempit yakni kesamaan hak untuk semua orang didepan pengadilan. Kemanfaatan atau finalitas menggambarkan isi hukum karena isi hukum memang sesuai dengan tujuan yang mau dicapai oleh hukum tersebut, sedangkan kepastian hukum dimaknai dengan kondisi di mana hukum dapat berfungsi sebagai peraturan yang harus ditaati.⁸⁷

Gustav Radbruch menyampaikan tentang tiga nilai dasar (*Grundwerten*) yaitu : keadilan (*Gerechtigkeit*), kemanfaatan (*Zweckmaeszigkeit*) dan kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), yang satu sama lainnya tidak selalu harmonis, melainkan

⁸⁶ Ahmad Zaenal Fanani, *Berpikir Falsafati Dalam Putusan Hakim*, Varia Peradilan No. 304 Maret 2011, h. 3.

⁸⁷ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Jakarta, Kanisius, 1982, h. 162.

saling berhadapan, bertentangan dan berketegangan (*spannungsverhaeltnis*).⁸⁸ Bagi **Radbruch** ketiga aspek ini sifatnya relatif, bisa berubah-ubah. Satu waktu bisa menonjolkan keadilan dan mendesak kegunaan dan kepastian hukum ke wilayah tepi. Diwaktu lain bisa ditonjolkan kepastian atau kemanfaatan. Hubungan yang sifatnya relatif dan berubah-ubah ini tidak memuaskan. **Meuwissen** memilih kebebasan sebagai landasan dan cita hukum. Kebebasan yang dimaksud bukan kesewenangan, karena kebebasan tidak berkaitan dengan apa yang kita inginkan. Tetapi berkenaan dengan hal menginginkan apa yang kita ingini. Dengan kebebasan kita dapat menghubungkan kepastian, keadilan, persamaan dan sebagainya ketimbang mengikuti **Radbruch**.⁸⁹

Tujuan hukum yang mendekati realistis adalah kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Kaum Positivisme lebih menekankan pada kepastian hukum, sedangkan Kaum Fungsionalis mengutamakan kemanfaatan hukum, dan sekiranya dapat dikemukakan bahwa “*summum ius, summa injuria, summa lex, summa crux*” yang artinya adalah hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya, dengan demikian kendatipun keadilan bukan merupakan tujuan hukum satu-satunya akan tetapi tujuan hukum yang paling substantif adalah keadilan.⁹⁰

Dari ketiga ide dasar hukum **Gustav Radbruch** tersebut, kepastian hukum yang menghendaki bahwa hukum dapat berfungsi sebagai peraturan yang harus

⁸⁸ Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) Dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Vol. 1 Pemahaman Awal, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2010, h. 292.

⁸⁹ Arief Sidharta, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, Bandung, Refika Aditama, 2007, h. 20.

⁹⁰ Dominikus Rato, *Loc. Cit.*

ditaati tentunya tidak hanya terhadap bagaimana peraturan tersebut dilaksanakan, akan tetapi bagaimana norma-norma atau materi muatan dalam peraturan tersebut memuat prinsip-prinsip dasar hukum.

Terkait kepastian hukum, **Gustav Radbruch** mengatakan 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu : ⁹¹

1. Bahwa hukum positif, artinya adalah Perundang-undangan.
2. Bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan.
3. Bahwa fakta harus dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, disamping mudah dilaksanakan.
4. Bahwa hukum positif dan tidak boleh diubah.

Secara gramatikal kepastian berasal dari kata pasti yang artinya sudah tetap, mesti dan tentu. Dalam kamus Besar Bahasa Indonesia, pengertian kepastian yaitu perihal (keadaan) pasti (sudah tetap), ketentuan, ketetapan sedangkan pengertian hukum adalah perangkat hukum suatu negara yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara, jadi kepastian hukum adalah ketentuan atau ketetapan yang dibuat oleh perangkat hukum suatu negara yang mampu memberikan jaminan atas hak dan kewajiban setiap warga negara.⁹²

Kata “kepastian” berkaitan erat dengan asas kebenaran, yaitu sesuatu yang secara ketat dapat disilogismekan secara legal-formal. Melalui logika deduktif, aturan-aturan hukum positif ditempatkan sebagai premis mayor, sedangkan

⁹¹ Gustav Radbruch Terjemahan Shidarta, *Tujuan Hukum*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 2012, h. 56.

⁹² Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta, Balai Pustaka, 1997, h. 735.

peristiwa konkret menjadi premis minor. Melalui sistem logika tertutup akan serta merta dapat diperoleh konklusinya. Konklusi itu harus sesuatu yang dapat diprediksi, sehingga semua orang wajib berpegang kepadanya. Dengan pegangan inilah masyarakat menjadi tertib. Oleh sebab itu, kepastian akan mengarahkan masyarakat kepada ketertiban.⁹³

Kepastian hukum adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologi.⁹⁴

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. Jelas dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan secara faktual mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk.⁹⁵

⁹³ Arief Sidharta, *Op. Cit.*, h. 8.

⁹⁴ Dominikus Rato, *Loc. Cit.*.

⁹⁵ C.S.T. Kansil, Christine, S.T Kansil, Engelen R, Palandeng dan Godlieb N Mamahit, *Kamus Istilah Hukum*, Jakarta, 2009, h. 385.

Kepastian hukum sebagai salah satu tujuan hukum dapat dikatakan sebagai bagian dari upaya mewujudkan keadilan. Bentuk nyata dari kepastian hukum adalah pelaksanaan atau penegakan hukum terhadap suatu tindakan tanpa memandang siapa yang melakukan. Dengan adanya kepastian hukum setiap orang dapat memperkirakan apa yang akan dialami jika melakukan tindakan hukum tertentu. Kepastian diperlukan untuk mewujudkan prinsip persamaan dihadapan hukum tanpa diskriminasi.⁹⁶

Menurut **Hans Kelsen**, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang deliberatif. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.⁹⁷

Menurut **Apeldoorn**, kepastian hukum mempunyai dua segi. Pertama, mengenai soal dapat dibentuknya (*bepaalbaarheid*) hukum dalam hal-hal yang konkret. Artinya pihak-pihak yang mencari keadilan ingin mengetahui hukum dalam hal yang khusus sebelum memulai perkara. Kedua, kepastian hukum berarti

⁹⁶ Moh. Mahfud MD, *Penegakan Hukum Dan Tata Kelola Pemerintahan Yang Baik*, Bahan pada Acara Seminar Nasional “Saatnya Hati Nurani Bicara” yang diselenggarakan oleh DPP Partai HANURA. Mahkamah Konstitusi Jakarta, 8 Januari 2009.

⁹⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2008, h.158.

keamanan hukum. Artinya perlindungan bagi para pihak terhadap kesewenangan hakim. Dalam paradigma positivisme definisi hukum harus melarang seluruh aturan yang mirip hukum, tetapi tidak bersifat perintah dari otoritas yang berdaulat, kepastian hukum harus selalu dijunjung tinggi apapun akibatnya dan tidak ada alasan untuk tidak menjunjung hal tersebut karena dalam paradigmanya hukum positif adalah satu-satunya hukum.⁹⁸

Masih menurut **Van Apeldoorn**, “Kepastian hukum dapat juga berarti hal yang dapat ditentukan oleh hukum dalam hal-hal yang konkret. Kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Kepastian hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu”.⁹⁹

Menurut **Jan Michiel Otto**, kepastian hukum yang sesungguhnya memang lebih berdimensi yuridis. Namun **Otto** memberikan batasan kepastian hukum yang lebih jauh yang mendefinisikan kepastian hukum sebagai kemungkinan bahwa dalam situasi tertentu yaitu :¹⁰⁰

- a. Tersedia aturan-aturan yang jelas (jernih), konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*);

⁹⁸ Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir*, Bandung, Revika Aditama, 2006, h. 82-83.

⁹⁹ Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kedua Puluh Empat, Jakarta, Pradnya Paramita, 1990, h. 24-25.

¹⁰⁰ *Ibid.*, h. 84.

- b. Instansi-instansi penguasa (pemerintah) menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya;
- c. Warga secara sipil menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan-aturan tersebut;
- d. Hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpihak menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum; dan
- e. Keputusan peradilan secara konkret dilaksanakan.

Menurut **Utrecht**, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan. Dan yang kedua berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu.¹⁰¹

Menurut **Sudikno Mertokusumo**, kepastian hukum merupakan jaminan bahwa hukum dijalankan dan yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan tersebut dapat dilaksanakan. Walaupun kepastian hukum erat kaitannya dengan keadilan, namun hukum tidak identik dengan keadilan.¹⁰²

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung

¹⁰¹ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1999, h. 23.

¹⁰² Sudikno Mertokusumo dalam Salim HS, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2010, h. 24.

melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.¹⁰³

Kepastian hukum merupakan jaminan mengenai hukum yang berisi keadilan. Norma-norma yang memajukan keadilan harus sungguh-sungguh berfungsi sebagai peraturan yang ditaati. Menurut **Gustav Radbruch** keadilan dan kepastian hukum merupakan bagian-bagian yang tetap dari hukum. Beliau berpendapat bahwa keadilan dan kepastian hukum harus diperhatikan, kepastian hukum harus dijaga demi keamanan dan ketertiban suatu negara. Akhirnya hukum positif harus selalu ditaati. Berdasarkan teori kepastian hukum dan nilai yang ingin dicapai yaitu nilai keadilan dan kebahagiaan.¹⁰⁴

Teori kepastian hukum lahir dari pengembangan nilai dasar kepastian hukum. Kepastian hukum adalah “*Sicherheit des Rechts selbst*” (kepastian tentang hukum itu sendiri).¹⁰⁵ **Ronald Dworkin** mengatakan bahwa : “*We live in and by law..., How can the law command when the law books are silent or unclear or*

¹⁰³ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Jakarta, Gunung Agung, 2002, h. 82-83.

¹⁰⁴ *Ibid.*, h. 95.

¹⁰⁵ Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) Dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Vol. 1 *Pemahaman Awal*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2010, h. 292.

ambiguous?”¹⁰⁶ (Kita hidup di dalam dan diatur oleh hukum, Bagaimana hukum bisa mengatur ketika hukum yang tertulis diam atau tidak jelas atau ambigu?)

Hukum yang ditegakkan oleh instansi penegak hukum yang diberikan tugas untuk itu harus menjamin “Kepastian Hukum” demi tegaknya ketertiban dan keadilan dalam kehidupan masyarakat. Ketidakpastian hukum akan menimbulkan kekacauan dalam kehidupan masyarakat dan akan saling berbuat sesuka hati serta bertindak main hakim sendiri. Keadaan seperti ini menjadikan kehidupan berada dalam suasana *social disorganization* atau kekacauan sosial.¹⁰⁷

Kepastian hukum sebagaimana biasa dipahami orang, bukanlah produk otomatis dari hukum. Dalam suatu negara yang bernegara hukum, tidak serta merta muncul kepastian-kepastian dalam masyarakat.¹⁰⁸ Agar tercapai kepastian hukum, terhadap hukum yang bersifat tidak jelas, perlu dilakukan interpretasi atau penafsiran terhadap norma tersebut. Namun dalam melakukan penafsiran hukum terhadap suatu ketentuan peraturan perundang-undangan yang dianggap tidak lengkap atau tidak jelas, seorang ahli hukum tidak dapat bertindak sewenang-wenang. Kebutuhan akan interpretasi yang lengkap dan jelas sebenarnya sudah muncul pada masa Hukum Romawi berlaku yang terlihat pada ungkapan **Ulpianus** sebagaimana dikutip oleh **Peter Mahmud Marzuki**, yaitu “*Quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus*

¹⁰⁶ Ronald Dworkin, *Essays in Epistemology Hermeneutics and Jurisprudence* dalam Patrick Nerhot, *Law Interpretation and Reality*, Kluwer Academic Publisher, AA Dordrecht : Netherland, 1990, h. 194.

¹⁰⁷ M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHP Penyidikan dan Penuntutan*, Jakarta, Sinar Grafika, 2002, h. 76.

¹⁰⁸ Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) Dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Op. Cit. h. 290.

(Betapa pun jelasnya Maklumat/Perintah Praetoris (konsul), namun tidak mungkin menolak adanya interpretasi karena adanya kekurangan).”¹⁰⁹

Kepastian hukum merupakan salah satu tujuan dari negara hukum. Pandangan tersebut dikemukakan oleh **Gustav Radbruch** dan **Mochtar Kusumaatmadja**.¹¹⁰ Demikian pula halnya dengan **M Scheltema** sebagaimana dikutip oleh **Bagir Manan** yang menyatakan bahwa setiap negara yang berdasar atas hukum mempunyai empat asas utama, yaitu :¹¹¹

- a) asas kepastian hukum
- b) asas persamaan
- c) asas demokrasi

Pasal 1 Ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara tegas menyatakan bahwa “*Negara Indonesia adalah negara hukum*”. Sebagai Negara hukum maka seluruh aspek dalam bidang kemasyarakatan, kebangsaan, dan kenegaraan termasuk pemerintahan harus senantiasa berdasarkan atas hukum.

Menurut **Simorangkir**,¹¹² negara hukum diartikan sebagai suatu Negara yang menerapkan prinsip legalitas, yaitu segala tindakan Negara melalui, berdasarkan dan sesuai dengan hukum. Hukum mempunyai kedudukan tertinggi agar supaya

¹⁰⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2009, h. 111.

¹¹⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional dalam Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Bandung, Alumni, 2002, h. 11.

¹¹¹ Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*, Jakarta, AAI, 2009, h. 5.

¹¹² JCT Simorangkir, *Hukum dan Konstitusi Indonesia*, Jakarta, Gunung Agung, 1983, h. 36.

pelaksanaan kekuasaan Negara tidak menyimpang dari Undang-Undang, dengan demikian kekuasaan akan tunduk pada hukum, bukan sebaliknya.

Pasal 28D Ayat (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 juga memberikan landasan konstitusional mengenai pentingnya kepastian hukum sebagai berikut : *“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.”*

Peraturan perundang-undangan sebagai sebuah norma (hukum) tertulis, dalam konteks negara hukum Indonesia menjadi landasan bagi penyelenggaraan negara dan sebagai pedoman untuk menyelenggarakan pemerintahan. Setiap produk peraturan perundang-undangan, haruslah sebagai cerminan dari Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dalam sistem hukum yang berlaku di Indonesia, peraturan-perundang-undangan menempati urutan pertama dalam penerapan dan penegakan hukum. Peraturan perundang-undangan hanya dapat dikesampingkan oleh hakim apabila penerapannya akan menyebabkan pelanggaran dasar-dasar keadilan atau tidak lagi sesuai dengan realitas sosial, atau karena dalam masyarakat tertentu berlaku secara nyata hukum lain diluar peraturan perundang-undangan (seperti hukum adat dan hukum agama).

Dalam ketentuan Pasal 7 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, menentukan bahwa peraturan perundang-undangan ditentukan menurut jenis dan hierarkinya sebagai berikut :

Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas :
a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

- b. *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;*
- c. *Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;*
- d. *Peraturan Pemerintah;*
- e. *Peraturan Presiden;*
- f. *Peraturan Daerah Provinsi; dan*
- g. *Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.*

Jenis peraturan perundang-undangan pada dasarnya tidak hanya yang termuat dalam Pasal 7 Ayat (1) tersebut di atas, tetapi juga terdapat dalam ketentuan Pasal 8 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang menyatakan bahwa : *“Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan; Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.”* Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada Pasal 8 Ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

Terkait asas kepastian hukum, pada Pasal 1 Ayat (1) huruf i Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan juga diatur bahwa materi muatan Peraturan Perundang-undangan, salah satunya juga harus mencerminkan “asas ketertiban dan kepastian hukum”. Dimana pada

penjelasan ayat tersebut dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan “asas ketertiban dan kepastian hukum” adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus dapat mewujudkan ketertiban dalam masyarakat melalui jaminan kepastian hukum.

1.7. Metode Penelitian

1.7.1. Tipe penelitian

Penelitian Disertasi ini termasuk dalam tipe penelitian *legal research*. *Legal research* (bahasa Inggris) dalam Bahasa Indonesia disebut penelitian hukum atau dalam Bahasa Belanda *rechtsonderzoek*.¹¹³ Menurut **Morris L Cohen** *legal research is the process of finding the law that governs activities in human society*.¹¹⁴ Hal senada juga diungkapkan oleh **Campbell** berpendapat bahwa *legal research* bukan hanya kegiatan yang bertujuan untuk menulis buku ataupun artikel pada jurnal, namun merupakan kegiatan yang secara integral dilakukan praktisi hukum, pengacara, hakim dan dosen hukum. Penelitian hukum dalam disertasi ini termasuk penelitian dalam ranah akademis.

Legal reasearch is an activity which is undertaken not only by those who set out to write books, journal articles or these on or about law. It is also an activity which is an integral part of the work of private legal practitioners, of lawyer employed by governments, of judges and their associate, of law reform agencies, of

¹¹³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2009, h. 89.

¹¹⁴ Morris L. Cohen & Kent C Olson, *Legal Research*, Paul Minn, West Publishing Company, 1992, p. 1.

*staff engaged to assist some of the parliamentary committees and of the teachers of law.*¹¹⁵

Menurut **Philipus M Hadjon** berdasarkan substansi permasalahan hukum yang ditentukan penelitian hukum normatif, yaitu penelitian yang beranjak dari hakikat keilmuan hukum.¹¹⁶ Menurut **Philipus M Hadjon** penelitian hukum merupakan penelitian yang mengkaji ketentuan hukum positif maupun asas-asas hukum secara sistematis, menjelaskan dan mengevaluasi peraturan perundang-undangan guna pengembangan hukum kedepan.

Menurut **Peter Mahmud Marzuki**, penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Hal ini sesuai dengan karakter perspektif ilmu hukum.¹¹⁷ Dalam penelitian ini karakter metode penelitian hukum normatif yang dikemukakan oleh **Philipus M Hadjon** dan **Peter Mahmud Marzuki** sangat sesuai untuk digunakan karena dalam penelitian ini berusaha untuk menganalisis mengenai Konstruksi Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa.

Selanjutnya **Terry Hutchinson** membedakan penelitian hukum (*legal research*)¹¹⁸ menjadi 4 tipe penelitian, yaitu : *doctrinal research, reform-oriented research, theoretical research, dan fundamental research*..¹¹⁹ Penelitian hukum ini

¹¹⁵ Enid Campbell, *Legal Research Materials and Methods*, Sydney, Australia, LBC Information Services, 1996, p. 1.

¹¹⁶ Philipus M Hadjon & tatiek S Djatmiati, *Argumentasi Hukum*, Yogyakarta, Gajah Mada University Press, 2005, h. 3.

¹¹⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit.*, h. 25.

¹¹⁸ Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Sydney, National Library of Australia, 2009, p. 9-10.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 10.

merupakan penelitian *reform oriented research* yang dikemukakan **Terry**, karena penelitian ini melakukan kajian atau evaluasi secara intensif tentang Konstruksi Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa.

1.7.2. Pendekatan masalah

Penelitian ini berusaha menganalisis dan menemukan Dasar filosofis pendirian Badan Usaha Milik Desa. Kemudian menganalisis Interpretasi dan Implikasi Yuridis dari pengaturan mengenai bentuk badan hukum Badan Usaha Milik Desa. Serta merumuskan konstruksi bentuk badan hukum Badan Usaha Milik Desa.

Pendekatan yang akan dilakukan untuk menganalisis ketiga isu hukum tersebut adalah pendekatan perundang-undang (*statue approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan historis (*historycal approach*) dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*).

Pendekatan perundang-undangan (*statue approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkut paut dengan isu hukum yang sedang ditangani.¹²⁰ Pada penelitian Disertasi ini, Peneliti menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statue approach*) guna mencari *ratio legis* dan dasar ontologis lahirnya undang-undang yang mengatur mengenai Badan Usaha Milik Desa, sehingga pada akhirnya Peneliti akan dapat menyimpulkan mengenai ada tidaknya benturan filosofis antara undang-undang dengan isu yang dihadapi. Selain itu untuk kepentingan praktis, pendekatan perundang-undangan (*statue approach*) juga digunakan untuk mencari konsistensi

¹²⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit.*, h. 133.

dan kesesuaian antara suatu undang-undang dengan undang-undang lainnya atau antara undang-undang dan Undang-Undang Dasar atau antara regulasi dan undang-undang, demikian yang terkait dengan isu hukum. Hasil dari telaah tersebut merupakan suatu argumen untuk memecahkan isu yang dihadapi.

Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) yaitu pendekatan yang beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum.¹²¹ Dengan mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin di dalam ilmu hukum terkait isu hukum yang dikaji, Peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan isu hukum serta menjadi sandaran dalam membangun suatu argumentasi hukum dalam memecahkan isu hukum yang dikaji yaitu mengenai konstruksi bentuk badan hukum Badan Usaha Milik Desa.

Pendekatan kasus (*case approach*) dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan yang tetap.¹²² Yang menjadi kajian pokok di dalam pendekatan kasus (*case approach*) adalah *ratio decidendi* atau *reasoning*, yaitu pertimbangan hakim untuk sampai pada suatu putusan, yang menjadi referensi dalam penyusunan argumentasi hukum dalam pemecahan isu hukum.¹²³ Pendekatan ini penting digunakan untuk didapatkan pertimbangan hakim dalam membuat keputusan terkait kasus-kasus penyertaan modal

¹²¹ *Ibid.*, h. 135.

¹²² Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit*, h. 134.

¹²³ *Ibid.*

pemerintah/Negara pada Badan Usaha Milik Negara, maupun pemerintah daerah pada Badan Usaha Milik Daerah yang dapat menjadi rujukan terhadap penyertaan modal pemerintah desa pada Badan Usaha Milik Desa, antara lain :

- 1) Putusan Mahkamah Agung Nomor : 1863/K/Pid.Sus/2010;
- 2) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 77/PUU-IX/2011;
- 3) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 48 dan 62/PUU-XI/2013.

Pendekatan historis (*historycal approach*) dilakukan dengan menelaah latar belakang apa yang dipelajari dan perkembangan pengaturan mengenai isu yang dihadapi.¹²⁴ Telaah ini diperlukan oleh Peneliti karena Peneliti ingin mengungkap filosofis dan pola pikir yang melahirkan sesuatu terkait isu hukum yaitu mengenai konstruksi bentuk badan hukum Badan Usaha Milik Desa pada undang-undang yang berlaku sebelumnya yang mempunyai relevansi dengan undang-undang yang berlaku pada masa kini.

Pendekatan komparatif (*comparative approach*), pendekatan ini dilakukan dengan membandingkan undang-undang suatu negara dengan undang-undang dari satu atau lebih negara lain mengenai hal yang sama. Dapat juga diperbandingkan disamping undang-undang juga putusan pengadilan di beberapa negara untuk kasus yang sama.¹²⁵ Dengan menggunakan pendekatan ini, Peneliti akan memperoleh gambaran mengenai konsistensi antara filosofis dan undang-undang diantara negara-negara tersebut.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*, h. 135.

1.7.3. Sumber bahan hukum

Tipe penelitian ini merupakan penelitian yang berbasis kepastakaan (*library research*) yang berfokus pada analisis bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum primer adalah sumber aktual dari hukum yakni undang-undang yang mengatur mengenai BUM Desa, catatan resmi atau risalah dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dan putusan hakim. Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif ¹²⁶ artinya mempunyai otoritas seperti peraturan perundang-undang dan risalah dalam pembuatan peraturan perundang-undanagn, dan putusan-putusan pengadilan.

Adapun bahan hukum primer dalam penelitian Disertasi ini adalah :

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata);
3. Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD);
4. Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian sebagaimana telah diubah melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573);
5. Undang-Undang 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Tahun 1999, dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3839);

¹²⁶ *Ibid.*, h. 141.

6. Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan (Lembaran Negara Tahun 2001 Nomor 112, dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4132); sebagaimana telah diubah melalui Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 Tentang Yayasan (Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 115, dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4430);
7. Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 47 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4286);
8. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 70 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4297) sebagaimana telah diubah melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573);
9. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 5 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4355);
10. Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2004 Tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun

2004 Nomor 104, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4421);

11. Undang-Undang 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 125, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4437);
12. Undang-Undang Nomor 33 Tahun 2004 tentang Perimbangan Keuangan Antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 126, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4438);
13. Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724);
14. Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 106 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4756) sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573);
15. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234) sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor

- 15 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2019 Nomor 183, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6398);
16. Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5495), sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573);
17. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5587) sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573);
18. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (Lembaran Negara Tahun 2014 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5601);
19. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573);

20. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor IV/MPR/2000 tentang Rekomendasi Kebijakan Dalam Penyelenggaraan Otonomi Daerah
21. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor VI/MPR/2002 tentang Rekomendasi Atas Laporan Pelaksanaan Putusan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia oleh Presiden, DPA, DPR, BPK, dan MA
22. Keputusan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor 5/MPR/2003 tentang Penugasan Kepada MPR-RI Untuk Menyampaikan Saran Atas Laporan Pelaksanaan Keputusan MPR-RI oleh Presiden, DPR, BPK, dan MA
23. Peraturan Pemerintah Nomor 33 Tahun 1998 tentang Modal Penyertaan Pada Koperasi (Lembaran Negara Tahun 1998 Nomor 47, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3744);
24. Peraturan Pemerintah Nomor 25 Tahun 2000 tentang Kewenangan Pemerintah Dan Kewenangan Propinsi Sebagai Otonom (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 54);
25. Peraturan Pemerintah Nomor 76 Tahun 2001 tentang Pedoman Umum Pengaturan Mengenai Desa (Lembaran Negara Tahun 2001 Nomor 142, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4155);
26. Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2005 tentang Pendirian, Pengurusan, Pengawasan, Dan Pembubaran Badan Usaha Milik Negara

(Lembaran Negara Tahun 2005 Nomor 117, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4556);

27. Peraturan Pemerintah Tahun 72 Tahun 2005 tentang Desa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 158 Dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4587);
28. Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah, Pemerintahan Daerah Provinsi, Dan Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 4737);
29. Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 2008 tentang Kewenangan Pemerintah Dan Kewenangan Propinsi Sebagai Otonom (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 52);
30. Peraturan Pemerintah Nomor 19 tahun 2008 tentang Kecamatan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 40, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4826);
31. Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2014 tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 123, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5539) sebagaimana telah diubah terakhir dengan Peraturan Pemerintah Nomor 11 Tahun 2021 Tentang Badan Usaha Milik Desa (Lembaran Negara

Republik Indonesia Tahun 2021 Nomor 21, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6623);

32. Peraturan Pemerintah Nomor 60 Tahun 2014 tentang Dana Desa yang bersumber dari Anggaran Pendapatan Belanja Negara (Lembaran Negara Tahun 2014 Nomor 168, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5558) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 2016 Tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Pemerintah Nomor 60 Tahun 2014 Tentang Dana Desa Yang Bersumber Dari Anggaran Pendapatan Dan Belanja Negara (Lembaran Negara Tahun 2016 Nomor 57, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5864);
33. Peraturan Pemerintah Nomor 47 Tahun 2015 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2014 tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5717);
34. Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2017 Tentang Badan Usaha Milik Daerah (Lembaran Negara Tahun 2017 Nomor 305, Tambahan Lembaran Negara Nomor 6173);
35. Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 2021 Tentang Modal Dasar Perseroan Serta Pendaftaran Pendirian, Perubahan, Dan Pembubaran Perseroan Yang Memenuhi Kriteria Untuk Usaha Mikro Dan Kecil

(Lembaran Negara Tahun 2021 Nomor 18, Tambahan Lembaran Negara Nomor 6620);

36. Peraturan Pemerintah Nomor 11 Tahun 2021 Tentang Badan Usaha Milik Desa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2021 Nomor 21, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6623);
37. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa (Berita Negara Tahun 2014 Nomor 2092) sebagaimana telah diubah melalui Peraturan Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia Nomor 72 Tahun 2020 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa (Berita Negara Tahun 2020 Nomor 1409);
38. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 113 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Keuangan Desa (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 2093);
39. Peraturan Menteri Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, Dan Transmigrasi Nomor 5 Tahun 2015 tentang Penetapan Prioritas Penggunaan Dana Desa Tahun 2015 (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 297);
40. Peraturan Menteri Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal dan Transmigrasi Nomor 1 Tahun 2015 tentang Pedoman Kewenangan Desa Berdasarkan Hak Asal Usul dan Kewenangan Lokal Berskala Desa (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 158);

41. Peraturan Menteri Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal dan Transmigrasi Nomor 2 Tahun 2015 tentang Pedoman Tata Tertib Dan Mekanisme Pengambilan Keputusan Musyawarah Desa (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 159);
42. Peraturan Menteri Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, Dan Transmigrasi Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2015 tentang Pendampingan Desa, (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 160);
43. Peraturan Menteri Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, Dan Transmigrasi Nomor 4 Tahun 2015 Tentang Pendirian, Pengurusan Dan Pengelolaan, Dan Pembubaran Badan Usaha Milik Desa (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 296);
44. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 84 Tahun 2015 Tentang Susunan Organisasi dan Tata Kerja Pemerintahan Desa (Lembaran Negara Tahun 2016 Nomor 6);
45. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 44 Tahun 2016 tentang Kewenangan Desa (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 1037);
46. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 20 Tahun 2018 Tentang Pengelolaan Keuangan Desa (Berita Negara Tahun 2018 Nomor 611);
47. Peraturan Menteri Hukum Dan Hak Asasi Manusia Nomor 17 Tahun 2018 Tentang Pendaftaran Persekutuan Komanditer, Persekutuan Firma, Dan Persekutuan Perdata (Berita Negara Tahun 2018 Nomor 1011);

48. Peraturan Menteri Hukum Dan Hak Asasi Manusia Nomor 14 Tahun 2019 tentang Pengesahan Koperasi (Berita Negara Tahun 2019 Nomor 715);
49. Peraturan Menteri Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, Dan Transmigrasi Nomor 3 Tahun 2021 tentang Pendaftaran, Pendataan Dan Pemeringkatan, Pembinaan dan Pengembangan, Dan Pengadaan Barang Dan/Atau Jasa Badan Usaha Milik Desa/Badan Usaha Milik Desa Bersama (Berita Negara Tahun 2021 Nomor 252);
50. Peraturan Menteri Hukum dan HAM Nomor 40 Tahun 2021 tentang Penerbitan Sertifikat Pendaftaran Badan Hukum Badan Usaha Milik Desa/Badan Usaha Milik Desa Bersama (Berita Negara Tahun 2021 Nomor 1281);

Terkait putusan pengadilan akan didapat dari putusan Mahkamah Agung yang sudah inkrah maupun putusan Mahkamah Konstitusi.

Sedangkan bahan hukum sekunder adalah bahan yang meliputi komentar pada hukum yang ditemukan di texbook dan jurnal hukum (*the secondary matterial include the commentary of the law foun in text book and legal journal*)¹²⁷. Bahan hukum sekunder merupakan publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi seperti buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar atas putusan pengadilan.

¹²⁷ Terry Hutchinshon, *Op. Cit*, p. 9.

1.8. Prodedur Pengumpulan Bahan Hukum

Teknik pengumpulan bahan hukum dilakukan melalui metode bola salju (*snowball method*) dan prosedur identifikasi serta inventarisasi bahan-bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder dengan menggunakan sistem kartu (*card system*) yang terbagi dalam 3 (tiga) kartu, yaitu kartu abstrak, kartu kutipan, dan kartu analisis.¹²⁸ Terhadap bahan-bahan hukum yang terkumpul dilakukan klasifikasi secara sistematis sesuai dengan rumusan masalah dan tujuan penelitian. Klasifikasi dimaksudkan untuk melakukan pemilahan bahan hukum sedasar dengan tema-tema analisis yang relevan.

1.9. Analisis Bahan Hukum

Keseluruhan bahan hukum baik primer maupun sekunder yang diperoleh selanjutnya diolah dengan melakukan kategorisasi sebagai pengklasifikasian bahan hukum secara selektif. Keseluruhan bahan hukum dikelompokkan berdasarkan kriteria yang cermat dan ketat sesuai dengan perumusan masalah penelitian untuk dianalisis.

Analisis terhadap bahan hukum dilakukan melalui proses penalaran hukum (*legal reasoning*) yang logis sistematis. Penalaran hukum juga bertumpu pada aturan berfikir yang dikenal dalam logika. Namun demikian penggunaan logika dalam ilmu hukum mengandung ciri khas yang berkenaan dengan hakikat hukum (*the nature of laws*), sumber hukum (*the sources of laws*) dan jenis hukum (*the kinds of laws*).¹²⁹

¹²⁸ Philipus M. Hadjon, *Merancang dan Menulis Penelitian Hukum Normatif (Teori dan Filsafat)*, Makalah, Tanpa Tahun, h.6.

¹²⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit*, h.142.

Selain itu terhadap bahan hukum yang berkaitan dengan permasalahan interpretasi bentuk badan hukum BUM Desa dianalisis dengan menggunakan interpretasi yang meliputi interpretasi gramatikal dan interpretasi sistematis, melalui cara ini diharapkan permasalahan dalam penelitian ini bisa dikaji dan dipecahkan untuk mendapatkan jawabannya.

1.10. Sistematika Penulisan

Penelitian Disertasi ini disusun dalam 5 (lima) bab, masing- masing bab terdiri atas beberapa sub bab sesuai dengan pembahasan dan substansi yang diteliti.

Bab I Pendahuluan, memuat latar belakang permasalahan dan rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka konsep dan teoritik, metode penelitian, dan sistematika penulisan. Uraian bab I merupakan landasan sekaligus sebagai penuntun dalam rangka memahami substansi pada bab-bab selanjutnya.

Bab II, memuat isu hukum pertama yaitu membahas mengenai Dasar filosofis pendirian Badan Usaha Milik Desa. Yang dimulai dengan pembahasan landasan ideal, konstitusional dan operasional penanaman modal; Peran Negara dalam Kegiatan Investasi atau penanaman Modal; Dasar Filosofis Pendirian Badan Usaha Milik Desa serta dasar kewenangan Pemerintah Desa dalam Pendirian Badan Usaha Milik Desa.

Bab III, memuat isu hukum kedua yaitu Implikasi Yuridis dari pengaturan mengenai bentuk badan hukum dalam pendirian Badan Usaha Milik Desa dalam peraturan perundang-undangan mengenai Badan Usaha Milik Desa. Bab ini diawali dengan membahas Interpretasi Bentuk Badan Hukum dari tiap peraturan perundang-

undangan tentang BUM Desa secara historis, selanjutnya baru membahas mengenai Implikasi Yuridisnya.

Bab IV, memuat isu hukum ketiga yaitu Konstruksi bentuk badan hukum Badan Usaha Milik Desa. Demikian dengan menganalisis karakteristik setiap bentuk badan hukum yang diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, temuan mengenai alternatif konstruksi bentuk badan hukum Badan Usaha Milik Desa, Parameternya dan Rekonstruksi Pengaturan yang telah ada sebelumnya.

Bab V, merupakan penutup yang memuat kesimpulan dan saran dari penelitian ini. Kesimpulan merupakan intisari dari ketiga pembahasan yang dipaparkan secara singkat. Saran merupakan masukan yang diberikan untuk perbaikan agar didapatkan Konstruksi bentuk badan hukum Badan Usaha Milik Desa.