



PENGANTAR ILMU HUKUM ADMINISTRASI NEGARA



TANTO LAILAM

media
prudent

**PENGANTAR
ILMU HUKUM ADMINISTRASI NEGARA**

TANTO LAILAM

PENGANTAR ILMU HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Tanto Lailam
@Prudent Media

Penulis : Tanto Lailam
Penerbit : © Prudent Media, 2011
Editor : Nita Andrianti, S.IP.
Desain Cover : Dede Shoe
Layout : Otak -Atik

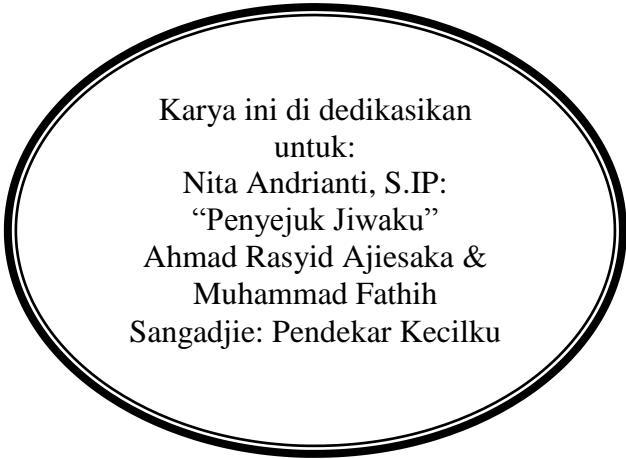


Penerbit Prudent Media
Kitren KG II RT.23, RW.06, Prenggan, Kotagede, Yogyakarta
Phone : 081 328 279 247
E-mail : prudentmedia@gmail.com

Cetakan Ke-1, Januari 2012

ISBN : 978-602-19354-3-9

Dilarang memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini dalam bentuk apapun, baik secara elektronik maupun mekanik, termasuk memfotocopy, merekam, atau dengan menggunakan sistem penyimpanan lainnya, tapi izin tertulis dari penerbit.



Karya ini di dedikasikan
untuk:
Nita Andrianti, S.IP:
“Penyejuk Jiwaku”
Ahmad Rasyid Ajiesaka &
Muhammad Fathih
Sangadjie: Pendekar Kecilku

Kata Pengantar

Alhamdulillah Robbil ‘alamin, “selesai juga karya kecil ini”, sebuah karya kecil yang bermanfaat bagi penulis untuk terus belajar dan tentunya bagi pembaca yang ingin memperdalam kajian Ilmu Hukum Administrasi Negara. Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara merupakan mozaik intelektual yang hadir dari pergulatan intelektual penulis dalam memberikan kuliah bagi para mahasiswa.

Agenda mewujudkan Negara Indonesia sebagai negara hukum demokratis dan negara demokrasi yang berdasarkan hukum bukan hal yang mudah, perlu usaha yang luar biasa dari seluruh anak bangsa, bukan hanya aparatur pemerintah, tetapi juga dunia swasta dan masyarakat harus ikut terlibat sebagai bentuk “kemiteraan komprehensif”. Sudut pandang dalam mewujudkan hal tersebut pun berbeda beda, baik melalui kajian keilmuan maupun praktik penyelenggaraan.

Buku Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara ini hadir di tengah-tengah pembaca dari sudut pandang penulis yang berlatarbelakang akademisi, yang di harapkan dapat menjadi mozaik kajian Ilmu Hukum Administrasi Negara di Indonesia sebagai salah satu kajian dalam pembangunan bangsa dan negara, untuk mewujudkan negara hukum demokratis dan negara demokrasi berdasarkan hukum sebagai pilar terpenting dalam mewujudkan tata pemerintahan yang baik (*good governance*). Atas selesainya mozaik mini ini, penulis ingin menyampaikan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada semua pihak yang selama ini telah menggugah, menginspirasi, bahkan membantu dalam proses penyelesaian buku ini. Akhir kata, semoga buku ini bermanfaat bagi pembangunan bangsa dan negara. Amin

Yogyakarta, Agustus 2011

Penulis

DAFTAR ISI

BAB I NEGARA HUKUM, DEMOKRASI DAN *WELFARE STATE*

- A. Negara: Sebagai Objek Kajian
 - 1. Pengertian ----- 1
 - 2. Negara dan Konsepsi Kedaulatan ----- 5
- B. Negara Hukum: Landasan Teoritis Kajian
 - Sejarah Pemikiran ----- 10
 - Perkembangan Konsep ----- 12
 - Tipe Negara Hukum ----- 31
- C. Pancasila dan Negara Hukum Indonesia ----- 34
- D. Negara Hukum dan Demokrasi ----- 40
- E. Negara Hukum dan *Welfare State* ----- 46
- F. Negara Hukum dan Hukum Administrasi Negara ----- 55

BAB II DISIPLIN ILMU HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

- A. Istilah ----- 56
- B. Pengertian Hukum Administrasi Negara
 - 1. Administrasi ----- 57
 - 2. Administrasi Negara ----- 58
 - 3. Hukum Administrasi Negara ----- 61
- C. Lingkup Kajian ----- 64
- D. Fungsi Ilmu Hukum Administrasi Negara ----- 67
- E. Perkembangan Hukum Administrasi Negara ----- 68
- F. Hukum Administrasi Negara dan Hukum Tata Negara ----- 71
- G. Sumber Hukum Administrasi Negara
 - 1. Pengertian ----- 75
 - 2. Sumber Hukum Andiminitrasi Negara ----- 81
 - 3. Sumber Hukum Andiminitrasi Negara Materil ----- 82
 - 4. Sumber Hukum Andiminitrasi Negara Formil ----- 83

BAB III PEMERINTAHAN YANG BAIK

- A. Pemerintahan dan Pemerintah ----- 93

- B. Pemerintahan Konstitusional ----- 97
- C. Pemerintahan Yang Baik ----- 100
- D. Pemerintahan Yang Bersih ----- 102
- E. Tata Pemerintahan Yang Baik ----- 105

BAB IV FUNGSI DAN INSTRUMEN PEMERINTAH

- A. Fungsi Pemerintah ----- 114
- B. Instrumen Pemerintah ----- 120
 - 1. Peraturan Perundang-undangan ----- 121
 - 2. Keputusan Tata Usaha Negara ----- 121
 - 3. Kebijaksanaan ----- 130
 - 4. Rencana ----- 132

BAB V ASAS-ASAS UMUM PEMERINTAHAN YANG BAIK

- A. Sejarah ----- 134
- B. Istilah dan Pengertian ----- 135
- C. Fungsi dan Arti Penting AAUPB ----- 137
- D. Macam AAUPB ----- 142
- E. AAUPB Dalam Negara Hukum Pancasila ----- 153
- F. AAUPB dan Peradilan Administrasi ----- 155
- G. AAUPB dan Piagam Madinah ----- 158

BAB VI PENGAWASAN DAN PERLINDUNGAN HUKUM

- A. Pengawasan ----- 169
- B. Perlindungan Hukum ----- 182

BAB VII PERADILAN ADMINISTRASI

- A. Kekuasaan Kehakiman ----- 185
 - B. Peradilan Administrasi ----- 193
 - 1. Istilah ----- 193
 - 2. Dasar Hukum ----- 197
 - 3. Tujuan Pembentukan ----- 198
 - 4. Fungsi Peradilan Administrasi ----- 200
 - 5. Kompetensi Peradilan Administrasi ----- 204
 - 6. Asas Peradilan Administrasi ----- 206
 - C. Upaya Administratif ----- 211
- DAFTAR PUSTAKA ----- 213
- BIODATA PENULIS ----- 224

BAB I

NEGARA HUKUM, DEMOKRASI, & WELFARE

A. Negara: Sebagai Objek Kajian

1. Pengertian

Istilah “negara” dapat disepadankan dengan istilah asing seperti *state* (Inggris), *staat* (Jerman), dan lainnya, yang maknanya dapat dipahami sebagai sebuah kedaulatan, kekuasaan, kesatuan politis, suatu tertib hukum, dan lainnya, intinya makna sebuah negara sangat tergantung dari kacamata yang digunakan. Istilah “negara” merupakan istilah yang sangat erat dengan kehidupan modern saat ini, bahkan negara menjadi kebutuhan vital dalam kehidupan manusia modern. “Negara” telah menjadi tumpuan dalam menata kehidupan bermasyarakat sampai pada perlindungan hal-hal yang bersifat privat, intinya bahwa negara memiliki arti penting dan tidak dapat dipisahkan dalam kehidupan manusia modern.

Arti penting ini tergambar dalam wujud “kedaulatan negara” dalam sebuah negara yang hidup bersandingan dengan perwujudan “kedaulatan Tuhan”, “kedaulatan hukum”, dan kedaulatan rakyat. Misalnya berkaitan dengan kedaulatan hukum, bahwa keberadaan suatu negara tidak akan tertata dan tentram tanpa adanya hukum yang berlaku, hukum dalam tataran modern juga tidak akan tegak dan berfungsi tanpa adanya peranan negara, dan lainnya. Istilah “negara” memiliki arti yang sangat beragam, dalam pandangan Kranenburg, negara itu merupakan organisasi kekuasaan yang diciptakan oleh sekelompok manusia yang disebut bangsa, dengan

tujuan untuk menyelenggarakan kepentingan bersama.¹ Mac Iver juga memiliki pandangan yang senada, bahwa negara merupakan organisasi dan merupakan organ (kekuasaan) yang menjalankan administrasi pada organisasi tersebut.²

Perspektif Bierens de Hans bahwa negara adalah lembaga manusia, manusia lah yang membentuk negara, manusia yang membentuk negara itu mahluk perseorangan (*endelwezen*) dan merupakan juga mahluk sosial (*gemeenschapswezen*), jadi negara adalah bentuk berorganisasinya masyarakat bangsa sebagai kesatuan yang bulat dan mewakili sebuah cita (*een idee vertegenwoordigt*).³ Sementara perspektif Van Apeldorn, bahwa negara memiliki banyak arti: penguasa, persekutuan rakyat, wilayah tertentu, kas negara atau fiskus, dan yang menjadi unsur utama dalam sebuah negara adalah penguasa atau kekuasaan.⁴

Berbeda dengan pandangan di atas, Hans Kelsen memaknai negara sebagai “*Zwangordnung*”, suatu tertib hukum atau tertib masyarakat yang mempunyai sifat memaksa, yang menimbulkan hak memerintah dan kewajiban tunduk, tertib hukum terjelma dalam bentuk peraturan-peraturan yang mengandung sanksi.⁵ Dalam tataran filosofis, pandangan Hans Kelsen dalam bukunya *General Theory of Law and State* yang menguraikan tentang negara atau *state a juristic entity* dan *state as a politically organized society* atau *state as power*. Elemen negara menurutnya mencakup: (i) *The Territory of the State*, seperti mengenai pembentukan dan pembubaran sebuah negara, serta pengakuan atas

¹ Soehino, 1996, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, hlm.184

² *Ibid.*, hlm.197

³ A. Hamid S. Attamimi, 1990, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara: Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden Yang Berfungsi Pengaturan Dalam Kurun Waktu Pelita I-Pelita IV*, Disertasi Fakultas Pasca Sarjana Universitas Indonesia, Jakarta, hlm.53-54

⁴ Van Apeldoorn, 1981, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm.304

⁵ Soehino, *Op.Cit.*, hlm.191

negara dan pemerintahan; (ii) *Time element of the states*, yaitu waktu pembentukan negara; (iii) *The people of the State*, rakyat negara, (iv) *The competence of the state as the material sphere of Validity of the National Legal Order*, misalnya yang berkaitan dengan pengakuan internasional; (v) *conclit of laws* (pertentangan antar tata hukum), (vi) *the so-called fundamental Rights and Duties of the State* (soal jaminan hak dan kebebasan asasi manusia), (vii) *The Power of the state* (aspek-aspek mengenai kekuasaan negara).⁶

Perspektif lain, pandangan Miriam Budiardjo dalam bukunya berjudul *Dasar-Dasar Ilmu Politik* mengemukakan bahwa negara adalah organisasi kekuasaan atau integrasi dari kekuasaan politik, negara adalah organisasi pokok dari kekuasaan politik atau *agency* (alat) dari masyarakat yang mempunyai kekuasaan untuk mengatur hubungan-hubungan manusia dengan masyarakat.⁷ Pandangan lain menyebutkan bahwa negara merupakan suatu kehidupan berkelompok manusia yang mendirikan bukan saja atas dasar perjanjian bermasyarakat (kontrak sosial), tetapi juga atas dasar fungsi manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan di bumi yang mengemban kekuasaan sebagai amanah, karena itu manusia dalam menjalin hidup ini harus sesuai dengan perintah-perintah Tuhan dalam rangka mencapai kesejahteraan baik di dunia maupun di akherat.⁸

Intinya bahwa negara sebenarnya merupakan konstruksi yang diciptakan oleh umat manusia (*human creation*) tentang pola hubungan antarmanusia dalam kehidupan bermasyarakat yang diorganisasikan sedemikian rupa untuk maksud memenuhi

⁶ Hans Kelsen, 1961, *General Theory of Law and State*, Russel and Russel, New York, hlm.207-267

⁷ Miriam Budiardjo, 1986, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, hlm.38

⁸ Pandangan ini berkaitan dengan relasi antara agama dan negara, yang tidak ada dikotomi antara keduanya, berbeda dalam pandangan sekulerisme barat yang memisahkan peranan negara dan agama, lihat Muhammad Tahir Azhary, 2004, *Negara Hukum: Suatu Studi Tentang Prinsip- Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah*, Prenada Media, Jakarta, hlm.17

kepentingan dan mencapai tujuan bersama. Apabila perkumpulan orang bermasyarakat itu diorganisasikan untuk mencapai tujuan sebagai unit pemerintahan tertentu, maka perkumpulan itu dapat dikategorikan diorganisasikan secara politik, dan disebut *body politic* atau negara (*state*) sebagai *a society political organized*.⁹ Negara sebagai *body politic* itu oleh ilmu negara dan ilmu politik sama-sama dijadikan sebagai objek utama kajiannya.

Ilmu Negara merupakan ilmu yang menyelidiki dan membicarakan tentang negara,¹⁰ negara juga dikaji dalam berbagai perspektif, misalnya ilmu politik dengan spesifikasi pengkajian ilmu pemerintahan, administrasi negara atau publik, dan lainnya. Dalam perspektif ilmu hukum, negara juga banyak dikaji, misalnya Hukum Tata Negara (HTN) dan Hukum Administrasi Negara (HAN), yang keduanya ini sangat terkait dengan kajian ilmu negara, bahkan ilmu negara merupakan dasar sebelum mempelajari dua kajian tersebut. Ilmu HTN mengkaji aspek hukum yang membentuk dan yang dibentuk organisasi negara itu, sedangkan Ilmu HAN mengkaji berjalannya roda negara atau pemerintahan tersebut. Artinya dalam konteks ini bahwa politik hukum tata negara dan politik hukum administrasi negara dalam suatu negara mempengaruhi isi kajian HTN dan HAN dalam negara tersebut, yang setiap negara bahkan setiap benua memiliki tradisi keilmuan yang berbeda, sehingga secara keilmuan mengkaji keduanya tidak melulu merujuk pada konsep negara barat (sekulerisme) tetapi sebaiknya mengkaji konsep-konsep yang lahir dari timur (misalnya nomokrasi Islam), sehingga secara keilmuan pun dapat bersikap arif dan tepat.

Perspektif ilmu politik yang melihat negara sebagai *a political society* dengan memusatkan perhatian pada dua kajian utama, yaitu teori politik (*political theory*) dan organisasi politik (*political*

⁹ Jimly Asshiddiqie, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara : Jilid I*, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, hlm.13

¹⁰ Soehino, *Op.Cit.*, hlm.1

organization), ilmu politik merupakan bagian dari ilmu sosial yang lebih memusatkan pada negara sebagai realitas politik. Menurut Clarke, “...*politics can only be understood through the behaviour of its participants and that this behaviour is determined by ‘social forces: social, economic, racial faction, etc.’*” Lebih lanjut Clarke mengatakan bahwa legalisme itu bersifat *redundant* dalam studi ilmu politik, tetapi *the rules of the constitution* dan lebih penting lagi struktur-struktur institusional pemerintahan negara bukanlah yang relevan untuk dipersoalkan dalam ilmu politik, tetapi perikulah yang menjadi subjek utama dalam ilmu politik.¹¹

2. Negara dan Konsepsi Kedaulatan

Negara merupakan organisasi kekuasaan, dalam organisasi kekuasaan tersebut organ (alat perlengkapan negara) yang biasa disebut sebagai lembaga negara atau lembaga pemerintahan yang berperan dalam mendesain, mengatur dan mengelola sistem dan jalannya roda negara tersebut. Dalam bahasa Jack H. Nagel bahwa konsepsi kekuasaan terdapat dua hal penting, yaitu: (1) lingkup kekuasaan (*scope of power*) yang menyangkut soal aktivitas atau kegiatan yang tercakup dalam fungsi kedaulatan, dan; (2) jangkauan kekuasaan (*domain of power*), berkaitan dengan siapa yang menjadi subyek dan pemegang kedaulatan (*sovereign*).¹² Relasi negara dengan berbagai kekuasaan tertinggi (kedaulatan) banyak melahirkan konsepsi kedaulatan (*sovereignty*), menurut *Webster’s Dictionary* bahwa *sovereign* diartikan sebagai, (i) *above or superior to all others, chief, greatest, supreme*, (ii) *supreme of power, rank, or authority*, (iii) *holding the position rules, royal, reigning*, (iv) *independent on all others, as a sovereign state*, (v) *excellent, very effectual, a cure or remedy*, (vi) *one who exercises supreme power, a supreme ruler, the person having the highest*

¹¹ Jimly Asshiddiqie, *Loc. Cit.*

¹² Jack H. Nagel, 1986, *The Descriptive Analysis of Power*, Yale University Press, New Haven, hlm.14

*authority in a state, (vii) a group of persons or a state that possesses sovereign authority.*¹³

Dalam pandangan Jimly Asshiddiqie, bahwa unsur-unsur *sovereignty* meliputi: (i) kekuasaan, (ii) bersifat terkuat dan terbesar (*superior*), (iii) bersifat tertinggi (*supreme*), (iv) pemegangnya berada pada kedudukan pemberi perintah, (v) bersifat merdeka dan tidak tergantung kepada kekuasaan orang atau badan lain, (vi) mengandung kewenangan (otoritas) untuk mengambil keputusan terakhir dan tertinggi.¹⁴ Konsepsi kedaulatan (kekuasaan) ini berkembang dan memencar dalam beberapa macam, baik kedaulatan negara, kedaulatan Tuhan, kedaulatan rakyat maupun kedaulatan hukum, bahkan dalam sebuah negara tertentu terjadi perkawinan sistem dari keempat macam kedaulatan tersebut.

Pendalaman pemahaman mengenai konsepsi kedaulatan Tuhan, kedaulatan raja, kedaulatan negara, kedaulatan hukum, dan kedaulatan rakyat dalam penjelasan sub bab di bawah ini:

a. Kedaulatan Tuhan (Teokrasi)

Dalam pandangan James H. Smylie sebagaimana dikutip oleh Ahmad Sukardja,¹⁵ bahwa teokrasi merupakan suatu bentuk pemerintahan dimana otoritas dan kekuasaan dianggap berasal dari Tuhan. Penguasa secara langsung bertanggungjawab kepada Tuhan dan akan diadili oleh Tuhan, kehendak raja biasanya dipandang sebagai kehendak Tuhan, raja dianggap mempunyai *divine right of the King*. Pemerintahan ini ditandai dengan: (i) dominannya aturan Tuhan; (ii) susunan pemerintahan ditujukan untuk untuk melaksanakan aturan Tuhan; (iii) pengukur kebijakan dan putusan-putusan politik adalah norma aturan Tuhan. Konklusi Ahmad

¹³ *Webster's Deluxe Unbridged Dictionary*, 1979, Doser and Baber, hlm.1736

¹⁴ Jimly Asshiddiqie, 2005, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, hlm.125

¹⁵ Ahmad Sukardja, 1995, *Piagam Madinah dan Undang-undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan Tentang Dasar Hidup Bersama Dalam Masyarakat Yang Majemuk*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, hlm.90

Sukardja mengenai teokrasi bahwa : (i) Tuhan dianggap memerintah negara melalui wakil-Nya, hukum negara adalah hukum Tuhan, dan negara hanya sebagai penyelenggara hukum Tuhan; (ii) pimpinan negara adalah ulama atau organisasi keagamaan (misalnya gereja), dengan kata lain hukum negara adalah hukum agama, dan negara dipimpin oleh ahli agama sebagai wakil Tuhan.¹⁶

Teori kedaulatan Tuhan ini merupakan teori yang paling tua, tidak terdeteksi kapan munculnya pemahaman kedaulatan Tuhan ini, mungkin pada saat manusia mengenal keberadaan Tuhan, atau sejak manusia pertama yang diciptakan Tuhan, sebab titik utama dalam teori ini adalah keberadaan Tuhan yang nyata dan memiliki kekuasaan tertinggi untuk mengatur kehidupan manusia. Perspektif akademis negara-negara barat, teori ini mulai berkembang pada jaman abad pertengahan (antara abad ke V sampai XV) yang erat kaitannya dengan munculnya agama baru pada saat itu, yaitu agama Kristen, yang diorganisir oleh gereja dan dikepalai oleh seorang Paus.

Penganut teori teokrasi (kedaulatan Tuhan) ini seperti: Augustinus, Thomas Aquinas, Marsilius, dan lainnya, kesemuanya sepakat bahwa kekuasaan tertinggi ada pada tangan Tuhan, namun perbedaannya terkait dengan kekuasaan Tuhan di dunia diwakilkan kepada: (i) Paus (Augustinus), (ii) Raja (Thomas Aquinas, dalam hal ini dibedakan antara kekuasaan Paus dan Raja, Paus dibidang keagamaan, sedangkan Raja dilapangan keduniawian), sedangkan Marsilius menitikberatkan pada negara atau raja sebagai pemegang kedaulatan di dunia.¹⁷

Dalam perspektif Islam, pandangan Ahmad Sukardja terkait dengan relasi kedaulatan Tuhan dengan keberadaan sebuah negara, bahwa negara yang terbentuk pada masa Muhammad SAW adalah negara teokrasi Islam, sebab pembentuk negara Madinah adalah

¹⁶ *Ibid.*, hlm.91

¹⁷ Soehino, *Op.Cit*, hlm.152

seorang Nabi yang menerapkan hukum Tuhan di dalam negara, dengan demikian kedaulatan ada pada Tuhan, Muhammad SAW bukan sekedar dianggap sebagai wakil Tuhan tetapi sepenuhnya adalah wakil Tuhan (utusan Tuhan) yang diakui kebenarannya oleh kaum muslimin, baik dalam menyampaikan wahyu maupun memimpin mereka, kepala negara Madinah adalah kepala (pemimpin) agama Islam.¹⁸

b. Kedaulatan Raja

Kedaulatan raja merupakan konsep kekuasaan tertinggi berada di tangan raja, dalam arti sebuah ajaran yang beranggapan bahwa hanya raja yang memegang kekuasaan tertinggi dalam suatu negara.¹⁹ Pandangan kedaulatan raja ini muncul terutama setelah periode sekularisasi negara dan hukum di Eropa.

c. Kedaulatan Negara

Kedaulatan negara merupakan konsep kekuasaan yang meletakkan peranan tertinggi pada negara, namun dalam hal ini tidak dijelaskan apakah bersifat absolut atau terbatas, sebab kedaulatan negara berbeda dengan absolutisme negara (*staats-absolutisme*) yang meletakkan peranan negara yang sifatnya absolut dan tidak terbatas.

Dalam bahasa Georg Jellinek bahwa hukum itu merupakan jelmaan dari kehendak dan kemauan negara, jadi negara yang menciptakan hukum dan merupakan satu-satunya sumber hukum, sehingga di luar negara tidak ada kekuasaan untuk menetapkan hukum.²⁰ Pandangan Jean Bodin bahwa negara merupakan perwujudan kekuasaan (kedaulatan), sebab kedaulatan merupakan kekuasaan tertinggi terhadap para warga negara dan rakyatnya,

¹⁸ Ahmad Sukardja, *Op.Cit.*, hlm.92-93

¹⁹ Jimly Asshiddiqie, 1994, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia: Pergeseran Keseimbangan Antara Individualisme dan Kolektivisme dalam Kebijakan Demokrasi Politik dan Demokrasi Ekonomi Selama Tiga Masa Demokrasi, 1945-1980-an*, PT.Ichtiar Baru Van Houve, Jakarta, hlm.10

²⁰ Soehino, *Op.Cit.*, hlm.155

tanpa ada suatu pembatasan apapun dari undang-undang, intinya bahwa negara merupakan kekuasaan tertinggi dalam membuat hukum, sifatnya tunggal (hanya negara yang memiliki), asli (kekuasaan tidak berasal dari kekuasaan lainnya), abadi (tidak tergantikan dan tidak lapuk dimakan usia), dan tidak dapat dibagi-bagi (tidak dapat diserahkan kepada kekuasaan lain).²¹

d. Kedaulatan Hukum

Pemegang kekuasaan tertinggi adalah hukum, sehingga raja/pemerintah atau penguasa maupun rakyat tunduk dan patuh pada hukum, semua sikap dan tingkah laku harus sesuai dengan hukum, dalam bahasa Krabe bahwa hukum bersumber dari rasa hukum yang terdapat dalam suatu masyarakat. Kedaulatan hukum berkaitan erat dengan doktrin negara hukum sesuai prinsip *the rule of law* maupun *rechtsstaat*, selain dua istilah ini juga dikenal istilah nomokrasi (*nomocracy*) sebagai konsep kekuasaan oleh nilai atau norma.

e. Kedaulatan Rakyat

Doktrin kedaulatan rakyat pada pokoknya merupakan dasar bagi konsep negara demokrasi di zaman modern, misalnya terkait dengan pengambilan keputusan, bahwa rakyat mempunyai otoritas tertinggi untuk menetapkan berlaku tidaknya suatu ketentuan hukum dan mempunyai otoritas tertinggi untuk menjalankan dan mengawasi pelaksanaan ketentuan hukum itu. Namun seiring perkembangan konsep demokrasi sebagai jelmaan kedaulatan rakyat, maka lahirlah konsep perwakilan (*representative government*), sehingga aparatus lembaga negara merupakan perwakilan rakyat yang berfungsi mengurus roda negara.

Dalam pandangan Ibnu Khaldun, yang menemukan suatu tipologi negara dengan tolok ukur kekuasaan, yang dibaginya dalam dua kelompok yaitu: (1) negara dengan ciri kekuasaan alamiah (*mulk tabi'i*), dan; (2) negara dengan ciri kekuasaan politik

²¹ *Ibid.*, hlm.78-79

(*mulk siyasi*). Tipe negara yang pertama ditandai oleh kekuasaan sewenang-wenang (despotisme) dan cenderung pada hukum rimba, yang menekankan pada kekuatan dan keunggulan, siapa yang kuat dan unggul akan ‘berkuasa dan menguasai’, dan yang lemah akan ‘tertindas dan termarjinalkan’, negara ini adalah negara yang tidak berperadaban sehingga prinsip keadilan diabaikan.²²

Tipe negara yang kedua dibagi dalam tiga macam, yaitu (a) negara hukum atau nomokrasi Islam (*siyasah diniyah*), (b) negara hukum sekuler (*siyasah ‘aqliyah*), dan (c) negara ala republik Plato (*siyasah madaniyah*), dari ketiga macam tersebut yang paling baik dan ideal adalah negara hukum atau nomokrasi Islam (*siyasah diniyah*), *siyasah ‘aqliyah* hanya berdasarkan pada hukum sebagai hasil rasio manusia tanpa mengindahkan hukum yang bersumber dari wahyu Tuhan, sementara pada *siyasah madaniyah* merupakan suatu negara yang diperintah oleh segelintir elit atas sebagian golongan budak yang tidak memiliki hak pilih.²³ Dalam *siyasah diniyah*, kecuali syariah (hukum Islam) orang menggunakan pula hukum yang bersumber dari akal manusia, sehingga *siyasah diniyah* satu-satunya bentuk tata politik dan kultural yang permanen.²⁴

B. Negara Hukum: Landasan Teoritis Kajian

1. Sejarah Pemikiran

Sejarah timbulnya pemikiran atau cita hukum itu sebenarnya sudah sangat tua, jauh lebih tua dari usia ilmu negara, cita hukum itu awalnya dikemukakan oleh Plato dan Aristoteles. Sehingga secara embrionik bahwa pemikiran negara hukum muncul sejak zaman Yunani Kuno, dalam pandangan Plato bahwa

²² Malcolm H. Kerr, 1966, *Islamic Reform The Political and Legal Theories of Muhammad Abduh and Rasyid Ridha*, University of California Press, Berkeley dan Los Angeles, hlm.86

²³ *Ibid.*, hlm.29

²⁴ Muhammad Tahir Azhary, *Op.Cit.*, hlm.4

penyelenggaraan negara yang baik adalah yang didasarkan pada pengaturan hukum yang baik yang disebut dengan istilah *Nomoi*,²⁵ gagasan Plato tentang negara hukum ini semakin tegas ketika didukung oleh muridnya Aristoteles dengan karyanya *Politica*. Menurut Aristoteles yang memerintah dalam negara bukanlah manusia melainkan pikiran yang adil dan kesusilaannya yang menentukan baik buruknya suatu hukum, manusia perlu dididik menjadi warga yang baik, yang bersusila, yang akhirnya akan menjelmakan manusia yang bersikap adil, apabila keadaan semacam ini terwujud, maka terciptakan suatu “negara hukum”, karena tujuan negara adalah kesempurnaan warganya yang berdasarkan asas keadilan.²⁶ Ide negara hukum menurut Aristoteles ini nampaknya sangat erat dengan keadilan, dikatakan negara hukum jika keadilan tercapai.

Berdasarkan literatur, konsepsi atau ide negara hukum sudah dicetuskan sejak abad ke-17 di negara-negara Eropa Barat, bersamaan dengan timbulnya perjuangan kekuasaan yang tidak terbatas oleh penguasa, yaitu para Raja yang berkekuatan absolut.²⁷ Istilah “negara hukum” muncul pada abad ke-19, istilah pertama kali digunakan oleh Rudolf von Gneist (1816-1895), seorang guru besar di Berlin Jerman, dalam bukunya “*das Englische Verwaltungsgerechte*”, dalam buku tersebut digunakan istilah *rechtsstaat* (negara hukum) untuk pemerintahan negara Inggris.²⁸

Intinya bahwa negara hukum atau asas negara hukum berarti dalam penyelenggaraan negara, tindakan-tindakan penguasanya harus didasarkan pada hukum, bukan didasarkan pada kekuasaan atau kemauan penguasanya belaka dengan maksud untuk membatasi kekuasaan penguasa dan bertujuan melindungi

²⁵ Ni'matul Huda, 2005, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, UII Press, Yogyakarta, hlm.1

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Abdul Mukthie Fadjar, 2005, *Tipe Negara Hukum*, Bayu Media, Malang, hlm.10

²⁸ *Ibid.*

kepentingan masyarakatnya, yaitu perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia anggota-anggota masyarakatnya dari tindakan sewenang-wenang.²⁹ Dari sejarah kelahiran, perkembangan maupun pelaksanaannya diberbagai negara, konsep negara hukum sangat dipengaruhi dan bahkan tidak dapat dipisahkan dari asas kedaulatan rakyat, asas demokrasi serta asas konstitusional, karena hukum yang hendak ditegakkan yaitu hukum yang bersumber dari aspirasi rakyat, untuk rakyat, dan dibuat oleh rakyat melalui wakilnya yang dipilih secara konstitusional. Dengan demikian elemen penting dan merupakan syarat mutlak negara hukum adalah: asas pengakuan dan perlindungan Hak Asasi Manusia, asas legalitas, asas pembagian kekuasaan negara, asas peradilan bebas dan tidak memihak, asas kedaulatan rakyat, asas demokrasi, dan asas konstitusional.³⁰

2. Perkembangan Konsep

Dalam konsep kenegaraan barat, setidaknya ada dua tradisi besar gagasan negara hukum, yaitu negara hukum tradisi Eropa Kontinental yang disebut *Rechtstaat* dan negara hukum dalam tradisi Anglo Saxon yang disebut *Rule of Law*, selain tradisi negara hukum barat tersebut, di negara-negara Islam (negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam, misalnya Mesir, Saudi Arabia, Malaysia, Pakistan, termasuk Indonesia) berkembang konsepsi negara hukum yang berbeda dengan konsep barat di atas, perbedaannya terletak pada hubungan antar agama dan negara, konsep ini sering disebut Nomokrasi Islam, yang oleh sebagian kalangan disebut teokrasi Islam. Selain konsep bernegara dari barat dan Islam, di negara komunis juga melahirkan konsep *Sociality Legality* (negara hukum) yang berpijak pada komunisme, konsep ini sebagai kritik terhadap keberadaan konsep kenegaraan (negara hukum) dari barat yang cenderung bersifat individualisme (*the rule*

²⁹ Joeniarto, 1968, *Negara Hukum*, YBP Gadjah Mada, Yogyakarta, hlm.53

³⁰ Abdul Mukthie Fadjar, *Tipe...Op.Cit.*, hlm. 42.

of law dan *rechtsstaat*). Detail pendalaman pemahaman mengenai beberapa konsep negara hukum tersebut di atas, diuraikan dalam sub-bab di bawah ini:

a. *Rechtsstaat*

Istilah *rechtsstaat* mulai populer di Eropa sejak abad ke-19, konsep *rechtstaat* lahir dari perjuangan menentang absolutisme sehingga bersifat revolusioner. Konsep *rechtstaat* bertumpu pada sistem hukum kontinental yang disebut *Civil Law* yang berkarakteristik administratif.³¹ Dalam pandangan Satya Arinanto³² bahwa *Rechtsstaatsgedachte* (paham negara hukum) Eropa Kontinental berkembang di Perancis dan Jerman, di Perancis unsur negara hukum berkembang dari ranah teori dan ranah praktik, dalam ranah teori berkembang 2 unsur: *grondrechten* (hak-hak dasar), dan *scheidingvan machten* (pemisahan kekuasaan), sedangkan dalam ranah praktik di Perancis pernah eksis 2 peradilan yang membedakan antara warga negara biasa dan para pejabat berdasarkan kedudukannya: *burgerlijke rechtspraak* dan *administratieve rechtspraak*, praktik inilah yang oleh Albert Venn Dicey dijadikan bahan kritik dan melahirkan konsep *equality before the law* dalam teori *the rule of law* nya yang termasyur.

Di Jerman juga berkembang paham negara hukum yang unsur-unsurnya berkembang melalui teori: *grondrechten*, *scheidingvan machten*, *wetmatigheid van het bestuur*, *administratieve rechtspraak* (peradilan administrasi).³³ Pada dasarnya negara hukum yang berkembang di Jerman ini merupakan tipe negara hukum formil atau negara hukum dalam arti sempit,

³¹ Ni'matul Huda, *Negara...Op.Cit.*, hlm.9

³² Satya Arinanto, 2010, *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia Pasca Orde Baru: Catatan Untuk Diskusi*, Makalah Perjamuan Ilmiah Dekan FH Universitas Negeri dan Swasta Se-Indonesia: Tentang Membangun Komitmen dan Kebersamaan Untuk Memperjuangkan Hak Asasi Manusia, Yogyakarta 16-17 Juni 2010, hlm.3

³³ *Ibid.*

yakni negara yang segala sesuatunya didasarkan pada hukum tertulis yang diwujudkan dalam bentuk undang-undang.

Pandangan F.J. Stahl mengemukakan empat unsur pokok negara hukum *rechtsstaat*, yaitu:³⁴

- 1) Pengakuan dan perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia oleh negara;
- 2) Negara didasarkan pada teori pemisahan dan pembagian kekuasaan, teori dalam negara hukum ini untuk menjamin Hak Asasi Manusia;
- 3) Pemerintahan diselenggarakan berdasarkan peraturan perundang undangan (*wetmatige bestuur*);
- 4) Adanya peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).

Unsur peradilan administratif dalam perselisihan dalam konsep ini menunjukkan adanya hubungan historis antara negara hukum Eropa Kontinental dengan Romawi, pada kerajaan Romawi kekuasaan yang menonjol dari Raja adalah membuat peraturan melalui dekrit, kekuasaan itu kemudian di delegasikan kepada pejabat-pejabat administratif yang membuat pengarahan-pengarahan tertulis bagi hakim tentang bagaimana memutus suatu sengketa, begitu besarnya peranan administrasi, sehingga tidaklah mengherankan kalau dalam sistem Kontinental mula pertama muncul cabang baru yang disebut “*droit administrative*” yang intinya hubungan antara administrasi dengan rakyat sebagai langkah membatasi kekuasaan negara (hukum administrasi dan peradilan administrasi).³⁵

³⁴ S.F Marbun, 2003, *Peradilan Administrasi dan Upaya Administratif di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, hlm.9

³⁵ Philipus M. Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia: Sebuah Studi Tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, Bina Ilmu, Surabaya, hlm.73

Adanya peradilan administrasi sebagai ciri khusus *rechtsstaat* dimaksudkan untuk memberikan perlindungan hukum bagi warga masyarakat terhadap sikap tindak pemerintah yang melanggar hak asasi dalam lapangan administrasi negara, kecuali itu kehadiran peradilan administrasi akan memberikan perlindungan hukum yang sama bagi administrasi negara yang bertindak benar dan sesuai dengan hukum, dalam negara hukum harus diberikan perlindungan yang sama kepada warga dan pejabat administrasi negara.³⁶

Pemikir Belanda yang menaruh perhatian terhadap negara hukum antara lain adalah Scheltema, menurutnya bahwa negara hukum mencakup empat unsur utama, yaitu:³⁷

- 1) Adanya kepastian hukum, meliputi: asas legalitas; undang-undang yang mengatur tindakan yang berwenang sedemikian rupa, hingga warga mengetahui apa yang dapat diharapkan; undang-undang tidak boleh berlaku surut, hak asasi dijamin oleh undang-undang; peradilan yang bebas dari pengaruh kekuasaan lain;
- 2) Asas persamaan, meliputi: tindakan yang berwenang diatur dalam undang-undang dalam arti materiil; dan adanya pemisahan kekuasaan
- 3) Asas demokrasi, meliputi: hak untuk memilih dan dipilih bagi warga negara; peraturan untuk badan yang berwenang ditetapkan oleh parlemen; parlemen mengawasi tindakan pemerintah;
- 4) Asas pemerintah untuk rakyat, meliputi: hak asasi manusia dijamin dengan undang-undang dasar; dan pemerintahan secara efektif dan efisien.

³⁶ S.F Marbun, *Peradilan Administrasi...Loc.Cit*

³⁷ Azhary, 1995, *Negara Hukum Indonesia*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, hlm.56

b. *The Rule of Law*

Istilah *the rule of law* mulai populer setelah terbitnya buku Albert Venn Dicey tahun 1885 yang berjudul *Introduction to the Study of Law of The Constitution*. Perkembangan *the rule of law* secara evolusioner, sistem ini bertumpu pada sistem *Anglo Saxon* yang disebut *Common Law* yang mempunyai karakteristik yudisial.³⁸

Albert Venn Dicey mengetengahkan tiga unsur utama dari *The Rule of law* yaitu:³⁹

- 1) *Supremacy of law* (supremasi hukum), artinya bahwa yang mempunyai kekuasaan tertinggi di dalam suatu negara adalah hukum (kedaulatan hukum), tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), dalam arti bahwa seseorang dapat dihukum jika melanggar hukum dan kebebasan warga dijamin oleh hukum. Menurut Dicey bahwa supremasi absolut atau keunggulan *regular law* sebagai kebalikan dari pengaruh kekuasaan sewenang-wenang dan meniadakan adanya kesewenang-wenangan prerogatif, atau wewenang diskresi yang luas pada pihak pemerintah. Orang Inggris diatur oleh hukum dan hanya oleh hukum, dan seseorang barangkali dihukum bersama kami untuk suatu pelanggaran hukum, dia boleh dihukum tapi bukan untuk hal yang lain;
- 2) *Equality before the law* (persamaan dalam bidang hukum), artinya persamaan dalam kedudukan hukum bagi setiap warga negara, baik selaku pribadi maupun kualifikasinya sebagai pejabat negara tunduk pada hukum yang sama (*ordinary court*);
- 3) *Constitution based on human right* (Ketentuan Konstitusi dan peraturan perundang-undangan di bawahnya berlandaskan perlindungan hak asasi manusia), artinya konstitusi bukan merupakan sumber dari hak asasi manusia dan jika hak asasi

³⁸ Ni'matul Huda, *Negara...Loc.Cit.*

³⁹ A.V Dicey, 1952, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Mac Millan, London, hlm.223

manusia itu diletakkan dalam konstitusi itu hanya sebuah penegasan bahwa hal Hak Asasi Manusia itu harus dilindungi, sehingga ada sebuah konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan dalam setiap peraturan perundang-undangan.

Sementara Wade and Philips menentang tiga unsur *the rule of law*, yaitu: *the rule of law* adalah sesuatu pandangan filosofis barat terhadap masyarakat berkaitan dengan demokrasi menentang otokrasi; *the rule of law* merupakan doktrin hukum bahwa pemerintahan harus dilaksanakan sesuai dengan hukum; *the rule of law* merupakan kerangka pikir politik yang harus dirinci lebih jauh dalam peraturan-peraturan hukum substantif dan hukum formal.⁴⁰

Unsur-unsur negara hukum produk Barat (*Rechtsstaat* dan *The Rule of Law*) memiliki persamaan dan perbedaan, persamaan pokok antara *Rechtsstaat* dan *The Rule of Law* adalah keinginan untuk memberikan perlindungan hukum dan penghormatan terhadap hak asasi manusia yang telah diimpikan sejak berabad-abad lamanya dengan perjuangan dan pengorbanan yang besar. Faktor utama penyebab timbulnya penindasan dan pelanggaran terhadap hak asasi manusia itu, karena terpusatnya kekuasaan negara mutlak pada satu tangan, yakni raja atau negara (*absolut*). Karena itu adanya keinginan untuk memisahkan dan membagikan kekuasaan negara kepada beberapa badan atau lembaga negara lainnya, merupakan salah satu cara untuk menghindari terjadinya pelanggaran terhadap asasi manusia sekaligus memberikan jaminan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia.⁴¹ Demikian pula harapan agar pemerintahan dijalankan berdasarkan hukum atas dasar persamaan di hadapan hukum, terkandung maksud untuk mewujudkan pemerintahan bukan oleh manusia tetapi oleh hukum (*government by law, not by men*).

⁴⁰ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan...Op.Cit.*, hlm.81-82

⁴¹ S.F Marbun, *Peradilan Administrasi...Op.Cit.*, hlm.8

Perbedaan pokok antara *Rechtsstaat* dan *The Rule of Law* ditemukan pada unsur peradilan administrasi, di negara Anglo Saxon penekanan pada prinsip persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*) lebih ditonjolkan, sehingga dipandang tidak perlu menyediakan sebuah peradilan khusus untuk pejabat administrasi negara. Prinsip *equality before the law* menghendaki agar prinsip persamaan antara rakyat dan pejabat administrasi negara, harus juga tercermin dalam lapangan peradilan, pejabat administrasi atau pemerintah atau rakyat harus sama-sama tunduk pada hukum dan bersamaan kedudukannya di hadapan hukum.⁴²

Adanya peradilan administrasi sebagai ciri khusus *rechtsstaat* dimaksudkan untuk memberikan perlindungan hukum bagi warga masyarakat terhadap sikap tindak pemerintah yang melanggar hak asasi dalam lapangan administrasi negara, kecuali itu kehadiran peradilan administrasi akan memberikan perlindungan hukum yang sama bagi administrasi negara yang bertindak benar dan sesuai dengan hukum, dalam negara hukum harus diberikan perlindungan yang sama kepada warga dan pejabat administrasi negara.⁴³

c. Nomokrasi Islam

Nomokrasi Islam berangkat dari perbincangan tentang pengelolaan kekuasaan atau politik (negara) dalam hubungannya dengan agama (*religio-political power*), yang mengklaim perlunya penyatuan agama dan kekuasaan karena jangkauan agama meliputi seluruh aspek kehidupan, semisal bahwa dalam dimensi hubungan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara, agama seringkali dijadikan standar penilaian (*social judgement*) terhadap perbuatan atau tindakan sebagai sesuatu yang bermoral atau tidak, adil atau tidak adil, baik atau tidak baik, dan lainnya. Bahkan agama dapat dijadikan standar penilaian terhadap konsep dan pengelolaan negara atau kinerja dari aparatur pemerintahan.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*,hlm.9

Ideologi Islam itu bagaikan piramid dengan satu titik pusat di atas, Islam adalah keyakinan yang bersifat monoteistik yang menempatkan segala sesuatunya atas dasar ke-Esaan Tuhan, konsep ke-Esaan ini mencakup dan sekaligus tercermin dalam segala aspek kehidupan, baik menyangkut etika, sosiologi, politik, ekonomi, hukum dan konsep yang demikian itu juga menentukan sikap pemeluknya terhadap ilmu dan alam semesta. Sehingga ‘siapa saja yang memahami ajaran Islam akan mengetahui bahwa Islam menuntut adanya penyatuan agama dan politik’, Islam bukan hanya mengajarkan hubungan manusia dengan Tuhan, tetapi lebih dari itu meletakkan dasar-dasar yang pasti menyangkut tingkah laku kehidupan manusia dalam segala aspek. Praktik yang dilakukan Nabi Muhammad (piagam Madinah) pun membuktikan bahwa adanya upaya merealisasikan ajaran Al-Qur’an untuk kehidupan bermasyarakat, bahkan piagam Madinah dikenal sebagai konstitusi tertulis pertama dalam sejarah umat manusia.

Dalam hukum Islam dijumpai aspek hukum ketatanegaraan yang dinamakan *al-ahkam al sultaniya*, pandangan Ibnu Khaldun bahwa tipologi negara dengan menggunakan tolok ukur kekuasaan dapat digambarkan dengan dua keadaan manusia, keadaan alamiah dan keadaan yang berperadaban, keadaan yang berperadaban memunculkan gagasan negara hukum. Lanjutnya, bahwa dalam *mulk siyasi* ada dua macam negara hukum: (a) *Siyasah Diniyah* yang diterjemahkan nomokrasi Islam, dan (b) *Siyasah ‘Aqliyah* yang diterjemahkan dalam nomokrasi sekuler. Ciri pokok yang membedakan kedua macam nomokrasi tersebut adalah pelaksanaan hukum Islam (*syari’ah*) dalam kehidupan negara dan hukum sebagai pemikiran manusia. Dalam nomokrasi Islam, baik *syari’ah* maupun hukum yang berdasarkan rasio manusia, kedua-duanya berfungsi dan berperan dalam negara, sebaliknya dalam nomokrasi sekuler manusia hanya menggunakan rasio.⁴⁴

⁴⁴ Muhammad Tahir Azhary, *Op.Cit.*, hlm.84

1) Pengertian Nomokrasi Islam

Negara hukum atau nomokrasi Islam (*siyasaḥ diniyah*) atau tipe negara hukum yang menjadikan syariah (hukum Islam) sebagai fondasinya.⁴⁵ Malcolm H. Kerr menamakan negara hukum Islam tersebut sebagai nomokrasi Islam.⁴⁶ Menurut Muhammad Tahir Azhary bahwa predikat negara hukum dalam perspektif hukum Islam yang paling tepat adalah nomokrasi Islam bukan teokrasi,⁴⁷ nomokrasi Islam artinya kekuasaan yang didasarkan pada hukum-hukum yang berasal dari Allah, “Karena Tuhan itu abstrak dan hanya hukumnya yang nyata tertulis...”. Majid Khadduri mengutip rumusan nomokrasi dari *The Oxford Dictionary* sebagai berikut: Nomokrasi adalah suatu sistem pemerintahan yang di dasarkan pada suatu kode hukum: suatu *rule of law* dalam suatu masyarakat, jika pendapat tersebut dijadikan titik tolak, maka nomokrasi Islam adalah suatu sistem pemerintahan yang di dasarkan pada asas-asas atau kaidah-kaidah hukum Islam (*syari’ah*) atau “*Rule of Islamic Law*”.⁴⁸

Nomokrasi Islam memiliki prinsip-prinsip umum yang digariskan dalam Al-qur’an dan dicontohkan dalam Sunnah, di antara prinsip-prinsip itu, maka prinsip musyawarah, keadilan dan persamaan merupakan prinsip-prinsip yang menonjol dalam nomokrasi Islam, teokrasi adalah suatu miskonsepsi atau kegagalan pemahaman terhadap konsep negara dari sudut hukum Islam, karena baik secara teoritis maupun sepanjang praktik sejarah Islam teokrasi tidak dikenal dan tidak pula diterapkan dalam Islam. Menurut Waraq Ahmad Husaini mencatat bahwa nomokrasi Islam bertujuan untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat universal, baik di dunia maupun di akherat (*al-masalih al-kaffah*).

⁴⁵ *Ibid.*, hlm.14

⁴⁶ Malcolm H. Kerr, *Op.Cit.*, hlm.29

⁴⁷ Muhammad Tahir Azhary, *Op.Cit.*, hlm.87

⁴⁸ *Ibid.*

2) Supremasi Hukum (*Supremacy of Islamic Law*)

Islam mengandung peraturan-peraturan atau hukum-hukum kenegaraan (hukum tata negara dan hukum administrasi negara), termasuk hukum perdata dan hukum pidana, untuk melaksanakan hukum-hukum tersebut tentunya diperlukan lembaga yang dengan kekuasaannya dapat menjamin berlakunya hukum-hukum itu, oleh karena itu adanya penguasa atau pemerintah merupakan suatu keharusan, namun bentuk dan sistem pemerintahan, umat Islam bebas memilih mana yang paling sesuai asalkan tidak bertentangan dengan hukum-hukum yang telah ditetapkan oleh Islam (dalam hal ini Islam bersifat demokratis). Pandangan ini memungkinkan pemerintahan yang berdasarkan kerakyatan, tetapi tetap menjunjung tinggi prinsip supremasi hukum Islam atau syari'ah (*Supremacy of Islamic Law/Syari'ah*).⁴⁹

Dalam Islam terdapat supremasi hukum (*Supremacy of Islamic Law*), bahwa Al-Qur'an menggariskan bahwa salah satu ciri pokok dari seorang muslim dan/ atau masyarakat Islam adalah kesiapan untuk menjalankan hukum Allah Swt (Syari'ah), ilmu hukum Islam (*ilm al fiqh*) adalah ilmu yang paling penting dalam Islam (*the most noble of the sciences*), sebab ilmu tersebut membahas peristiwa-peristiwa yang selalu muncul, berubah, berkembang, dan tidak pernah berhenti serta tidak ada batasnya. Konsekuensinya pengetahuan dituntut untuk menangani persoalan tersebut juga tidak terbatas dan selalu menuntut perkembangan, konsekuensi lain dari prinsip di atas, hukum seperti terelaborasi pada sumber pokok Islam, Al-Qur'an, menuntut ketertundukan dari semua pihak baik rakyat, penguasa, bahkan Nabi Muhammad sekalipun.

Walaupun Sunnah Nabi pada masa berikutnya menjadi sumber pokok, tetapi kedudukannya menempati posisi kedua setelah Al-qur'an, dan dalam hubungannya dengan Al-Qur'an

⁴⁹ Munawir Sjadzali, 1993, *Islam dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah dan Pemikiran*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, hlm.193

sebagaimana dijelaskan oleh Syatibi, lebih bersifat *subordinate* ketimbang *complementary*.⁵⁰ Dengan demikian, Nabi Muhammad yang secara sosial dan politik dapat dikatakan sebagai pemimpin tertinggi dalam negara dan pemerintahan Islam, juga harus tunduk dan patuh atas ketentuan-ketentuan hukum Al-Qur'an. Hal ini berarti bahwa supremasi hukum merupakan sifat alami yang melekat dalam ajaran Islam dan harus ditegakkan untuk siapa saja termasuk para penguasa, bahkan nabi sekalipun. Sejarah juga menunjukkan bahwa supremasi hukum seperti dijelaskan di atas telah mampu melahirkan perubahan fundamental dikalangan masyarakat Arab ketika itu dan merubah mereka yang semula terbelakang menjadi maju dan kosmopolit serta mampu memimpin peradaban dunia pada masa nya. Intinya secara ringkas bahwa betapa pun *amir*, *khalifah*, atau *sultan* memegang kekuasaan penuh, tetapi dalam praktik ia harus tunduk pada ajaran *syari'ah*, dengan pengawasan melalui sistem *check and recheck* dari sejumlah lembaga yang ada terutama melalui *Majelis Syura*'.⁵¹

3) Pemerintahan Berdasarkan Konstitusi

Pemerintahan berdasarkan konstitusi dalam nomokrasi Islam telah dipraktikkan Nabi Muhammad melalui piagam Madinah sebagai dokumen autentik yang merupakan sumber ide yang mendasari negara, piagam tersebut berisi kebebasan beragama, hubungan antar kelompok, kewajiban mempertahankan kesatuan hidup dan dijadikan pedoman untuk membina kesatuan hidup berbagai golongan warga madinah. Ciri khusus yang menjadikan piagam Madinah sebagai konstitusi atau aturan pokok tata kehidupan bersama di tengah kemajemukan warga Madinah,⁵²

⁵⁰ Akh. Minhaji, "Wawasan Islam Tentang Negara dan Pemerintahan (Perspektif Normatif-Empiris): Sebuah Pengantar", dalam Kamaruzzaman, 2001, *Relasi Islam dan Negara: Perspektif Modernis dan Fundamentalis*, IndonesiaTera, Magelang, hlm.xxxii-xxxiv

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Dahlan Thaib, Ni'matul Huda dan Jazim Hamidi, 2005, *Teori dan Hukum*

yang dalam bahasa W.Montgomery Watt disebut *Constitution of Medina*. Bahkan menurut Marduck Pickthal, H.A.R Gibb, Wensinck dan W.Montgomery Watt, piagam madinah tersebut layak disebut konstitusi.

4) Prinsip Nomokrasi Islam

Konsep nomokrasi Islam yang dikemukakan di atas memiliki kesamaan dengan negara hukum pemikiran barat (*The Rule of Law* maupun *Rechtsstaat*), sebab nomokrasi Islam memiliki prinsip-prinsip umum meliputi: (a) prinsip kekuasaan sebagai amanah; (b) prinsip musyawarah; (c) prinsip keadilan; (d) prinsip persamaan; (e) prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia; (f) prinsip peradilan bebas; (g) prinsip perdamaian; (h) prinsip kesejahteraan; (i) prinsip ketaatan rakyat.⁵³

Dalam nomokrasi Islam, *Rechtsstaat* dan *The Rule of Law* dijumpai prinsip-prinsip persamaan, kebebasan, keadilan, pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia serta kesejahteraan rakyat, namun substansi prinsip-prinsip tersebut memiliki watak yang berbeda secara mendasar karena dalam konsep *rechtsstaat* dan *the rule of law* manusia adalah titik sentral (antroposentrik) dan dalam nomokrasi Islam, Allah adalah titik sentral (teosentrik), sehingga dalam konsep negara hukum barat nilai-nilai transendental sudah diasingkan, sementara dalam nomokrasi Islam tetap terlembaga. Apabila nomokrasi Islam dibandingkan dengan *rechtstaat* dan *the rule of law*, maka ada beberapa keunggulan atau kelebihan nomokrasi Islam, yaitu:⁵⁴

- a) Nomokrasi Islam bersumber dari wahyu Allah, sehingga mengandung kebenaran mutlak;
- b) Memiliki sifat bidimensional, yaitu: duniawi dan ukhrawi;

Konstitusi, Rajawali Press, Jakarta, hlm.32

⁵³ Muhammad Tahir Azhary, *Op.Cit.*, hlm.86

⁵⁴ *Ibid.*, hlm.263-264

- c) Konsep nomokrasi Islam berisi nilai-nilai Ketuhanan (*Illahiyah*) dan kemanusiaan (*Insaniyah*);
- d) Nomokrasi Islam dilandasi oleh doktrin pokok dalam Islam, yaitu: tauhid (unitas) atau Ketuhanan Yang Maha Esa; dan *amar ma'ruf nahi munkar* (artinya agar manusia memerintahkan perbuatan baik atau kebajikan) dan mencegah perbuatan buruk;
- e) Nomokrasi Islam berlaku bagi seluruh umat manusia, prinsip-prinsipnya mengandung nilai-nilai yang universal, eternal, sesuai dengan fitrah manusia.

d. Sociality Legality

Sociality Legality adalah suatu konsep yang dianut di negara-negara komunis atau sosialis yang tampaknya hendak mengimbangi konsep *rule of law* yang dipelopori oleh negara-negara *Anglo Saxon*, lahirnya konsep ini lebih dilatarbelakangi oleh nuansa politik internasional antara negara sosialis dengan negara pengusung *the rule of law*. Intinya bahwa *socialist legality* ini merupakan konsep hukum yang ditempatkan di bawah sosialisme,⁵⁵ “hukum sebagai alat untuk mencapai sosialisme”, hak perseorangan dapat disalurkan kepada prinsip-prinsip sosialisme, meskipun hak tersebut patut mendapat perlindungan.⁵⁶

Muhammad Tahir Azhary⁵⁷ dalam disertasinya membandingkan konsep-konsep Negara hukum di atas, lihat tabel :

⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 91

⁵⁶ Oemar Senoadji, 1980, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, 23

⁵⁷ Muhammad Tahir Azhary, *Op.Cit.*, hlm.100-102

Tabel 1
Perbandingan Konsep Negara Hukum

Point	<i>Rechtsstaat</i>	<i>Rule of Law</i>	Nomokrasi Islam	<i>Sociality Legality</i>
Ciri	Bersumber dari Rasio Manusia, liberalistik, individualistik, humanisme yang antroposentrik (pemusatan pada manusia), pemisahan antara agama dan negara secara mutlak, ateisme di mungkinkan.	Bersumber dari rasio manusia, liberalistik, individualistik, antroposentrik, (pemusatan pada manusia), pemisahan antara agama dan negara secara rigid, <i>freedom of religion</i> dalam arti positif dan negatif, ateisme di mungkinkan.	Bersumber dari Al-Qur'an, Sunnah dan Ra'yu, nomokrasi bukan teokrasi, persaudaraan, humanisme, teosentrik, kebebasan dalam arti positif	Bersumber dari rasio manusia, komunis, ateis, totaliter, kebebasan beragama yang semu, dan kebebasan propaganda anti agama
Unsur utama	<p>Stahl :</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Pengakuan & perlindungan HAM ✓ Trias Politika (Pembagian & Pemisahan Kekuasaan) ✓ <i>Wetmatig bestuur</i>; ✓ Peradilan Administrasi <p>Scheltema:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Kepastian Hukum ✓ Persamaan ✓ Demokrasi ✓ Pemerintahan yang melayani kepentingan umum <p>Intinya penekanan pada peradilan administrasi</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <i>Supremacy of Law</i> ✓ <i>Equality before the Law</i> ✓ <i>Individual Right/ Constitution based on Human Right</i> <p>Tidak memerlukan peradilan administrasi negara, karena peradilan umum dianggap berlaku untuk semua orang, baik warga negara maupun pejabat pemerintah.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Kekuasaan sebagai amanah; ✓ Musyawarah; ✓ Keadilan; ✓ Persamaan; ✓ Pengakuan dan perlindungan terhadap HAM; ✓ Peradilan bebas; ✓ Perdamaian; ✓ Kesejahteraan; ✓ Ketaatan rakyat 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Perwujudan Sosialisme ✓ Hukum adalah alat sosialisme ✓ Penekanan pada sosialisme, realisasi sosialisme ketimbang hak-hak perseorangan

Negara hukum adalah negara yang penyelenggaraan pemerintahannya dijalankan berdasarkan dan bersarkanakan hukum yang berakar dalam seperangkat titik tolak normatif berupa asas-asas dasar sebagai asas-asas yang menjadi pedoman dan kriteria

penilai pemerintahan dan perilaku pejabat pemerintah. Keberadaan negara hukum menurut J. Van der Hoeven memprasyaratkan:⁵⁸

1. Prediktabilitas perilaku, khususnya perilaku pemerintah yang mengimplikasikan ketertiban demi keamanan dan ketentraman bagi setiap orang;
2. Terpenuhinya kebutuhan materiil minimum bagi kehidupan manusia yang menjamin keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi.

Dalam pandangan Scheltema, bahwa unsur-unsur dan asas-asas dasar negara hukum adalah sebagai berikut:⁵⁹

1. Pengakuan, penghormatan dan perlindungan hak asasi manusia yang berakar dalam penghormatan atas martabat manusia (*human dignity*);
2. Asas kepastian hukum, negara hukum bertujuan untuk menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat, hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian dalam hubungan antar manusia, yakni menjamin prediktabilitas, dan juga bertujuan untuk mencegah bahwa hak yang terkuat yang berlaku, beberapa asas yang terkandung dalam asas kepastian hukum adalah:
 - a. Asas legalitas, konstitusionalitas dan supremasi hukum;
 - b. Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat aturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan;
 - c. Asas non-retroaktif perundang undangan: sebelum mengikat, undang undang harus diumumkan secara layak;
 - d. Asas peradilan bebas objektif-imparsial dan adil-manusiawi;

⁵⁸ B. Arief Sidharta, "Kajian Kefilsafatan Tentang Negara Hukum", dalam *Jurnal Hukum Jentera edisi 3 Tahun II November 2004*, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia (PSHK), Jakarta, hlm.123

⁵⁹ *Ibid.*, hlm.124-125

- e. Asas *non-liquet* hakim tidak boleh menolak perkara yang dihadapkan kepadanya dengan alasan undang-undang tidak jelas atau tidak ada;
 - f. Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlingkungannya dalam undang-undang (UUD).
3. Asas *similia similibus* (asas persamaan), dalam negara hukum, pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang tertentu (harus non-diskriminatif). Aturan hukum berlaku sama untuk setiap orang, karena itu harus dirumuskan secara umum dan abstrak. Dua hal penting yang terkandung dalam asas ini adalah:
(1) persamaan kedudukan di hadapan hukum dan pemerintahan;
dan (2) tuntutan perlakuan yang sama bagi semua warga negara.
4. Asas demokrasi, asas demokrasi memberikan suatu cara atau metode pengambilan keputusan, asas ini menuntut bahwa tiap orang harus mempunyai kesempatan yang sama untuk mempengaruhi tindakan pemerintahan. Asas ini diwujudkan lewat sistem representasi (perwakilan rakyat) yang mempunyai peranan dalam pembentukan undang-undang dan kontrol terhadap pemerintah. Beberapa hal penting dalam asas demokrasi:
- a. Pemilihan umum yang langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil;
 - b. Pemerintah bertanggungjawab dan dapat dimintai pertanggungjawaban oleh badan perwakilan rakyat;
 - c. Semua warga negara memiliki kemungkinan dan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan putusan politik dan mengontrol pemerintah;
 - d. Semua tindakan pemerintahan terbuka bagi kritik dan kajian rasional semua pihak;
 - e. Kebebasan berpendapat/ berkeyakinan dan menyatakan pendapat;
 - f. Kebebasan pers dan lalu lintas informasi;

- g. Rancangan undang-undang harus dipublikasikan untuk memungkinkan partisipasi rakyat secara efektif.
5. Pemerintah dan pejabat pemerintah mengemban fungsi pelayanan masyarakat, pemerintah mengemban tugas untuk memajukan kepentingan warga negara semua kegiatan pemerintahan harus terarah kesejahteraan umum beberapa hal yang terdapat dalam asas ini :
- a. Asas-asas umum pemerintahan yang layak/ baik.
 - b. Syarat-syarat fundamental bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan perundang-undangan khususnya dalam konstitusi;
 - c. Pemerintah harus secara rasional menata tiap tindakannya memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (*doelmatig*) jadi harus efisien efektif.

Menurut Jimly Asshiddiqie terdapat dua belas prinsip pokok yang merupakan pilar utama dalam menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga disebut negara hukum, yaitu:⁶⁰

1. Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*)

Adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi, yang hakikatnya pemimpin tertinggi dalam negara sesungguhnya bukanlah manusia tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum yang tertinggi.

2. Persamaan Dalam Hukum (*Equality before the Law*)

Dalam prinsip ini segala tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan *affirmative actions* guna mendorong atau mempercepat kelompok masyarakat tertentu.

3. Asas Legalitas (*Due Process of Law*)

Segala tindakan pemerintah harus didasarkan atas peraturan

⁶⁰ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi...Op.Cit.*, hlm.154-162

perundang-undangan yang sah dan tertulis, namun sebagai penyeimbang diakui pula prinsip *freies ermessen* yang memungkinkan para pejabat administrasi negara mengembangkan dan menetapkan sendiri *beleid regels* atau *policy rules*.

4. Pembatasan Kekuasaan

Pembatasan kekuasaan dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal maupun horizontal, sebab kekuasaan harus dibatasi dengan cara memilah-milah kekuasaan ke dalam cabang-cabang yang bersifat *checks and balances*.

5. Organ-organ Eksekutif Independen

Independensi lembaga merupakan hal yang sangat penting untuk menjamin prinsip negara hukum dan demokrasi, sehingga organ-organ eksekutif yang sebelumnya dianggap kekuasaan eksekutif diberikan hak untuk kelembagaan independen, misalnya komisi-komisi independen.

6. Peradilan Bebas dan Tidak Memihak

Peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*) mutlak adanya dalam negara hukum untuk menjamin keadilan dan kebenaran. Hakim tidak hanya bertindak sebagai mulut undang-undang atau peraturan perundang-undangan, melainkan juga mulut keadilan yang menyuarakan perasaan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat.

7. Peradilan Tata Usaha Negara

Peradilan tata usaha negara difungsikan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi dan dijalankannya putusan peradilan administrasi oleh pejabat administrasi negara yang bersangkutan.

8. Peradilan Tata Negara

Negara hukum modern juga lazim mengadopsi gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya, pentingnya peradilan tata negara ini sebagai upaya *checks and balances* antara cabang kekuasaan yang sengaja dipisah-pisah untuk menjamin demokrasi.

9. Perlindungan Hak Asasi Manusia

Perlindungan konstitusional terhadap hak asasi manusia dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil, perlindungan hak asasi manusia merupakan ciri negara hukum demokratis. Sehingga adanya perlindungan dan penghormatan hak asasi manusia merupakan pilar yang sangat penting dalam setiap negara hukum, jika suatu negara hak asasi manusia terabaikan dan dilanggar dengan sengaja dan penderitaan yang ditimbulkan tidak dapat diatasi secara adil, maka negara tersebut bukan negara hukum dalam arti yang sesungguhnya.

10. Bersifat Demokratis (*Demokratische Rechtsstaat*)

Prinsip demokrasi untuk menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang diterapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup di masyarakat.

11. Berfungsi Sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Negara (*Welfare State*)

Cita-cita hukum terlembagakan melalui gagasan demokrasi maupun negara hukum dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum, negara hukum berfungsi untuk mencapai tujuan negara, dalam konteks negara hukum Pancasila maka diarahkan pencapaian tujuan bernegara dalam rangka melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut serta melaksanakan ketertiban dunia, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

12. Transparansi dan Kontrol Sosial

Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peran serta masyarakat secara langsung dalam menjamin keadilan dan kebenaran.

3. Tipe Negara Hukum

Perkembangan tipe negara hukum membawa konsekuensi terhadap peranan hukum administrasi negara (pemerintah), semakin sedikit campur tangan negara dalam kehidupan masyarakat semakin kecil pula peranan hukum administrasi, dari perkembangan tipe negara hukum menunjukkan derajat peranan administrasi negara dalam negara hukum yang berbeda-beda, perbedaan tersebut lebih disebabkan relasi negara dan kekuasaan sehingga melahirkan corak khusus dan berbeda. Perkembangan tipe negara hukum diawali negara polisi atau *polizie staat*, negara hukum liberal, negara hukum formal, dan negara hukum materil atau modern.

Detail pendalaman pemahaman ragam tipe negara hukum dalam sub bab di bawah ini:

a. Negara Polisi/ *Polizie Staat*

“*Sallus Publica Suprema Lex*”, slogan negara polisi yang intinya kepentingan umum yang harus diutamakan, negara polisi adalah negara yang menyelenggarakan keamanan dan kemakmuran atau perekonomian, tipe negara ini bahwa negara hanya bertugas sebagai menjaga tata tertib saja (negara penjaga malam).

Pemerintahan negara polisi bersifat absolut yang bercirikan: penyelenggaraan negara positif (*bestuur*) dan penyelenggaraan negara negatif (menolak bahaya yang mengancam negara), kekuasaan dalam negara ini berada di tangan Raja. Dalam tipe negara ini belum dikenal hukum administrasi negara, sebab kekuasaan Raja absolut dan rakyat tidak mempunyai hak terhadap raja maupun kekuasaan, yang ada dalam negara ini adalah tentang tata cara memerintah Raja yang bertujuan agar rakyat menjadi makmur (*bestuurkunde* atau *bestuurleer*), sebab hukum administrasi negara atau *bestuursrecht* lahir setelah kedudukan raja dan rakyat seimbang.⁶¹

⁶¹ Ni'matul Huda, Negara...Op.Cit., hlm.3

b. Negara Hukum Liberal

Pemikiran negara hukum ini timbul sebagai reaksi atas konsep negara polisi, yang menghendaki agar supaya negara berstatus pasif artinya negara harus tunduk pada peraturan-peraturan negara, penguasa dalam bertindak sesuai hukum, negara tidak dibenarkan campur tangan dalam penyelenggaraan kepentingan rakyat.⁶² Penyelenggaraan perekonomian negara dalam negara hukum liberal berasaskan persaingan bebas, *laisse faire, laissez passer*, siapa yang kuat dia yang menang, kepentingan masyarakat tidak diperhatikan yang penting mereka (kaum liberal) mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya. Menurut Bachsan Mustafa bahwa ciri negara hukum liberal (klasik), meliputi:⁶³

- 1) Corak negara adalah negara liberal yang mempertahankan dan melindungi ketertiban sosial dan ekonomi berdasarkan asas *Laissez fair laissez passer*, yaitu asas kebebasan dari semua warga negara dan persaingan diantara mereka;
- 2) Adanya suatu *staatonthouding* sepenuhnya artinya pemisahan antara negara dan masyarakat, negara dilarang keras ikut campur dalam lapangan ekonomi dan kehidupan sosial lainnya;
- 3) Tugas negara sebagai penjaga malam (*nachtwakerstaat*) karena hanya menjaga keamanan dalam arti sempit keamanan senjata;
- 4) Ditinjau dari segi politik *nachtwakerstaat* tugas pokoknya menjamin dan melindungi kedudukan ekonomi dari “*the ruling class*” nasib mereka yang bukan “*the ruling class*” tidak dihiraukan oleh alat-alat pemerintah.

c. Negara Hukum Formal

Negara hukum formal adalah negara hukum yang mendapat pengesahan dari rakyat, segala tindakan pemerintah memerlukan

⁶² Donald A. Rumokoy, “Perkembangan Tipe Negara Hukum dan Peranan Hukum Administrasi Negara di Dalamnya”, dalam S.F Marbun dkk (penyuting), 2004, *Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, hlm.13

⁶³ Bachsan Mustafa, *Op.Cit.*, hlm. 8

bentuk hukum tertentu, harus berdasarkan undang-undang (asas legalitas), negara hukum formal ini disebut negara demokratis yang berlandaskan hukum. Namun konsepsi ini perwujudan cita negara hukum tidak tercapai, sehingga konsepsinya dirubah seiring perkembangan masyarakat,⁶⁴ pemahaman konsepsi negara hukum formal ini dikemukakan oleh F.J. Stahl yang bercirikan: (1) pengakuan dan perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia oleh negara; (2) negara didasarkan pada teori pemisahan dan pembagian kekuasaan dalam negara untuk menjamin Hak Asasi Manusia; (3) pemerintahan diselenggarakan berdasarkan peraturan perundang undangan (*wetmatige bestuur*); (4) adanya peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).

d. Negara Hukum Materil

Negara hukum materil merupakan negara hukum yang bercorak *welfare state* yang mengutamakan kemakmuran, sehingga dalam hal ini negara hukum berfungsi sebagai pembuat jembatan yang menghubungkan antara masyarakat dan kesejahteraan, negara berfungsi demi terciptanya kesejahteraan masyarakat secara maksimal. Negara hukum materil merupakan perkembangan lebih lanjut dari negara hukum formal yang mendasarkan pada tindakan penguasa yang berdasarkan undang-undang atau harus berlaku asas legalitas, maka dalam negara hukum materil tindakan dari penguasa dalam hal mendesak demi kepentingan warga negaranya dibenarkan bertindak menyimpang dari undang-undang atau berlaku asas oportunitas.⁶⁵ Tipe negara ini sering disebut dengan negara hukum dalam arti luas atau negara hukum modern.

Menurut Bachsan Mustafa bahwa ciri negara hukum modern, meliputi:⁶⁶

⁶⁴ Ni'matul Huda, *Negara...*, *Op.Cit.*, hlm.6

⁶⁵ Abu Daud Busroh, 1990, *Ilmu Negara*, Bumi Aksara, Jakarta, hlm.54

⁶⁶ Bachsan Mustafa, *Op.Cit.*, hlm. 8

- 1) Corak negara adalah *welfare state*, suatu negara yang mementingkan kepentingan seluruh rakyat;
- 2) *Staatonthouding* telah diganti dengan *staatbemoeienis* artinya negara ikut campur tangan dalam semua lapangan kehidupan masyarakat;
- 3) Ekonomi liberal telah diganti dengan sistem ekonomi yang lebih dipimpin oleh pemerintah pusat (*centraal geleide ekonomie*);
- 4) Tugas dari suatu *welfare state* adalah *bestuurzorg* yaitu menyelenggaraan kesejahteraan umum;
- 5) Tugas negara adalah menjaga keamanan dalam arti luas yaitu keamanan sosial disegala lapangan kehidupan masyarakat.

Dalam negara hukum modern demi tercapainya kesejahteraan umum dimungkinkan dengan adanya delegasi dari kekuasaan pembentuk undang-undang kepada pemerintah dalam membuat peraturan pelaksanaan dan adanya *freies ermesen* yang memungkinkan pemerintah menjamin ketertiban yang lebih adil dalam usaha memenuhi kebutuhan masyarakat. Format hukum yang membedakan antara negara hukum formal dan materiil adalah format negara hukum materiil yang memberikan kebebasan bertindak pemerintah dalam ruang lingkup yang lebih luas melalui peningkatan pemberian *freies ermesen* untuk menyelenggarakan negara kesejahteraan.

C. Pancasila dan Negara Hukum Indonesia

Secara historis, pertama-tama Pancasila memang dimaksudkan sebagai *philoshisce gronslag*, suatu dasar kefilosafatan bagi berdirinya bangsa Indonesia, selain itu juga dimaknai sebagai dasar falsafah negara, ideologi negara dan *staatsidea*, dalam konteks ini Pancasila digunakan sebagai dasar pengelolaan pemerintahan negara, atau dengan kata lain dipergunakan untuk

mengatur penyelenggaraan negara.⁶⁷ Para pendiri negara merumuskan dasar kefilosofan Pancasila itu berhulu pada *Weltanschauung*, pandangan hidup bangsa dan negara yang berupa nilai-nilai fundamental, yakni nilai-nilai ketuhanan, kemanusiaan, persatuan/kebangsaan, kerakyatan, dan keadilan sosial yang diyakini kebenarannya, kebajikannya, kegunaannya oleh bangsa Indonesia sebagai sumber nilai dan sumber norma moral bagi penegakan dan pengelolaan kehidupan bersama baik kehidupan berbangsa maupun kehidupan bernegara Indonesia.

Dalam konteks kehidupan berbangsa dan bernegara, Pancasila merupakan “daya hidup” (*l’elan vital*) dan daya rekat bagi kebersamaan antar komponen bangsa. Dalam konteks kehidupan bernegara, Pancasila sebagai sumber nilai bagi “filsafat politik kenegaraan” dan sekaligus “etika politik” dalam pencatutan pengelolaan negara. Konsekuensinya, segenap tatanan dan pengelolaan kehidupan bernegara harus berdasar dan mengacu pada Pancasila, agar Pancasila tetap merupakan nilai-nilai yang hidup maka pendidikan filsafat Pancasila merupakan kebutuhan yang niscaya.

Pancasila secara utuh harus dilihat sebagai suatu “*national guidelines*”, sebagai “*national standart, norm and principles* yang sekaligus memuat “*human rights and human responsibility*”.⁶⁸ Pancasila juga dapat berfungsi sebagai *margin of appreciation* sebagai batas atau garis tepi penghargaan terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat yang pluralistik (*the living law*) sehingga dapat dibenarkan dalam kehidupan hukum nasional.⁶⁹ Pancasila dilihat sebagai cita hukum (*rechtsidee*) merupakan bintang

⁶⁷ Dardji Darmodiharjo (ed), 1985, *Santiaji Pancasila: Suatu Tinjauan Filosofis, Historis dan Yuridis Konstitusional*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm.8

⁶⁸ Muladi, “Pancasila Sebagai Margin of Appreciation Dalam Hukum Yang Hidup di Indonesia”, dalam Gunawan Muhammad dan Muamar Romadhan (ed), *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, IAIN Walisongo dan PDIH Undip, Yogyakarta dan Semarang, 2006, hlm.200

⁶⁹ *Ibid.*, hlm.104

pemandu, posisi ini mengharuskan pembentukan hukum nasional adalah untuk mencapai ide-ide dalam Pancasila.⁷⁰ Pandangan B.Arief Sidharta, bahwa cita hukum (*rechsidee*) mengandung arti pada hakikatnya hukum sebagai aturan tingkah laku masyarakat berakar pada gagasan, rasa, karsa cipta dan pikiran dari masyarakat itu sendiri. Jadi cita hukum tersebut adalah gagasan, karsa, cipta dan pikiran yang berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum yang intinya terdiri dari keadilan, kehasil-gunaan (*doelmatigheid*) dan kepastian hukum.

Pancasila pada hakikatnya merupakan suatu sistem, sehingga sila-silanya bukan merupakan bagian yang berdiri sendiri melainkan merupakan suatu kesatuan sistemik. Kesatuan sila-sila Pancasila pada hakikatnya bukanlah hanya merupakan kesatuan yang bersifat formal logis saja, namun juga meliputi kesatuan dasar ontologisme, dasar epistemologis, serta dasar aksiologis dari sila Pancasila. Dalam pandangan Notonegoro tentang “*Hierarki Piramidal Pancasila*”, perjenjangan norma terkait dengan perjenjangan sila-sila dalam pancasila yang menempatkan Sila Pertama sebagai sila tertinggi dan melingkupi sila-sila di bawahnya, yang menyangkut makna serta hakikat sila-sila Pancasila.⁷¹ Kesatuan yang demikian ini meliputi kesatuan dalam hal dasar ontologis, dasar epistemologis, serta dasar aksiologis dari sila-sila Pancasila. Secara filosofis, Pancasila sebagai satu kesatuan sistem filsafat memiliki dasar ontologis, dasar epistemologis, dan aksiologis sendiri yang berbeda-beda dengan sistem filsafat yang lainnya, misalnya materialisme, liberalisme, pragmatisme, komunisme, idealisme, dan paham filsafat di dunia.

Pancasila sebagai pandangan hukum (*rechtsidee*) bangsa Indonesia inilah yang melatarbelakangi penamaan Negara Hukum

⁷⁰ Jimly Asshiddiqie dan Ali Safa'at, 2006, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Sekretariat Jenderal & Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, hlm.23

⁷¹ Notonegoro, 1988, *Pancasila Dasar Filsafat Negara*, Bina Aksara, Jakarta, hlm.59

Pancasila, bahkan secara ideologis bangsa ini sepakat untuk membangun negara hukum versi Indonesia yaitu negara hukum yang berdasarkan Pancasila, Pancasila dijadikan sumber dari segala sumber hukum, dimana nilai-nilai Pancasila mewarnai secara dominan setiap produk hukum, baik dalam tataran pembentukan, pelaksanaannya dan penegakannya.

Negara hukum yang dimiliki Indonesia adalah khas, apabila UUD 1945 dibaca secara mendalam dan menyeluruh sejak jiwa dan semangat sampai perumusan pasal demi pasal, akan dapat ditangkap adanya pesan yang lebih bermakna, bahwa hakikat negara hukum Indonesia adalah bangunan (organisasi) seluruh rakyat Indonesia sebagai tempat berinteraksi, musyawarah, saling memberi dan mencintai agar dicapai kehidupan yang sejahtera dan bahagia dalam naungan Tuhan, secara bijak *The Founding Fathers* menyampaikan pesan bermakna tersebut dalam bentuk rumusan tujuan negara dan dasar negara, yaitu: (1) melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia; (2) memajukan kesejahteraan umum; (3) mencerdaskan kehidupan bangsa; dan (4) ikut serta melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.⁷²

Mencermati pesan-pesan di atas, dapat ditarik benang merah bahwa sebenarnya konsep negara hukum Pancasila merupakan perpaduan tiga unsur yang utuh: Pancasila, hukum nasional dan tujuan nasional. Negara hukum Pancasila berangkat dari kesadaran hubungan antara Tuhan, manusia dan alam semesta dengan organisasi negara yang lebih bercirikan kolektif, personal, dan religius, disamping ciri-ciri negara hukum pada umumnya. Pancasila sebagai jiwa hukum nasional merupakan sistem nilai dasar bagi pembangunan hukum nasional. Dalam pandangan Oemar Senoadji, negara hukum Indonesia memiliki ciri khas

⁷² Sudjito Bin Atmoredjo, *Negara Hukum Dalam Perspektif Pancasila*, makalah pada Kongres Pancasila diselenggarakan UGM-MK RI 30 Mei-1 Juni 2009 di Kampus UGM Yogyakarta, hlm.3

Indonesia, dimana Pancasila harus dijadikan dasar pokok dan sumber hukum, maka yang paling tepat bahwa negara hukum Indonesia adalah negara hukum Pancasila, salah satu ciri pokok adalah jaminan terhadap *freedom of religion* (kebebasan beragama) yang positif, artinya tiada tempat bagi ateisme atau propaganda anti agama.⁷³

Pandangan Oemar Senoadji di atas dapat digunakan untuk mengungkap makna konsep negara hukum Indonesia dalam Penjelasan UUD 1945 yang menyebutkan “Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*)”, bahwa negara hukum yang tertuang dalam penjelasan UUD 1945 bukan negara hukum *rechtsstaat* produk Eropa Kontinental maupun *the rule of law* produk Anglo Saxon, tetapi negara berciri khusus Pancasila sebagai dasarnya.

Menurut penulis bahwa konsepsi *rechtsstaat* yang tertuang dalam penjelasan UUD 1945 merupakan pandangan ahli yang melihat bahwa negara hukum Indonesia secara historis terkait dengan konsep *rechtsstaat* yang berkembang di Eropa, hal ini disebabkan Indonesia sebagai negara jajahan Belanda, yang pada saat menjadi daerah jajahan sampai menjelang kemerdekaan diterapkan konsep *rechtsstaat* oleh pemerintah kolonial, sehingga kultur hukumnya pun lebih mengarah pada corak *civil law*. Namun setelah amandemen UUD 1945, rumusan negara hukum Indonesia menghilangkan konsep *rechtsstaat* dengan hanya menegaskan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum, yang tentunya Negara Hukum Pancasila.

Menurut Padmo Wahyono Negara Hukum Pancasila dengan bertitik pangkal dari asas kekeluargaan yang tercantum dalam UUD 1945, dalam asas ini yang diutamakan adalah “rakyat banyak” namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai,

⁷³ Oemar Senoadji, 1980, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, hlm.4-19

pemahaman ini memahami hukum adalah suatu alat atau wahana untuk menyelenggarakan kesejahteraan sosial.⁷⁴ Menurutnya bahwa “Negara Republik Indonesia adalah negara hukum yang berdasarkan Pancasila, Pancasila sebagai dasar negara yang mencerminkan jiwa bangsa Indonesia harus menjiwai semua peraturan hukum dalam pelaksanaannya. Dalam negara Indonesia, dimana falsafah Pancasila begitu meresap, hingga negara ini dinamakan negara Pancasila, asas kekeluargaan merupakan titik tolak kehidupan kemasyarakatan.”⁷⁵

Philipus M. Hadjon merumuskan unsur-unsur negara hukum Pancasila sebagai berikut: (1) keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan, asas ini akan menciptakan keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat; (2) hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan negara; (3) prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan perdilan merupakan sarana terakhir; (4) keseimbangan antara hak dan kewajiban.⁷⁶

Menurut Padmo Wahjono sebagaimana dikutip Mukthie Fadjar,⁷⁷ bahwa negara hukum Pancasila mengandung lima unsur, yaitu: (1) Pancasila merupakan sumber dari sumber hukum, yang berarti bahwa dikehendaki suatu sistem hukum nasional yang dibangun atas dasar wawasan kebangsaan, wawasan nusantara, wawasan bhineka tunggal ika; (2) Majelis Permusyawaratan Rakyat adalah lembaga tertinggi, hal ini menunjukkan prinsip legislatif Indonesia berciri khas kekeluargaan atau kebersamaan; (3) Pemerintahan berdasarkan sistem konstitusi, yaitu suatu sistem

⁷⁴ Padmo Wahjono, dkk., 1989, *Kerangka Landasan Pembangunan Hukum*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm.4

⁷⁵ Abdul Mukthie Fadjar, 2005, *Tipe....* hlm.86

⁷⁶ Philipus M. Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia (Sebuah Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, Bina Ilmu, Surabaya, hlm.66

⁷⁷ Abdul Mukthie Fadjar, *Tipe....Op.Cit.*, hlm.88-90

yang pasti dan jelas dimana hukum yang hendak ditegakkan oleh negara dan yang membatasi kekuasaan penguasa agar penyelenggaraannya teratur dan tidak simpang siur harus merupakan satu tertib dan satu kesatuan tujuan; (4) segala warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya; (5) kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka, artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah, prinsip ini dimaksudkan terutama untuk menjamin adanya suatu peradilan yang benar-benar adil dan tidak memihak (*fair tribunal and independent judiciary*).

D. Negara Hukum dan Demokrasi

“*Demokrasi tanpa pengaturan hukum akan kehilangan bentuk dan arah, sedangkan hukum tanpa demokrasi akan kehilangan makna*”,⁷⁸ kalimat tersebut menunjukkan bahwa dalam perkembangannya negara hukum tidak dapat dipisahkan dengan paham kerakyatan (demokrasi), bahwa hukum yang mengatur dan membatasi kekuasaan negara atau kekuasaan pemerintah diartikan sebagai hukum yang dibuat atas dasar kekuasaan atau kedaulatan rakyat (melalui mekanisme demokrasi). Relasi yang kuat antara negara hukum dan paham kedaulatan, membuat keduanya melakukan perkawinan demi tercapainya penyelenggaraan negara yang baik dan mampu mencapai tujuan yang di cita-citakan, hasil perkawinan tersebut melahirkan istilah negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasarkan hukum.⁷⁹

Gagasan demokrasi menuntut agar setiap bentuk undang-undang dan berbagai keputusan dapat persetujuan dari rakyat dan sebanyak mungkin memperhatikan kepentingan rakyat, sedangkan gagasan negara hukum menuntut agar penyelenggaraan negara dan pemerintahan harus didasarkan pada undang-undang dan memberikan jaminan terhadap hak-hak rakyat yang tertuang dalam undang-

⁷⁸ Ridwan HR, 2010, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, Jakarta, hlm.8

⁷⁹ Ni'matul Huda, *Negara....Op.Cit.*, hlm.19

undang. Menurut Sjahran Basah, berkait dengan asas legalitas sebagai wujud *duet integral* secara harmonis antara paham kedaulatan hukum dengan paham kedaulatan rakyat berdasarkan prinsip monodualistik selaku pilar-pilar yang hakikatnya konstitutif.⁸⁰

Korelasi negara hukum dan demokrasi lebih komprehensif dipaparkan oleh Mukthie Fadjar, bahwa fondasi yang kuat bagi demokrasi yang berkelanjutan (*a sustainable democracy*) adalah sebuah negara konstitusional (*constitutional state*) yang bersandar pada sebuah konstitusi yang kokoh dan melindungi dirinya dari ancaman, baik dari dalam maupun di luar pemerintahan. Konstitusi yang kokoh yang mampu menjamin demokrasi yang berkelanjutan adalah konstitusi yang mengatur secara jelas dan rinci batas-batas kewenangan dan kekuasaan lembaga legislatif, eksekutif, dan yudikatif secara seimbang dan saling mengawasi (*checks and balances*), serta memberikan jaminan yang cukup luas bagi hak-hak warga negara dan hak asasi manusia.⁸¹ Konstitusi yang kokoh bagi sebuah *constitutional state* yang mampu menjamin demokrasi yang berkelanjutan juga harus merupakan konstitusi yang *legitimate*, dalam arti proses pembuatannya harus demokratis, diterima, dan didukung sepenuhnya oleh seluruh komponen masyarakat dari berbagai aliran dan paham, aspirasi dan kepentingan.⁸²

1. Negara Hukum Yang Demokratis

Dipraktikkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat bersamaan dengan negara hukum, berimplikasi pada adanya jaminan peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap proses pembentukan

⁸⁰ Sjahran Basah, 1992, *Perlindungan Hukum Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, hlm.2

⁸¹ Abdul Mukthie Fadjar, 2006, *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, hlm.6

⁸² *Ibid.*

peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup tengah masyarakat. Hukum tidak boleh ditetapkan secara sepihak oleh penguasa dan hukum bukan untuk menjamin kepentingan segelintir orang saja, melainkan hukum harus dibuat bersama yang mencerminkan rasa adil bagi semua tanpa terkecuali. Intinya bahwa negara hukum yang dikembangkan dalam konteks ini adalah *democratische rechtsstaat* (negara hukum demokratis) bukan *absolute rechtsstaat* (negara hukum absolut/ mutlak).

Scheltema,⁸³ memandang bahwa kedaulatan rakyat (*democratie beginsel*) sebagai salah satu dari empat asas negara hukum, disamping *rechtszekerheidsbeginsel*, *gelijkheid beginsel*, dan *het beginsel van de dienendeoverheid*, dalam kaitannya dengan negara hukum, kedaulatan rakyat merupakan unsur negara hukum, di samping masalah kedaulatan rakyat.⁸⁴ Menurut Haysom bahwa terdapat empat cara proses pembuatan konstitusi yang demokratis, yaitu: (1) *by a democratically constituted assembly*; (2) *by a democratically elected parliament*; (3) *by popular referendum*; (4) *by popularly supported constitutional commission*.

Menurut S.W Couwenberg bahwa terdapat prinsip demokrasi yang melandasi *rechtsstaat* (negara hukum), meliputi: asas hak-hak politik (*het beginsel van de politieke grondrechten*), asas mayoritas, asas perwakilan, asas pertanggungjawaban, dan asas publik (*openbaarheidsbeginsel*). Berdasar pada prinsip tersebut, maka ciri negara hukum yang demokratis adalah:

- a. adanya undang-undang dasar atau konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dan masyarakat;
- b. adanya pembagian kekuasaan negara yang meliputi kekuasaan pembuatan undang-undang yang ada pada parlemen, kekuasaan kehakiman yang bebas yang tidak hanya menangani sengketa

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Ni'matul Huda, *Negara....Op.Cit.*, hlm.19

antar individu, tetapi juga antara penguasa dengan rakyat, dan pemerintah yang mendasarkan tindakannya pada undang-undang;

- c. diakui dan dilindunginya hak-hak kebebasan rakyat (*vrijheidsrechten van de burger*).⁸⁵

Sedangkan menurut Adnan Buyung Nasution⁸⁶ bahwa unsur-unsur negara hukum yang demokratis, meliputi: *supremacy of law* (supremasi hukum), *equality before the law* (persamaan kedudukan di muka hukum), *due process of law* (kebenaran dan ketepatan proses pembentukan dan pelaksanaan hukum), dan jaminan terhadap hak asasi manusia.

2. Negara Demokrasi Yang Berdasarkan Hukum

Dalam ilmu politik terdapat dua macam pemahaman tentang demokrasi, pemahaman secara normatif dan pemahaman secara empirik (*procedural democracy*), secara normatif demokrasi merupakan sesuatu yang secara idiil hendak dilakukan atau diselenggarakan oleh sebuah negara, seperti ungkapan “pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat”, sementara secara empirik demokrasi dilihat perwujudannya dalam politik praktis.⁸⁷ Untuk melihat perwujudan demokrasi dalam sebuah negara sekiranya dapat menuruk pada pandangan Robert Dahl,⁸⁸ mengenai tujuh indikator bagi demokrasi empirik:

- a. *Control over government decisions about policy is constitutionally vested in elected officials;*

⁸⁵ *Ibid.*, hlm.15

⁸⁶ Adnan Buyung Nasution, “Sambutan”, dalam Hartono Mardjono 2001, *Negara Hukum yang Demokratis Sebagai Landasan Membangun Indonesia Baru*, Koridor Pengabdian, Jakarta, hlm.v

⁸⁷ Afan Gaffar, 2005, *Politik Indonesia: Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm.3

⁸⁸ Robert Dahl, 1989, *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, New Haven, hlm.233

- b. *Elected officials are chosen and peacefully removed in relatively frequent, fair and free elections in which coercion is quite limited;*
- c. *Practically all adults have the right to vote in these elections;*
- d. *Most adults have the right to run for public offices for which candidates run in these elections;*
- e. *Citizens have an effectively enforced right to freedom of expression, particularly political expression, including criticism of the officials, the conduct of the government, the prevailing political, economic, and social system; and the dominant ideology;*
- f. *They also have acces to alternative sources of information that are not monopolized by the government or any other single group;*
- g. *Finally they have and effectively enforce right to form and joint autonomus associations, including political association, such as political parties and interest group, that attempt to influence the government by competing in elections and other peaceful means.*

Sementara pandangan Henry B. Mayo menyebutkan bahwa demokrasi didasari oleh beberapa nilai, yaitu.⁸⁹

- a. Menyelesaikan perselisihan dengan damai dan secara melembaga (*institutionalized peaceful settlement of conflict*);
- b. Menjamin terselenggaranya perubahan secara damai dalam suatu masyarakat yang sedang berubah (*peaceful change in a changing society*);
- c. Menyelenggarakan pergantian pempinan secara teratur (*orderly succession of rulers*);
- d. Membatasi pemakaian kekerasan sampai minimum (*minimum of coercion*);

⁸⁹ Henry B. Mayo, 1960, *An Intrduction to Democracy Theory*, Oxford University Press, New York, hlm.70

- e. Mengakui serta menganggap wajar adanya keanekaragaman (*diversity*), dalam masyarakat yang tercermin dalam keanekaragaman pendapat, kepentingan serta tingkah laku;
- f. Menjamin tegaknya keadilan.

Perkawinan demokrasi dengan negara hukum berimplikasi pada penataan demokrasi sebuah negara, sehingga baik dalam dataran demokrasi normatif dan empirik harus tercantum secara tegas dan jelas dalam undang-undang dasar atau konstitusi sebuah negara atau disebut demokrasi konstitusional (*constitutional democracy*, kedaulatan rakyat yang dilakukan menurut undang-undang dasar), hal ini dilakukan untuk memberikan perlindungan dan batasan yang jelas mengenai praktik demokrasi, misalnya pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden harus diatur secara tegas dalam konstitusi hal ini diperlukan agar praktik pemilihan tidak ditafsir dengan hal yang berbeda.

Intinya bahwa negara demokrasi yang berdasarkan hukum merupakan negara yang dalam penyelenggaraannya berpijak pada konsepsi kedaulatan rakyat (demokrasi) yang secara normatif dan empirik kedaulatan rakyat tersebut bersumber (legalitasnya) dan dilaksanakan berdasarkan ketentuan hukum, demokrasi tak akan dapat berjalan tanpa adanya ketentuan hukum, dalam konteks ini hukum sebagai landasan dalam berdemokrasi. Menurut Frans Magnis Suseno bahwa demokrasi yang bukan negara hukum bukan demokrasi dalam arti yang sesungguhnya, sebab demokrasi merupakan cara yang paling aman untuk mempertahankan kontrol terhadap negara hukum.⁹⁰

⁹⁰ Frans Magnis Suseno, 1997, *Mencari Sosok Demokrasi: Sebuah Telaah Filosofis*, Gramedia, Jakarta, hlm.58

3. Peranan Pemerintah Dalam Negara Hukum Yang Demokratis dan Negara Demokrasi Yang Berdasarkan Hukum

Peranan pemerintah semakin terbuka luas dan terkontrol dalam perspektif negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasarkan hukum, dalam keadaan bahwa penyelenggaraan fungsi pemerintah harus berpedoman atau berprinsip dan berpijak pada ketentuan hukum dan demokrasi, ketentuan hukum dalam arti bahwa pemerintah berdasarkan undang-undang, segala tindakan yang dilakukan oleh pemerintah harus memiliki landasan hukum yang jelas sehingga tidak terjadi perbuatan melawan hukum atau penyalahgunaan kewenangan oleh pemerintah. Sedangkan aspek demokrasi memberikan kontrol sekaligus memberikan warna kepentingan dalam setiap penyelenggaraan negara, baik dalam dataran pembuatan kebijakan maupun implementasi kebijakan, dengan adanya prinsip demokrasi suara dan kepentingan rakyat harus diakomodir oleh pemerintah.

E. Negara Hukum dan *Welfare State*

1. Perspektif Historis

Paham negara kesejahteraan (*welfare state*) lahir pada abad XIX sebagai reaksi terhadap kelemahan paham liberalisme dan kapitalisme klasik dan sekaligus reaksi terhadap ajaran negara penjaga malam (*nachwachersstaat*) yang mengidealkan prinsip pemerintah yang paling baik adalah yang memerintah sedikit mungkin (*the best government is the least government*).⁹¹ Dalam perkembangan selanjutnya ternyata sistem kapitalisme dalam bidang perekonomian secara perlahan lahan menyebabkan terjadinya kepincangan kepincangan dalam pembagian sumber-sumber kemakmuran bersama akibatnya terjadi proses kemiskinan

⁹¹ Jimly Asshiddiqie, 2006, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga-lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, hlm.330

yang sulit dipecahkan, hal ini menimbulkan munculnya suatu pemikiran baru, yang menghendaki agar keterlibatan negara untuk mengatasi kepincangan-kepincangan yang ada dihidupkan kembali. Negara dianggap tidak dapat melepaskan tanggungjawabnya untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat. Negara perlu campur tangan untuk mengatur agar sumber sumber kemakmuran tidak dikuasai oleh segelintir orang.⁹²

Sehingga pada permulaan abad ke-20 peran negara sebagai penjaga malam (*nachwachtersstaat*), berubah menjadi negara kesejahteraan (*welvaart staat* atau *welfare state*) pada mulanya paham ini lebih dipelopori oleh aliran sosialisme yang menentang paham individualisme-liberalisme dan kapitalisme, sosialisme ini mengharapkan campur tangan negara dalam mengurus rakyat miskin.⁹³ Konsep *welfare state* berkembang di negara negara Eropa bahkan meluas hampir ke-seluruh negara negara di dunia. Pengertian konsep *welfare state* secara umum sebenarnya sudah mulai sejak abad ke- XIV dan XV dimulai dari proses perkembangan *politzei staat* (*welfare state* klasik), *liberale staat* kemudian *welfare state modern* (akhir abad ke-XIX dan XX).⁹⁴

Secara historis terdapat dua alasan utama munculnya negara kesejahteraan, yaitu: (1) alasan ekonomis, negara kesejahteraan menyadari kenyataan bahwa bagian terbesar orang dalam kehidupan ekonomi modern menghidupi dirinya dengan bekerja sebagai orang upahan, artinya secara ekonomis bahwa ada ketergantungan dengan majikan (pemberi kerja), pemahaman ekonomis mengarah pada pemahaman politis bahwa negara harus melakukan hal-hal yang dilakukan oleh keluarga dan masyarakat,

⁹² Lintong O.Siahaan, 2005, *Prospek PTUN Sebagai Pranata Penyelesaian Sengketa Administrasi di Indonesia: Studi Tentang Keberadaan PTUN Selama Satu Dasawarsa 1991-2001*, Perum Percetakan Negara Republik Indonesia, hlm.17

⁹³ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi..Op.Cit.*, hlm.27

⁹⁴ I Dewa Gede Palguna, 2008, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, hlm.18

sehingga timbullah kesadaran bahwa pemahaman politik mengarah pada keabsahan atas kehidupan yang layak dalam segala keadaan.

2. Pengertian *Welfare State*

Dalam paham demokrasi sosial bahwa negara berfungsi sebagai alat kesejahteraan (*welfare state*),⁹⁵ konsep negara kesejahteraan yaitu konsep pemerintahan dimana suatu negara memegang peranan kunci dalam perlindungan dan pemajuan kesejahteraan ekonomi dan sosial warganya, konsep ini di dasari oleh prinsip-prinsip persamaan kesempatan, distribusi kemakmuran secara wajar, dan tanggungjawab publik terhadap mereka yang tidak mampu memenuhi persyaratan minimum untuk hidup baik. Pewujudnyataan prinsip-prinsip ini lazimnya diusahakan melalui pendidikan umum secara gratis dan pelbagai bentuk jaminan sosial terhadap mereka yang menganggur, mengalami kecelakaan, sakit dan lanjut usia.⁹⁶

Intinya bahwa dalam negara kesejahteraan terdapat intervensi (campur tangan) negara terhadap bagian-bagian kemasyarakatan, seperti pelayanan sosial (*social security*), kesehatan, kesejahteraan sosial, pendidikan, pelatihan, perumahan, dan bahkan kegiatan-kegiatan individual maupun badan-badan kolektif (*corporate bodies*).⁹⁷ Tujuan *welfare state* adalah memberikan kesejahteraan dan kemakmuran bagi warga negaranya, untuk mencapai tujuan, maka dalam menyelenggarakan roda pemerintahan diperlukan organ atau perangkat yang sesuai dengan fungsi dan wewenang masing-masing. Keragaman cakupan program kesejahteraan yang dilakukan oleh pemerintahan suatu negara didasarkan pada: (a) macam-macam resiko yang terhadapnya jaminan atau proteksi diberikan; (b) populasi yang dijangkau oleh suatu program; (c) kriteria-kriteria tentang yang berhak mendapat keuntungan; (d)

⁹⁵ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi..Op.Cit.*, hlm.27

⁹⁶ I Dewa Gede Palguna, *Loc.Cit.*

⁹⁷ Lintong O.Siahaan, *Loc.Cit.*

tingkatan-tingkatan keuntungan yang diberikan; (e) cara pembiayaan masing-masing program; (f) prosedur administrasi.⁹⁸

3. Tipe *Welfare State*

Welfare state yang berkembang di seluruh dunia berangkat dari konsep yang sama, satu paham dalam mendambakan struktur ekonomi, sosial dan politik yang sama, satu wujud dan satu sasaran/ tujuan yaitu peranan maksimal negara dalam mewujudkan kesejahteraan rakyat, namun jalan yang digunakan berbeda-beda, sehingga dalam praktik *welfare state* dijumpai penyebaran yang berbeda. Dalam pandangan Gosta Esping-Andersen sebagaimana dikutip I Dewa Gede Palguna menyebutkan kategori negara kesejahteraan berdasarkan corak rezimnya, yaitu:⁹⁹

- a. Negara kesejahteraan dengan rezim liberal (*liberal regims*) atau disebut *Anglo Saxon Welfare States* atau disebut juga *Residual Welfare States* yaitu Amerika Serikat, Inggris, Australia, dan lainnya. Negara kesejahteraan dalam kategori ini ditandai oleh *means-tested assistance, modest universal transfers of social insurance plans*, dan negara menyokong pasar dengan cara hanya memberikan jaminan atau subsidi minimum dari suatu skema kesejahteraan swasta. Negara-negara kesejahteraan dalam rezim liberal ini mencerminkan komitmen-komitmen politik untuk memperkecil peran negara, mengindividualisasi resiko-resiko, dan memajukan penyelesaian melalui mekanisme pasar terhadap masalah-masalah kesejahteraan warganya;
- b. Negara kesejahteraan dalam rezim sosial-demokratik (*social democratic regims*) disebut sebagai *universal welfare states* atau *Scandinavian welfare states*, dianut oleh negara-negara Skandinavia (Swedia, Norwegia, Denmark). Negara-negara ini memiliki komitmen kuat untuk melakukan cakupan kesejahteraan warganya secara menyeluruh dan prinsip-prinsip

⁹⁸ I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit.*, hlm.194

⁹⁹ *Ibid.*, hlm.191-192

egalitarianisme. Dalam perkembangan selanjutnya, institusi-institusi kesejahteraan yang dibentuk berhasil membangun solidaritas diantara kelompok-kelompok masyarakat yang berbeda-beda dan berhasil membentuk koalisi pro kesejahteraan. Negara-negara ini menjadi tampak menonjol karena pengaturan kebijakan-kebijakan publiknya yang meluas yaitu mencakup perawatan-perawatan sehari-hari, taman kanak-kanak, kesehatan, dan pendidikan, perlu dicatat terhadap masalah-masalah yang menyangkut layanan kesejahteraan menutup rapat-rapat peranan pasar;

- c. Negara kesejahteraan dengan rezim konservatif (*conservative regims*), yang menunjuk pada negara-negara kesejahteraan Eropa, seperti: Jerman, Austria, Perancis, Belanda, dll. Negara kesejahteraan ini ditandai ciri percampuran segmentasi status serta peran gereja dan keluarga dalam memajukan kesejahteraan. Negara kesejahteraan ini tidak tergodha oleh efisiensi pasar, sebaliknya suatu peninggalan etatisme dan korporatisme tercermin dalam pemberian hak-hak sosial lebih didasarkan atas kelas dan kedudukan daripada atas dasar kewarganegaraan. Peran besar dari partai-partai Kristen-demokrat dalam penyebaran ide-ide negara kesejahteraan konservatif tercermin dalam peran yang meluas dari gereja dan organisasi-organisasi keagamaan dalam layanan sosial perawatan sehari-hari, taman kanak-kanak, kesehatan dan pendidikan.

Pendapat Gosta Esping-Andersen mendapat kritik dari Vogel maupun dari Powell dan Barrientos, menurut Powell dan Barrientos bahwa pendapat Esping-Andersen terlalu memfokuskan diri pada konsep-konsep seperti dekomodifikasi dan defamilisasi (*decomodification and defamilization*) dengan mengabaikan *welfare mix* sebagai komponen sentral dari rejim-rejim negara kesejahteraan, menurut Powell dan Barrientos bahwa rejim negara kesejahteraan harus diidentifikasi secara lebih sistematis dalam

pengertian adanya sifat saling mempengaruhi antara tiga hal (*inter-causal triad*), yakni negara, pasar, dan keluarga. Konklusinya bahwa negara kesejahteraan ditentukan oleh percampuran ketiga hal tersebut. Sehingga perkembangan terakhir konsep negara kesejahteraan adalah sebagaimana yang dikemukakan oleh Vogel, bahwa pada saat ini telah terjadi *welfare mix*, adalah percampuran tiga institusi pengantar kesejahteraan yang merepresentasikan suatu pembagian fungsional atas tanggungjawab untuk mengantarkan kesejahteraan (*functional division of responsibility for welfare delivery*), yakni antara pasar kerja (dalam hal penyedia kesejahteraan), negara kesejahteraan (segi-segi politik), dan keluarga (jaringan-jaringan sosial).¹⁰⁰

4. Welfare State dan Negara Hukum Pancasila

Konsep *welfare state* dalam negara hukum Pancasila pertama kali dikenal dengan sebutan negara pengurus, negara pengurus ini disampaikan oleh Hatta pada sidang Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) tanggal 15 Juni 1945, yang menyatakan bahwa “Negara Indonesia yang akan didirikan dengan konstitusi yang sedang mereka rumuskan dalam sidang BPUPKI ini adalah negara pengurus,”¹⁰¹ Jimly Asshiddiqie menggunakan istilah konstitusi ekonomi untuk menyebutkan bahwa negara Indonesia menganut negara kesejahteraan (*welfare state*).¹⁰²

Konsep *welfare state* di Indonesia memiliki legalitas yang kuat, tercantum dalam Pembukaan UUD 1945 sebagai tujuan negara untuk mewujudkan “kesejahteraan umum”, yang kemudian sebagai penjabar norma tersebut diaturlah negara kesejahteraan

¹⁰⁰ *Ibid.*, hlm.199-200

¹⁰¹ Lintong O. Siahaan, *Loc.Cit.*

¹⁰² Jimly Asshiddiqie, “Undang-undang Dasar 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas Masa Depan”, *Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia*, Sabtu 13 Juni, hlm.1-2

Indonesia dalam batang tubuh Undang-undang Dasar 1945, salah satunya adalah Pasal 34 UUD 1945 bahwa “Fakir miskin dan anak terlantar dipelihara oleh negara”, dalam pengertian bahwa negara yang memiliki tanggungjawab penuh dalam mengurus kesejahteraan fakir miskin dan anak terlantar, dalam hal ini negara berfungsi sebagai alat kesejahteraan.

Jika dikaitkan dengan keberadaan negara hukum Pancasila dengan *welfare state*, maka terdapat istilah negara hukum kesejahteraan, dalam arti bahwa hukum sebagai landasan dalam mewujudkan kesejahteraan sosial, negara hukum tidak hanya menegakan hukum tetapi lebih mengarah pada terwujudnya masyarakat yang sejahtera, adil, dan makmur. Semisal, dalam konteks Hukum Administrasi Negara, bahwa keberadaan Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) sebagai penegak hukum administrasi merupakan tuntutan dari *modern welfare state*.

Konsep *welfare state* di dalam Undang-undang No. 5 Tahun 1986, terlihat dari rumusan yang mengatakan: “*Indonesia sebagai negara hukum bertujuan mewujudkan tata kehidupan masyarakat negara dan bangsa yang sejahtera, aman, tentram, serta tertib....*”, hal ini adalah salah satu pertimbangan pembentukan PTUN untuk menyelesaikan sengketa yang kemungkinan timbul sebagai akibat campur tangan pemerintah terhadap urusan-urusan masyarakat dan warga masyarakat.¹⁰³ Intinya terkait dengan keberadaan Hukum Administrasi Negara, maka keberadaan Hukum Administrasi Negara dalam negara kesejahteraan berfungsi berperan aktif dan dominan, Hukum Administrasi Negara menjadi landasan bagi administrasi negara dalam menjalankan servis publik, selain itu sebagai benteng negara hukum yang akan melindungi penyelenggara negara dalam melaksanakan tugas publiknya maupun melindungi warga dari tindakan administratif negara,¹⁰⁴

¹⁰³ Lintong O. Siahaan, *Loc.Cit.*

¹⁰⁴ Zainal Muttaqin, “Sejarah Pertumbuhan dan Perkembangan Hukum Administrasi Negara Dalam Negara Hukum Pancasila dan UUD 1945”, dalam S.F

baik dalam hal melanggar hukum (*onrechtmatigeoverheidsdaad*), menyalahgunakan kewenangan (*detournement de pouvoir*), dan melampaui kekuasaannya (*excess de pouvoir*).¹⁰⁵

5. Peran Pemerintah dalam Welfare State

Ciri utama negara ini adalah munculnya kewajiban pemerintah untuk mewujudkan kesejahteraan sosial bagi warga negaranya, dengan kata lain ajaran *welfare state* merupakan bentuk konkrit dari peralihan prinsip *staatsonthouding* yang membatasi peran pemerintah dalam mencampuri kehidupan ekonomi dan sosial, menjadi *staatsbemoeienis* yang menghendaki pemerintah terlibat aktif dalam kehidupan ekonomi dan sosial masyarakat.¹⁰⁶ Menurut E. Utrecht, sejak negara turut serta secara aktif dalam kehidupan masyarakat, lapangan pekerjaan pemerintah semakin luas, administrasi negara disertai kewajiban untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum (*bestuurzorg*).¹⁰⁷

Intinya bahwa peranan pemerintah dalam *welfare state* adalah dalam mendesain, membuat dan implementasi peraturan (*regeling*), ketetapan (*beschikking*) maupun *beleid-regels* harus bertujuan untuk menciptakan kesejahteraan rakyat secara maksimal, pemerintah dituntut untuk membuat program yang bervisi mensejahterakan rakyat. Misalnya dalam perwujudan *welfare mix* atau mengatur pola hubungan antara pemerintah, dunia usaha swasta, dan masyarakat dalam perwujudan kesejahteraan, maka pemerintah berperan dalam mewujudkan *good public governance*, bahwa peranan pemerintah dalam mewujudkan kesejahteraan

Marbun dkk (penyuting), 2004, *Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, hlm.129

¹⁰⁵ Mashudi, "Negara Kesejahteraan dan Hukum Administrasi Negara", dalam S.F Marbun dkk (penyuting), 2004, *Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, hlm.67

¹⁰⁶ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm.15

¹⁰⁷ E. Utrecht, 1988, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, hlm.28-29

sosial harus berlandaskan pada tata pemerintahan yang baik, pengelolaan pemerintahan yang baik, serta dapat pula diungkapkan sebagai penyelenggaraan pemerintahan yang baik, penyelenggaraan negara yang baik atau administrasi negara yang baik.

Berkait dengan adanya pembagian fungsi perwujudan kesejahteraan rakyat melalui pembagian fungsi pemerintahan berdasarkan konsep desentralisasi, maka merujuk pada konsepsi Waltzer bahwa sangat penting melakukan desentralisasi untuk perwujudan kesejahteraan sosial, sehingga yang dibutuhkan adalah “*more participative and decentralized forms for service provisions*”. Menurut Hellmut Wollman bahwa harus ada *local welfare state*, meliputi:¹⁰⁸

- a. Pemerintah lokal yang memulai melaksanakan “kebijakan-kebijakan negara dalam mewujudkan kesejahteraan lokal (*local welfare state policies*);
- b. Perspektif lensa analitis (*analytical lens*) terhadap *local welfare state* seharusnya cocok untuk menarik perhatian pada profil kelembagaan dan fungsional yang spesifik dari tingkat pemerintahan lokal di dalam keseluruhan *setting* hubungan antar pemerintahan dari suatu negara dan pembagiannya dalam pembuatan kebijakan, tanggung jawab dan fungsi administratif maupun finansial diantara tingkat-tingkat pemerintahan;

Perspektif penulis bahwa peranan pemerintah lokal dalam konteks otonomi luas, maka *local welfare state* merupakan tatanan yang tepat, sebab perwujudan kesejahteraan melalui berbagai kebijakan akan lebih tepat karena kondisi sosiologis dan kedekatan geografis antara pemerintah dengan rakyat sangat mempengaruhi implementasi kesejahteraan sosial, “semakin dekat dengan rakyat, idealnya akan lebih cepat mewujudkan kesejahteraan sosial”.

¹⁰⁸ I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit.*, hlm.202-203

F. Negara Hukum dan Hukum Administrasi Negara

Perkembangan tipe negara hukum, demokrasi dan *welfare state* membawa konsekuensi terhadap peranan hukum administrasi negara, semakin sedikit campur tangan negara dalam kehidupan masyarakat semakin kecil pula peranan hukum administrasi, namun perspektif perkembangannya bahwa hukum administrasi negara sampai saat ini mengalami perkembangan yang pesat, hal ini seiring peranan pemerintah dalam pengelolaan negara yang semakin besar dan kompleks.

Relasi negara hukum dengan hukum administrasi negara adalah keberlakuan hukum dalam negara hukum, dimana hukum sebagai aturan main, pedoman, landasan berpijak dalam penyelenggaraan negara atau pemerintahan, sehingga keberadaan hukum administrasi negara bertujuan untuk menata kehidupan kenegaraan (termasuk menata hubungan pemerintah dan rakyat), yang porsinya lebih ditekankan menata penyelenggaraan negara dalam konteks berjalannya roda pemerintahan bukan pada struktur maupun kelembagaan sebuah negara. Dalam bahasa lain bahwa hukum administrasi negara merupakan hukum pelaksana (teknis) dari hukum tata negara.¹⁰⁹ Perkembangan demokrasi juga membawa pengaruh terhadap kajian hukum administrasi negara, dalam arti bahwa hukum administrasi negara yang berkembang secara normatif dan empiris membutuhkan prinsip-prinsip demokrasi, sehingga perkembangan teori dan praktik hukum administrasi negara di seluruh dunia berlandaskan pada negara hukum dan negara demokrasi, intinya kajian hukum administrasi negara berlandaskan pada konsep negara hukum demokratis dan negara demokrasi berdasarkan hukum, yang arah dan tujuan serta fungsi administrasi negara untuk mewujudkan cita dan cita-cita kedua konsep tersebut.

¹⁰⁹ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm.20

R A R II

DISIPLIN ILMU
HUKUM ADMINISTRASI

A. Istilah

Istilah hukum administrasi negara yang berkembang dalam kajian ilmu hukum berasal dari penafsiran terhadap istilah “*administrative law*“ (Inggris), *administratief recht*” atau “*bestuursrecht*” dalam kepustakaan Belanda, *verwaltungsrecht* (Jerman), dan “*droit administratif*” dalam kepustakaan Perancis. Istilah-istilah asing tersebut ditafsirkan berbeda oleh para ahli Indonesia, sehingga memunculkan beragam istilah mengenai objek kajian ini. *Administratief recht* sering disepadankan dengan tata usaha, tata usaha pemerintahan, tata usaha negara, administrasi, sedangkan istilah *bestuurs recht*, secara seragam disepadankan dengan pemerintahan, dan lainnya. Perbedaan tafsir tersebut berimplikasi pada penamaan kajian ini di beberapa kalangan ahli hukum dan berbagai Fakultas Hukum di Indonesia, seperti Hukum Administrasi Negara, Hukum Tata Pemerintahan, Hukum Tata Usaha Pemerintahan, Hukum Tata Usaha Negara, Hukum Tata Usaha Negara Indonesia, Hukum Administrasi Negara Indonesia, Hukum Administrasi

Berbagai istilah-istilah dalam bahasa asing tersebut di atas tidak tampak atribusi negara, dalam arti untuk kajian yang dimaksud ini hanya menggunakan istilah hukum administrasi, sebab istilah administrasi dalam bahasa asing dalam konsep hukum administrasi negara sudah mengandung konotasi negara atau publik, sehingga tidak perlu atribusi,¹¹⁰ sehingga penggunaan kata negara

¹¹⁰ Philipus M. Hadjon, 2002, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah

dibelakang kata administrasi pada hukum administrasi negara merupakan pemborosan yang tidak boleh dilakukan dalam karya ilmiah.¹¹¹

Penggunaan Hukum Administrasi Negara yang berkembang saat ini, sangat dipengaruhi oleh keputusan/ kesepakatan pengasuh mata kuliah tersebut pada pertemuan di Cibulan tanggal 26-28 Maret 1973, bahwa pertemuan berpendapat sebaiknya menggunakan istilah Hukum Administrasi Negara, dengan asumsi bahwa Hukum Administrasi Negara merupakan istilah yang luas pengertiannya, sehingga membuka kemungkinan ke arah pengembangan dari pada cabang ilmu hukum ini yang lebih sesuai dengan perkembangan pembangunan dan kemajuan bangsa dan negara Indonesia di masa yang akan datang, namun penggunaan istilah Hukum Administrasi Negara yang tidak menutup penggunaan istilah lain, misalnya Hukum Tata Pemerintahan, Hukum Tata Usaha Negara.¹¹²

B. Pengertian Hukum Administrasi Negara

1. Administrasi

Administrasi berasal dari bahasa Latin “*administrare*” yang berarti *to manage*, yang derivasinya antara lain menjadi “*administratio*”, yang *bestuuring* atau pemerintahan.¹¹³ Administrasi adalah dunia keputusan dan tindakan, bersifat konkrit dan harus mewujudkan apa yang diinginkan (*get the job done*),¹¹⁴ sementara dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, administrasi diartikan sebagai: (1) usaha atau kegiatan yang meliputi penetapan tujuan serta penetapan cara-cara penyelenggaraan pembinaan

Mada University Press, Yogyakarta, hlm.1

¹¹¹ A. Muin Fahmal, *Op.Cit.*, hlm.33

¹¹² Philipus M. Hadjon, dkk, *Op.Cit.*, hlm.2

¹¹³ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm.25

¹¹⁴ Ginandjar Kartasasmita, “Etika Birokrasi Dalam Administrasi Pembangunan Tantangan Menghadapi Era Globalisasi”, dalam *Orasi Ilmiah Dies Natalis ke -41 FISIPOL UGM Yogyakarta*, 19 September 1996, hlm.1

organisasi; (2) usaha atau kegiatan yang berkaitan dengan penyelenggaraan kebijaksanaan serta mencapai tujuan; (3) kegiatan yang berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan; (4) kegiatan kantor dan tata usaha.¹¹⁵ Namun secara sederhana, dalam pandangan penulis bahwa administrasi dapat dipahami sebagai tata kelola institusi, yang di dalamnya dapat mencakup berbagai kegiatan mulai dari kegiatan catat-mencatat hingga implementasi atau praktik, mulai dari pengambilan keputusan hingga implementasi dari keputusan.

Pemahaman mengenai administrasi dapat dikaji dalam dua perspektif, yaitu: *Pertama*, secara etimologis bahwa administrasi berarti kegiatan tulis menulis, catat-mencatat, surat menyurat, ketik-mengketik serta penyimpanan dan pengurusan masalah-masalah yang hanya bersifat teknis ketatausahaan belaka, pengertian ini sepadan dengan tata usaha. *Kedua*, dalam arti luas bahwa administrasi bermakna “*to serve*” atau melayani, pemahaman ini berkaitan dengan penentu kebijakan publik atau *policy*, dalam arti tata kelola institusi yang mengarah pada pelayanan masyarakat.

2. Administrasi Negara

Richard J. Stillman, bahwa cakupan administrasi negara sangat luas, sehingga diperlukan identifikasi terhadap bidang-bidang administrasi negara, meliputi: (1) cabang eksekutif pemerintahan (namun terkait dalam sejumlah hal penting dengan cabang kekuasaan legislatif dan yudikatif); (2) formulasi dan implementasi kebijakan publik; (3) keterlibatan dalam sejumlah besar masalah yang menyangkut tingkah laku manusia dan upaya kooperatif manusia; (4) suatu bidang yang dapat dibedakan dalam banyak hal dari administrasi privat; (5) produksi barang-barang dan jasa-jasa publik; (6) berakar pada hukum sekaligus berkenaan

¹¹⁵ Kamus Besar Bahasa Indonesia, 1994, Balai Pustaka, Jakarta, hlm.8

dengan pelaksanaan hukum.¹¹⁶ Gambaran Richard J. Stillman mengenai luasnya cakupan pengertian administrasi negara memang ada benarnya, tentunya keragaman ini menjadi penambah warna tentang pendalaman pengertian administasi negara.

E. Utrecht mendefenisikan administasi negara sebagai *complex ambten / apparaat* atau gabungan jabatan-jabatan administrasi yang berbeda di badan pemerintah melaksanakan tugas yang tidak ditugaskan kepada badan-badan pengadilan dan legislatif,¹¹⁷ atau administrasi negara merupakan badan atau jabatan dalam lapangan kekuasaan eksekutif yang mempunyai kekuasaan mandiri berdasarkan hukum untuk melakukan tindakan-tindakan pemerintahan baik di lapangan pengaturan, maupun penyelenggara administrasi negara.

Menurut Dimock dan Dimock, administrasi negara adalah aktifitas-aktifitas negara dalam melaksanakan kekuasaan-kekuasaan politiknya, dalam arti sempit aktifitas-aktifitas badan badan eksekutif dan kehakiman, atau khususnya aktifitas eksekutif saja, administrasi negara dalam arti luas (eksekutif, legislatif dan yudikatif) dan dalam arti sempit (eksekutif),¹¹⁸ Bachsan Mustafa mengartikan administrasi negara sebagai gabungan jabatan-jabatan yang dibentuk dan disusun secara bertingkat yang disertai tugas melakukan sebagian dari pekerjaan pemerintah dalam arti luas, yang tidak diserahkan kepada badan-badan pembuat undang-undang dan badan-badan kehakiman.¹¹⁹ Prajudi Atmosudirdjo memberikan defenisi administrasi negara, yang meliputi:¹²⁰

¹¹⁶ Richard J. Stillman II, 2000, *Public Administration*, Houghton Mifflin Company, Boston-New York, hlm.3

¹¹⁷ E.Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, 1985, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Sinar Harapan dan Balai Buku Ichtiar, Jakarta, hlm.1

¹¹⁸ Bachsan Mustafa, 2001, *Sistem Hukum Administrasi Negara Indonesia*, PT. Citra Adytia Bakti, Bandung, hlm.5

¹¹⁹ Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Citra Adytia Bakti, Bandung, hlm.10

¹²⁰ Prajudi Atmosudirdjo, 1981, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm.13-14

- a. Sebagai aparatur negara, aparatur pemerintahan dan sebagai institusi politik (kenegaraan);
- b. Administrasi negara sebagai fungsi atau sebagai aktifitas melayani pemerintah yakni sebagai kegiatan pemerintah operasional;
- c. Administrasi negara sebagai proses teknis penyelenggaraan undang-undang.

Senada dengan pandangan di atas, CST Kansil mengemukakan tiga arti administrasi negara yaitu.¹²¹

- a. Sebagai aparatur negara, aparatur pemerintahan, atau instansi politik (kenegaraan), artinya meliputi organ yang berada di bawah pemerintah, mulai dari Presiden, Menteri, dan lainnya.
- b. Sebagai fungsi dan sebagai aktifitas, yakni sebagai kegiatan pemerintahan artinya sebagai kegiatan mengurus kepentingan negara;
- c. Sebagai proses teknis penyelenggaraan undang-undang artinya meliputi segala tindakan aparatur negara dalam menjalankan undang-undang.

Selanjutnya dijelaskan bahwa administrasi negara itu mempunyai pengertian yang sifatnya kombinatif (*verzamelterm*), yaitu.¹²²

- a. Administrasi dari negara sebagai organisasi, dalam arti ini administrasi negara sebagai fungsi dijalankan oleh pemerintah dengan serta melalui aparatur negara yang besar sekali, yang juga disebut administrasi negara (sebagai institusi);
- b. Administrasi yang secara khas mengejar tujuan-tujuan yang bersifat kenegaraan (publik), artinya tujuan-tujuan yang ditetapkan dengan undang-undang secara *dwingend recht*. Dalam arti ini, administrasi sebagai fungsi dijalankan oleh setiap “kepala kesatuan organisasi kenegaraan”, dengan cara-

¹²¹ CST Kansil, 1985, *Hukum Tata Pemerintahan Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor, hlm.2

¹²² I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit.*, hlm.206

cara dan teknik-teknik tertentu sehingga menimbulkan tata cara operasional yang tertentu pula, administrasi sebagai proses.

3. Hukum Administrasi Negara

Terdapat banyak model pendekatan dalam mempelajari hukum administrasi negara dalam negara hukum modern, yaitu pendekatan Anglo Saxon dan pendekatan Eropa Kontinental, pendekatan *nomokrasi Islam*, bahkan pendekatan *sociality legality*. Dua pendekatan yang terakhir kurang mendapat tempat atau kurang dikaji oleh kalangan sarjana Indonesia, sehingga kalah populer dibandingkan dengan pendekatan Anglo Saxon dan Eropa Kontinental, namun kurang-populeran pendekatan *nomokrasi Islam* dan *sociality legality* bukan disebabkan ketidakuniversalan hukum administrasi negara dalam konsepsi dan praktik dalam dua model negara hukum tersebut, tetapi lebih pada keterbatasan pengkajian dan literatur.

Penulis Anglo Saxon Sir Ivor Jennings, menguraikan bahwa hukum administrasi negara adalah hukum yang menentukan organisasi kekuasaan dan kewajiban pejabat-pejabat administrasi negara. Penulis Indonesia yang dianggap mewakili pendekatan Anglo Saxon seperti Prajudi Atmosudirdjo yang mendefinisikan hukum administrasi negara sebagai hukum yang secara khas mengenai seluk beluk administrasi negara, terdiri dari dua tingkatan: (1) hukum administrasi negara heteronom bersumber pada Undang-Undang Dasar, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Undang-undang adalah hukum yang mengatur seluk beluk organisasi dan fungsi administrasi negara; (2) hukum administrasi negara otonom, adalah hukum operasional yang dicipta oleh pemerintah dan administrasi negara sendiri.¹²³

Sementara itu, penulis yang mewakili pendekatan Eropa Kontinental (Belanda) diantaranya Kuntjoro Purbopranoto, E.

¹²³ PrajudiAtmosudirdjo, *Op.Cit.*, hlm.35

Utrecht, W.F Prins. Kuntjoro Purbopranoto dalam memberikan penjelasan hukum administrasi negara menyitir sejumlah sarjana seperti J.M Baron de Geraldo, J.Oppenheim, C. Van Vollenhoven, R.Kranenburg, JHA Logemann, dan lainnya.

- a. J. Oppenheim, penekanan Oppenheim lebih membedakan antara kajian hukum tata negara dengan hukum administrasi negara, yaitu bahwa hukum tata negara melihat negara dalam keadaan diam, sedangkan hukum administrasi negara melihat negara dalam keadaan bergerak.¹²⁴
- b. Van Vollenhoven, hukum administrasi negara adalah keseluruhan ketentuan yang mengikat alat-alat perlengkapan negara, baik tinggi maupun rendah, setelah itu menggunakan kewenangan-kewenangan ketatanegaraan;¹²⁵
- c. JHA Logemann, pandangan Logemann tidak memisahkan antara hukum administrasi negara dengan hukum tata negara secara tegas, sehingga dalam pandangannya bahwa hukum administrasi negara meliputi peraturan-peraturan khusus yang disamping hukum perdata yang berlaku umum, mengatur cara-cara berorganisasi negara ikut serta dalam lalu lintas masyarakat. Namun Logemann mengetengahkan konsep *ambt* (jabatan), sebagai tolok ukur apakah suatu tindakan pemerintah termasuk ke dalam hukum administrasi atau tidak.¹²⁶
- d. Belinfante, menyebutkan bahwa hukum administrasi negara berisi peraturan-peraturan yang menyangkut administrasi, administrasi sendiri disebut *bestuur* (pemerintah), dengan demikian hukum administrasi dapat disebut hukum tata pemerintahan, pemerintah (*bestuur*) juga dipandang sebagai fungsi pemerintahan (*bestuurfunctie*), yang merupakan tugas penguasa yang tidak termasuk pembentukan undang-undang

¹²⁴ Philipus M. Hadjon, dkk, *Op.Cit.*, hlm.22

¹²⁵ I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit.*, hlm.207

¹²⁶ Philipus M. Hadjon, dkk, *Loc.Cit.*

maupun peradilan.¹²⁷

- e. De Goede, hukum administrasi negara merupakan keseluruhan peraturan yang berhubungan dengan pemerintahan (*bestuur*).¹²⁸
- f. Van Wijk-Konijnenbelt, hukum administrasi negara atau hukum tata pemerintahan, semuanya menyangkut *administratie, bestuur, bestuuren*. Dalam arti bahwa merupakan instrumen yuridis bagi penguasa untuk secara aktif terlibat dengan masyarakat, dan pada sisi hukum administrasi merupakan hukum yang memungkinkan anggota masyarakat mempengaruhi penguasa dan memberikan perlindungan terhadap penguasa.
- g. Menurut E.Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, bahwa hukum administrasi negara (hukum pemerintahan) menguji hubungan hukum khusus yang diadakan akan memungkinkan para pejabat (*ambtsdraggers*) atau administrasi negara melakukan tugas mereka yang khusus, dari definisi tersebut bahwa hukum administrasi negara adalah hukum yang mengatur sebagian pekerjaan administrasi negara.¹²⁹
- h. WF Prins, mengartikan hukum administrasi negara sebagai bagian dari ilmu hukum dan memiliki tempat dalam ilmu hukum, jadi deskripsi hukum administrasi negara meliputi: hukum administrasi negara dan tempatnya dalam ilmu hukum, hukum administrasi negara dengan hukum negara (hukum tata negara), hukum administrasi negara dengan hukum perdata dan pidana.
- i. Sjahan Basah mengemukakan bahwa Hukum Administrasi Negara adalah seperangkat peraturan yang memungkinkan administrasi negara menjalankan fungsinya, yang sekaligus juga melindungi warga negara terhadap sikap tindak administrasi,

¹²⁷ *Ibid.*, hlm.26

¹²⁸ *Ibid.*, hlm.27

¹²⁹ E.Utrecht dan Moh. Saleh Djindang., *Op.Cit.*, hlm.1

dan melindungi administrasi negara itu sendiri.¹³⁰

- j. Soehino, hukum administrasi negara mengandung dua aspek, yaitu aturan-aturan hukum yang mengatur dengan cara bagaimana alat-alat perlengkapan negara itu melakukan tugasnya; dan aturan-aturan hukum yang mengatur hubungan hukum (*rechtsbetrekking*) antara alat perlengkapan administrasi negara atau pemerintah dengan para warganya.

Dalam pandangan I Dewa Gede Palguna, bahwa pendekatan Anglo Saxon dan Kontinental dalam memaknai Hukum Administrasi Negara memiliki perbedaan, Anglo Saxon (Prajudi Atmosudirdjo) bahwa rumusan administrasi yang digunakan berangkat dari pengertian *public administration* adalah konsep ilmu administrasi negara, sedangkan dalam pendekatan Kontinental (khususnya Belanda), rumusan administrasi mengarah pada konsep yuridis ketatanegaraan.¹³¹

C. Lingkup Kajian

Dalam pandangan Sabien Lust,¹³² hukum administrasi negara itu mencakup pembahasan mengenai “*definition of administrative law and the use of administrative powers*” serta “*the place of executive in the constitutional system*”, “*the Administrative Powers*”, “*the Instrument Available to the Administration*”, “*the Norm’s the Administrative Authorities Have to Comply*”, dan “*Legal protection against Administrative Action*”.

Sementara itu Brian Jones dan Katharine Thompson membahas persoalan hukum administrasi negara Inggris dengan bahasan mengenai: (1) *introduction*, yang meliputi: (a) *what is administrative law*; (b) *the constitutional context of supremacy of*

¹³⁰ Sjahran Basah, 1992, *Perlindungan Hukum terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, hlm.4

¹³¹ I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit.*, hlm.210

¹³² Rene Seerden dan Frits Stroink (ed), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and United States*, Intersentia Uirgevers Antwerpen, Groningen, 2002, hlm.5-58

parliament, human rights, separation of power, the rule of law, and the royal prerogative; (2) the distribution of administrative power, yang mencakup soal “the institution of government” dalam arti luas; (3) administrative decision making yang dikaitkan dengan: (a) sources of powers, (b) inquiries, (c) inspections, (d) public participation and open government; (e) the use private law by the administration; (4) non-judicial redress of grievances yang meliputi soal ombudsman and tribunal; (5) judicial review yang berkaitan dengan: (a) general views, (b) filing a claim for judicial review, (c) standing, (d) public of private divide, (e) exceptions to ‘prosedural exclusivity’, (f) matters which are not reviewable, (g) legitimate expectation, (h) grounds for judicial review, (i) illegality, (j) irrationality, dan (k) procedural impropriety.

Sementara itu, Philip Harter membahas Hukum Administrasi Negara Amerika Serikat dengan menguraikan hal-hal antara lain:

- a. *What is administrative law* dengan membahas soal *the meaning of administrative law, the role of agencies, brief history of administrative law;*
- b. *the constitutional structure of congress, The President, the Courts, and issues of separation of power generally;*
- c. *the American Administrative Process*, meliputi: *Acquisition of information, open government, freedom of information, adjudication versus rulemaking, rulemaking, non legislative rule, Policy statement and guidelines, adjudication under the administrative procedure act, agency discretion in rulemaking and adjudication, choices of process, relationship of rules to adjudication, the role of private parties; alternative dispute resolution, due process and informal adjudication, the role of private law;*
- d. *Judicial Review of administrative actions*, yang mencakup pembahasan tentang: *availability of judicial review, standing, timing of judicial review, ripeness, exhaustion of administrative remedies, finality, scope of review, review of the facts, dan*

*review of land policy.*¹³³

Menurut Philipus M. Hadjon dkk, bahwa ruang lingkup kajian hukum administrasi negara meliputi: (1) mengatur sarana bagi penguasa untuk mengatur dan mengendalikan masyarakat; (2) mengatur cara-cara partisipasi warganegara dalam proses pengaturan dan pengendalian tersebut; (3) perlindungan hukum (*rechtsbescherming*); dan (4) hukum administrasi Belanda, menetapkan norma-norma fundamental bagi penguasa untuk pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*). Sementara Bachsan Mustafa menyebutkan objek studi Hukum Administrasi Negara meliputi:¹³⁴ (1) Objek materiil: aparat pemerintah sebagai pihak yang memerintah dan warga negara atau badan hukum privat sebagai pihak yang diperintah, yang antara kedua belah pihak ada hubungan hukum publik bukan privat; (2) Obyek formal, perilaku atau kegiatan atau keputusan hukum badan pemerintah baik yang bersifat peraturan (*regeling*) maupun ketetapan (*beschikking*). E.Utrecht mengemukakan bahwa obyek / lingkup kajian Hukum Administrasi Negara meliputi:¹³⁵

- a. Sebagian hukum mengenai hubungan hukum antara alat perlengkapan negara yang satu dengan alat perlengkapan negara yang lainnya;
- b. Sebagian aturan hukum mengenai hubungan hukum, antar perlengkapan negara dengan perseorangan privat. Hukum administrasi negara juga adalah perhubungan-perhubungan hukum istimewa yang diadakan sehingga memungkinkan para pejabat negara melakukan tugasnya yang istimewa. Dengan kata lain bisa dikemukakan bahwa: (1) obyek hukum administrasi negara adalah semua perbuatan yang tidak termasuk tugas mengadili, meskipun mungkin tugas itu dilakukan oleh badan di luar eksekutif, bagi HAN yang penting bukan siapa yang

¹³³ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar...Op.Cit.*, hlm.66

¹³⁴ Bachsan Mustafa, *Op.Cit.*, hlm.31

¹³⁵ SF Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Op.Cit.*, hlm.9-10

menjalankan tugas itu, tetapi adalah masuk ke bidang manakah tugas itu; (2) Hukum Administrasi Negara merupakan himpunan peraturan-peraturan istimewa, istimewa dalam arti adalah kekuasaan istimewa (khusus), kekuasaan istimewa bertujuan untuk perwujudan kepentingan umum, sehingga implikasinya semua penduduk agar patuh dan tunduh pada pemerintah (adanya kekuasaan memaksa).

D. Fungsi Ilmu Hukum Administrasi Negara

Fungsi Hukum Administrasi Negara dalam pandangan P. De Haan cs, meliputi tiga fungsi: sebagai norma, instrumen, dan jaminan. Sementara Bachsan Mustafa fungsi ilmu Hukum Administrasi Negara meliputi:¹³⁶

- a. Menciptakan pemerintah yang baik, yaitu menciptakan pemerintah yang bersih, adil dan berwibawa, pemerintah yang bersih artinya tanpa cacat hukum, tanpa korupsi, tanpa kolusi dan nepotisme. Pemerintah yang adil adalah pemerintah yang dapat memberikan keseimbangan antara kepentingan yang bertentangan, dan pemerintah yang dapat memberikan kepada warga masyarakat apa yang menjadi hak nya;
- b. Menciptakan aparat pemerintah yang baik, yaitu menciptakan aparat pemerintah yang baik secara moral, yakni aparat pemerintah yang mempunyai: (1) keyakinan diri, yaitu mempunyai keyakinan tentang apa yang baik untuk dilakukan dan apa yang tidak baik untuk tidak dilakukan; (2) dapat mengawasi diri, tanpa ada harus ada pengawasan dari eksternal; (3) mempunyai disiplin diri, mentaati dan mematuhi peraturan perundang-undangan tanpa paksaan dari luar.

Sedangkan pandangan Bachsan Mustafa terkait fungsi Hukum Administrasi Negara meliputi:¹³⁷

¹³⁶ *Ibid.*, hlm. 32, 33

¹³⁷ Bachsan Mustafa., *Op.Cit.*, hlm.34-55

- a. Menjamin kepastian hukum, dapat ditentukan hukumnya (tertulis) dalam hal-hal yang konkrit, dan mencegah timbulnya perbuatan sewenang-wenang.
- b. Menjamin keadilan hukum, yaitu keadilan yang ditentukan oleh undang-undang dan peraturan tertulis.
- c. Sebagai pedoman dan ukuran, sebagai pedoman artinya petunjuk arah bagi perilaku manusia kearah yang baik dan benar; sebagai ukuran adalah untuk menilai perilaku pemerintah.

E. Perkembangan Hukum Administrasi Negara

Perkembangan hukum administrasi negara dalam tradisi Anglo Saxon (*common law*) dan Eropa Kontinental (*civil law*) tentu-nya memiliki perbedaan, perbedaan tersebut tentu disebabkan oleh peranan pemerintah / negara dalam kehidupan bermasyarakat. Dalam pandangan Philipus M. Hadjon dkk, bahwa perkembangan hukum administrasi umum bergerak dalam tiga taraf, yaitu:¹³⁸

1. Pada mulanya perkembangan hukum administrasi umum itu hanya merupakan suatu perkembangan dalam ilmu pengetahuan tersendiri. Buku-buku diterbitkan yang menjelaskan bentuk-bentuk hukum bersama, dan dalam kaitannya dengan bentuk-bentuk itu, membentuk suatu teori. Namun perkembangan ilmiah ini tidaklah mencukupi untuk membuat hukum pemerintahan umum menjadi berkembang dengan baik;
2. Perkembangan kedua yang penting, dimulai dengan diperkenalkan peradilan administrasi negara, manakala pembuat undang-undang untuk memberi kesempatan untuk mengajukan banding pada seorang hakim administrasi negara terhadap keputusan-keputusan atas dasar sejumlah besar undang-undang, maka melalui yurisprudensi timbul suatu interpretasi (penafsiran) bersama unsur-unsur yang serupa dalam berbagai

¹³⁸ Philipus M. Hadjon dkk, *Op.Cit.*, hlm.31-32

undang-undang. Maka ada pula kemungkinan bahwa hakim menganggap pemerintah terikat pada prinsip-prinsip etika pemerintahan yang tidak tertulis, yang berakibat terjadinya suatu pola-pola norma bersama yang berlaku bagi pelaksanaan semua jenis wewenang (?) dari instansi pemerintahan. Tanpa adanya suatu peradilan administrasi negara, yang mencakup semuanya, perkembangan hukum pemerintahan umum akan bernasib terbatas. Dengan diperkenalkan peradilan administrasi negara, dalam banyak hal sekaligus diberikan suatu dorongan yang besar terhadap pembentukan teori bidang hukum pemerintahan umum;

3. Perkembangan yang ketiga timbul manakala pembuat undang-undang memutuskan, dengan tujuan menyelaraskan tindakan-tindakan pemerintah, untuk mengadakan pembuatan undang-undang umum, yakni aturan-aturan yang sah yang dalam garis besarnya berlaku bagi pelaksanaan wewenang tertentu, dengan kata lain, yang berlaku untuk pelaksanaan wewenang atas dasar undang-undang yang sama sekali berlainan. Dengan demikian diberbagai negara ada perundang-undangan umum dalam kasus memasuki rumah, mempersiapkan keputusan, memotivasi (mencari alasan-alasan) bagi keputusan, penetapan prosedur surat-surat keberatan, dan banyak hal yang lain yang berlaku secara bersamaan dengan semua bagian khusus dari hukum administrasi, untungnya semua warga negara, senantiasa mengetahui siapa pegawai dan alat pemerintahan, norma-norma mana yang berlaku.

Di Inggris perkembangan Hukum Administrasi Negara lebih dilandasi oleh filosofi pengawasan terhadap pejabat administrasi negara, sementara di Perancis perkembangan Hukum Administrasi Negara memiliki ciri khas atau unik karena lebih dilandasi filosofi pelayanan publik (*public service*) atau kepentingan umum¹³⁹

¹³⁹ Filosofi Kepentingan Umum inilah yang membentuk nilai-nilai yang menjadi

daripada pengawasan terhadap pejabat administrasi negara. Keunikan atau kelebihan dalam perkembangan Hukum Administrasi Negara di Perancis adalah Peradilan Administrasi, dalam pandangan Douglas, bahwa kelebihan dari perkembangan Hukum Administrasi Negara di Perancis adalah tidak diteruskannya yurisdiksi untuk mengadili perkara-perkara administrasi negara kepada hakim dari peradilan umum,

ciri dalam perkembangan Hukum Administrasi Negara di Perancis, sebagaimana dipaparkan dalam *Rolland Principles*, yaitu:

- a. Kesenambungan (*continuity*), intinya adalah publik berhak untuk berharap bahwa pelayanan tersedia baginya, atas dasar inilah hak pekerja sektor publik untuk mogok dapat dibatasi demi menjamin kesinambungan pelayanan. Ini berarti pelayanan minimum haruslah dipertahankan dalam hari-hari mogok sekalipun. Prinsip ini pula yang memberi pembenaran akan adanya kewajiban negara untuk memberikan kompensasi kepada kontraktor yang bekerja berdasarkan suatu *government contract* dalam hal menemui keadaan-keadaan yang tak dapat diramalkan dimana tanpa kompensasi demikian tidak mungkin baginya untuk meneruskan pekerjaannya;
- b. Adaptabilitas (*adaptability*), Prinsip ini mempersyaratkan pejabat publik untuk mampu melakukan perubahan spesifikasi pelayanan sejalan dengan berubahnya kepentingan publik. Contohnya Komune (*Comune*) berwenang untuk merubah persyaratan untuk penerangan jalan dari gas ke listrik dan jika suatu perusahaan yang selama ini menangani bidang tersebut tidak mampu memenuhinya maka harus dicari penggantinya, tentu dengan tetap memberi kompensasi kepada perusahaan yang diganti tersebut, artinya ada kontrak tidaklah menghalangi pemerintah lokal untuk mengaitkan kontrak itu dengan pelayanan publik;
- c. Persamaan (*equality*), dalam bidang Hukum Administrasi Negara, prinsip ini dilaksanakan dalam pengertian persamaan mendapatkan pelayanan. Jika suatu aktifitas dilakukan demi kebaikan publik secara keseluruhan, maka seluruh kategori publik yang relevan harus mendapatkan akses yang sama dan harus diperlakukan sama;
- d. Netralitas (*Neutrality*), prinsip ini diterapkan secara khusus dalam dua bidang, yaitu: *pertama*, bahwa Perancis adalah negara sekuler (Pasal 2 Konstitusi Perancis 1958) dan karenanya berbagai keyakinan agama dihormati, maka tidak boleh memberlakukan pembatasan-pembatasan yang tak masuk akal terhadap ekspresi pandangan keagamaan. *Kedua*, dalam hubungan dengan pandangan politik, pejabat publik tidak boleh pilih-pilih dalam menentukan siapa yang akan diuntungkan oleh pelayanannya yang didasarkan atas pandangan politik, juga tidak dibenarkan menggunakan politik yang publik untuk mendukung kegiatan-kegiatan yang bersifat politik partisan.

Lihat I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit.*, hlm.217-218

sebagaimana telah terjadi di negara-negara penganut tradisi *common law*, khususnya Inggris dan koloni-koloninya, dimana sistem yang berkembang merupakan hasil percampuran antara tradisi, adaptasi, dan sifat *ad hoc*.¹⁴⁰

F. Hukum Administrasi Negara dan Hukum Tata Negara

“Badan pemerintah tanpa aturan hukum negara akan lumpuh, sebab badan ini tidak memiliki kewenangan apapun atau wewenangnya tidak berketentuan, dan badan pemerintah tanpa hukum administrasi negara akan bebas sepenuhnya sebab badan ini dapat menjalankan wewenangnya menurut kehendak sendiri”,¹⁴¹ pandangan Van Vollehhoven ini terkait hubungan antara Hukum Tata negara dengan Hukum Administras Negara.

Pandangan lain terkait ini adalah pada mulanya Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara merupakan satu cabang ilmu yang bernama “*Staats en Administratief Recht*”, hal ini bisa dilihat pada *Hager Onderwijs Ordonantie* atau Ordonansi tentang Perguruan Tinggi yang berasal dari Pasal 9 Reglement Rechsthogeshool pada tahun 1924, kemudian setelah tahun 1946 diadakan pemisahan antara Hukum Tata Negara dengan Hukum Administrasi Negara, hal ini dapat dilihat dalam *Het Universceits Regelement* (S.1947 No.170 Pasal 134).¹⁴² Sehingga tepat dalam perspektif ini pandangan Kranenburg yang menilai hubungan keduanya terkait sejarah keilmuan.

Terdapat dua golongan yang menilai hubungan Hukum Tata Negara dengan Hukum Administras Negara, yaitu:

Pertama, golongan yang menyatakan ada perbedaan prinsip antara Hukum Administrasi Negara dan Hukum Tata Negara, pandangan pakar yang berada pada golongan ini seperti

¹⁴⁰ *Ibid.*, hlm.216-217

¹⁴¹ WF Prins dan Kosim Adisapoetra, 1983, *Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara*, Pradnya Paramitha, Jakarta, hlm.7

¹⁴² SF Marbun dan Moh. Mahfud MD., *Op.Cit.*, hlm.12

Oppenheim, Van Vollenhoven, dan Logemann.

Menurut Oppenheim, Hukum Tata Negara merupakan suatu kelompok peraturan hukum yang membentuk atau mengadakan alat perlengkapan negara atau badan-badan kenegaraan, dan aturan-aturan yang memberi wewenang kepada alat-alat perlengkapan negara serta membagi-bagi tugas pekerjaan pemerintah modern antara beberapa alat perlengkapan negara ditingkat tinggi dan rendah, artinya Hukum Tata Negara itu mempersoalkan negara dalam keadaan diam (berhenti/ tidak bergerak), sedangkan Hukum Administrasi Negara adalah sekumpulan peraturan hukum yang mengikat alat-alat perlengkapan negara yang tinggi dan yang rendah dalam rangka alat-alat perlengkapan menggunakan wewenangnya yang telah ditetapkan Hukum Tata Negara, dengan demikian Hukum Administrasi Negara merupakan aturan-aturan mengenai negara dalam keadaan bergerak. Intinya bahwa Hukum Tata Negara adalah hukum yang memberi gambaran tentang negara dalam keadaan yang tidak bergerak (*staat in rust*), sedangkan Hukum Administrasi Negara merupakan aturan-aturan mengenai negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*).¹⁴³

Pandangan Van Vollenhoven senada dan mengikuti pandangan sosok gurunya, Oppenheim. Vollenhoven mulanya juga membedakan negara diam dan negara bergerak, pandangan lain van Vollenhoven adalah teori “*residu (sis)*”,¹⁴⁴ dikatakan HAN adalah sisa dari semua peraturan hukum nasional sesudah dikurangi oleh HTN materiil, Hukum Perdata Materiil, dan Hukum Pidana materiil. Pandangan residu ini yang kemudian melandasi pandangan bahwa kekuasaan pemerintahan, maka dalam hal ini Hukum Administrasi Negara meliputi seluruh lapangan aktifitas (*activiteitsveld*) badan-badan pemerintah, maka dari itu Hukum Administrasi Negara tidak hanya terdapat dalam lapangan

¹⁴³ Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, *Op.Cit.*, hlm.33

¹⁴⁴ SF Marbun dan Moh. Mahfud MD., *Op.Cit.*, hlm.14

pekerjaan “*bestuur*” (pemerintahan dalam arti sempit) saja, fungsi mengadili dan fungsi membuat peraturan, dalam sistem Van Vollenhoven bahwa hukum acara pidana dan hukum acara sipil (perdata) termasuk dalam Hukum Administrasi Negara.¹⁴⁵ Sehingga Van Vollenhoven membagi pemerintahan dalam 4 (empat) macam:

1. Hukum pemerintahan (*bestuursrecht*);
2. Hukum peradilan (*justitierecht*), dibagi empat bagian: hukum acara ketatanegaraan, hukum acara keperdataan, hukum acara kepidanaan, dan hukum acara administrasi negara;
3. Hukum kepolisian (*politie recht*);
4. Hukum perundang-undangan (*regelaar recht*).

Pandangan lain adalah murid dari Van Vollenhoven, yakni Logemann. Logemann berpandangan bahwa Hukum Tata Negara adalah pelajaran tentang hubungan kompetensi atau wewenang (*competentieleer*), sedangkan Hukum Administrasi Negara adalah pelajaran tentang hubungan hukum istimewa (*leer van de bijzondere rechtsbetrokking*), diuraikan Logemann sebagian pelajaran tentang kompetensi Hukum Tata Negara (hukum negara dalam arti sempit), yaitu:

1. Jabatan-jabatan yang ada dalam susunan suatu negara;
2. Siapakah yang mengadakan jabatan itu;
3. Dengan cara bagaimana jabatan itu ditempati oleh pejabat;
4. Fungsi lapangan pekerjaan jabatan-jabatan itu;
5. Kekuasaan hukum jabatan-jabatan itu;
6. Perhubungan antara masing-masing jabatan itu;
7. Dalam batas-batas manakah organ-organ kenegaraan dapat melakukan tugasnya;

Sedangkan Hukum Administrasi Negara yang merupakan pelajaran tentang hubungan hukum istimewa itu mempelajari sifat, bentuk, dan akibat hukum yang timbul karena perbuatan-perbuatan

¹⁴⁵ Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, *Op.Cit.*, hlm.34

hukum istimewa yang dilakukan oleh para pejabat dalam menjalankan tugasnya.

Kedua, golongan yang menyatakan tidak ada perbedaan prinsip antara Hukum Administrasi Negara dan Hukum Tata Negara, pandangan pakar yang berada pada golongan ini seperti Kranenburg, Vegting dan Van der Pot.

Pandangan Kranenburg bahwa Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara tidak memiliki perbedaan yang prinsip, sebab kedua ilmu tersebut hanyalah akibat dan perkembangan sejarah semata-mata, mengenai hubungan umum dan hubungan khusus, Kranenburg menilai bahwa teori residu yang dikemukakan Van Vollenhoven tidak memiliki manfaat, sebab dalam praktik pembedaan Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara hanyalah untuk kemanfaatan atau mempermudah dalam studi dan penelitian. Selain itu terkait pandangan Logemann bahwa Hukum Tata Negara merupakan peraturan tentang kompetensi disetujui oleh Kranenburg, namun tidak hanya kompetensi tetapi juga masalah kewarganegaraan dan masalah-masalah wilayah negara.¹⁴⁶

Pandangan yang lebih mencolok dikemukakan oleh Van Der Pot, bahwa perbedaan Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara bukan perbedaan prinsip karena tidak menimbulkan suatu akibat hukum. Sementara Vegting menilai bahwa perbedaannya terkait dengan pembagian pekerjaan yang bermanfaat.¹⁴⁷

Misalnya, di negara Inggris tidak mudah untuk membedakan atau memisahkan secara tegas antara hukum tata negara dengan hukum administrasi negara, hal ini dikarenakan hukum Inggris tidak dikodifikasi sehingga para ahli hukum Inggris menemui kesulitan dalam menentukan perbedaan itu. Oleh karena itu, persoalan menentukan batas antara hukum tata negara dan hukum

¹⁴⁶ SF Marbun dan Moh. Mahfud MD., *Op.Cit.*, hlm.19-20

¹⁴⁷ Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, *Op.Cit.*, hlm.36

administrasi negara di Inggris yang konstitusinya tidak tertulis lebih banyak merupakan persoalan kemanfaatan.

G. Sumber Hukum Administrasi Negara

1. Pengertian Sumber Hukum

Merujuk pada pandangan Bagir Manan, bahwa penyelidikan sumber hukum akan memberikan petunjuk tentang bagaimana dan dimana hukum itu berada, menelaah dan mempelajari sumber hukum memerlukan kehati-hatian karena istilah sumber hukum mengandung berbagai pengertian, tanpa kehati-hatian dan kecermatan yang mendalam mengenai apa yang dimaksud sumber hukum dapat menimbulkan kekeliruan, bahkan menyesatkan.¹⁴⁸ Sebab sumber hukum menurut tinjauan sejarah, berbeda dengan tinjauan filsafat, tinjauan agama, berbeda juga sumber hukum dalam tinjauan sosiologis dengan sumber hukum dalam tinjauan ilmu hukum. Dalam konteks ini, batasan pengkajian terbatas dalam tinjauan ilmu hukum.

Pada hakikatnya sumber hukum merupakan tempat kita dapat menemukan atau menggali hukumnya,¹⁴⁹ tempat asal pengambilan hukum atau landasan segala hukum,¹⁵⁰ tempat asal-usul hukum positif yang dijadikan bahan untuk penyusunan peraturan perundang-undangan,¹⁵¹ atau segala apa yang menyebabkan atau menimbulkan aturan-aturan yang mempunyai kekuatan memaksa, yaitu apabila aturan itu dilanggar akan mengakibatkan sanksi tegas

¹⁴⁸ Bagir Manan, 1987, *Konvesi Ketatanegaraan*, Armico, Bandung, hlm.9

¹⁴⁹ Sudikno Mertokusumo, 1996, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hlm.76

¹⁵⁰ Jazim Hamidi, 2006, *Revolusi Hukum Indonesia: Makna, Kedudukan, dan implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Konpres, Jakarta, hlm.75

¹⁵¹ Widodo Ekatjahjana dan Totok Sudaryanto, 2001, *Sumber Hukum Tata Negara Formal: Kilas Balik Ketetapan MPR No.III/MPR/2000, Perubahan UUD 1945, Ide Pemisahan Kekuasaan Kepala Negara dan Pemerintahan, Maklumat Presiden 28 Mei 200, Ide Dekrit Presiden Abdurrahman Wahid*, PT.Citra Adytia Bakti, Bandung, hlm.5

dan nyata.¹⁵² Dalam pandangan Usep Ranuwijaya, sumber hukum memiliki dua arti, yaitu: (1) sumber yang menjadi penyebab adanya hukum, yang menjadi penyebab adanya hukum adalah keyakinan hukum dari orang-orang yang melakukan peranan menentukan tentang apa yang harus menjadi hukum di dalam negara; (2) sumber hukum dalam pengertian bentuk perumusan kaidah-kaidah hukum yang terdapat di dalam masyarakat, darimana kita mengetahui apa yang menjadi hukum itu.¹⁵³ Sementara dalam pandangan Sudikno Mertokusumo, kata sumber hukum sering digunakan untuk beberapa arti, yaitu:¹⁵⁴

- a. Sebagai asas hukum, sebagai sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa dan sebagainya;
- b. Menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan-bahan kepada hukum yang sedang berlaku, hukum Perancis, hukum Romawi;
- c. Sebagai sumber berlakunya, yang memberikan kekuatan berlaku secara formal kepada peraturan hukum (penguasa dan masyarakat);
- d. Sebagai sumber dari mana kita dapat mengenal hukum, misalnya dokumen, undang-undang, lontar, batu tertulis, dan sebagainya;
- e. Sebagai sumber terjadinya hukum, sumber yang menimbulkan hukum.

Mochtar Kusumaatmadja dan B.Arief Sidharta mengartikan sumber hukum dalam dua arti, yaitu: *Pertama*, untuk menjawab pertanyaan, mengapa hukum itu mengikat, apa sumber (kekuatan) hukum hingga mengikat dan dipatuhi manusia, dalam konteks ini sering dipahami sebagai sumber hukum materiil. *Kedua*, kata

¹⁵² Haryono, *Tata dan Sumber Hukum*, Usaha Nasional, Surabaya, hlm.26

¹⁵³ Usep Ranuwijaya, 1983, *Hukum Tata Negara Indonesia: Dasar-dasarnya*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm.22

¹⁵⁴ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal...Op.Cit.*, hlm.76

sumber hukum juga dapat dipakai dalam arti yang lainnya, yaitu untuk menjawab pertanyaan “dimanakah bisa didapatkan atau ditemukan aturan-aturan hukum yang mengatur kehidupan manusia itu, konteks ini merujuk pada pengertian sumber hukum formil.¹⁵⁵

Dalam pandangan Joeniarto bahwa teori sumber hukum itu mempunyai arti penting (*urgent*) dalam kajian ilmu hukum, yaitu: “di dalam lapangan ilmu pengetahuan hukum (*law science*), terutama pada bagian-bagian yang erat hubungannya dengan pembuatan hukum (*law making*) dan pelaksanaan hukum (*law enforcement*), masalah sumber hukum merupakan suatu hal yang perlu untuk dipahami, dianalisis, dan ditimbulkan problema-problema dan pemecahannya, sehingga dapat diharapkan akan ada keserasian dengan perkembangan hukum sesuai dengan kebutuhan masyarakat.¹⁵⁶ Lebih Injut disebutkan bahwa sumber hukum memiliki tiga arti, yaitu:

- a. Sumber hukum dalam pengertian sebagai asalnya hukum positif;
- b. Sumber hukum dalam pengertian sebagai bentuk-bentuknya hukum yang sekaligus merupakan tempat ditemukannya hukum positif;
- c. Sumber hukum dalam pengertian sebagai hal-hal yang seharusnya menjadi isi hukum positif.

2. Klasifikasi Sumber Hukum

Secara umum sumber hukum dapat diklasifikasikan dalam dua kelompok, baik sumber hukum materiil maupun sumber hukum formil, detail pendalaman pengkajian dalam sub bab di bawah ini:

¹⁵⁵ Mochtar Kusumaatmada dan B.Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Hukum*, Alumni, Bandung, hlm.59-73

¹⁵⁶ Joeniarto, 1974, *Selayang Pandang Tentang Sumber-Sumber Hukum Tata Negara*, Liberty, Yogyakarta, hlm.3

a. Sumber Hukum Materiil

Sumber hukum materiil adalah tempat darimana materi hukum itu diambil atau berasal, sumber hukum materiil ini merupakan faktor yang membantu pembentukan hukum, misalnya hubungan sosial, hubungan kekuatan politik, situasi sosial ekonomis, tradisi (pandangan keagamaan, kesusilaan), hasil penelitian ilmiah, perkembangan internasional.¹⁵⁷ Misalnya berkaitan dengan hukum tata negara, maka sumber hukum dalam arti materiil adalah sumber yang menentukan isi kaidah hukum tata negara, misalnya: dasar dan pandangan hidup bernegara, kekuatan-kekuatan politik yang berpengaruh pada saat merumuskan kaidah-kaidah hukum tata negara.¹⁵⁸

b. Sumber Hukum Formil

Sumber hukum formal atau formil adalah tempat yang menentukan atau menyebabkan berlakunya suatu kaidah menjadi hukum, Algra menyebutkan bahwa sumber hukum formil merupakan tempat atau sumber darimana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum, hal ini berkaitan dengan bentuk dan cara yang menyebabkan peraturan hukum formal itu berlaku, meliputi: undang-undang (peraturan perundang-undangan), perjanjian antar negara, yurisprudensi atau kebiasaan).¹⁵⁹

Pandangan Bagir Manan, bahwa sumber hukum tata negara dalam arti formal terdiri atas: hukum perundang-undangan ketatanegaraan, hukum adat ketatanegaraan, hukum kebiasaan ketatanegaraan, yurisprudensi ketatanegaraan, hukum perjanjian internasional ketatanegaraan, dan doktrin ketatanegaraan.¹⁶⁰ Menurut Sri Sumantri, sumber hukum tata negara yang utama dalam arti formal adalah konstitusi atau undang-undang dasar.¹⁶¹

¹⁵⁷ Sudikno, *Mengenal...Op.Cit.*, hlm.76-77

¹⁵⁸ Bagir Manan, *Konvensi...Op.Cit.*, hlm.14-15

¹⁵⁹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal...Loc.Cit.*

¹⁶⁰ Bagir Manan, *Konvensi...Op.Cit.*, hlm.14-15

¹⁶¹ Widodo Ekatjahjana dan Totok Sudaryanto, *Op.Cit.*, hlm.8

Tabel 2.
Perbedaan Sumber Hukum Materiil dan Formil

Sumber Hukum Materiil	Sumber Hukum Formil
✓ Sumber sebagai penyebab adanya hukum;	✓ Sumber hukum dalam pengertian bentuk perumusan kaidah-kaidah;
✓ Sumber darimana materi hukum itu bisa diambil/ berasal;	✓ Tempat dimana aturan hukum itu dapat diketahui;
✓ Faktor yang membantu pembentukan hukum;	✓ Tempat yang menentukan berlakunya suatu kaidah hukum;
✓ Mengapa hukum itu mengikat dan apa yang menjadi sumber kekuatan hukum hingga mengikat dan dipatuhi	✓ Berkaitan dengan cara yang menyebabkan peraturan hukum itu formil berlaku.

Berbeda dengan klasifikasi sumber hukum persepektif materiil dan formil di atas, Willem Zevenbergen mengklasifikasikan lebih rinci arti sumber hukum, yaitu:¹⁶²

- 1) Sumber hukum dalam arti yang mendasar dikenal dengan asas hukum (*rechtsbeginsel*), adalah sebagai sesuatu yang pada instansi terakhir mendasari hukum, contoh kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa (*volkgeist*);
- 2) Sumber hukum dalam arti hukum yang terdahulu dan daripadanya dijemlakan ke dalam hukum yang sekarang, misalnya hukum Kanonik, hukum Romawi yang menjadi hukum Netherland;
- 3) Sumber hukum dalam arti sebagai dasar mengikatnya (*de geldingbron*), peraturan hukum seperti negara, organisasi masyarakat, dan sebagainya;
- 4) Sumber hukum juga dapat berarti pengenalan hukum (*kenbron*) yaitu berupa keterangan-keterangan untuk mengetahui hukum yang pada masa kini dan hukum yang berlaku pada masa lampau. Sumber pengenalan hukum (*kenbron*) dikatakan juga sebagai “*monument de droit*”, dalam pengertian ini sumber-

¹⁶² Soejadi, 1999, *Pancasila Sebagai Sumber Tertib Hukum*, Lukman Offset, Yogyakarta, hlm.29

sumber itu berupa dokumen-dokumen atau peristiwa-peristiwa yang di dalamnya isi hukum dapat dikenali;

- 5) Sumber hukum dalam arti sebagai sumber adanya atau timbulnya hukum (*outstaanbron*), yaitu sebagai sumber bagi adanya atau timbulnya hukum.

Pandangan lain dikemukakan oleh Van Apeldoorn, yang membedakan empat macam sumber hukum, yaitu:¹⁶³

- 1) Sumber hukum dalam arti historis, yaitu tempat kita dapat menemukan hukumnya dalam sejarah atau segi historis, meliputi: sumber hukum yang merupakan tempat dapat diketemukannya atau dikenalnya hukum secara historis, misalnya dokumen kuno, lontar; dan sumber hukum yang merupakan tempat pembentuk undang-undang mengambil bahannya;
- 2) Sumber hukum dalam arti sosiologis (teleologis) merupakan faktor-faktor yang menentukan isi hukum positif, seperti misalnya keadaan agama, pandangan agama;
- 3) Sumber hukum dalam arti filosofis, yang membagi lebih lanjut ke dalam: (1) sumber isi hukum, disini dinyatakan isi hukum itu asalnya darimana, pandangan terkait ini misalnya pandangan *theocratis* (isi hukum berasal dari Tuhan), hukum kodrat (isi hukum berasal dari manusia), mazhab historis (isi hukum berasal dari kesadaran hukum); (2) sumber kekuatan mengikat dari hukum, kekuatan mengikat dari kaidah hukum bukan semata-mata didasarkan pada kekuatan yang bersifat memaksa, tetapi karena kebanyakan orang didorong oleh alasan kesulitan atau kepercayaan;
- 4) Sumber hukum dalam arti formil, yang dimaksud sumber dilihat dari cara terjadinya hukum positif merupakan fakta yang menimbulkan hukum yang berlaku yang mengikat hakim dan penduduk, isinya timbul dari kesadaran masyarakat, agar dapat

¹⁶³ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal...Op.Cit.*, hlm.77-78

berupa peraturan tingkah laku harus dituangkan dalam bentuk undang-undang, kebiasaan dan traktat.

Sementara Achmad Sanoesi membagi sumber hukum menjadi dua kelompok, yaitu:¹⁶⁴

- 1) Sumber hukum *normal*, yang langsung atas pengakuan undang-undang (undang-undang, perjanjian antar bangsa, kebiasaan); dan sumber hukum tidak langsung atas pengakuan undang-undang (perjanjian, doktrin, dan yurisprudensi);
- 2) Sumber hukum *abnormal*, misalnya proklamasi, revolusi, *coup d'etat*.

3. Sumber Hukum Administrasi Negara

Sumber hukum administrasi negara merupakan tempat dimana kita dapat menemukan atau menggali hukum administrasi negara atau tempat asal pengambilan hukum atau landasan fungsi hukum administrasi negara, dalam artinya bahwa sumber hukum administrasi negara merupakan tempat ditemukannya landasan atau kekuatan mengikat aturan-aturan hukum yang mengatur tata kelola negara bagi organ-organ negara (dalam arti sempit: eksekutif) itu untuk melaksanakan fungsinya. Dapat dipahami juga bahwa sumber hukum administrasi negara merupakan segala apa yang menyebabkan atau menimbulkan aturan-aturan hukum yang mengatur hubungan hukum (*echtsbetrekking*) antara organ negara (pemerintah) dengan para warganya.

Sumber hukum administrasi negara terbagi dua, baik sumber hukum administrasi negara materiil maupun sumber hukum administrasi negara formil. Sumber hukum administrasi negara materiil adalah tempat darimana materi hukum administrasi negara itu diambil atau berasal, sumber hukum materiil ini merupakan faktor yang membantu atau mempengaruhi pembentukan isi hukum administrasi, dalam hal ini meliputi:

¹⁶⁴ Achmad Sanoesi, 1987, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Tarsoto, Bandung, hlm.34

sumber hukum hitoris, sumber hukum sosiologis dan sumber hukum filosofis. Sedangkan sumber hukum administrasi negara formil merupakan tempat yang menentukan atau menyebabkan berlakunya suatu kaidah menjadi hukum atau sumber darimana suatu aturan tata kelola negara memperoleh kekuatan hukum, hal ini berkaitan dengan bentuk dan cara yang menyebabkan peraturan hukum formal itu berlaku, meliputi: undang-undang (peraturan perundang-undangan), yurisprudensi, konvensi.

Detail pendalaman pemahaman sumber hukum administrasi negara materiil dan sumber hukum administrasi negara formil, lihat penjelasan dalam sub bab di bawah ini:

a. Sumber Hukum Administrasi Negara Materiil

Sumber Hukum Administrasi Negara Materiil tebagi dalam sumber hukum hitoris, sumber hukum sosiologis dan sumber hukum filosofis:

1) Sumber Hukum Historis

Sejarah hukum atau sejarah lainnya dapat menjadi sumber hukum administrasi negara materiil dalam arti memberikan pengaruh atas penentuan materi aturan hukum tata kelola pemerintahan, misalnya dalam perkembangan hukum perspektif sejarah terdapat dua jenis sumber hukum, yaitu:¹⁶⁵

- 1) Undang-undang atau sistem hukum tertulis yang berlaku pada masa lampau di suatu tempat karena ada unsur yang dianggap baik maka hukum yang berlaku di masa lampau itu oleh pembuat undang-undang dapat dijadikan materi undang-undang dan diberlakukan sebagai hukum positif;
- 2) Dokumen-dokumen dan surat-surat serta keterangan lain dari masa itu sehingga dapat diperoleh gambaran tentang hukum yang berlaku di masa itu yang mungkin dapat diterima dan dijadikan hukum positif masa sekarang.

¹⁶⁵ Muchsan, *Pengantar...Op.Cit.*, hlm.18

Dalam konteks hukum administrasi negara, maka sumber hukum historis yang paling relevan adalah undang-undang dan sistem hukum tertulis di masa lampau, sebab keduanya merupakan hukum yang betul-betul pernah berlaku.

2) Sumber hukum Sosiologis

Perspektif sumber hukum sosiologis bahwa sumber hukum materiil adalah seluruh masyarakat, yang terkait dengan keberadaan lembaga-lembaga sosial, dalam arti bahwa sumber hukum merupakan faktor-faktor dalam masyarakat yang ikut menentukan isi hukum positif, faktor-faktor meliputi pandangan masyarakat terhadap ekonomi, pandangan agamis, dan lainnya.¹⁶⁶

3) Sumber Hukum Filosofis

Dalam perspektif filsafat, ada dua macam masalah penting yang dapat menjadi sumber hukum, yaitu:¹⁶⁷

- 1) Ukuran untuk menentukan bahwa sesuatu itu bersifat adil, karena hukum itu dimaksudkan antara lain untuk menciptakan keadilan, maka hal-hal yang secara filosofis dianggap adil dijadikan juga sumber hukum materiil;
- 2) Faktor-faktor yang mendorong seseorang mau tunduk pada hukum, hukum yang diciptakan agar ditaati, oleh sebab itu semua faktor yang dapat mendorong seseorang taat pada hukum harus diperhatikan dalam pembuatan aturan hukum positif.

b. Sumber Hukum Administrasi Negara Formil

Sumber hukum administrasi negara formal adalah sumber hukum yang berasal dari aturan-aturan hukum yang sudah mempunyai bentuk sebagai pernyataan berlakunya hukum, dalam pandangan Sri Sumantri, sumber hukum tata negara yang utama

¹⁶⁶ *Ibid.*, hlm.19

¹⁶⁷ SF Marbun dan Mahfud MD, *Op.Cit.*, hlm.23

dalam arti formal adalah konstitusi atau undang-undang dasar.¹⁶⁸ Merujuk pada pendapat tersebut bahwa sumber hukum administrasi negara yang utama adalah undang-undang dan peraturan di bawahnya serta asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Sumber-sumber hukum administrasi negara formal, meliputi: hukum tertulis (peraturan perundang-undangan), hukum tidak tertulis, konvensi, yurisprudensi, dan doktrin. Detail penjelesan di bawah ini:

1) Peraturan Perundang-undangan (Hukum Tertulis)

Teori sumber hukum dalam arti formal ini berkaitan dengan teori heirarki norma hukum, dalam sistem perundang-undangan di Indonesia bahwa teori sumber hukum ini dianut oleh setiap peraturan perundang-undangan yang tersusun secara heirarkis tersebut, bahwa hukum harus tersusun dan berjenjang. Dalam pandangan Hans Kelsen bahwa norma-norma hukum tersebut berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu heirarki/ tata susunan, sehingga dalam hal tata susunan sistem norma maka norma tertinggi menjadi dasar dan tempat bergantungnya norma-norma di bawahnya, apabila norma dasar tersebut berubah, maka akan menjadi rusak sistem norma yang ada di bawahnya.¹⁶⁹ Lebih lanjut Hans Kelsen membagi jenjang norma tersebut dalam beberapa jenjang penormaan secara berlapis atau bertahap, yaitu mulai dari *grundnorm* (sebagai jenjang norma tertinggi) sampai dengan *norm* (sebagai jenjang norma yang ada dibawahnya).¹⁷⁰

¹⁶⁸ Widodo Ekatjahjana dan Totok Sudaryanto, *Op.Cit.*, hlm.8

¹⁶⁹ Maria Farida Indrati Soeprapto, 1998, *Ilmu Perundang-undangan: Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta, hlm.25

¹⁷⁰ Jazim Hamidi, *Revolusi...Op.Cit*, hlm.18. Lain halnya dengan pemikiran Notonegoro tentang “*Heiraki Piramidal Pancasila*”, perjenjangan norma dalam pandangannya terkait dengan perjenjangan sila-sila dalam Pancasila yang menempatkan Sila Pertama sebagai sila tertinggi dan melingkupi sila-sila di bawahnya, lebih lanjut lihat Notonegoro, 1988, *Pancasila Dasar Filsafat Negara*, Bina Aksara, Jakarta, hlm.59

Teori Hans Kelsen ini kemudian dikembangkan oleh seorang muridnya yang bernama Hans Nawiasky, dalam teorinya yang mengkaitkan jenjang norma hukum dengan keberadaan suatu negara. Dalam pandangannya, bahwa jenjang norma hukum tersebut tidak hanya berjenjang tetapi juga berkelompok.¹⁷¹ Menurut Hamid.S.Attamimi teori Hans Nawiasky jika dihubungkan dengan negara hukum Indonesia, mempunyai struktur heirarki tata susunan sebagai berikut:¹⁷²

- a. *Staat fundamental norm*: Pancasila (Pembukaan UUD 1945)
- b. *Staatgrundgesetz*: Batang tubuh UUD 1945, TAP MPR, dan Konvensi Ketatanegaraan.
- c. *Formell gesetz*: Undang-Undang
- d. *Verordnungen autonome satzung*: Secara herarkis mulai dari peraturan Pemerintah hingga Keputusan Bupati atau Walikota.

Sistem norma hukum Indonesia, norma-norma hukum yang berlaku berada dalam suatu sistem yang berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang sekaligus berkelompok-kelompok, dimana norma tersebut berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, dan norma hukum yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma hukum yang lebih tinggi pula, demikian seterusnya sampai pada suatu norma dasar negara (*Staatfundamentalnorm*) Republik Indonesia, yaitu: Pancasila.¹⁷³

Norma hukum dalam konteks negara dimaknai sebagai peraturan perundang-undangan, dan sebagai konsekuensi dari negara hukum dengan menganut prinsip heirarki norma hukum, maka sistem peraturan perundang-undangan juga bersifat heirarkis. Empat dasar hukum yang mengatur mengenai jenjang peraturan perundang-undangan di Indonesia, dasar hukum yang pernah berlaku (Tap MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR GR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan

¹⁷¹ *Ibid.*, hlm.17

¹⁷² A.Hamid. S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm.287

¹⁷³ Maria Farida Indrati Soepranto, *Op.Cit.*, hlm.39

Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan dan Tap MPR No.III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan, Undang-undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan) dan dasar hukum yang sedang berlaku (Undang-undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan), yaitu:

Tabel 3.
Perbedaan Jenjang Peraturan Perundang-undangan

Tap MPRS No. XX/ MPRS/1966	Tap MPR No.III/ MPR/2000	UU No. 10 Tahun 2004	UU No.12 Tahun 2011
1. UUD 2. Tap MPR/S 3. UU/ Perppu 4. PP 5. Keppres 6. Peraturan pelaksanaan lainnya	1. UUD 2. Tap MPR/S 3. UU 4. Perppu 5. PP 6. Perda	1. UUD 2. UU/ Perppu 3. PP 4. Perpres 5. Perda (Peraturan Propinsi, Peraturan Kabupaten/ Kota, dan Peraturan Desa	1. UUD 2. Tap MPR 3. UU/ Perpu 4. Peraturan Pemerintah 5. PerPers 6. Perda Propinsi 7. Perda Kabupaten/ Kota

Peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) merupakan sumber hukum bagi aturan tata kelola pemerintahan (hukum administrasi negara), bahkan peraturan perundang-undangan ini merupakan sumber hukum yang paling penting, sebab segala aktifitas pemerintah selalu berlandaskan dengan peraturan perundang-undangan tersebut, baik dalam aktifitas pembuatan keputusan maupun implementasi keputusan harus berpedoman dan bersumber pada peraturan perundang-undangan tersebut.

2) Sumber Hukum Tidak Tertulis

Dalam penyelenggara negara tentunya tidak semuanya permasalahan bangsa terangkum dalam peraturan hukum tertulis dalam bentuk undang-undang (legalitas), tentunya tugas pemerintah untuk kepentingan umum sebagai perwujudan

kesejahteraan rakyat banyak membutuhkan hukum yang tidak tertulis sebagai pedoman atau landasan untuk menggantikan hukum tertulis tersebut, misalnya *freies ermessen*. Tindakan administrasi negara ini akan melahirkan hukum tidak tertulis jika dilakukan secara teratur dan tanpa keberatan (*bezwaar*) atau banding (*beroep*) dari warga masyarakat, hukum tidak tertulis yang lahir dari tindakan administrasi negara yang merujuk pada asas-asas umum pemerintahan inilah yang dapat menjadi sumber hukum administrasi negara formal dalam rangka pembuatan keputusan, kode etik sikap tindak administrasi dan bahkan sebagai batu uji dalam menilai keputusan pejabat administrasi oleh peradilan administrasi.

Sumber hukum administrasi negara tidak tertulis misalnya adalah teori ilmu hukum yang telah dikembangkan dalam lingkungan administrasi dan yurisprudensi, namun yang paling banyak dijadikan dasar dalam penyelenggaraan pemerintahan adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*). *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* (asas-asas umum pemerintahan yang baik) lambat laun dipandang sebagai norma hukum tidak tertulis yang senantiasa disebut sebagai dasar banding atau pengujian, yang harus ditaati oleh pemerintah, meskipun arti yang tepat terhadap *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* bagi keadaan tersendiri tidak selalu dapat dijabarkan secara teliti. Dalam praktik hukum di Belanda, *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* berikut ini yang mendapat tempat yang jelas: asas persamaan, asas kepercayaan, asas kepastian hukum, asas kecermatan, asas pemberi alasan (motivasi); asas '*detournement de pouvoir*' (penyalahgunaan kewenangan); larangan bertindak sewenang-wenang.¹⁷⁴

Menurut Laica Marzuki, asas-asas umum pemerintahan yang baik tumbuh dari asas-asas umum (*algemene beginselen*) yang

¹⁷⁴ Philipus M. Hadjon, dkk., *Pengantar...Op.Cit.*, hlm.270

tidak tertulis sebagaimana lazimnya, lahir dari *bestuurspraktijk* sehari-hari, yang merupakan *optelsom* dari asas-asas hukum administrasi yang kelak lahir dari praktik pemerintahan itu yang ketika nya menjadi bagian dari praktik pemerintahan itu. Asas-asas hukum administrasi tidak lain dari *rechtsbeginselen*, namun dijadikan norma hukum (*rechtsnorm*) guna pengujian (*toetsing*) sehubungan dengan absah tidaknya suatu perbuatan ketetapan administrasi (*beschikkingsdaad van de administratie*).¹⁷⁵ Detail pembahasan asas-asas umum pemerintahan yang baik di bahas dalam selanjutnya.

3) Konvensi

Konvensi yang menjadi sumber hukum administrasi negara formal adalah praktik, dalam bentuk keputusan pejabat administrasi maupun etika administrasi sebagai kode etik administrasi. Konvensi ini menjadi penting karena hukum administrasi negara itu senantiasa bergerak dan seringkali dituntut perubahannya oleh situasi dan kondisi, dimana tuntutan situasi tersebut terjadi secara tiba-tiba dan sulit diimbangi oleh hukum tertulis, oleh sebab itu diperlukan adanya lembaga konvensi sebagai praktik pejabat-pejabat pemerintahan.

Istilah lembaga konvensi ini pertama kali dipergunakan oleh Dicey yaitu “*the Convention of the Constitution*”, sementara Mill mempergunakan istilah “*unwritten maxims of the constitution*”, sedangkan Anson mempergunakan istilah “*the customs of the constitution*”.¹⁷⁶ Dalam bahasa Indonesia sering disepadankan dengan istilah konvensi, hukum adat, kebiasaan ketatanegaraan atau keadministrasian. Konvensi merupakan ketentuan yang mengatur bagaimana seharusnya mahkota atau menteri melaksanakan *discretionary powers* atau kekuasaan untuk bertindak atau tidak bertindak yang semata-mata didasarkan pada

¹⁷⁵ Laica Marzuki, *Op.Cit.*, hlm.x

¹⁷⁶ Bagir Manan, *Konvensi...Op.Cit.*, hlm.19

kebijaksanaan atau pertimbangan dari pemegang kekuasaan itu sendiri.¹⁷⁷ Apabila diperinci, konvensi menurut Dicey akan merupakan hal-hal sebagai berikut:¹⁷⁸

- a Konvensi adalah bagian dari kaidah ketatanegaraan yang tumbuh diikuti dan ditaati dalam praktik penyelenggaraan negara;
- b Konvensi sebagai bagian dari konstitusi tidak dapat dipaksakan oleh (melalui) pengadilan;
- c Konvensi ditaati semata-mata didorong oleh tuntutan etika, akhlak atau politik dalam penyelenggaraan negara;
- d Konvensi adalah ketentuan-ketentuan mengenai bagaimana seharusnya atau sebaiknya *discretionary powers* tersebut dilaksanakan.

Sementara K.C Wheare, menyebut konvensi sebagai kaidah-kaidah konstitusi yang “*non legal*” atau “*extra legal*” karena tidak memiliki daya paksa, menurutnya konvensi terbentuk melalui dua cara, yaitu: *Pertama*, suatu praktik tertentu berjalan dalam jangka waktu yang lama, mula-mula bersifat persuasif, kemudian diterima sebagai sesuatu hal yang wajib, konvensi ini terbentuk dengan cara kebiasaan (praktik berulang-ulang); *Kedua*, konvensi terjadi melalui kesepakatan (*aggrement*) di antara rakyat, mereka sepakat melaksanakan sesuatu dengan cara kesepakatan dan cara-cara tertentu. Intinya bahwa konvensi tersebut berkembang karena kebutuhan dalam praktik penyelenggaraan negara, konvensi dapat terjadi melalui praktik berulang-ulang yang tumbuh menjadi kebiasaan yang harus ditaati oleh penyelenggara negara.¹⁷⁹

Muchsan memberikan contoh bahwa praktik pemerintahan yang dilakukan oleh Gubernur DKI Jakarta dalam gerakan

¹⁷⁷ *Ibid.*, hlm.28. lihat juga buku Bagir Manan, 2006, *Konvensi Ketatanegaraan*, FH UII Press, Yogyakarta, hlm.59

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ K.C. Wheare, 1966, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, London, hlm.1

penghijauan merupakan konvensi karena dikemudian hari dijadikan contoh (model) oleh gubernur-gubernur lain. Contoh lain adalah kinerja pelayanan publik terbaik dari tahun 2006-2010 yang diperoleh Kabupaten Karanganyar Jawa Tengah, sehingga menjadi kabupaten percontohan dalam pelayanan publik bagi daerah lain. Tidak semua praktik dan keputusan pejabat administrasi negara menjadi sumber hukum formal, hal ini disebabkan keputusan pejabat administrasi bisa menimbulkan dua macam respon, yaitu:

- a) Keputusan yang memberi kesempatan bagi yang terkena untuk minta banding (*beroep*);
- b) Keputusan yang berlaku tanpa ada peluang atau kemungkinan untuk adanya *administratief beroep* (yakni yang biasanya tidak mengena hak-hak orang lain);

Bentuk keputusan administrasi negara yang bisa dimintakan banding ini tidak menjadi sumber hukum formal sebagai konvensi atau tidak membentuk hukum administrasi negara, sebab keputusan yang dimintakan banding ini belum mempunyai kekuatan hukum tetap, namun dapat dijadikan konvensi setelah ada putusan hakim, tetapi keputusan administrasi negara yang tidak dimintakan banding dapat menjadi konvensi dan sumber hukum administrasi negara formal.

4) Yurisprudensi

Yurisprudensi berarti peradilan pada umumnya (*judicature rechtspraak*), yaitu pelaksanaan hukum dalam hal konkrit terjadi tuntutan hak yang dijalankan oleh suatu badan yang berdiri sendiri dan diadakan oleh negara serta bebas dari pengaruh apa atau siapapun dengan cara memberikan keputusan yang bersifat mengikat dan berwibawa. Selain itu yurisprudensi dapat pula berarti ajaran hukum atau doktrin yang dimuat dalam putusan pengadilan.¹⁸⁰ Putusan hakim bisa menjadi sumber hukum formal

¹⁸⁰ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal...Op.Cit.*, hlm.104

dari hukum administrasi negara, adalah putusan hakim administrasi pada peradilan administrasi/ peradilan tata usaha negara atau hakim umum pada peradilan umum yang memutus perkara administrasi negara.

Yurisprudensi merupakan salah satu sumber hukum administrasi negara formal, dalam kaitannya dengan tata pemerintahan yurisprudensi memiliki fungsi, yaitu :¹⁸¹

- a) Sumber hukum yang tepat dalam dunia peradilan;
- b) Sebagai standar yang sama dalam kasus yang sama dan belum tegas pengaturannya dalam undang-undang
- c) Menciptakan rasa kepastian hukum di masyarakat dengan adanya standar yang sama
- d) Mewujudkan rasa keadilan yang sesungguhnya yaitu rasa keadilan masyarakat
- e) Mewujudkan kesamaan hukum dan sebagai standar perundang-undangan terhadap kasus yang sama
- f) Mencegah terjadinya perbedaan (*disparitas*) putusan hakim pada kasus yang sama.

5) Doktrin

Perspektif sejarah dikenal adanya pendapat umum yang menyatakan bahwa orang tidak boleh menyimpang dari “*communis opinio doctorum*” atau pendapat umum para sarjana, orang tidak boleh menyimpang dari pendapat umum para sarjana yang berarti bahwa *communis opinio doctorum* itu mempunyai kekuatan mengikat. Inilah yang melahirkan pandangan bahwa doktrin (pandangan ahli) menjadi sumber hukum.

Doktrin adalah pendapat para ahli dapat menjadi sumber hukum administrasi negara formal, sebab pendapat para ahli hukum dapat melahirkan teori-teori dalam lapangan hukum administrasi yang kemudian dapat mendorong timbulnya kaidah-

¹⁸¹ A. Muin Fahmal, *Op.Cit*, hlm.59

kaidah hukum administrasi negara. Pandangan ahli ini membutuhkan proses yang lama dan penerimaan oleh masyarakat sebagai sumber hukum formal, namun jika doktrin tersebut sudah tidak diterima masyarakat dikarenakan tidak sesuai dengan kemajuan zaman, maka secara alami doktrin tersebut tidak digunakan lagi.

Menurut Sudikno Mertokusumo bahwa pendapat para ahli hukum merupakan doktrin adalah sumber hukum, tempat hakim dapat menemukan hukumnya. Ilmu hukum adalah sumber hukum, tetapi ilmu hukum bukanlah hukum karena tidak mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum seperti undang-undang. Meskipun tidak mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum, namun tidak berarti bahwa ilmu hukum itu tidak mempunyai wibawa, karena mendapat dukungan dari para sarjana. Ilmu Hukum kecuali mempunyai wibawa juga objektif sifatnya, putusan pengadilan juga harus obyektif dan berwibawa juga. Oleh karena itu tidak jarang ilmu hukum digunakan oleh hakim dalam putusannya sebagai dasar pertimbangan untuk mempertanggungjawabkan putusannya, kalau ilmu hukum itu dimuat dan dipertahankan dalam putusan pengadilan, ilmu hukum itu adalah hukum, oleh karena itu ilmu hukum adalah sumber hukum.¹⁸²

¹⁸² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal...Op.Cit.*, hlm.109



A. Pemerintahan dan Pemerintah

Istilah pemerintahan dan pemerintah sering disepadankan dengan istilah asing *administratie*, *administration*, *bestuur*, *regering*, dan *government*, dalam bahasa Indonesia digunakan juga istilah administrasi atau tata usaha negara. Beragamnya istilah yang disepadankan dengan istilah pemerintahan dan pemerintah menimbulkan berbagai macam pandangan para ahli mengenai pengertian dan makna pemerintahan dan pemerintah itu sendiri, yang mana pandangan para ahli tersebut belum mencapai titik kesepakatan, beragamnya pandangan para ahli tersebut memberikan warna akademis dalam kajian hukum tata negara maupun hukum administrasi negara.

Misalnya, *bestuur* yang disepadankan dengan pelaksana pemerintahan, begitu juga dengan istilah *government* (pemerintahan) yang berasal dari bahasa latin "*gubernaculum*" yang memiliki arti "kemudi",¹⁸³ fungsi "kemudi" ini seperti sebuah mobil, yang mana pemerintah yang menjalankan, namun secara umum istilah *government* lebih mudah dipahami sebagai "pemerintah" yaitu lembaga beserta aparturnya yang mempunyai tanggung jawab untuk mengurus negara dan menjalankan kehendak rakyat.¹⁸⁴

¹⁸³ Ateng Syafrudin, 1993, *Pengaturan Koordinasi Pemerintah di Daerah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.3

¹⁸⁴ Bappenas, 2007, *Menumbuhkan Kesadaran Tata Kepemerintahan Yang Baik*, Sekretariat Tim Pengembangan Kebijakan Nasional Tata Kepemerintahan Yang Baik Bappenas, Jakarta, hlm.3

Berdasarkan literatur, istilah pemerintahan dan pemerintah dapat dipahami dalam dua pengertian, yaitu:

Pertama, pengertian dalam arti luas atau tertinggi, dalam arti luas dapat dilihat dari konsep Trias Politika dalam tiga cabang kekuasaan, kekuasaan membuat undang-undang (*legislative power, la puissance legislative*), kekuasaan menjalankan undang-undang (*executive power, la puissance executive*), dan kekuasaan peradilan (*judicative power, la puissance de judger*). Senada dengan konsep Trias Politika, Van Vollenhoven mengkaji pemerintahan dalam arti luas (*bewinvoering, regeren*) meliputi empat bidang kekuasaan, membuat peraturan perundang-undangan (*regel geven*), pemerintah/ pelaksana (*bestuur*), peradilan (*rechtspraak*) dan polisi (*politie*). Artinya bahwa pemerintahan/ pemerintah dalam arti luas merupakan segala bentuk kegiatan atau aktifitas penyelenggaraan negara yang dilakukan oleh organ-organ negara yang mempunyai otoritas atau kewenangan untuk menjalankan kekuasaan, pemerintahan dalam konteks ini mencakup kegiatan atau aktifitas penyelenggaraan negara yang dilakukan oleh eksekutif, legislatif, maupun yudikatif.

Kedua, pengertian dalam sempit hanya mencakup badan atau kekuasaan eksekutif (pelaksana atau *bestuur*), tidak termasuk badan pembuat undang-undang dan badan peradilan. Menurut Laica Marzuki yang merujuk pada pandangan AM Donner, jika hendak memahami kekuasaan pemerintah, lupakan pembagian kekuasaan sebagaimana konsep trias politika, untuk kemudian membagi kekuasaan kenegaraan dalam dua bagian, sebagai penentu kebijakan dan perealisasi kebijakan (konteks ini yang disebut sebagai lapangan pekerjaan administrasi).¹⁸⁵ Artinya bahwa pemerintahan dalam arti sempit memiliki batasan sebagai aktifitas maupun kegiatan yang diselenggarakan dalam kerangka fungsi

¹⁸⁵ A. Muin Fahmal, 2006, *Op.Cit.*, hlm.26

eksekutif (*bestuur*) saja, lazimnya dilakukan oleh Presiden atau Perdana Menteri sampai pada jajaran yang paling rendah.

Pengertian pemerintah dibedakan yaitu sebagai organisasi dan fungsi, menurut Prajudi Atmosudirdjo,¹⁸⁶ pengertian pemerintah dapat dipandang sebagai aparatur (*mechinary*) pemerintah dan sebagai salah satu fungsi dan proses penyelenggaraan tugas pemerintahan. Sedangkan menurut Nata Saputra bahwa pengertian pemerintahan sebagai pelaksanaan tugas dan fungsi pemerintah,¹⁸⁷ pemerintah berarti organ yang menjalankan pemerintahan, intinya kedua istilah tersebut dapat dibedakan, namun tidak dapat dipisahkan, mengingat kriteria pemerintah juga bergantung kepada cakupan fungsi pemerintahan.

Berkaitan dengan konsep pemerintahan dan pemerintah, kita sering mendengar istilah yang sangat umum, seperti *government*, *governance*, dan *public governance*, uraian istilah ini tentunya akan menambah pemahaman mengenai konsep pemerintahan dan pemerintah. Dalam bahasa Inggris, *government* diartikan sebagai “*the authoritative direction and administration of the affairs of men/ women in a nation, state, city, etc* (pengarahan atau administrasi yang berwenang atas kegiatan orang-orang dalam sebuah negara, negara bagian, kota dan sebagainya) atau “*the governing body of nation, state, city, etc* (lembaga/ badan yang menyelenggarakan pemerintahan negara, negara bagian, kota, dan sebagainya),¹⁸⁸ Menurut Bappenas bahwa *government* secara umum lebih mudah dipahami sebagai “pemerintah” yaitu lembaga

¹⁸⁶ Prajudi Atmosudirdjo, 1981, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm.11

¹⁸⁷ Irfan Fachruddin, 2004, *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*, Alumni, Bandung, hlm.31

¹⁸⁸ Sedarmayanti, 2004, *Good Governance (Kepemerintahan Yang Baik)*, Buku Kedua “*Membangun Sistem Manajemen Kinerja Guna Meningkatkan Produktifitas Menuju Good Governance (Kepemerintahan Yang Baik)*”, CV. Mandar Maju, Bandung, hlm.2

beserta aparturnya yang mempunyai tanggung jawab untuk mengurus negara dan menjalankan kehendak rakyat.

Menurut Wilson sebagaimana yang dikonstatir Ateng Syafrudin bahwa *government ...is organized force...two or few men, or many men, or of a community prepared by organization to realised its own purposes with references to the common affairs or the community* (Pemerintah...adalah suatu kekuatan yang diorganisir...adalah hasil perbuatan beberapa orang atau sekelompok orang yang dipersiapkan oleh suatu organisasi untuk merealisasikan maksud-maksudnya bersama referensi-referensi yang dapat menangani persoalan umum dan masyarakat).¹⁸⁹

Sedangkan *governance* yaitu *the act, the fact, manner of governing* (tindakan, fakta, pola dan kegiatan atau penyelenggaraan pemerintah), dengan demikian *governance* adalah suatu proses, *governance* lebih merupakan serangkaian proses interaksi sosial politik antara pemerintahan dengan masyarakat dalam berbagai bidang yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat dan intervensi pemerintah atas kepentingan-kepentingan tersebut atau seluruh rangkaian proses pembuatan dan implementasi keputusan/kebijakan tersebut.¹⁹⁰

UN *Commission on Human Settlements* menjelaskan bahwa *governance* adalah kumpulan dari berbagai cara yang diterapkan oleh individu warga negara dan para lembaga baik pemerintah maupun swasta dalam menangani kepentingan-kepentingan umum mereka. Hal ini merupakan sebuah proses yang berkesinambungan dimana segala jenis kepentingan maupun kebutuhan dapat diakomodasikan dan tindakan korektif diterapkan. Termasuk pula di dalamnya lembaga dan regim formal yang dikuasakan untuk menegakkan kepatuhan, maupun pengaturan secara informal

¹⁸⁹ Ateng Syafrudin, *Op.Cit.*, hlm.2

¹⁹⁰ Bappenas, *Menumbuhkan, Op.Cit.*, hlm.4

sehingga masyarakat dan lembaga memiliki kesepakatan atau kesamaan kepentingan.¹⁹¹

Sementara istilah *good public governance* mengandung makna tata pemerintahan yang baik, pengelolaan pemerintahan yang baik, serta dapat pula diungkapkan sebagai penyelenggaraan pemerintahan yang baik, penyelenggaraan negara yang baik atau pun administrasi negara yang baik. Istilah tata pemerintahan yang baik (*good public governance*) merupakan suatu konsepsi tentang penyelenggaraan pemerintahan yang bersih, demokratis, dan efektif. Selain sebagai suatu konsepsi tentang penyelenggaraan pemerintahan, tata pemerintahan yang baik juga merupakan suatu gagasan dan nilai untuk mengatur pola hubungan antara pemerintah, dunia usaha swasta, dan masyarakat.

B. Pemerintahan Konstitusional

Sebelum mengurai lebih jauh konsepsi pemerintahan yang baik, bersih dan berwibawa maupun dalam kerangka administrasi negara yang baik, tentu alangkah lebih baik diuraikan korelasi negara hukum maupun konsepsi kedaulatan rakyat dengan keberadaan pemerintahan dalam suatu negara, korelasi tersebut terangkum dalam sub bahasan pemerintahan konstitusional. Tentunya bahasan ini mengingatkan konstitusionalisme dan demokrasi kini disepakati menjadi semangat kehidupan berbangsa dan bernegara sehingga adanya tuntutan perwujudan negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasarkan hukum.

Konsensus rakyat dalam demokrasi yang menjamin tegaknya konstitusionalisme di zaman modern pada umumnya dipahami bersandar pada tiga elemen kesepakatan, yaitu:¹⁹²

1. kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama (*the general goals a society or general acceptance of the same philosophy of government*);

¹⁹¹ *Ibid.*, hlm.3

¹⁹² Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi....Op.Cit.*, hlm. 25

2. Kesepakatan tentang ide *The rule of law* sebagai landasan pemerintahan atau penyelenggaraan negara (*a basic of government*);
3. Kesepakatan tentang bentuk institusi dan prosedur-prosedur ketatanegaraan (*the form institution and procedures*).

Dalam pandangan Sutandyo Wigjosoebroto,¹⁹³ esensi konstiusionalisme paling tidak terdiri atas dua, yaitu: *pertama*, konsepsi negara hukum yang menyatakan bahwa secara universal kewibawaan hukum haruslah mengatasi kekuasaan pemerintah; *kedua*, konsepsi hak-hak sipil warga negara yang menggariskan adanya kebebasan warga negara dibawah jaminan konstitusi. Sementara Bambang Widjoyanto,¹⁹⁴ menambahkan bahwa ciri dan esensi konstiusionalisme adalah:

1. *Public authority* hanya dapat dilegitimasi menurut ketentuan konstitusi;
2. Pelaksanaan kedaulatan rakyat melalui perwakilan harus dilakukan dengan prinsip *universal and equal suffrage* dan pengangkatan eksekutif harus melalui pemilihan yang demokratis;
3. Pemisahan dan pembagian kekuasaan serta pembatasan wewenang;
4. Adanya kekuasaan kehakiman yang mandiri yang dapat menegakkan hukum dan keadilan baik terhadap rakyat maupun terhadap penguasa;
5. Adanya sistem kontrol terhadap militer dan kepolisian untuk menegakkan hukum dan menghormati hak hak rakyat.¹⁹⁵

Adnan Buyung Nasution mengartikan bahwa negara (pemerintahan) konstiusional adalah negara yang mengakui dan

¹⁹³ Tim Kajian Amandemen Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 2000, *Amandemen UUD 1945 antara teks dan Konteks dalam Negara yang sedang berubah*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 2

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.*

menjamin hak asasi warga negara, dimana tujuan normatif negara ini mempunyai implikasi organisasi negara tertentu yang bertujuan mengendalikan dan membatasi pelaksanaan kekuasaan pemerintah melalui peraturan-peraturan. Artinya bahwa negara konstitusional merupakan lembaga dengan fungsi-fungsi spesifik dan struktur-struktur normatif yang dibatasi secara hukum, dengan tujuan melindungi hak-hak dasar warga negara serta membatasi dan mengatur kekuasaan untuk dapat mengangkat hal-hal perseorangan dan khusus kepada tingkat hukum dan umum.¹⁹⁶ Menurut penulis bahwa pemerintahan konstitusional merupakan pemerintahan yang berdasarkan pada konstitusi sebagai hukum tertinggi, bahwa segala sumber kewenangan dan praktik penyelenggaraan pemerintahan berpijak pada konstitusi, yang mana dalam konstitusi telah terangkum tujuan negara untuk melindungi hak asasi manusia dan tentunya mengatur pola hubungan antara pemerintah dan rakyat dalam kerangka hukum dan demokrasi.

Uraian Adnan Buyung Nasution tersebut di atas, berpijak bahwa pemerintahan konstitusional (*constitutional government*) adalah konsep pemerintahan yang demokratis dan melindungi hak-hak asasi manusia, dan pemerintahan yang konstitusional itu bukan pemerintahan yang sesuai dengan bunyi pasal-pasal konstitusi, melainkan pemerintahan yang sesuai dengan bunyi konstitusi yang memang menurut esensi- esensi konstitusionalisme.

Selanjutnya, Adnan Buyung Nasution mengurai 9 (sembilan) langkah menuju pemerintahan konstitusional yaitu:¹⁹⁷ (1) memperluas partisipasi politik; (2) memberi kekuasaan legislatif kepada wakil-wakil rakyat; (3) menolak pemerintahan otoriter; (4) tekad untuk memelihara kemerdekaan ke luar; (5) tekad untuk menjamin kebebasan ke dalam; (6) tekad untuk menjamin asas-asas universal pemerintahan yang baik; (7) membentuk sistem

¹⁹⁶ Adnan Buyung Nasution, 1995, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia Studi Sosio Legal Konstituante 1956- 1959*, PT Grafiti, Jakarta, hlm.91

¹⁹⁷ *Ibid.*, hlm.16-27

multipartai; (8) menetapkan pertanggung jawaban pemerintah kepada wakil rakyat; dan (9) pengakuan terhadap asas pemilihan bebas.

C. Pemerintahan Yang Baik

Istilah pemerintahan yang baik (*good government*) merupakan suatu konsepsi tentang penyelenggaraan pemerintah yang baik, demokratis, dan efektif, selain sebagai suatu konsepsi tentang penyelenggaraan pemerintahan, pemerintahan yang baik juga merupakan suatu gagasan dan nilai untuk mengatur pola hubungan antara pemerintah, dunia usaha swasta, dan masyarakat. *Good government* merupakan proses penyelenggaraan kekuasaan negara dalam melaksanakan penyediaan *publik good and service*, sedangkan praktek terbaiknya disebut *good governance* (tata pemerintahan yang baik), agar *good government* menjadi kenyataan, maka dibutuhkan komitmen dan keterlibatan semua pihak, *good government* dalam penyelenggaraan kekuasaan pemerintah negara merupakan tantangan guna mencapai tujuan dan cita-cita bangsa dan negara.¹⁹⁸

Pemerintah yang baik berorientasi pada: *pertama*, orientasi ideal yang diarahkan kepada pencapaian tujuan nasional; *kedua*, pemerintahan yang berfungsi secara ideal, yang secara efektif dan efisien melakukan upaya mencapai tujuan nasional. Orientasi pertama mengacu pada demokratisasi dalam kehidupan bernegara dengan elemen-elemen konstituennya, seperti: *legitimacy* (apakah pemerintah dipilih dan mendapat kepercayaan dari rakyatnya), akuntabilitas menjamin hak asasi manusia, otonomi dan devolusi kekuasaan dan meyakinkan adanya pengendalian sipil, sedangkan orientasi kedua tergantung pada sejauh mana pemerintah

¹⁹⁸ Hj.Sedarmayanti, 2003, *Good governance (Kepemerintahan Yang Baik) Dalam Rangka Otonomi Daerah: Upaya Membangun Organisasi Efektif dan Efisien Melalui Restrukturisasi dan Pemberdayaan*, Mandar Maju, Bandung, hlm.2

mempunyai kompetensi, dan sejauh mana struktur serta mekanisme politik serta administratif berfungsi secara efektif dan efisien.¹⁹⁹

Paparan tersebut di atas menunjukkan bahwa dalam dimensi hukum administrasi, komponen *good government* menjadi norma pemerintah yang dapat menjadi indikator terwujudnya pemerintahan yang bersih (*clean government*), disamping asas penyelenggaraan negara yang bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme, untuk menjamin pemerintahan yang baik (*good government*) sebagai syarat terciptanya pemerintahan yang bersih (*clean government*) maka hukum harus dilihat dari sisi prosedural (*fairness*), keterbukaan sistem (*transparency*), keterbukaan hasil kerja (*disclosure*), pertanggungjawaban publik (*responsibility*). Pemerintahan yang baik (*good government*) merupakan bagian integral yang didalamnya terdapat pemerintah yang bersih dan berwibawa (*clean and strong government*) dan pemerintah yang bersih tidak dapat dipisahkan dengan pemerintah yang baik, terdapat variabel dependen bagi terwujudnya pemerintah yang baik, misalnya: korupsi, kolusi dan nepotisme, tidak transparan, tidak *accountable*, tidak efisien, tidak efektif dan perilaku tidak *rechtmatic*,²⁰⁰ Pemerintah dikatakan baik manakala pemerintah dalam melaksanakan wewenangnya secara konsisten pada norma hukum yang memberi dan membatasi kewenangannya, disamping asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB) sebagai norma hukum tidak tertulis.

Dalam konteks ke-Indonesiaan, pemerintahan yang baik (*good government*) adalah suatu pemerintahan yang dijalankan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 baik secara harfiah maupun menurut jiwanya, semangatnya atau yang dikenal dengan *Geistlichen Hintergrund* atau sesuai dengan suasana kebatinan yaitu pemerintahan yang mampu mewujudkan persamaan kedudukan antara sesama warganegara dihadapan hukum dan

¹⁹⁹ *Ibid.*, hlm.174

²⁰⁰ A. Muin Fahmal, *Op.Cit.*, hlm.70

pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya, pemerintahan demokratis yang mampu mewujudkan kehidupan demokratis dibidang politik, ekonomi, sosial, budaya dan agama, mewujudkan keadilan dan prikemanusiaan serta mampu memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur dan memegang teguh cita-cita moral rakyat yang luhur, jadi bukanlah suatu pemerintahan yang hanya mewujudkan kemakmuran ekonomi atau material saja atau bagi golongan tertentu saja.²⁰¹

D. Pemerintahan Yang Bersih

Di samping konsepsi pemerintahan yang baik (*good government*) dalam wacana hukum administrasi negara dan hukum tata negara, berkembang istilah pemerintahan yang bersih (*clean government*), misalnya dalam Undang-undang No.28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme yang menggunakan istilah penyelenggaraan negara yang bersih, yang memaknai penyelenggara negara yang mentaati asas-asas umum penyelenggara negara dan bebas dari praktik korupsi, kolusi dan nepotisme, serta perbuatan tercela lainnya. Secara sederhana korelasi hukum administrasi negara dalam kaitan dengan pemerintahan yang bersih mengandung tiga aspek, yaitu: (1) hukum mengenai kekuasaan pemerintah; (2) hukum mengenai organisasi dan instrumen; dan (3) hukum mengenai perlindungan hukum.²⁰²

Secara teoritis konsep pemerintahan yang bersih bukan merupakan suatu konsep normatif, sehingga tidak ada ukuran normatif (tolok ukur) tentang standarisasi pemerintahan yang bersih, namun dalam bahasa normatif konsep pemerintahan yang

²⁰¹ Dimiyati Hartono, 1997, *Lima Langkah Membangun Pemerintahan Yang Baik*, Ind. Hill Co, Jakarta, hlm.xiv

²⁰² Abdul Latief, 2004, *Reformasi dan Paradigma Penegakan Hukum Menuju Pemerintahan Yang Bersih*, UII Press, Yogyakarta, hlm.59

bersih sejajar dengan konsep *rechtmatig bestuur* atau *rechtmatigheid van bestuur*,²⁰³ dalam hukum administrasi negara, pemerintahan yang bersih manakala para pejabat (administrasi) dalam melaksanakan wewenangnya dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, termasuk asas-asas umum pemerintahan yang layak (baik), dan kondisi penyelenggaraan pemerintahan yang bebas korupsi, kolusi dan nepotisme.

Dalam pandangan Philipus M. Hadjon, konsep pemerintahan yang bersih bukanlah konsep normatif, dalam konsep hukum positif belum ada istilah baku untuk *rechtmatigheid van bestuur*, *rechtmatigheid* mengandung makna keabsahan sedangkan *van bestuur* bermakna pemerintahan, jadi *rechtmatigheid van bestuur* adalah suatu “asas keabsahan dalam pemerintahan” yang berfungsi sebagai norma pemerintahan, dan norma pemerintahan ini ruang lingkungannya meliputi kewenangan, prosedur dan substansi bagi sikap tindak administrasi.²⁰⁴

Menurut Laica Marzuki, pemerintahan yang bersih pertama-tama harus dipahami dalam makna *rechtmatig bestuur* atau *rechtmatigheid van bestuur*, sebaliknya pemerintahan yang tidak bersih bermakna *onrechtmatig bestuur* atau *onrechtmatigheid van bestuur*, namun demikian suatu pemerintahan yang *onrechtmatig bestuur* atau *onrechtmatigheid van bestuur* tidak dengan sendirinya bermakna *strafbaar* yang digolongkan delik jabatan (*ambstdelict*). Tetapi memang benar pada umumnya dalam suatu pemerintahan *onrechtmatig* merupakan pula lahan yang tidak steril dari perbuatan pejabat korup, termasuk aparat-aparat penegak hukumnya. Suatu sistem penegakan hukum yang akuntabel tidak bisa dibangun dari pemerintahan yang tidak bersih atau

²⁰³ Laica Marzuki, *Sekapur Sirih*, dalam A. Muin Fahmal, 2006, *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Layak Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih*, UII Press, Yogyakarta, hlm.xii

²⁰⁴ Abdul Latief, *Op.Cit.*, hlm.60

onrechtmatig bestuur yang korup, terutama karena aparat-aparat penegak hukum daripadanya merupakan bagian dari pemerintahan yang korup itu.²⁰⁵

Konklusi penulis bahwa pemerintahan yang bersih adalah pemerintahan yang melaksanakan fungsinya berdasarkan hukum dan asas-asas umum pemerintahan yang baik plus dalam kategori yang bebas korupsi, kolusi dan nepotisme, dalam arti bahwa pemerintahan yang bersih tidak hanya bermakna manakala tindakan pemerintah di dasarkan atas keabsahan, tetapi juga implikasi dari tindakan pemerintah yang absah yaitu perwujudan kondisi pemerintahan yang bebas korupsi, kolusi dan nepotisme.

Asas-asas pemerintahan yang bersih dalam penyelenggaraan negara tertuang dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XI/MPR/1998 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme, Pasal 2 menyebutkan bahwa penyelenggara negara pada lembaga-lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif harus melaksanakan fungsi dan tugasnya dengan baik dan bertanggung jawab kepada masyarakat, bangsa, dan negara (ayat 1) dan untuk menjalankan fungsi dan tugasnya tersebut, penyelenggara negara harus jujur, adil, terbuka, dan terpercaya serta mampu membebaskan diri dari praktek korupsi, kolusi, dan nepotisme (ayat 2).

Asas-asas pemerintahan yang bersih dalam penyelenggaraan negara secara lebih tegas tercantum dalam Pasal 3 Undang-undang No.28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme, meliputi:

1. Asas Kepastian Hukum, adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara;

²⁰⁵ Laica Marzuki, *Loc.Cit.*

2. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara, adalah asas yang menjadi landasan keteraturan, keselarasan, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggara negara;
3. Asas Kepentingan Umum, adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, dan selektif;
4. Asas Keterbukaan, adalah asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara;
5. Asas Proporsionalitas, adalah asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara;
6. Asas Profesionalitas, adalah asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
7. Asas Akuntabilitas, adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

E. Tata Pemerintahan Yang Baik

Good Governance sebagai norma pemerintahan adalah suatu sasaran yang akan dituju dan diwujudkan dalam pelaksanaan pemerintahan yang baik, dan asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagai norma mengikat yang menuntun pemerintah dalam mewujudkan *good governance*, konsep ini pada awalnya tidak dikenal dalam literatur hukum administrasi negara maupun hukum tata negara, bahkan dalam ilmu politik.

Konsep ini lahir dalam lingkungan Perserikatan bangsa-Bangsa yang awal mulanya dari *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD), dimana komponennya

meliputi: (1) *human rights observance and democracy*; (2) *market reform*; (3) *bureaucratic reform (corruption and transparency)*; (4) *environmental protection and sustainable development*; (5) *reduction in military and defence expenditures and non production ofv weapons of mass destruction*.²⁰⁶ *United Nation Development Program (UNDP)* mengemukakan karakteristik *good governance* sebagai berikut:²⁰⁷ *Participation, Rule of Law, Transparency, Responsiviness, Consensus Orientation, Equity, Efektiviness and Efeciency, Accountability, Strategic Vision*. Sedangkan *Asean Development Bank* mengartikulasikan empat elemen esensial dari *good governance*, yaitu: *accountability, participation, predictability, dan transparency*.²⁰⁸

Menurut Bagir Manan bahwa *good governance* bagi rakyat banyak adalah pemerintahan yang memberikan berbagai kemudahan, kepastian, dan bersih dalam menyediakan pelayanan dan perlindungan dari berbagai tindakan sewenang-wenang, baik atas diri, hak maupun atas harta bendanya.²⁰⁹ Lanjutnya bahwa pelayanan yang dipanjang-panjangkan atau bertele-tele (birokrasi) bukan hanya memakan waktu, dapat menghilangkan peluang, tetapi menjadi suatu fungsi “*komersial*” karena melahirkan sistem “uang pelicin”, hadiah yang tidak lain dari suatu bentuk suap. Hal serupa terjadi pada penegakkan hukum, keadilan ditentukan oleh kemampuan tawar-menawar menurut hukum tawar-menawar, bukan hukum yang adil. Sehingga praktis keadaan ini membutuhkan tata pemerintahan yang baik dalam ranah birokrasi dan penegakan hukum.

²⁰⁶ A. Muin Fahmal, *Op.Cit.*, hlm.62

²⁰⁷ *Ibid.*, hlm.62, lihat juga Sedarmayanti, *Op.Cit.*, hlm.5-6

²⁰⁸ Hetifah Sj Sumarto, 2004, *Inovasi, Partisipasi Dan good Governance (20 Prakarsa Inovatif dan Partisipatif di Indonesia)*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, hlm.3

²⁰⁹ Bagir Manan, “Good Governance”, dalam lampiran Bagir Manan, 2005, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, hlm.276

Prinsip-prinsip tata pemerintahan yang baik (*good governance*) menurut Bappenas, yaitu:²¹⁰

1. Wawasan ke depan (*visionary*).

Wawasan ke depan mengandung pengertian adanya pemahaman mengenai permasalahan, tantangan dan potensi yang dimiliki oleh suatu unit pemerintahan, dan mampu merumuskan gagasan-gagasan dengan visi dan misi untuk perbaikan maupun pengembangan pelayanan dan menuangkannya dalam strategi pelaksanaan, rencana kebijakan dan program-program kerja ke depan berkaitan dengan bidang tugasnya;

2. Keterbukaan dan transparansi (*openess and transparency*).

Bersifat terbuka dalam penyelenggaraan pemerintahan di setiap tahap pengambilan keputusan dapat ditengarai dengan derajat aksesibilitas publik terhadap informasi terkait dengan suatu kebijakan publik. Setiap kebijakan publik termasuk kebijakan alokasi anggaran, pelaksanaannya maupun hasil-hasilnya mutlak harus diinformasikan kepada publik atau dapat diakses oleh publik selengkap-lengkapinya melalui berbagai media dan forum untuk mendapat respon.

3. Partisipasi masyarakat (*participation*).

Partisipasi masyarakat pada hakikatnya mengedepankan keterlibatan aktif masyarakat dalam proses pengambilan keputusan. Prinsip keterbukaan yang mengidealkan penyelenggaraan pemerintahan harus melibatkan masyarakat (partisipasi masyarakat), partisipasi masyarakat merupakan perkembangan dalam sistem politik modern, dalam arti adanya penyediaan ruang publik sebagai tuntutan mutlak sebagai upaya demokratisasi, sebab mustahil dapat mewujudkan negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang

²¹⁰ Bappenas, 2002, *Tingkat Pemahaman Aparatur Pemerintah Terhadap Prinsip-Prinsip Tata Pemerintahan Yang Baik*, Sekretariat Pengembangan Public Good Governance, Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, Jakarta, hlm.2-5

berdasarkan hukum tanpa partisipasi masyarakat.²¹¹ Dalam pandangan Samuel P. Huntington dan Joan M. Nelson, partisipasi publik merupakan salah satu alat dalam menuangkan nilai-nilai yang hidup dimasyarakat untuk dituangkan dalam peraturan.²¹² Melalui partisipasi publik diharapkan peraturan perundang-undangan akan memiliki kelebihan dalam hal efektifitas keberlakuan di dalam masyarakat.²¹³

Prinsip keterbukaan merupakan bentuk implementasi dari prinsip konsensus. Menurut A.Hamid S Attamimi bahwa partisipasi masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan merupakan pelaksanaan asas konsensus (*het beginselen van concencus*), yakni adanya kesepakatan rakyat untuk melaksanakan kewajiban dan menanggung akibat yang ditimbulkan, prinsip ini dianggap sebagai langkah awal untuk mencapai tujuan-tujuan yang disepakati bersama oleh pemerintah dan rakyat.²¹⁴ Lanjutnya bahwa asas konsensus dapat diwujudkan dengan perencanaan yang baik, jelas, terbuka, diketahui masyarakat mengenai akibat-akibat yang akan ditimbulkan serta latar belakang tujuan-tujuan yang hendak dicapai.²¹⁵

4. Pertanggungjawaban (*accountability*).

Akuntabilitas dalam penyelenggaraan pemerintahan di tuntut di semua tahap mulai dari penyusunan program kegiatan dalam rangka pelayanan publik, pembiayaan, pelaksanaan, dan evaluasinya, maupun hasil dan dampaknya. Akuntabilitas juga dituntut dalam hubungannya dengan masyarakat/publik, dengan instansi atau aparat di bawahnya maupun dengan instansi atau

²¹¹ Yuliandri, 2009, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Yang Baik: Gagasan Pembentukan Undang-undang Berkelanjutan*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm.186

²¹² *Ibid.*, hlm.187

²¹³ *Ibid.*, hlm.188

²¹⁴ A. Hamid S.Attamimi, *Op.Cit.*, hlm.339

²¹⁵ *Ibid.*, hlm.340

aparatus di atas. Secara substansi, penyelenggaraan pemerintahan harus berdasarkan pada sistem dan prosedur tertentu, memenuhi ketentuan perundangan, dapat diterima secara politis, berdasarkan pada metode dan teknik tertentu maupun nilai-nilai etika tertentu, serta dapat menerima konsekuensi bila keputusan yang diambil tidak tepat.

5. Supremasi hukum (*rule of law*). Dalam arti bahwa praktik-praktik penyelenggaraan pemerintahan yang selalu mendasarkan diri pada ketentuan perundangan yang berlaku dalam setiap pengambilan keputusan, bersih dari unsur korupsi, kolusi dan nepotisme dan pelanggaran hak asasi manusia, serta ditegakkannya hukum terhadap seseorang atau sekelompok orang yang melakukan pelanggaran hukum.
6. Demokrasi (*democracy*). Prinsip ini menjunjung tinggi penghormatan hak dan kewajiban pihak lain. Dalam suatu unit pemerintahan, pengambilan keputusan yang diambil melalui konsensus perlu dihormati.
7. Profesionalisme dan kompetensi (*professionalism and competency*). Tata kepengintahan dengan karakteristik seperti ini akan tampak dari upaya-upaya mengorganisasikan kegiatan dengan cara mengisi posisi-posisi dengan aparat yang sesuai dengan kompetensi, termasuk di dalamnya kriteria jabatan dan mekanisme penempatannya. Di samping itu, terdapat upaya-upaya sistematis untuk mengembangkan profesionalitas sumber daya manusia yang dimiliki unit yang bersangkutan melalui berbagai kegiatan pendidikan dan pelatihan.
8. Daya tanggap (*responsiveness*).

Kebutuhan akan karakteristik ini karena selalu adanya kemungkinan munculnya situasi yang tidak terduga atau adanya perubahan yang cepat dari kebutuhan masyarakat akan pelayanan publik ataupun yang memerlukan suatu kebijakan. Karakteristik ini juga dibutuhkan karena tidak ada rancangan yang sempurna sehingga berbagai prosedur dan mekanisme

baku dalam rangka pelayanan publik perlu segera disempurnakan atau diambil langkah-langkah penanganan segera. Bentuk kongkritnya dapat berupa tersedianya mekanisme pengaduan masyarakat sampai dengan adanya unit yang khusus menangani krisis, dan pengambilan keputusan serta tindak lanjutnya selalu dilakukan dengan cepat

9. Efisiensi dan efektivitas (*efficiency and effectiveness*).

Upaya untuk menggunakan struktur dan sumber daya secara efisien dan efektif merupakan salah satu respon atas tuntutan akuntabilitas kinerja penyelenggaraan pemerintahan perlu secara terus menerus ditingkatkan dan dioptimalkan melalui pemanfaatan sumber daya dan organisasi yang efektif dan efisien, termasuk upaya-upaya berkoordinasi untuk menciptakan sinergi dengan berbagai pihak dan organisasi lain.

10. Desentralisasi (*decentralization*). Tata pemerintahan yang memiliki karakteristik seperti ini tampak dari adanya pendelegasian wewenang sepenuhnya yang diberikan kepada aparat dibawahnya sehingga pengambilan keputusan dapat terjadi pada tingkat dibawah sesuai lingkup tugasnya. Pendelegasian wewenang tersebut semakin mendekatkan aparat pemerintah kepada masyarakat.

11. Kemitraan dengan dunia usaha swasta dan masyarakat (*private and civil society Partnership*). Pemerintah dan masyarakat saling melengkapi dan mendukung (*mutualisme*) dalam penyediaan "*public goods*" dan pemberian pelayanan terhadap publik.

12. Komitmen pada pengurangan kesenjangan (*commitment to reduce inequality*). Prinsip ini berpihak kepada kepentingan kelompok masyarakat yang tidak mampu, tertinggal atau termarjinalkan.

13. Komitmen pada perlindungan lingkungan hidup (*commitment to environmental protection*). Prinsip ini menegaskan keharusan setiap kegiatan pemerintahan dan pembangunan untuk

memperhatikan aspek lingkungan termasuk melakukan analisis secara konsisten dampak kegiatan pembangunan terhadap lingkungan.

14. Komitmen pada pasar yang fair (*commitment to fair market.*).

Prinsip ini menyatakan dibutuhkan keterlibatan pemerintah dalam pematangan mekanisme pasar.

Dalam pandangan Satya Arinanto bahwa secara umum ada beberapa karakteristik dan nilai yang melekat dalam praktik *governance* yang baik, yaitu: *pertama*, praktik *governance* yang baik harus memberi ruang kepada aktor lembaga non pemerintah untuk berperan serta secara optimal dalam kegiatan pemerintahan sehingga memungkinkan adanya sinergi di antara aktor dan lembaga pemerintahan dengan non pemerintah seperti masyarakat sipil dan mekanisme pasar; *kedua*, dalam praktik *governance* yang baik terkandung nilai-nilai yang membuat pemerintah dapat lebih efektif bekerja untuk mewujudkan kesejahteraan bersama. Nilai-nilai seperti efisiensi, keadilan, dan daya tanggap menjadi nilai penting; *ketiga*, praktik *governance* yang baik adalah praktik pemerintahan yang bersih dan bebas praktik kolusi, korupsi dan nepotisme dan berorientasi pada kepentingan publik, karena itu praktik pemerintahan di nilai baik jika mampu mewujudkan transparansi, penegakan hukum, dan akuntabilitas publik.²¹⁶

Faktor yang mempengaruhi tata pemerintahan yang baik, yaitu: (1) tatanan politik yang berlaku dapat mempengaruhi bahkan menentukan baik, kurang, atau buruknya penyelenggaraan pemerintahan. Politisasi birokrasi untuk mendukung rejim politik yang berkuasa menjadi salah satu contoh dan sumber terjadinya segala bentuk perkoncoan menuju pada kolusi, korupsi dan nepotisme, sebab politisasi birokrasi ini menyebabkan administrasi negara tidak berorientasi pada kepentingan masyarakat tetapi

²¹⁶ Satya Arinanto, "Prakata", dalam Satya Arinanto dan Ninuk Triyanti (ed), 2009, *Memahami Hukum: Dari Konstruksi Sampai Implementasi*, Rajawali Press, Jakarta, hlm.xvii

kekuasaan. (2) ketidakpastian dalam penegakkan hukum, misalnya di masa orde baru ada semacam praktik “apabila pejabat diketahui melakukan tindak pidana korupsi, secara internal ditawarkan mengembalikan hasil-hasil korupsi” dan meniadakan sifat pidana dengan alasan pemerintah tidak mengalami kerugian. (3) Faktor manajemen pemerintahan, misalnya sentralisasi kekuasaan yang melahirkan birokratisasi yang mahal, sehingga harus ada desentralisasi sebagai ciri tata pemerintahan yang baik. (4) Sumber daya manusia, banyak sumber daya manusia yang tidak berkualitas menyebabkan pemerintahan menjadi tidak baik.²¹⁷

Agenda penciptaan tata pemerintahan yang baik setidaknya memiliki 5 (lima) sasaran yaitu: (1) berkurangnya secara nyata praktek korupsi kolusi dan nepotisme di birokrasi, yang dimulai dari jajaran pejabat yang paling atas; (2) terciptanya sistem kelembagaan & ketatalaksanaan pemerintah yang efisien, efektif dan profesional transparan dan akuntabel; (3) terhapusnya peraturan dan praktek yang bersifat diskriminatif terhadap warga negara; (4) meningkatnya partisipasi masyarakat dalam pengambilan kebijakan publik; (5) terjaminnya konsistensi seluruh peraturan pusat dan daerah.²¹⁸

Menurut Bagir Manan bahwa usaha mewujudkan penyelenggaraan pemerintahan yang baik, dilakukan terhadap:²¹⁹

1. Melanjutkan pembaharuan politik, peraturan perundang-undangan di bidang politik yang menjadi dasar pembentukan pemerintahan baru, harus diperbaiki. Ketentuan mengenai sistem pemilu, susunan kelembagaan negara yang independen perlu ditata kembali;
2. Melanjutkan pembaharuan Undang-Undang Dasar 1945, pembaharuan ini tidak hanya mengenai jabatan Kepresidenan,

²¹⁷ Bagir Manan, “Good”, *Op.Cit.*, hlm.278

²¹⁸ Bappenas, *Loc.Cit.*

²¹⁹ Bagir Manan, “Good”, *Op.Cit.*, hlm.29-2818

tetapi perbaikan menyeluruh termasuk menyusun kembali badan perwakilan menuju sistem dua kamar, dan lainnya;

3. Melanjutkan pembaharuan kekuasaan kehakiman seperti pemilihan hakim agung, pertanggungjawaban hakim yang melanggar hukum, wewenang menguji tindakan pemerintah, dan peraturan perundang-undangan di bawah Undang-undang.
4. Pembaharuan administrasi negara, melanjutkan pembebasan administrasi negara dari segala pangruh politik, penyusunan kembali organisasi dan administrasi negara, seperti: menyiapkan daerah untuk menjalankan tatanan otonomi baru yang meletakkan titik berat penyelenggaraan pemerintahan; usaha merampingkan administrasi negara untuk meningkatkan efisiensi dan efektivitas tanpa mengurangi asas kehati-hatian dan tidak sewenang-wenang. Memperbesar gaji agar pegawai dapat lebih memusatkan perhatian pada tugas-tugasnya.
5. Ketegasan dalam menjalankan prinsip dan ketentuan hukum untuk menjamin kepastian, ketertiban, dan keadilan hukum;
6. Melakukan evaluasi terhadap segala produk hukum di masa lalu, dalam rangka membangun suatu tertib hukum yang utuh dan harmonis satu sama lain.
7. Menata pemerintahan desa agar mampu menjalankan pemerintahan yang bersentuhan langsung dengan rakyat banyak, penataan ini dapat mencakup kemungkinan penggabungan desa-desa agar lebih *managable* dan mandiri.

RAR

FUNGSI DAN INSTRUMEN

A. Fungsi Pemerintah

Fungsi pemerintah sebagai penyelenggara negara (*het bestuuren, het regeren*) dalam arti menjalankan tugas-tugas memerintah (*bestuurs functie*), sedangkan secara sempit arti pemerintah adalah fungsi negara yang bukan fungsi peradilan (*rechtspraak*) dan fungsi perundang-undangan (*wetgeving*), pemerintahan dalam arti luas (*regering/ government*) adalah pelaksanaan tugas seluruh badan-badan, lembaga-lembaga, dan petugas-petugas yang disertai wewenang mencapai tujuan negara, dalam arti sempit (*bestuurs/ government*) dapat mencakup organisasi fungsi-fungsi yang menjalankan tugas pemerintah.²²⁰

Dalam kerangka bernegara, pemerintah disertai fungsi untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum (*bestuurszorg*), diberinya tugas "*bestuurszorg*" itu membawa suatu konsekuensi yang khusus bagi administrasi negara agar dapat menjalankan tugas menyelenggarakan kesejahteraan rakyat, menyelenggarakan pengajaran bagi semua warga negara, dan sebagainya secara baik, maka administrasi negara memerlukan kemerdekaan untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri, terutama dalam penyelesaian soal-soal genting yang timbul secara mendesak dan yang peraturan penyelenggaraannya belum ada, yaitu belum dibuat oleh badan badan kenegaraan yang disertai fungsi legislatif.²²¹

Fungsi memberikan kesejahteraan masyarakat tersebut tentunya membutuhkan legalitas kewenangan (*authority, gezag*)

²²⁰ Diana Halim Koentjoro, *Op.Cit.*, hlm.22

²²¹ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm.15-16.

sebagai sebuah kekuasaan yang diformalkan baik terhadap segolongan orang tertentu maupun terhadap sesuatu terhadap sesuatu bidang pemerintahan tertentu secara bulat, namun secara yuridis wewenang adalah kemampuan untuk melakukan suatu tindakan hukum publik atau kemampuan bertindak yang diberikan oleh undang-undang untuk melakukan hubungan-hubungan hukum.²²² Jadi kewenangan tersebut yang merupakan dasar bagi pemerintah untuk melakukan tindakan hukum, sebagai jaminan bagi administrasi negara yang merupakan alat perlengkapan negara untuk dapat menjalankan fungsinya dan memiliki hak serta kewajiban perlindungan bagi dirinya, selain itu memberikan perlindungan bagi rakyat dari tindakan administrasi negara yang melanggar hukum, sebab dasar kewenangan harus berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam hal ini, asas legalitas sebagai corong (*wetmatigheid van bestuur* atau pemerintahan berdasarkan undang-undang), asas legalitas ini selain melindungi dan membatasi administrasi negara dalam melakukan tindakan hukum juga ditujukan untuk memberikan perlindungan kepada anggota masyarakat dari tindakan pemerintah, dengan asas ini wewenang bertindak pemerintah sudah dapat diprediksi (*predictable*), wewenang yang didasarkan pada ketentuan peraturan perundang-undangan memberikan kemudahan bagi masyarakat untuk mengetahuinya, sehingga masyarakat dapat menyesuaikan dengan keadaan demikian.²²³

Dalam khasanah hukum administrasi negara dikenal tiga sumber kewenangan pemerintah, yaitu:

1. Atribusi

Kekuasaan pemerintah yang langsung diberikan oleh undang-undang, dalam pandangan Indroharto bahwa atribusi adalah pemberian wewenang pemerintah yang baru oleh suatu ketentuan

²²² SF. Marbun, *Peradilan Administrasi...Op.Cit.*, hlm.123

²²³ Indroharto, *Op.Cit.*, hlm.84

dalam perundang-undangan yang diadakan *original legislator* ataupun *delegated legislator*.²²⁴

2. Delegasi

HD. van Wijk menyatakan bahwa delegasi merupakan penyerahan wewenang pemerintahan dari suatu badan atau pejabat pemerintah kepada badan atau pejabat pemerintah yang lain,²²⁵ yang konsekuensinya setelah wewenang diserahkan, pemberi wewenang tidak mempunyai kewenangan lagi.²²⁶

3. Mandat

Wewenang yang diperoleh melalui atribusi dan delegasi dapat dimandatkan kepada badan atau pegawai bawahan apabila pejabat yang memperoleh wewenang itu tidak sanggup melakukannya sendiri.²²⁷ Dalam pandangan Indroharto bahwa pada mandat, tidak terjadi perubahan wewenang yang sudah ada dan merupakan hubungan internal pada suatu badan atau penugasan bawahan melakukan suatu tindakan atas nama dan atas tanggungjawab mandan.²²⁸

Untuk menjalankan kewenangan tersebut, pemerintah melakukan tindakan hukum pemerintah,²²⁹ E.Utrecht menggolongkan perbuatan administrasi dalam dua golongan besar, yaitu golongan perbuatan hukum (*rechtshandelingen*) dan golongan yang bukan perbuatan hukum atau tindakan nyata (*feitelijke handelingen*), tindakan nyata adalah tindakan yang tidak menimbulkan akibat hukum, bagi administrasi negara yang terpenting adalah hanya golongan perbuatan hukum dan golongan perbuatan nyata atau bukan perbuatan hukum tidak berarti (*irrelevant*).²³⁰

²²⁴ *Ibid.*, hlm.131

²²⁵ Irfan Fachruddin, *Op.Cit.*, hlm.50

²²⁶ *Ibid.*, hlm.51

²²⁷ *Ibid.*, hlm.54

²²⁸ Indroharto, *Op.Cit.*, hlm.92

²²⁹ SF.Marbun, *Peradilan Administrasi...Op.Cit.*, hlm.23

²³⁰ E. Utrecht dan Moh Saleh Djindang, *Op.Cit.*, hlm.63

Pandangan Romeijn, perbuatan hukum adalah perbuatan atau perbuatan dari suatu alat perlengkapan pemerintahan (*bestuursorgaan*) yang dimaksud untuk menimbulkan akibat hukum dibidang hukum administrasi negara. Sementara Van Poelje mengemukakan bahwa perbuatan hukum adalah perbuatan yang dilakukan oleh penguasa dalam menjalankan fungsi pemerintahan.²³¹ Sedangkan perbuatan hukum administrasi adalah suatu pernyataan kehendak yang muncul dari organ administrasi dalam keadaan khusus, dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dalam hukum administrasi.²³²

Dasar perbuatan hukum ini mengandung beberapa unsur, yaitu: perbuatan dilakukan oleh suatu alat perlengkapan pemerintahan (*bestuursorgan*) atau penguasa (*overheid*); perbuatan dilakukan dalam menjalankan fungsi pemerintahan; berisi pernyataan kehendak dari organ administrasi; dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dibidang hukum administrasi.²³³ Perbuatan hukum yang dilaksanakan oleh pemerintah dibedakan menjadi perbuatan hukum privat (*privaatrechtelijke rechtshandelingen*) dan perbuatan dalam hukum publik (*publicrechtelijke rechthandelingen*).²³⁴

Konijnenbelt membedakan perbuatan hukum menjadi perbuatan hukum ekstern (*eksterne rechtshandelingen*) dan perbuatan hukum intern (*interne rechtshandelingen*) perbuatan hukum ekstern dibedakan menjadi perbuatan hukum ekstern menurut hukum publik (*publiekrechtelijke eksterne rechtshandelingen*) dan perbuatan hukum ekstern hukum privat (*privatrechtelijkeeksterne rechtshandelingen*) perbuatan hukum publik dibedakan menjadi perbuatan menurut hukum publik ekstern sepihak (*eenzijdige publiekrechtelijke eksterne*

²³¹ Kuntjoro Purbopranoto, *Op.Cit.*, hlm.42

²³² *Ibid.*, hlm.43

²³³ Irfan Fachruddin, *Op.Cit.*, hlm.63

²³⁴ *Ibid.*, hlm.64

rechtshandelingen) dan menurut hukum publik ekstern banyak pihak (*meerzijdige publiekrechterlijke eksterne rechtshandelingen*). Perbuatan hukum publik sepihak dibedakan lagi menjadi perbuatan hukum publik ekstern satu pihak yang bersifat umum (*algemene*) dan perbuatan hukum publik ekstern sepihak yang bersifat individual (*individuele*), perbuatan hukum publik satu pihak yang bersifat umum dibedakan menjadi bersifat abstrak (*abstracte*) dan bersifat konkrit (*concrete*), perbuatan hukum publik ekstern satu pihak yang individual (*individuele*) dibedakan menjadi bersifat abstrak (*abstracte*) dan bersifat konkrit (*concrete*).²³⁵

Muchsan menyebutkan unsur-unsur tindakan hukum pemerintahan sebagai berikut:²³⁶

1. Perbuatan itu dilakukan oleh aparat pemerintah dalam kedudukannya sebagai penguasa maupun sebagai alat perlengkapan pemerintahan (*bestuurorganen*) dengan prakarsa dan tanggungjawab sendiri.
2. Perbuatan tersebut dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan
3. Perbuatan tersebut dimaksudkan sebagai sarana untuk menimbulkan akibat hukum dibidang hukum administrasi.
4. Perbuatan yang bersangkutan dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat.

Suatu perbuatan pemerintah dianggap sah, bilamana dapat diterima sebagai suatu bagian dari tertib hukum, sah itu tidak mengatakan sesuatu tentang isi atau kekurangan dalam suatu perbuatan pemerintah, melainkan hanya berarti diterima sebagai sesuatu yang berlaku pasti, diterima sebagai bagian dari tertib hukum umum, maka dari itu perbuatan pemerintah tersebut mempunyai kekuatan hukum, yaitu dapat mempengaruhi tertib

²³⁵ *Ibid.*, hlm. 13

²³⁶ Muchsan, *Sistem... Op. Cit.*, hlm 18

hukum itu.²³⁷ Pembuatan aparatur pemerintah dalam menjalankan fungsinya melaksanakan pelayanan publik haruslah tetap berdasarkan hukum positif dan sesuai dengan peraturan perundangan yang berlaku, juga harus berdasarkan prinsip-prinsip hukum umum, pembuatan aparatur pemerintahan negara tersebut yang dimaksud terutama adalah sikap tindak administrasi negara dalam mengeluarkan ketetapan (*beschikking*).

Dalam menjalankan pemerintahan, administrasi negara kadang terjebak pada perbuatan atau tindakan hukum yang tidak sah (perbuatan melanggar hukum), sehubungan dengan itu Sjahran Basah menyebutkan bahwa perbuatan aparatur yang melanggar hukum yaitu pelaksanaan yang salah, padahal hukumnya benar dan berharga, sedangkan perbuatan aparatur pemerintah yang menurut hukum, bukan pelaksanaanya yang salah melainkan hukum itu sendiri yang secara materiil tidak benar dan tidak berharga. Perbuatan hukum aparat pemerintah yang tidak sah menurut hukum administrasi dapat disebabkan beberapa hal, seperti perbuatan aparat pemerintah yang membuat keputusan berdasarkan perbuatan yang sewenang-wenang, yaitu:²³⁸ perbuatan melawan hukum oleh penguasa (*onrechtmatige overheidsdaad*), perbuatan melawan undang-undang (*onwetmatige*); perbuatan yang tidak tepat (*onjuist*); perbuatan yang tidak bermanfaat (*ondoelmatig*); perbuatan yang menyalahgunakan wewenang (*detournement de pouviur*).

Menurut Muchsan perbuatan penguasa yang sewenang-wenang dapat terjadi apabila terpenuhi unsur-unsur sebagai berikut²³⁹:

- a. Penguasa yang berbuat secara yuridis memiliki kewenangan untuk berbuat (ada peraturan dasarnya)

²³⁷ Soehino, 1984, *Asas-asas Hukum Tata Pemerintahan*, Liberty, Yogyakarta, hlm.56

²³⁸ Muchsan, *Beberapa...Op.Cit.*, hlm.15

²³⁹ *Ibid.*

- b. Dalam mempertimbangkan kepentingan yang terkait dalam keputusan yang dibuat oleh pemerintah, unsur kepentingan umum kurang diperhatikan
- c. Perbuatan tersebut menimbulkan kerugian konkrit bagi pihak tertentu.

Secara umum kelaziman perbuatan aparatur pemerintah yang dianggap tidak sah, menurut Felix A. Nigro dapat dikategorikan dalam 9 bentuk pelanggaran yaitu:²⁴⁰ ketidakjujuran (*dishonesty*); berperilaku tidak etis (*unethical behavior*); mengesampingkan hukum (*overriding the law*); memperlakukan pegawai secara tidak patut (*unfair treatment of employees*); melanggar prosedur hukum (*violations of procedural due process*); tidak menjalin kerjasama yang baik dengan pihak legislatif (*failure to respect legislative intent*); pemborosan dalam penggunaan sumber daya (*grossinefficiency*); menutup-nutupi kesalahan yang dilakukan oleh aparatur (*covering up mistakes*); kegagalan untuk melakukan inisiatif dan terobosan yang positif (*failure to show initiative*).

B. Instrumen Pemerintah

Instrumen pemerintah adalah alat-alat atau sarana-sarana yang digunakan oleh pemerintah atau administrasi negara dalam melaksanakan tugas-tugasnya, melakukan berbagai tindakan hukum dengan menggunakan alat/ sarana tersebut, seperti: alat tulis menulis, komunikasi, perkantoran dan lain-lain yang terhimpun dalam *publiek domain* atau kepunyaan publik. Di samping itu pemerintah juga menggunakan berbagai instrumen yuridis dalam menjalankan kegiatan mengatur dan menjalankan urusan pemerintahan dan kemasyarakatan, seperti: peraturan perundang-undangan, keputusan atau ketetapan administrasi negara (*beschikking*), peraturan kebijaksanaan.

²⁴⁰ Felix A. Nigro dan Liod G. Nigro, 1973, *Modern Public Administration*, Harper and Row Publisher, hlm 396-403.

1. Peraturan Perundang-undangan

Peraturan merupakan hukum *in abstracto* atau *general norm* yang sifatnya mengikat umum dan tugasnya adalah mengatur hal-hal yang bersifat umum (general). Segala tindakan pemerintah harus berdasarkan peraturan perundang-undangan, selain itu dalam ranah peradilan administrasi peraturan perundang-undangan ini menjadi tolok ukur untuk menilai keabsahan suatu keputusan tata usaha negara. Menurut Bagir Manan sebagaimana dikutip Irfan Fachrudin,²⁴¹ bahwa untuk menemukan pengertian peraturan perundang-undangan dapat dilakukan dengan menemukan ciri-ciri umum yang melekat pada peraturan perundang-undangan yang meliputi: berupa keputusan tertulis dari pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang; berisi aturan tingkah laku yang bersifat mengikat umum baik mengenai hak, kewajiban, fungsi status atau suatu tatanan; kaidah peraturan perundang-undangan adalah abstrak-umum dan umum-abstrak.

2. Keputusan Tata Usaha Negara

Dalam berbagai literatur terdapat banyak bentuk-bentuk keputusan administrasi negara yang dapat dibedakan, misalnya keputusan-keputusan yang berisi peraturan perundang-undangan (*algemene verbindende voorschriften*), keputusan-keputusan yang berisi penetapan (*beschikkingen*), keputusan-keputusan yang bukan peraturan perundang-undangan tetapi mempunyai akibat secara umum, keputusan-keputusan yang berisi perencanaan (*planen*), dan keputusan-keputusan yang berisi peraturan kebijaksanaan (*beleidregels*), dan lainnya. Keputusan tata usaha negara merupakan instrumen yang penting dalam penyelenggaraan pemerintahan dan merupakan objek dalam sengketa di peradilan administrasi.

Keputusan merupakan terjemahan dari “*Beschikking*” (Belanda), *Acte Administratief* (Perancis), dan *Verwaltungsakt*

²⁴¹ Irfan Fachrudin, *Op.Cit.*, hlm.73

(Jerman). Istilah *beschikking* ini lebih populer dibandingkan istilah lainnya di Indonesia, yang oleh pakar diterjemahkan menjadi “ketetapan” atau “keputusan”. Menurut Muchsan bahwa istilah keputusan lebih tepat untuk menghindari kesimpangsiuran pengertian dengan istilah ketetapan, yang menurutnya istilah ketetapan sudah memiliki pengertian yuridis teknis yaitu sebagai ketetapan MPR yang berlaku ke dalam dan ke luar.²⁴²

Dalam pandangan van der Pot, *beschikking* adalah perbuatan hukum yang dilakukan alat-alat pemerintahan, pernyataan-pernyataan kehendak alat-alat pemerintahan itu dalam menyelenggarakan hal istimewa, dengan maksud mengadakan perubahan dalam lapangan-lapangan perubahan hukum.²⁴³ Sementara menurut HD.van Wijk Konijnenbelt bahwa *beschikking* merupakan keputusan pemerintah untuk hal yang bersifat konkrit dan individual (tidak ditujukan untuk umum) dan sejak dahulu telah dijadikan instrumen yuridis pemerintahan yang utama.²⁴⁴ Sedangkan P. de Haan menyebutkan keputusan administrasi merupakan bagian dari tindakan pemerintahan yang paling banyak muncul dan paling banyak dipelajari.²⁴⁵

E.Utrecht menyatakan bahwa *beschikking* merupakan suatu perbuatan hukum publik yang bersegi satu yang dilakukan oleh alat-alat pemerintah berdasarkan suatu kekuasaan istimewa. WF Prins merumuskan *beschikking* sebagai suatu tindakan hukum sepihak dalam lapangan pemerintahan yang dilakukan oleh alat pemerintahan berdasarkan wewenang yang ada pada alat atau organ itu. Sjahran Basah merumuskan *beschikking* sebagai keputusan tertulis dari administrasi negara yang mempunyai akibat hukum untuk menyelenggarakan pemerintahan (dalam arti sempit). SF Marbun yang menyimpulkan pendapat tersebut menyatakan

²⁴² Muchsan, *Beberapa...Op.Cit.*, hlm.23

²⁴³ SF.Marbun, *Peradilan Tata...Op.Cit.*, hlm.40

²⁴⁴ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm.146

²⁴⁵ *Ibid.*

bahwa *beschikking* merupakan suatu perbuatan hukum publik bersegi satu yang dilakukan oleh pemerintah (dalam arti sempit) berdasarkan suatu kekuasaan atau wewenang istimewa dengan maksud terjadinya perubahan hubungan hukum.²⁴⁶

Dari beberapa defenisi tersebut, tampak unsur-unsur yang terdapat dalam *beschikking*, yaitu: pernyataan kehendak sepihak (*enijzige schriftelijke wilsverklaring*), dikeluarkan oleh organ pemerintah (*bestuurs-organ*), di dasarkan pada kewenangan hukum yang bersifat publik (*publiekbevoegdheid*), ditujukan untuk hal khusus atau peristiwa konkrit dan individual, dengan maksud untuk menimbulkan akibat hukum dalam bidang administrasi.²⁴⁷

Utrecht, mendefenisikan ketetapan sebagai berikut:²⁴⁸ (1) adanya perbuatan hukum, sebagai perbuatan hukum sebuah ketetapan melahirkan hak dan kewajiban; (2) bersifat sebelah pihak, perbuatan hukum ini bersifat sebelah pihak maka perbuatan itu bersifat *publiekrechtelijk* yaitu berdasarkan hukum publik, artinya perbuatan itu harus bersifat memaksa bukan mengatur saja dan perbuatan yang bersifat memaksa itu pengaturannya terdapat dalam hukum publik karena ketetapan itu mencerminkan kehendak 1 pihak saja; (3) dalam lapangan pemerintahan, ketetapan itu merupakan perbuatan pemerintah dalam arti luas (*overheid*) yang khusus bagi lapangan pemerintah dalam arti sempit (*bestuur*); (4) berdasarkan kekuasaan yang khusus, adalah kekuasaan yang diperoleh dari undang-undang yang diberikan khusus kepada pemerintah atau administrasi negara saja. Detail penjelasan:

a. Suatu perbuatan hukum bersegi satu (sepihak)

Perbuatan hukum publik bersegi satu adalah perbuatan hukum sepihak oleh pemerintah, dan bukan merupakan hasil kesepakatan kedua belah pihak. Dalam berbagai pandangan pakar bahwa perbuatan hukum publik ada yang bersegi satu (*eenzijdige*

²⁴⁶ SF.Marbun, *Peradilan Administrasi...Op.Cit.*, hlm.100

²⁴⁷ Ridwan HR, *Op.Cit.* hlm.148

²⁴⁸ Bachsan Mustafa, *Op.Cit.*, hlm.66-69

publiekrechtelijke handeling) dan perbuatan hukum publik bersegi dua (*tweezijdige publiekrechtelijke handeling*). Van Praag menyebutkan bahwa tidak ada perbuatan hukum publik bersegi dua, jika pemerintah mengadakan perjanjian dengan pihak swasta maka perjanjian senantiasa mempergunakan hukum privat dan perbuatan itu merupakan perbuatan hukum bersegi dua karena diadakan oleh kehendak kedua belah pihak, sedangkan hubungan hukum yang diatur oleh hukum publik adalah satu pihak yaitu pemerintah dengan kehendaknya sendiri. Dalam pandangan van der Pot, Wiarda, Donner, Kranenburg-Vegting mengakui adanya perbuatan hukum publik bersegi dua, misalnya perjanjian kerja jangka pendek (*kortverband contract*) antara pemerintah sebagai pemberi kerja dengan pihak swasta sebagai pekerja.

b. Bersifat Hukum Publik/ wewenang Istimewa

Hukum harus menjadi sumber kekuasaan atau wewenang bagi setiap tindakan pemerintah, pemberian wewenang harus dinyatakan secara tegas dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, jadi tindakan hukum publik pemerintah harus berdasarkan pada asas legalitas, yang menempatkan hukum sebagai sumber kekuasaan atau wewenang bagi setiap tindakan pemerintah.

c. Terjadinya perubahan dalam lapangan hukum

Perbuatan pemerintah yang dilakukan merupakan perbuatan hukum (*rechtshandelingen*) yang menimbulkan akibat-akibat hukum tertentu yang tertuang dalam bermacam-macam keputusan. Keputusan dapat dilihat sebagai keputusan *konstitutif* dan keputusan *deklaratoir*, konstitutif dalam arti bahwa keputusan yang menimbulkan hak baru bagi seseorang yang namanya tercantum dalam keputusan tersebut, dimana hak itu tidak dipunyainya sebelumnya (*rechtesscheppende beschikking*). Keputusan **deklaratoir** merupakan untuk menjelaskan suatu ketentuan dalam undang-undang yang masih abstrak ke dalam bentuk peristiwa konkrit.

Dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara menyebutkan, keputusan adalah “*suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata*”. Dari pengertian tersebut ditarik beberapa unsur, yaitu:

a. Suatu penetapan tertulis badan atau pejabat tata usaha negara

Penetapan tertulis merupakan tolok ukur pangkal sengketa dalam peradilan administrasi atau merupakan kompetensi absolut peradilan administrasi atau merupakan tolok ukur horizontal badan peradilan administrasi. Sedangkan yang dimaksud suatu penetapan tertulis yang dibuat oleh badan atau pejabat tata usaha negara adalah keputusan tertulis yang dikeluarkan oleh pejabat atau badan yang melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan-perundang-undangan yang berlaku.

b. Berisi tindakan hukum tata usaha negara

Tindakan atau perbuatan pemerintahan (*bestuursrechtshandelingen*) dapat dibedakan antara bukan tindakan hukum (*feitelijkehandelingen*) dengan tindakan hukum (*rechtshandelingen*), dalam hukum administrasi negara yang terpenting adalah tindakan hukum, sebab suatu tindakan hukum akan menimbulkan akibat-akibat hukum tertentu bagi mereka yang terkena tindakan itu. Tindakan hukum ini akan memenuhi pengertian keputusan jika tertuang dalam bentuk tulisan berupa keputusan, dan tindakan hukum lisan tidak tergolong ke dalam pengertian keputusan.

c. Berdasarkan peraturan perundang-undangan

Cermin asas legalitas adalah segala tindakan harus berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, unsur ii terkait dengan keberadaan administrasi negara sebagai pelaksana

undang-undang, sehingga tindakannya harus berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku.

d. Bersifat konkrit, individual, dan final

Konkrit dalam arti bahwa objek keputusan tidak abstrak, objek yang diputuskan dalam keputusan tersebut harus jelas dan tegas. *Individual* artinya keputusan tata usaha negara tersebut tidak ditujukan untuk umum, tetapi individual yang “subjek” nya jelas, lazimnya nama-nama orang yang bersangkutan disebutkan atau dilampirkan dalam keputusan tersebut. Dalam praktik unsur individual mengalami perkembangan, misalnya suatu keputusan Walikota yang menyatakan bahwa rumah-rumah di jalan (A) harus dibongkar karena tanah-tanah disekitar itu akan dibangun sebuah proyek raksasa. Keputusan tersebut kelihatannya bersifat umum karena tidak ditujukan pada individu-individu tertentu, akan tetapi siapa-siapa yang tinggal di jalan (A), baik nomor dan alamatnya sudah jelas, maka keputusan yang bersifat umum tadi dapat ditarik menjadi bersifat khusus.²⁴⁹ *Final* adalah keputusan tersebut sudah bersifat definitif dan tidak membutuhkan persetujuan instansi di atasnya.

e. Akibat hukum

Menimbulkan akibat hukum adalah adanya kerugian yang nyata yang ditimbulkan oleh keputusan tata usaha negara tersebut, kerugian tersebut dialami oleh orang atau badan hukum perdata yang namanya tercantum dalam keputusan tata usaha negara tersebut.

Beberapa keputusan tata usaha negara memenuhi unsur Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang No.5 Tahun 1986 tetapi tidak bisa menjadi objek sengketa pada peradilan administrasi, yaitu:

- a. Keputusan yang merupakan perbuatan hukum perdata;
- b. Keputusan yang merupakan pengaturan yang bersifat umum;
- c. Keputusan yang masih memerlukan persetujuan;

²⁴⁹ Lintong Oloan Siahaan, *Op.Cit.*, hlm.182

- d. Keputusan yang dikeluarkan berdasarkan ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana atau peraturan perundang-undangan lain yang bersifat hukum pidana;
- e. Keputusan yang dikeluarkan atas dasar hasil pemeriksaan badan peradilan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- f. Keputusan Tata Usaha Negara mengenai tata usaha Tentara Nasional Indonesia;
- g. Keputusan Komisi Pemilihan Umum baik di pusat maupun di daerah mengenai hasil pemilihan umum.

Agar suatu keputusan dinyatakan sebagai keputusan yang sah harus dipenuhi beberapa unsur, meliputi : (1) keputusan harus dibuat oleh organ atau badan/ pejabat yang berwenang membuatnya; (2) harus diberi bentuk sesuai dengan peraturan yang menjadi dasarnya dan harus menurut prosedur pembuatannya (*rectmatige*); (3) keputusan tidak boleh memuat kekurangan-kekurangan yuridis; (4) isi dan tujuannya harus sesuai dengan isi dan tujuan peraturan dasarnya (*doelmatige*).²⁵⁰ Pandangan van der Pot terdapat empat syarat yang harus dipenuhi agar suatu keputusan dianggap dapat berlaku sebagai keputusan yang sah:²⁵¹ (1) keputusan harus dibuat oleh badan (organ) yang berwenang (*beviegd*) membuatnya; (2) karena keputusan itu adalah suatu pernyataan kehendak (*wilsverklaring*), maka pembentukan kehendak tersebut tidak boleh mengandung kekurangan yuridis, yaitu tidak boleh mengandung paksaan, kekeliruan dan penipuan; (3) keputusan itu harus diberi bentuk (*vorm*) yang ditetapkan dalam peraturan yang menjadi dasarnya dan perbuatannya harus juga memperhatikan tata cara (prosedur) membuat keputusan itu, bila mana tata cara ini ditetapkan dengan tegas dalam peraturan dasar

²⁵⁰ SF.Marbun, *Peradilan Tata...Op.Cit.*, hlm.44-46

²⁵¹ Bachsan Mustafa, *Op.Cit.*, hlm.88

tersebut; (4) Isi dan tujuan ketetapan harus sesuai dengan isi dan tujuan peraturan dasarnya.

Keputusan yang tidak sah (*Niet recht geldig Beschikking*) itu dapat merupakan:

a. Keputusan yang batal karena hukum (*van rechtwege nietig*)

Adalah keputusan yang isinya menetapkan adanya akibat hukum suatu perbuatan itu untuk sebagian atau seluruhnya bagi hukum dianggap tidak ada, tanpa diperlukan putusan hakim atau badan administrasi negara yang berwenang untuk menyatakan batal keputusan tersebut, jadi keputusan itu batal sejak dikeluarkannya, sehingga keadaan dikembalikan dalam keadaan sebelum dibuat keputusan tersebut (tidak sah *ex-tunc*). Utrecht tidak setuju dengan istilah batal karena hukum, sebab menimbulkan kesan bahwa kebatalan berlaku dengan sendirinya tanpa perantaraan hukum dan instansi yang berwenang.

b. Keputusan yang batal (*nietig*)

Keputusan yang batal, dapat batal mutlak maupun batal nisbi; adalah keputusan yang pembatalannya atau batalnya harus dengan putusan hakim atau badan administrasi negara yang lebih tinggi atau badan administrasi negara yang mengeluarkan keputusan tersebut, ini berarti bahwa bagi hukum perbuatan yang dilakukan itu dianggap tidak ada dan akibat perbuatan tersebut juga dianggap tidak pernah ada. Batal mutlak (*absoluut nietig*) adalah apabila pembatalan perbuatan itu dapat dituntut oleh setiap orang, sedangkan batal nisbi (*relatief nietig*) adalah apabila pembatalan perbuatan itu hanya dituntut oleh seseorang atau beberapa orang tertentu saja.

c. Keputusan yang dapat dibatalkan (*vernietig baar*)

Adalah keputusan yang dinyatakan batal oleh hakim atau badan administrasi negara yang berwenang, itu berarti bahwa hukum bagi hukum perbuatan yang dilakukan dan akibatnya dianggap ada sampai pada waktu pembatalan, dan pembatalannya tidak berlaku surut. Jadi bagi hukum perbuatan dan akibat-akibat

hukum yang ditimbulkan dianggap sah sampai dikeluarkannya keputusan pembatalan (*ex-nunc*) kecuali Undang-undang menentukan lain. Keputusan yang dapat dibatalkan ini terbagi dalam dua jenis, yaitu: keputusan yang dapat dibatalkan mutlak (*absolut vernietigbaar*) dan keputusan yang dapat dibatalkan nisbi (*relatief vernietigbaar*).

Keputusan yang mengandung kekurangan yuridis, kekurangan yuridis dapat berupa: penipuan (*bedrog*), paksaan (*dwang*) atau sogokan (*omkoping*), dan kesesatan (*dwaling*) atau kekeliruan /khilaf. Donner memberikan ajarannya tentang keputusan yang mengandung kekurangan yang dapat membawa akibat, yaitu:²⁵² (1) keputusan itu harus dianggap batal sama sekali; (2) berlakunya keputusan dapat digugat: dalam bandingan, dalam pembatalan karena jabatan yang bertentangan dengan undang-undang atau peraturan yang tingkatnya lebih tinggi dari pejabat yang membuat ketetapan tersebut; dalam penarikan kembali (*intrekking*) oleh kekuasaan yang berhak (*competent*) mengeluarkan keputusan tersebut; (3) dalam hal keputusan tersebut sebelum dapat berlaku memerlukan persetujuan (pengukuhan) suatu badan kenegaraan yang lebih tinggi, maka persetujuan itu tidak diberi; (4) keputusan itu diberi suatu tujuan lain daripada tujuan semula (konversi) atau keputusan tersebut dikonversi ke dalam suatu keputusan lain.

van der Wel memberikan teorinya dengan menyebut enam macam pengaruh atau akibat suatu ketetapan yang mengandung kekurangan, yaitu: (1) batal karena hukum (*van Rechtswege Nietig*), (2) kekurangan itu menjadi sebab atau menimbulkan kewajiban membatalkan keputusan yang bersangkutan untuk sebagian atau untuk keseluruhan; (3) kekurangan itu menyebabkan bahwa alat administrasi negara yang lebih tinggi dan yang berkompeten untuk menyetujui atau mengukuhkannya tidak sanggup memberikan persetujuan atau pengukuhannya itu; (4)

²⁵² Bachsan Mustafa, *Op.Cit.*, hlm.94-95

kekurangan itu tidak mempengaruhi berlakunya keputusan; (5) karena kekurangan itu, maka keputusan yang bersangkutan di konversi ke dalam suatu keputusan; (6) Hakim sipil (biasa) menganggap keputusan yang bersangkutan tidak mengikat.²⁵³

3. Peraturan Kebijaksanaan

Kebijaksanaan atau *freies ermessen* (Jerman), berasal dari kata *frei* yang berarti bebas, merdeka, dan tidak terikat, kata *fries* berarti orang bebas, sedangkan *ermessen* berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, dan memutuskan. Dalam bahasa Inggris disebut *discre'tion* yang berarti kebijaksanaan, keleluasan, kehati-hatian atau *discre'tionaire* (kata sifat) yang berarti menyerahkan kepada kebijaksanaan dengan kebebasan untuk menentukan dan memilih.²⁵⁴ *Freies ermessen* ini disepadankan dengan istilah “peraturan-peraturan kebijaksanaan” atau “*beleidsregels*” atau “*policy rules*” atau “*pseudo wetgeving* (perundang-undangan semu)”.

Dalam pandangan AV Dicey sebagaimana dikutip oleh Bagir Manan bahwa *discretionary power* itu berisi kebebasan mahkota atau aparatnya untuk melakukan suatu tindakan tanpa terlebih dahulu harus meminta persetujuan atau pengaturan oleh parlemen (undang-undang: *penulis*), jadi *discretionary* bersumber pada prerogatif dan tidak pada undang-undang.²⁵⁵ Bachsan Mustafa menyebutkan bahwa *freies ermessen* diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau administrasi negara, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum yang berbeda dengan fungsi kehakiman untuk menyelesaikan sengketa antar penduduk. Keputusan pemerintah lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ SF Marbun, *Peradilan Administrasi..Op.Cit.*, hlm.131

²⁵⁵ Bagir Manan, *Konvensi...Op.Cit.*, hlm.70

sasarannya (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechtsmatigheid*).²⁵⁶

Pandangan Sjahrin Basah bahwa *freies ermessen* merupakan keleluasan dalam menentukan kebijakan-kebijakan melalui sikap tindak administrasi negara yang harus dapat dipertanggungjawabkan,²⁵⁷ tindakan tersebut atas inisiatif sendiri untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting dan mendesak yang muncul secara tiba-tiba, dimana undang-undang tidak mengaturnya. Defenisi kebijaksanaan tersebut terdiri dari beberapa unsur, yaitu:²⁵⁸

a. Adanya kebebasan yang dimungkinkan oleh hukum kepada administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri.

Unsur ini terkait dengan asas yang menyatakan bahwa: “*setiap pejabat tata usaha negara wajib mengambil keputusan untuk menyelesaikan suatu masalah yang diajukan kepadanya*”. Pejabat tersebut tidak boleh menolak dengan alasan belum ada hukumnya yang mengatur penyelesaian. Asas ini telah lama dikenal dalam dunia peradilan, dimana hakim tidak boleh menolak suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan belum atau tidak ada hukumnya, hakim harus dianggap tahu hukum (*ius curia novit*), jika hakim tidak menemukan hukum tertulis maka ia wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai yang hidup di masyarakat.

Kebijaksanaan ini merupakan pelengkap terhadap asas legalitas, artinya tidak dimaksudkan untuk mengesampingkan hukum sama sekali. Kebijakan yang diberikan oleh pemerintah itu harus dalam batas-batas yang dimungkinkan oleh hukum dan tidak boleh keluar dari hukum, apalagi bertentangan dengan hukum, penggunaannya harus sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian kewenangan, sehingga tidak tergelincir menjadi

²⁵⁶ Bachsan Mustafa, *Perlindungan...Op.Cit.*, hlm.55

²⁵⁷ Philipus M.Hadjon, *Pengantar...Op.Cit.*, hlm.152

²⁵⁸ SF Marbun, *Peradilan Administrasi..Op.Cit.*, hlm.139-143

perbuatan penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) dan/ atau tidak tergelincir menjadi perbuatan sewenang-wenang (*willikeur/ a bus de droit*). Pandangan Ridwan HR bahwa *freies ermessen* ini muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*), sebab bagi negara kesejahteraan asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat yang berkembang pesat sejalan perkembangan ilmu dan teknologi.²⁵⁹

b. Terdapatnya Persoalan penting dan mendesak untuk segera diselesaikan

Penggunaan *freies ermessen* oleh badan atau pejabat tata usaha negara harus memperhatikan unsur persoalan “penting” dan “mendesak”, keduanya harus terpenuhi, sebab ada kemungkinan suatu ketika muncul persoalan penting tetapi tidak mendesak, dan sebaliknya.

c. Harus dapat dipertanggungjawabkan secara modal dan hukum

Dalam pandangan Sjahran Basah bahwa penerapan *freies ermessen* oleh pejabat tata usaha negara pada akhirnya harus dipertanggungjawabkan secara moral berdasarkan Pancasila dan sumpah atau janji jabatan; dan secara hukum dalam batas atas dan batas bawah, batas atas wajib taat asas terhadap tata urutan peraturan perundang-undangan Indonesia baik secara vertikal maupun secara horizontal dan tidak melanggar hukum, sedangkan batas bawah tidak boleh melanggar hak warga negara atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan.

4. Rencana

Pada negara hukum modern bahwa rencana selaku figur hukum administrasi negara tidak dapat lagi diabaikan keberadaannya, rencana adalah instrumen penting pemerintah,

²⁵⁹ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm.179

karena rencana memegang peranan yang strategis diberbagai kegiatan pemerintah. Rencana adalah suatu bentuk kebijaksanaan pemerintah, dengan menggunakan metode pembentukan norma hukum secara umum, dimana berlakunya prinsip “hal yang sama diberlakukan sama”.²⁶⁰

²⁶⁰ Irfan Fachruddin, *Op.Cit.*, hlm.80-82

ASAS-ASAS UMUM
PEMERINTAHAN YANG BAIK

A. Sejarah

Dalam rangka peningkatan perlindungan hukum bagi masyarakat ke-arah yang lebih baik, di Belanda pada tahun 1950 sebuah panitia de Monchy telah membuat laporan tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behoerlijk bestuur* atau *the general principles of good administration*),²⁶¹ peningkatan perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindakan administrasi negara atau pemerintah yang dipandang merugikan masyarakat atau rakyat. Konsep tersebut kemudian dikembangkan komisi Van De Greenten pada tahun 1959, melalui suatu laporannya tentang penyelesaian sengketa administrasi di lingkungan peradilan administrasi di Belanda.²⁶²

Laporan de Monchy tersebut sempat menimbulkan kontroversi, terutama keberatan dari pejabat-pejabat dan pegawai pemerintah di Belanda, karena ada semacam kekhawatiran bahwa hakim pada peradilan administrasi kelak akan mempergunakan istilah itu untuk memberikan penilaian terhadap kebijaksanaan-kebijaksanaan yang diambil pemerintah, namun seiring waktu berjalan, keberatan tersebut memudar. Sehingga ajaran tersebut berkembang dalam teori ilmu hukum dan yurisprudensi baik di lingkungan administrasi negara maupun putusan-putusan peng-

²⁶¹ Muchsan, 1982, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, hlm.74

²⁶² Jazim Hamidi, 1999, *Penerapan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan Yang Layak (AAUPL) dilingkungan Peradilan administrasi di Indonesia (Upaya Menuju "Clean and Stable Government")*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.1

adilan, bahkan beberapa asas telah memperoleh tempat dalam peraturan perundang-undangan sebagai norma hukum.²⁶³

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur (asas-asas umum pemerintahan yang baik) lambat laun dipandang sebagai norma hukum tidak tertulis yang senantiasa disebut sebagai dasar banding atau pengujian, yang harus ditaati oleh pemerintah, meskipun arti yang tepat terhadap *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* bagi keadaan tersendiri tidak selalu dapat dijabarkan secara teliti. Dalam praktik hukum di Belanda, *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* berikut ini yang mendapat tempat yang jelas: asas persamaan, asas kepercayaan, asas kepastian hukum, asas kecermatan, asas pemberi alasan (motivasi); asas ‘*detournement de pouvoir*’ (penyalahgunaan kewenangan); larangan bertindak sewenang-wenang.²⁶⁴

Menurut Laica Marzuki, asas-asas umum pemerintahan yang baik tumbuh dari asas-asas umum (*algemene beginselen*) yang tidak tertulis sebagaimana lazimnya, lahir dari *bestuurspraktijk* sehari-hari, yang merupakan *optelsom* dari asas-asas hukum administrasi yang kelak lahir dari praktik pemerintahan itu yang ketika nya menjadi bagian dari praktik pemerintahan itu. Asas-asas hukum administrasi tidak lain dari *rechtsbeginselen*, namun dijadikan norma hukum (*rechtsnorm*) guna pengujian (*toetsing*) sehubungan dengan absah tidaknya suatu perbuatan ketetapan administrasi (*beschikkingsdaad van de administratie*).²⁶⁵

B. Istilah dan Pengertian

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur (Belanda) atau *the general principles of good administration* (Inggris)

²⁶³ S.F Marbun, “Mengali dan Menemukan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik di Indonesia”, dalam S.F Marbun dkk (penyuting), 2004, *Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, hlm.205

²⁶⁴ Philipus M. Hadjon, dkk., 1994, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, hlm.270

²⁶⁵ Laica Marzuki, *Op.Cit.*, hlm.x

diterjemahkan beraneka ragam oleh ahli hukum Indonesia, sebagai asas-asas umum pemerintahan yang baik/ layak/ patut/ sehat/ wajar. Namun dalam kajian ini penulis lebih sependapat dengan penggunaan istilah “baik”, bahwa penggunaan istilah ‘baik’ lebih tepat daripada istilah yang patut/ layak/ wajar, bahwa pengertian ‘baik’ identik dengan patut dan layak, ‘baik’ dalam arti tidak ada celanya atau tidak ada cacat nya,²⁶⁶ selain itu mengingat *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* merupakan sarana perwujudan pemerintahan yang baik (*good government*) atau tata pemerintahan yang baik (*good governance*) yang saat ini menjadi cita-cita hampir diseluruh negara hukum demokratis maupun negara demokrasi berdasarkan hukum, maka untuk menyepadankan perkembangan diskursus dan praktik pemerintahan yang baik dalam perspektif hukum administrasi negara sekiranya tepat digunakan istilah yang ‘baik’. Istilah ‘baik’ digunakan untuk menyinkronkan pemahaman terhadap setiap diskursus hukum administrasi negara, selain itu masyarakat Indonesia lebih dekat dan familiar dengan istilah ‘baik’ dalam menilai sesuatu, dibandingkan istilah layak, wajar, dan patut.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur (asas-asas umum pemerintahan yang baik) selanjutnya disingkat AAUPB, merupakan prinsip atau asas dasar tidak tertulis yang berfungsi sebagai pedoman dalam menjalankan pemerintahan, menurut Ridwan HR dapat dipahami sebagai asas-asas umum yang dijadikan dasar dan tata cara dalam penyelenggaraan pemerintahan yang baik, yang dengan cara demikian penyelenggara pemerintahan itu menjadi baik, sopan, adil dan terhormat, serta bebas dari kezaliman, pelanggaran peraturan, tindakan penyalahgunaan kewenangan, dan tindakan sewenang-wenang.²⁶⁷ Pandangan lain menyebutkan bahwa asas-asas umum pemerintahan yang baik sesungguhnya adalah rambu-rambu bagi para

²⁶⁶ S.F Marbun, “Menggali...*Loc.Cit.*

²⁶⁷ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm.247

penyelenggara negara dalam menjalankan tugasnya yang diperlukan agar tindakan-tindakannya tetap sesuai dengan tujuan hukum yang sesungguhnya.

Sementara Jazim Hamidi,²⁶⁸ mengemukakan bahwa terdapat unsur-unsur yang membentuk pengertian (*begrip*) tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik secara komprehensif, yaitu:

1. AAUPB merupakan nilai-nilai etik yang hidup dan berkembang dalam lingkungan hukum administrasi negara.
2. AAUPB berfungsi sebagai pegangan bagi pejabat administrasi negara dalam menjalankan fungsinya, merupakan alat uji bagi hakim administrasi dalam menilai tindakan administrasi negara (yang berwujud penetapan/ *beschikking*), dan sebagai dasar pengajuan gugatan bagi pihak penggugat.
3. Sebagian besar dari AAUPB masih merupakan asas-asas yang tidak tertulis, masih abstrak dan dapat digali dalam praktek kehidupan di masyarakat.
4. Sebagian asas yang lain sudah menjadi kaidah hukum tertulis dan terpecah dalam berbagai peraturan hukum positif. Meskipun sebagian dari asas itu berubah menjadi kaidah hukum tertulis, namun sifatnya tetap sebagai asas hukum.

C. Fungsi dan Arti Penting AAUPB

Sebagai asas-asas atau prinsip dasar tidak tertulis yang berkembang di lingkungan hukum administrasi negara, maka fungsi asas-asas umum pemerintahan yang baik sangat penting, bahkan tanpa kehadiran AAUPB maka mustahil akan tercipta pemerintahan yang baik dan terwujudnya kesejahteraan dalam negara hukum demokratis maupun negara demokrasi berdasarkan hukum, karena AAUPB merupakan sarana mewujudkan tujuan dari

²⁶⁸ Jazim Hamidi, *Op.Cit.*, hlm.24

konsep bernegara tersebut. Fungsi asas-asas umum pemerintahan yang baik, meliputi:²⁶⁹

1. Sebagai tali pengikat antara berbagai kaidah hukum yang akan menjamin keterpaduan kaidah hukum dalam suatu ikatan sistem;
2. Menjamin kaidah hukum dibentuk dan dilaksanakan sesuai dengan tujuan hukum, misalnya asas kecermatan adalah asas untuk kepastian hukum;
3. Menjamin keluwesan (fleksibilitas) penerapan kaidah hukum pada situasi konkrit;
4. Sebagai instrumen untuk mengarahkan penerapan kaidah hukum, hakim tidak boleh menerapkan suatu kaidah hukum yang akan bertentangan dengan asas hukum yang berlaku umum.

Pandangan lain menyebutkan bahwa AAUPB berfungsi sebagai pegangan bagi pejabat administrasi negara dalam menjalankan fungsinya, merupakan alat uji bagi hakim administrasi dalam menilai tindakan administrasi negara (yang berwujud penetapan/ *beschikking*), dan sebagai dasar pengajuan gugatan bagi pihak penggugat. Dalam varian bahwa sebagai dasar penilaian bagi hakim peradilan administrasi dan sebagai norma pengarah bagi organ pemerintahan dalam menyelenggarakan fungsinya.²⁷⁰

Menurut SF. Marbun dalam perkembangannya, AAUPB memiliki arti penting dan fungsi berikut ini:²⁷¹

1. Bagi administrasi negara, bermanfaat sebagai pedoman dalam melakukan penafsiran dan penerapan terhadap ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang bersifat sumir, samar, atau tidak jelas, selain itu sekaligus membatasi dan menghindari kemungkinan administrasi negara mempergunakan *freies*

²⁶⁹ A.Muin Fahmal, *Op.Cit.*, hlm.60

²⁷⁰ Ridwan HR, *Loc.Cit.*

²⁷¹ SF. Marbun, "*Menggal...**Op.Cit.* hlm..210-211.

ermessen/ melakukan kebijaksanaan yang jauh menyimpang dari ketentuan perundang-undangan. Dengan demikian administrasi negara diharapkan terhindar dari perbuatan *onrechtmatige daad, detournement de pouvoir, abuse de droit, dan ultravires*;

2. Bagi warga masyarakat sebagai pencari keadilan, AAUPB dapat dipergunakan sebagai dasar gugatan, misalnya di Indonesia terdapat dalam Pasal 53 UU No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara atau Peradilan Administrasi.
3. Bagi Hakim Tata Usaha Negara, dapat dipergunakan sebagai alat menguji dan membatalkan keputusan yang dikeluarkan badan atau pejabat tata usaha negara;
4. Selain itu, AAUPB tersebut juga berguna bagi badan legislasi dalam merancang suatu undang-undang.

Kegunaan asas-asas umum pemerintahan yang baik:²⁷²

1. Sebagai nilai etik dalam lingkungan hukum administrasi;
2. Penuntun bagi administrasi (*bestuur*) dalam mewujudkan fungsi pelayanan kepada masyarakat;
3. Sebagai alat uji bagi hakim tata usaha negara dalam menilai suatu tindakan administrasi (*bestuur*);
4. Sebagai alasan pengajuan gugatan kepada pengadilan tata usaha negara;
5. Sebagai asas dapat digali dalam masyarakat dan diperlakukan sebagai norma, baik pemerintah maupun hakim dalam menilai tindakan pemerintah
6. Sebagai sarana tambahan dan menentukan, karena itu mengikat pemerintah dalam mewujudkan pemerintahan yang baik (*good governance*);
7. Sebagai bahan mewujudkan keadilan yang sesungguhnya, yaitu keadilan yang sesuai dengan perasaan hukum masyarakat;
8. Sebagai alat bantu bagi hakim menentukan hukum yang tumbuh

²⁷² A. Muin Fahmal, *Op.Cit.*, hlm.58

dan berkembang dalam masyarakat;

9. Sebagai sarana penunjang kebebasan hakim untuk menemukan keadilan yang sesungguhnya;
10. Sebagai sarana meningkatkan wibawa pemerintahan maupun hakim;

Kurang lebih hampir sama dengan pandangan di atas, pandangan penulis bahwa AAUPB memiliki dua fungsi, baik fungsi normatif maupun fungsi empirik, fungsi normatif lebih terkait pada pola idealisasi atau diskursus AAUPB dalam perkembangan hukum administrasi negara, dan fungsi empirik terkait dengan praktik penggunaan AAUPB dalam penyelenggaraan roda pemerintahan oleh administrasi atau pemerintah (*bestuur*), penegakan hukum oleh hakim peradilan administrasi, maupun sarana untuk menuntut keadilan bagi masyarakat, dan lainnya.

Fungsi normatif, dapat berupa: (1) berfungsi sebagai sarana perwujudan *welfare state*, dalam konteks ini bahwa AAUPB merupakan asas-asas hukum tidak tertulis yang menjadi dasar penyelenggaraan negara, dengan menjadikan peraturan perundang-undangan atau hukum yang tertulis dan AAUPB (tidak tertulis) maka perwujudan kesejahteraan masyarakat dalam *welfare state* akan tercapai. Dalam *welfare state*, AAUPB sering digunakan oleh penyelenggara negara dalam hal ketiadaan aturan tertulis, sehingga untuk landasan bertindak menggunakan AAUPB, selain itu dalam setiap pembuatan keputusan tata usaha negara maka keberadaan AAUPB sebagai salah satu alasan/ pertimbangan hukum dalam pembuatan keputusan. Dalam arti bahwa AAUPB berfungsi sebagai perwujudan *welfare state*, sebagai sarana perwujudan kesejahteraan masyarakat yang menjadi cita-cita *welfare state*; (2) berfungsi sebagai sarana perwujudan pemerintahan yang baik, untuk mewujudkan pemerintahan yang baik, secara normatif pemerintahan yang baik adalah konsep pemerintahan yang berdasarkan undang-undang dan AAUPB, bahkan asas-asas umum

pemerintahan yang baik merupakan ruh atau *value* bagi eksistensi pemerintahan yang baik, AAUPB merupakan ruh sedangkan pemerintahan yang baik merupakan raga, raga tanpa ruh tentu akan menjadi tidak berfungsi. (3) berfungsi sebagai sarana perlindungan hukum, fungsi utama dalam perlindungan hak asasi manusia adalah adanya perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindakan pemerintah, namun dalam konteks AAUPB juga terdapat perlindungan hukum bagi pejabat administrasi (*bestuur*), intinya perlindungan hukum ini lebih mengarah pada konsepsi perlindungan hukum yang berkeadilan bagi masyarakat dan pemerintah. (4) berfungsi sebagai sarana legalisasi *freis ermesen*, dalam negara *welfare state* dimana kesejahteraan umum merupakan tujuan utamanya, maka pemerintah melaksanakan fungsinya harus merdeka atau bebas, sehingga jika terbentur dengan ketiadaan peraturan tertulis atau peraturan perundang-undangan, maka dapat menggunakan peraturan yang tidak tertulis (AAUPB), artinya bahwa AAUPB sebagai landasan atau dasar hukum *freis ermessen*.

Fungsi empirik dapat berupa: (1) sebagai pedoman etik bagi perilaku penyelenggara negara, etika pejabat administrasi harus berpedoman dan merujuk pada AAUPB; (2) sebagai pedoman dalam pembuatan kebijakan pemerintah, baik *regeling*, *beschikking*, maupun *beleidsregel* maupun kebijaksanaan pemerintah, misalnya dalam pembuatan keputusan tata usaha negara harus berlandaskan dan tidak boleh bertentangan dengan AAUPB; (3) sebagai tolok ukur bagi hakim untuk menilai keputusan tata usaha negara dalam praktik peradilan administrasi, selain hukum, AAUPB juga bisa dijadikan tolok dalam menilai keabsahan suatu keputusan tata usaha negara; (4) sebagai alat untuk menuntut keadilan bagi masyarakat yang dirugikan dalam praktik peradilan administrasi, dalam praktik AAUPB merupan landasan gugatan atau permohonan masyarakat terhadap PTUN

untuk membatalkan keputusan aparatur negara yang merugikannya.

D. Macam AAUPB

Tatkala suatu asas hukum administrasi telah ditemukan dan menjadi bagian dari asas-asas umum pemerintahan yang baik, maka asas hukum administrasi dimaksud menjadi *vaste rechtsnorm* yang pada ketikanya dijadikan pengujian bagi keputusan tata usaha negara (*beschikkingen*) serupa yang dipermasalahkan. Beberapa asas hukum administrasi yang kini menjadi bagian dari *rechtsnorm* dari asas-asas umum pemerintahan yang baik antara lain: (1) asas kepastian hukum (*rechtzekerheids-beginsel*); (2) asas keseimbangan (*evenredigheids-beginsel*); (3) asas persamaan (*gelijkheids-beginsel*); (4) asas bertindak cermat (*zorgvuldigheidsbeginsel*); (5) asas motivasi bagi setiap keputusan pejabat administrasi (*motiveringsbeginsel*); (6) asas larangan *detournement de pouvoir* (*verbod van detournement de pouvoir*); (7) asas *fair play* (*fair play beginsel*); (8) asas larangan berbuat sewenang-wenang (*verbod van willekeur beginsel*); (9) asas mengharapkan yang lebih baik (*opgewekte verwachtingen beginsel*); (10) asas meniadakan (*undoing*) akibat-akibat suatu putusan yang batal (*herstel beginsel*); (11) asas perlindungan kehidupan pribadi atau privasi (*bescherming van de persoonlijke levenssfeer*).²⁷³

Menurut AM. Donner dan Wiarda sebagai perintis AAUPB telah memerinci AAUPB ke dalam 5 (lima) macam asas, yakni: asas kejujuran (*fair play*), asas kecermatan (*zorgvuldigheid*), asas kemurnian dalam tujuan (*zuiverheid van oogmerk*), asas keseimbangan (*evenwichtigheid*), dan asas kepastian hukum (*rechts zekerheid*).²⁷⁴ Senada dengan AM. Donner, A.D. Belinfante juga membagi AAUPB ke dalam 5 (lima) asas, yaitu: asas larangan

²⁷³ Laica Marzuki, *Op. Cit.*, hlm.x-xi

²⁷⁴ Amrah Muslimin, 1985, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok Tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*, Alumni, Bandung, hlm.145

bertindak tidak sewenang-wenang, asas larangan *detournement de pouvoir*, asas kepastian hukum, asas keseksamaan, dan asas persamaan.²⁷⁵

Sementara J.in't dan N.S.J.Koeman, AAUPB dalam praktek peradilan administrasi di Belanda telah diterapkan oleh para hakim administrasi melalui putusan-putusannya (yurisprudensi) dan sudah menjadi bagian dari hukum positifnya, terdapat 8 (delapan) macam asas, yaitu: asas larangan *detournement de pouvoir*, asas larangan bertindak sewenang wenang (*willekeur*), asas persamaan (*het gelijkheids beginsel*), asas kepastian hukum (*rechtszekerheid*), asas harapan yang ditumbuhkan (*gewekte verwachtingen*), asas kejujuran (*fair play*), asas kecermatan (*zorgvuldigheid*), dan asas pemberian dasar pertimbangan (*motivering*).²⁷⁶

Crince Le Roy mengemukakan 11 (sebelas) butir asas-asas pemerintahan yang layak, yaitu: (1) asas kepastian hukum (*principles of legal security*); (2) asas keseimbangan (*principle of proportionality*); (3) asas kebersamaan dalam mengambil keputusan (*principles of equality*); (4) asas bertindak cermat (*principles of carefulness*); (5) asas motivasi untuk setiap keputusan (*principles of motivation*); (6) asas menanggapi penghargaan yang wajar (*principles of meeting raised expectation*); (7) asas permainan yang layak (*principles of fair play*); (8) asas keadilan dan kewajaran (*principles of reasonableness or prohibition or arbitratiness*); (9) asas meniadakan akibat-akibat suatu keputusan yang batal (*principles of undoing the consequences of an annulled decision*); (10) asas jangan mencampur adukan kewenangan (*principles of non misuse of competence*); (11) asas perlindungan atas pandangan hidup pribadi (*principles of protection the personal way of life*).²⁷⁷

²⁷⁵ Boerhanoeddin Soetan Batoeah, 1983, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Bina Cipta, Bandung, hlm.25

²⁷⁶ Jazim Hamidi, *Op.Cit*, hlm.31-32

²⁷⁷ S.F Marbun, *Peradilan....Op.Cit.*, hlm.285

Kecuali asas tersebut di atas Kuntjoro Purbopranoto menambahkan dua asas lainnya, yaitu: asas kebijaksanaan (*sapientia*); dan asas penyelenggaraan kepentingan umum (*principles of public service*).²⁷⁸

Menurut Muchsan,²⁷⁹ bahwa asas-asas umum pemerintahan yang baik terdiri dari: (1) asas kepastian hukum (*principles of legal security atau rechtzekerheid beginsel*); (2) asas keseimbangan (*principle of proportionality atau evenredigheid beginsel*); (3) asas kesamaan dalam mengambil keputusan (*principles of equality atau gelijkheid beginsel*); (4) asas bertindak cermat (*principles of carefulness atau zorgvuldigheid beginsel*); (5) asas motivasi untuk setiap keputusan (*principles of motivation atau motivering beginsel*); (6) asas jangan mencampur adukan kewenangan (*principles of non misuse of competence*); (7) asas permainan yang layak (*principles of fair play*); (8) asas keadilan dan kewajaran (*principles of ressonableness or prohibition or arbitratiness*); (9) asas menanggapi penghargaan yang wajar (*principles of meeting raised expectation*); (10) asas meniadakan akibat-akibat suatu keputusan yang batal (*principles of undoing the consequences of an annulled decision*); (11) asas perlindungan atas pandangan hidup pribadi (*principles of protection the personal way of life*); (12) asas kebijaksanaan (*sapientia*); dan; (13) asas penyelenggaraan kepentingan umum (*principles of public service*).

Sementara Indroharto memiliki pandangan lain bahwa asas-asas umum pemerintahan yang baik terkait dengan pembentukan keputusan tata usaha negara, meliputi: (1) asas-asas formal mengenai pembentukan keputusan (asas kecermatan formal, asas *fair play*, asas larangan *detournement de pouvoir*); (2) asas-asas formal mengenai formalisasi keputusan (asas motivasi dan asas kepastian hukum formal); (3) asas-asas material mengenai isi

²⁷⁸ Koentjoro Purbopranoto, *Op.Cit.*, hlm.30

²⁷⁹ Muchsan, 1982, *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Liberty, Yogyakarta, hlm.34

keputusan (asas kepastian hukum material, asas kepercayaan, asas harapan-harapan yang telah ditimbulkan, asas persamaan, asas kecermatan material, asas keseimbangan, asas larangan *willikeur*).²⁸⁰

Detail pendalaman pemahaman asas-asas umum pemerintahan yang baik, terurai dalam penjelasan di bawah ini:

1. Asas kepastian hukum (*principles of legal security atau rechtzekerheid beginsel*)

Azas ini menghendaki dihormatinya hak yang telah diperoleh seseorang berdasarkan suatu keputusan dari pejabat administrasi negara yang memenuhi syarat materiil (syarat kewenangan bertindak) dan syarat formal atau syarat yang berkaitan dengan bentuk keputusan itu.²⁸¹ Asas ini mengendaki stabilitas hukum, termasuk dalam pengertian ini adalah keputusan tidak boleh berlaku surut. Stabilitas hukum diperlukan agar tidak menimbulkan citra negatif terhadap pejabat administrasi, sebab goyahnya asas kepastian hukum ini dapat disebabkan karena keputusan tata usaha negara dicabut kembali oleh pejabat administrasi maupun oleh pengadilan. Dua macam asas kepastian hukum, yaitu: asas kepastian hukum formal dan asas kepastian hukum material.²⁸²

Pertama, asas kepastian hukum formal, setiap keputusan yang dikeluarkan harus cukup jelas bagi yang bersangkutan, artinya jelas menurut sisi rumusan maupun pengertiannya dan jangan bergantung pada penafsiran seseorang. Dengan demikian setiap orang yang berhadapan dengan keputusan itu sudah dapat menangkap dan mengetahui apa yang dikehendaki keputusan tersebut. Lain halnya dengan keputusan yang masih membutuhkan pengaturan lebih lanjut, maka asas ini tidak

²⁸⁰ Indroharto, 1991, *Usaha Memahami Undang-undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm307-312

²⁸¹ SF Marbun dan Mahfud MD., *Op.Cit.*, hlm.60

²⁸² Jazim Hamidi, *Op.Cit.*, hlm.36

sepenuhnya berlaku, karena keputusan-keputusan tersebut tentunya masih bersifat umum.

Kedua, asas kepastian hukum material, sudah merupakan ciri pokok dari negara hukum yaitu adanya asas legalitas, karena itu, baik undang undang yang mengikat penguasa maupun warga masyarakat harus jelas dan peraturan itu memang memungkinkan diterapkan, atau ada suatu prinsip keputusan yang bersifat membebani tidak boleh diberlakukan secara surut.

2. Asas keseimbangan (*principle of proportionality* atau *evenredigheid beginsel*)

Azas keseimbangan ini menghendaki proporsi yang wajar dalam penjatuhan hukum terhadap pegawai yang melakukan kesalahan, sehingga hukuman yang dijatuhkan seimbang dengan kesalahan yang dilakukan,²⁸³ dan hendaknya badan yang menjatuhkan hukuman harus tidak memihak dan kepada yang bersangkutan juga diberikan hak membela diri.²⁸⁴

Bekerjanya asas ini hanya terbatas pada bidang penerapan sanksi-sanksi, artinya apabila Badan atau Pejabat Administrasi Negara menerapkan sanksi-sanksi, maka ia harus menjaga keseimbangan antara sanksi yang diterapkan dengan bobot pelanggaran yang telah dilakukan. Penjabaran asas ini telah ditemukan dalam konsideran dan penjelasan UU No.5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, dalam Undang-undang ini disebutkan perlunya diwujudkan dan dijamin terpeliharanya hubungan yang seimbang, serasi dan selaras antara aparatur dibidang tata usaha negara dengan para warga masyarakat. Demikian pula jika timbulnya benturan kepentingan perseorangan dengan kepentingan umum, maka peradilan tata usaha negara akan berfungsi meletakkan secara seimbang, selaras dan serasi antara hak dan kewajiban asasi

²⁸³ SF Marbun dan Mahfud MD., *Op.Cit.*, hlm.61

²⁸⁴ SF Marbun, *Peradilan...Op.Cit.*, hlm.150

masyarakat. Asas ini termasuk dalam pelaksanaan pemberian hukuman terhadap kelalaian dan/ atau kesalahan yang dilakukan oleh orang yang bersalah (proporsional antara perbuatan dan hukuman).²⁸⁵

3. Asas kesamaan dalam mengambil keputusan (*principles of equality atau gelijkheid beginsel*).

Asas ini menghendaki agar dalam menghadapi kasus atau fakta yang sama alat administrasi negara dapat mengambil tindakan yang sama. Asas ini berbeda dengan konsep kasuistis sebagaimana yang dikemukakan oleh Van Vollenhoven,²⁸⁶ bahwa dalam kasuistis menghendaki tindakan yang berbeda ataupun keputusannya.

4. Asas bertindak cermat (*principles of carefulness atau zorgvuldigheid beginsel*)

Asas ini menghendaki agar administrasi negara senantiasa bertindak secara hati-hati agar tidak menimbulkan kerugian bagi warga masyarakat,²⁸⁷ jadi suatu keputusan harus dipersiapkan secara tepat dengan meneliti fakta-fakta yang relevan dalam pertimbangannya. Asas bertindak cermat atau asas kecermatan ini dibagi menjadi 2, yaitu: asas kecermatan formal dan asas kecermatan material, yaitu:²⁸⁸ *Pertama*, asas kecermatan formal atau asas persiapan yang cermat menghendaki agar masa persiapan suatu keputusan semua faktor dan keadaan yang relevan benar benar diteliti dan dipertimbangkan secermat mungkin, apalagi kalau keputusan yang akan di ambil itu menyangkut masalah pencabutan *beschikking* yang menguntungkan, berupa pembebanan suatu sanksi dan menyangkut masalah pencemaran lingkungan. Dalam hal ini, sebelum putusan dijatuhkan oleh hakim

²⁸⁵ *Ibid.*, hlm.289

²⁸⁶ SF Marbun dan Mahfud MD., *Loc.Cit.*

²⁸⁷ *Ibid.*, hlm.62

²⁸⁸ *Ibid.*, hlm.37-39

peradilan administrasi maka pihak yang terkena harus didengar pendapatnya, demikian juga keterangan saksi ahli sangat diperlukan, sebab apabila tidak, sudah tentu keputusan yang demikian itu tidak sesuai dengan asas persiapan yang cermat.

Kedua, asas kecermatan material, asas ini menghendaki agar kerugian yang ditimbulkan kepada seseorang jangan sampai melampaui yang diperlukan, dengan dalih untuk melindungi suatu kepentingan yang harus dilakukan dengan cara mengeluarkan keputusan yang bersangkutan. Dalam hal hal tertentu asas ini membawa akibat keharusan diberikannya suatu ganti rugi pada pencabutan keputusan yang terjadi.

5. Asas motivasi untuk setiap keputusan (*principles of motivation atau motivering beginsel*)

Asas ini menghendaki dalam pengambilan keputusan pejabat pemerintah itu dapat bersandar pada alasan atau motivasi yang cukup yang sifatnya benar, adil dan jelas,²⁸⁹ perlunya motivasi dimasukkan dalam setiap keputusan adalah untuk mengetahui alasan-alasan hukum yang dijadikan dasar pertimbangan dalam keputusan terkait. Asas ini juga disebut sebagai asas keterbukaan yang akhir-akhir ini giat dikembangkan oleh pemerintah. Asas keterbukaan dalam penyelenggaraan pemerintahan di setiap tahap pengambilan keputusan dapat ditengarai dengan derajat aksesibilitas publik terhadap informasi terkait dengan suatu kebijakan publik. Setiap kebijakan publik termasuk kebijakan alokasi anggaran, pelaksanaannya maupun hasil-hasilnya mutlak harus diinformasikan kepada publik atau dapat diakses oleh publik selengkap-lengkapnyanya melalui berbagai media dan forum untuk mendapat respon.

²⁸⁹ *Ibid.*

Alasan-alasan yang dijadikan dasar motivasi bagi suatu keputusan badan/ atau pejabat tata usaha negara, yaitu:²⁹⁰

- a. Syarat bahwa suatu keputusan harus diberi alasan, adanya penyusunan yang rasional, jadi keputusan yang dikeluarkan berisi alasan agar lebih jelas latar belakang dikeluarkannya keputusan tersebut dan sebagai dasar bagi yang bersangkutan untuk mengajukan keberatan atas keputusan.
- b. Keputusan harus memiliki dasar fakta yang teguh, adanya kelompok fakta yang menjadi titik tolak dari keputusan yang benar.
- c. Pemberian alasan harus cukup, sehingga dapat mendukung keputusan, adanya alasan yang mempunyai kekuatan meyakinkan, jadi tidak hanya masuk akal.

Alasan yang menjadi dasar keputusan tersebut sebagai dasar bagi masyarakat untuk menuntut keadilan jika terkait dengan keputusan yang merugikan masyarakat, masyarakat mengetahui alasan pemerintah mengeluarkan keputusan dari motivasi yang melandasi, selain itu hakim hakim peradilan tata usaha negara akan dengan mudah memberikan penilaiannya atas suatu keputusan tata usaha yang disengketakan dengan membaca motivasinya, sebab motivasi tersebut tercantum dalam konsideran atau bagian menimbang dari sebuah keputusan tata usaha negara, atau lazimnya disebut sebagai landasan pertimbangan hukum pejabat dalam mengambil keputusan.

6. Asas jangan mencampur adukan kewenangan (*principles of non misuse of competence*)

Asas ini menghendaki agar dalam pengambilan keputusan pejabat administrasi tidak menggunakan kewenangan atas kekuasaan di luar maksud pemberian atau kekuasaan itu. Penggunaan kewenangan di luar maksud pemberiannya dalam

²⁹⁰ Philipus M. Hadjon, dkk, *Op.Cit.*, hlm.275-277

hukum administrasi negara dikenal dengan istilah “*detournement de pouvoir*”,²⁹¹ jika keputusan yang dibuat tidak sesuai dengan tujuan diberikannya kekuasaan maka keputusan tersebut dapat dinyatakan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan dapat dibatalkan oleh pejabat yang lebih tinggi atau pengadilan administrasi.

Asas larangan *detournement de pouvoir* artinya suatu wewenang yang diberikan oleh undang undang, hanya semata mata boleh digunakan untuk mencapai tujuan tujuan dengan maksud wewenang itu diberikan. Dari rumusan di atas, paling tidak ada dua hal yang terkandung dalam asas larangan *detournement de pouvoir*, yaitu: *pertama* wewenang penguasa itu hanya boleh digunakan untuk kepentingan umum²⁹² (bukan

²⁹¹ SF Marbun dan Mahfud MD., *Loc.Cit*

²⁹² Pengertian Kepentingan Umum merupakan pengertian yang sangat luas dan abstrak, dalam penyelenggaraan pemerintahan, kata kepentingan umum kadang kala digunakan sebagai alasan untuk membebaskan suatu hak seseorang dan penguasaan, dan selanjutnya pemerintah atau badan-badan usaha swasta yang ditunjuk untuk dikelola oleh pemerintah. Menurut Pasal 1 lampiran Inpres No.9 Tahun 1973 bahwa suatu kegiatan pembangunan untuk kepentingan umum, berupa kegiatan: (1) kepentingan bangsa dan negara, dan/ atau; (2) kepentingan masyarakat luas, dan/ atau; (3) kepentingan rakyat banyak/ bersama, dan/ atau; (4) kepentingan pembangunan. Menurut Keputusan Presiden No.55 Tahun 1993 tentang Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum, Pasal 5 ayat (1) menyebutkan bidang-bidang antara lain: (1) jalanan umum, saluran pembuangan air; (2) waduk, bendungan, dan bangunan pengairan lainnya termasuk saluran irigasi; (3) rumah sakit umum dan pusat-pusat kesehatan masyarakat; (4) pelabuhan atau bandar udara atau terminal; (5) tempat-tempat peribadatan; (6) pendidikan dan sekolahan; (7) pasar umum atau pasar inpres; (8) fasilitas perumahan umum; (9) fasilitas kesehatan umum seperti tanggul penanggulangan bahaya banjir, lahar, dan lain-lainnya bencana; (10) pos dan telekomunikasi; (11) stasiun penyiaran radio, televisi, beserta sarana pendukungnya; (12) kantor pemerintah; (13) fasilitas Angkatan Bersenjata Republik Indonesia. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, menyebutkan dalam Pasal 1 angka 6, bahwa Kepentingan umum adalah kepentingan sebagian besar lapisan masyarakat. Sedangkan Pasal 5 menyebutkan bahwa pmbangunan untuk kepentingan umum yang dilaksanakan Pemerintah atau pemerintah daerah meliputi: (1) jalan umum, jalan tol, rel kereta api (di atas tanah, di ruang atas tanah, ataupun di ruang bawah tanah), saluran air minum/air bersih, saluran

untuk kepentingan yang bermotifkan pribadi penguasa); *kedua*, dalam kerangka kepentingan umum itu, wewenang tersebut hanya untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu yang telah ditetapkan oleh pembuat undang-undang.

7. Asas permainan yang layak (*principles of fair play*)

Azas ini menghendaki agar pejabat pemerintah dapat memberikan kesempatan yang seluas-luasnya kepada warga negara untuk mendapatkan informasi yang benar dan adil, dan memberikan kesempatan yang luas pula untuk menuntut kebenaran dan keadilan.²⁹³ Asas ini pada garis besarnya menghendaki agar semua kemungkinan yang terbuka bagi warga masyarakat untuk membela kepentingannya jangan dihalang-halangi oleh tindakan-tindakan formal menurut undang-undang dari pihak penguasa. Harus dihindarkan pula dari sikap yang tampaknya memihak, misalnya ada seorang karyawan pada sebuah instansi mengajukan upaya banding administratif, maka instansi tempat ia bekerja tidak boleh menekankan atau memengaruhi instansi banding administratif supaya upaya bandingnya ditolak. Kalau instansi banding tersebut menuruti kehendak instansi yang mengeluarkan keputusan, maka ia berarti telah bersikap

pembuangan air dan sanitasi; (2) waduk, bendungan, bendung, irigasi, dan bangunan pengairan lainnya; (3) rumah sakit umum dan pusat kesehatan masyarakat; (4) pelabuhan, bandar udara, stasiun kereta api dan terminal; (5) peribadatan; (6) pendidikan atau sekolah; (7) pasar umum; (8) fasilitas pemakaman umum; (9) fasilitas keselamatan umum; (10) pos dan telekomunikasi; (11) sarana olah raga; (12) stasiun penyiaran radio, televisi dan sarana pendukungnya; (13) kantor Pemerintah, pemerintah daerah, perwakilan negara asing, Perserikatan Bangsa-Bangsa, dan atau lembaga-lembaga internasional di bawah naungan Perserikatan Bangsa-Bangsa; (14) fasilitas Tentara Nasional Indonesia dan Kepolisian Negara Republik Indonesia sesuai dengan tugas pokok dan fungsinya; (15) lembaga pemasyarakatan dan rumah tahanan; (16) rumah susun sederhana; (17) tempat pembuangan sampah; (18) cagar alam dan cagar budaya; (19) pertamanan; (20) panti sosial; (21) pembangkit, transmisi, distribusi tenaga listrik.

²⁹³ SF Marbun dan Mahfud MD., *Op.Cit.*, hlm.63

memihak, dan keputusannya dapat dibatalkan karena bertentangan dengan asas *fair play*.

8. Asas keadilan dan kewajaran (*principles of reasonableness or prohibition or arbitrariness*)

Asas ini menghendaki agar setiap tindakan badan atau pejabat administrasi negara selalu dikaitkan dengan batas-batas keadilan dan kewajaran dalam hidup bermasyarakat (tidak boleh berlaku sewenang-wenang atau berlaku tidak layak).²⁹⁴ Keadilan dan kewajaran berkaitan dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, agama, kebiasaan, budaya, social, ekonomi dan adat istiadat.

9. Asas Menanggapi Pengharapan yang Wajar

Asas ini menghendaki agar tindakan pemerintah dapat menimbulkan harapan-harapan yang wajar bagi yang berkepentingan,²⁹⁵ suatu harapan yang sudah terlanjur diberikan tidak boleh ditarik kembali.

10. Asas Meniadakan Akibat Suatu Keputusan yang Batal

Asas ini menghendaki agar jika terjadi pembatalan atas suatu keputusan maka akibat hukumnya dari keputusan yang dibatalkan itu harus dihilangkan sehingga yang bersangkutan harus diberikan ganti rugi dan rehabilitasi.²⁹⁶

11. Asas perlindungan atas pandangan hidup

Asas ini menghendaki agar setiap manusia diberi kebebasan dan hak untuk mengatur kehidupannya pribadi sesuai dengan pandangan (cara) hidup yang dianutnya,²⁹⁷ dalam konteks ke-Indonesiaan ada pembatasan ideologi yang diberikan kebebasan adalah ideologi yang sejalan dengan Pancasila, sehingga ideologi yang bertentangan dengan Pancasila dan dilarang oleh negara tidak akan dilindungi,

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*, hlm.64

²⁹⁷ *Ibid.*

misalnya komunisme, dan lainnya.

12. Asas kebijaksanaan (*sapientia*)

Azas ini menghendaki agar dalam melaksanakan tugasnya pemerintah diberi kebebasan untuk melaksanakan kebijaksanaan tanpa harus selalu menunggu instruksi.²⁹⁸ Asas kebijaksanaan diperlukan oleh administrasi negara, fungsi utamanya adalah mengisi kekosongan atau kekurangan peraturan perundang-undangan. Kebijakan tersebut dituangkan dalam bentuk-bentuk tertulis, seperti: *freies ermessen* atau *policy rule* (peraturan kebijaksanaan). Hikmah kebijaksanaan berimplikasi tiga unsur: (1) pengetahuan yang tuntas dan analisa situasi yang dihadapi; (2) rancangan penyelesaian atas dasar “*staats idee*” ataupun “*rechts idee*” yang disetujui bersama yaitu Pancasila; (3) mweujudkan rancangan penyelesaian sengketa untuk mengatasi situasi dengan tindakan perbuatan dan penjelasan yang tepat, yang dituntut oleh situasi yang dihadapi.²⁹⁹

13. Asas penyelenggaraan kepentingan umum (*principles of public service*).

Azas ini menghendaki adanya sikap dan tindak pejabat tata usaha negara harus dibangun diatas pengabdian dan kesetiiaanya terhadap tujuan negara, artinya tidak untuk kepentingan individual dan kelompok tertentu,³⁰⁰ tujuan negara adalah menyelenggarakan pemerintahan dengan mengutamakan kepentingan umum.

E. AAUPB Dalam Negara Hukum Pancasila

Asas-asas umum pemerintahan yang baik berkembang pesat di Indonesia setelah di populerkan oleh Koentjoro Purbopranoto, apa yang diketengahkan oleh Kuntjoro Purbopranoto merupakan

²⁹⁸ *Ibid.*, hlm.65

²⁹⁹ O.Notohamidjojo, 1970, *Demokrasi Pancasila*, BPK, Jakarta, hlm.38

³⁰⁰ SF. Marbun, *Op.Cit.* hlm.309

rangkuman rangkuman kuliah Crince Le Roy pada penataran lanjutan hukum tata negara dan hukum tata pemerintahan di Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya tahun 1976. Koentjoro Purbopranoto mengingatkan bahwa dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia, asas-asas tersebut harus disesuaikan dengan pokok-pokok Pancasila dan Undang-undang dasar 1945.³⁰¹

Asas-asas umum pemerintahan yang baik dapat dilihat dalam UUD 1945 yang menyatakan bahwa “negara yang berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut kemanusiaan yang adil dan beradab, makna yang dikandung dalam UUD 1945 tersebut mewajibkan pemerintah dan penyelenggara negara yang lain untuk memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur dan memegang teguh cita-cita moral masyarakat yang luhur. Indonesia sebagai negara hukum, dimana asas-asas umum pemerintahan yang baik secara filosofis dapat digali dan ditemukan dalam alenia ke-empat Pembukaan UUD 1945, yang berbunyi:

“Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu pemerintahan 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 Undang-Undang Dasar negara Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan negara 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 Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”.

Dalam alenia ke-empat Pembukaan UUD 1945 yang merupakan pelayanan publik prima, secara filosofis ditemukan asas-asas pemerintahan yang baik yang melandasi keberadaan negara hukum, yaitu: asas persamaan; asas keseimbangan, keserasian, dan keselarasan; asas menghormati dan memberikan haknya setiap orang; asas ganti rugi karena kesalahan; asas

³⁰¹ Koentjoto Purbopranoto, 1985, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, hlm.29

kecermatan; asas kepastian hukum; asas kejujuran dan keterbukaan; asas larangan menyalahgunakan wewenang; asas larangan sewenang-wenang; asas kepercayaan atau pengharapan; asas motivasi; asas kepastian atau kewajaran; asas pertanggungjawaban; asas kepekaan; asas penyelenggaraan kepentingan umum; asas kebijaksanaan; asas itihkad baik.

Sementara, SF. Marbun merinci lagi AAUPB dengan menggali, menemukan dan merumuskan asas-asas pemerintahan Indonesia yang adil dan patut, yang sesuai dengan Pancasila, UUD 1945, agama, hukum adat dan hukum positif, yaitu: (1) asas persamaan; (2) asas keseimbangan, keserasian, dan keselarasan; (3) asas menghormati dan memberikan haknya setiap orang; (4) asas ganti rugi karena kesalahan; (5) asas kecermatan; (6) asas kepastian hukum; (7) asas kejujuran dan keterbukaan; (8) asas larangan menyalahgunakan wewenang; (9) asas larangan sewenang-wenang; (10) asas kepercayaan atau pengharapan; (11) asas motivasi; (12) asas kepastian atau kewajaran; (13) asas pertanggungjawaban; (14) asas kepekaan; (15) asas penyelenggaraan kepentingan umum; (16) asas kebijaksanaan; (17) asas itihkad baik.³⁰²

F. AAUPB dan Peradilan Administrasi

Pasal 14 ayat (1) Undang-undang No.14 Tahun 1970 mengatur bahwa “pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukumnya tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya (asas *ius curia novit*)”. Sedangkan Pasal 24 Undang-undang No.14 Tahun 1970 mengatur bahwa “Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat”.

³⁰² SF. Marbun, *Peradilan...Op.Cit.*, hlm.285-313

Setelah undang-undang No.5 tahun 1986 efektif berjalan 14 Januari 1991, kompetensi penyelesaian sengketa administrasi negara beralih ke Peradilan Tata Usaha Negara (Peradilan Administrasi) sebagaimana diatur dalam Pasal 47 *Jo* Pasal 1 ayat (3) dan (4) Undang-undang No.5 Tahun 1986. Dasar hukum kewenangan hakim administrasi menguji keabsahan keputusan administrasi negara dengan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik, secara eksplisit dapat ditelusuri dalam Pasal 14 ayat (1) dan Pasal 27 Undang-undang No.14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman *Jo* Pasal 53 ayat (2) Undang-undang No.5 Tahun 1986.

Satu tahun setelah berlakunya Undang-undang No.5 Tahun 1986 tepatnya tanggal 14 Januari 1991 Pemerintah membuat terobosan baru di bidang hukum, yaitu membuat dasar hukum penerapan AAUPB secara menyeluruh oleh hakim administrasi. Dikeluarkannya Surat Keputusan Ketua Muda Mahkamah Agung RI Urusan Lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara No.052/Td.TUN/III/1992 tertanggal 24 Maret 1992, yang salah satu bagiannya menyebutkan diktum putusan, yaitu : *“di dalam hal hakim mempertimbangkan adanya Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik sebagai alasan pembatalan penetapan, maka hal tersebut tidak perlu dimasukkan dalam diktum putusannya, melainkan cukup dalam pertimbangan putusan dengan menyebutkan asas mana dari Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik yang dilanggar dan akhirnya harus mengacu pada Pasal 53 ayat (2) Undang-undang No.5 Tahun 1986”*.

Bahwa alasan-alasan yang dapat digunakan dalam gugatan adalah: (1) Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku; (2) Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan keputusan telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut; (3) Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan

atau tidak mengeluarkan keputusan setelah mempertimbangkan semua kepentingan yang tersangkut dengan keputusan itu seharusnya tidak sampai pada pengambilan atau tidak pengambilan keputusan tersebut.

Setelah amandemen UUD 1945, adanya Undang-Undang No.4 tahun 2004 mewajibkan para hakim menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, nilai nilai tersebut dalam bidang pemerintahan mengacu pada asas-asas umum pemerintahan yang baik dan nilai-nilai yang bersumber dari kearifan lokal.³⁰³

³⁰³ A. Muin Fahman, *Op.Cit.*, hlm.8-9. Menurut I Gede AB Wiranata kearifan lokal sebagai unsur yang substansial dan dominan sebagai basis perilaku sosial di era global, pada akhirnya akan memunculkan perilaku (salah satunya adalah perilaku budaya) yang apabila dilakukan secara terus menerus akan memperoleh label sebagai budaya hukum. Secara tata bahasa kearifan lokal (*local wisdom*) terdiri dari dua kata, yaitu kearifan (*wisdom*) dan lokal (*local*), lokal berarti setempat sedangkan *wisdom* sama dengan kebijaksanaan. Secara umum *local wisdom* dapat dipahami sebagai gagasan-gagasan setempat yang bersifat bijaksana, penuh kearifan, bernilai baik, yang tertanam dan diikuti oleh anggota masyarakatnya, lihat I Gede AB Wiranata, "*Masyarakat, Budaya Hukum, dan Kearifan Lokal di Era Globalisasi*", makalah disampaikan dalam kegiatan sosialisasi UU ITE, Keterbukaan Informasi Publik, Pemberantasan Korupsi, dan Budaya Hukum Propinsi Lampung, Hotel Indra Puri, Bandar Lampung, Rabu 4 November 2009.

Dalam pandangan John Haba, kearifan lokal mengacu pada berbagai kekayaan budaya yang tumbuh dan berkembang dalam sebuah masyarakat dikenal, dipercayai, dan diakui sebagai elemen-elemen penting yang mampu mempertebal kohesi sosial diantara warga masyarakat, berdasarkan inventarisasi John Haba, terdapat 6 (enam) signifikansi serta fungsi kearifan lokal, yaitu: *pertama*, sebagai penanda identitas sebuah komunitas; *kedua*, elemen perekat (aspek kohesif) lintas warga, lintas agama, dan kepercayaan; *ketiga*, kearifan lokal tidak bersifat memaksa dan atau dari atas (*top down*), tetapi sebuah unsur kultural yang ada dan hidup dalam masyarakat. *Keempat*, kearifan lokal memberi warna kebersamaan bagi sebuah komunitas; *kelima*, *local wisdom* akan mengubah pola pikir dan hubungan timbal-balik individu dan kelompok, dengan meletakkannya di atas *common ground* kebudayaan yang dimiliki. *Keenam*, kearifan lokal dapat berfungsi mendorong terbangunnya kebersamaan, apresiasi sekaligus sebagai sebuah mekanisme bersama untuk menepis berbagai kemungkinan yang meredusir, bahkan merusak solidaritas komunal, yang dipercayai berasal dan tumbuh diatas kesadaran bersama dari sebuah komunitas terintegrasi, lihat Irwan Abdulan (ed), 2009, *Agama dan Kearifan Lokal Dalam Tantangan Global*, Sekolah Pascasarjana UGM dan Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm.7-8

Penerapan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik mengalami perubahan setelah adanya Undang-undang No.9 Tahun 2004 Tentang Perubahan Terhadap Undang-undang No.5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Dalam Undang-undang No.9 Tahun 2004 penerapan AAUPB tersebut merujuk pada Pasal 53 ayat (2) yang berbunyi “alasan-alasan yang dapat digunakan dalam gugatan adalah Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik”.

Dalam Penjelasan Undang-undang No.9 Tahun 2004 tersebut menyebutkan bahwa yang dimaksud adalah: asas kepastian hukum, asas tertib penyelenggaraan negara, asas kepentingan umum, asas keterbukaan, asas proporsionalitas, asas profesionalitas, dan asas akuntabilitas. Sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang No.28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme.

G. AAUPB dan Piagam Madinah

Sebagai negara yang berdasarkan “Ketuhanan Yang Maha Esa” kiranya penghargaan terhadap nilai-nilai masyarakat agamis menjadi penting, sehingga paling tidak ada pengkajian khusus terhadap praktik pemerintahan, khususnya pengkajian bagaimana seharusnya pemerintah bertindak berdasarkan asas-asas umum pemerintahan yang baik menurut sila pertama Pancasila “Ketuhanan Yang Maha Esa”, sehingga dalam hal ini membuka peluang adanya kajian asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam perspektif agama Islam, Kristen, Hindu, Budha, Konghucu, dan bahkan aliran kepercayaan keyakinan kepada Tuhan Yang Maha Esa yang masih banyak dianut oleh sebagian masyarakat Indonesia. Sehingga tidak melulu, bahwa yang digunakan dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan berdasarkan asas-asas umum pemerintahan dari negara barat.

Dalam perspektif Islam, sebagai sebuah agama yang tidak memisahkan kehidupan bernegara dengan kehidupan beragama. Sehingga diperlukan sebuah kajian asas-asas atau prinsip umum penyelenggaraan pemerintahan yang baik berdasarkan konsepsi hukum Islam, dalam konteks ini, penulis mengkaji secara singkat asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam hukum Islam dan piagam madinah sebagai konstitusi dari praktik bernegara oleh Nabi Muhammad SAW.

Berdasarkan hasil penelitian disertasi Muhammad Tahir Azhary, bahwa terdapat prinsip/ asas dalam mengatur kehidupan bermasyarakat dalam nomokrasi Islam yang bersumber dari Al-Qur'an dan Sunnah, detail pendalaman penjelasan asas-asas tersebut, yaitu:³⁰⁴

a) Prinsip kekuasaan sebagai amanah

Dalam nomokrasi Islam, kekuasaan sebagai amanah dan setiap amanah harus wajib disampaikan kepada mereka yang berhak menerimanya, dalam arti dipelihara dan dijalankan atau diterapkan dengan sebaik-baiknya sesuai dengan prinsip-prinsip nomokrasi Islam yang digariskan dalam Al-Qur'an dan dicontohkan dalam tradisi nabi Muhammad SAW. Penyampaian amanah dalam konteks kekuasaan mengandung suatu implikasi larangan bagi pemegang amanah untuk melakukan *abuse of power* atau penyalahgunaan kewenangan.

b) Prinsip musyawarah

Musyawarah dapat diartikan sebagai suatu forum tukar-menukar pikiran, gagasan maupun ide, termasuk saran-saran yang diajukan dalam memecahkan suatu masalah sebelum pengambilan keputusan, musyawarah merupakan prinsip konstitusional, dalam perspektif nomokrasi Islam musyawarah bertujuan untuk mencegah lahirnya keputusan yang merugikan kepentingan umum atau rakyat.

³⁰⁴ Muhammad Tahir Azhary, *Op.Cit.*, hlm.105-156

c) Prinsip keadilan

Dalam nomokrasi Islam, prinsip keadilan terkait dengan tiga hal, yaitu: (i) kewajiban menerapkan kekuasaan negara dengan jujur, adil, dan bijaksana; (ii) kewajiban menerapkan kekuasaan kehakiman dengan seadil-adilnya; dan (iii) kewajiban penyelenggara negara untuk mewujudkan suatu tujuan masyarakat yang adil, makmur dan sejahtera di bawah keridhoan Allah Swt.

d) Prinsip persamaan

Prinsip persamaan mencakup persamaan dalam segala bidang kehidupan, baik bidang hukum, politik, sosial, ekonomi, dan lainnya. Persamaan dalam bidang hukum memberikan jaminan akan perlakuan dan perlindungan hukum yang sama terhadap semua orang tanpa memandang kedudukannya.

e) Prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia

Dalam nomokrasi Islam hak asasi manusia berdasarkan pada Al-Qur'an dan As Sunnah terbagi dalam tiga golongan, (i) kemuliaan, meliputi: pribadi, masyarakat dan politik; (ii) Hak-hak pribadi, meliputi: persamaan, martabat, dan kebebasan; (iii) kebebasan, meliputi: kebebasan beragama, berfikir, menyatakan pendapat, berbeda pendapat, memiliki harta benda, berusaha, memilih pekerjaan, memilih tempat kediaman.

f) Prinsip peradilan bebas

Putusan hakim harus mencerminkan rasa keadilan hukum terhadap siapapun, hakim memiliki kebebasan dari segala macam bentuk tekanan dan campur tangan eksekutif, bahkan kebebasan tersebut mencakup pula wewenang hakim untuk menjatuhkan putusan pada seorang penguasa apabila ia melanggar hak-hak rakyat. Prinsip peradilan bebas bukan hanya sekedar ciri nomokrasi Islam, tetapi merupakan kewajiban yang harus dilaksanakan setiap hakim, misalnya ada kewenangan ijtihad dalam menegakan hukum.

g) Prinsip perdamaian

Nomokrasi Islam ditegakkan atas dasar prinsip perdamaian, hubungan negara yang satu dengan negara lainnya harus berpegang pada prinsip perdamaian, dan melarang sesuatu yang bermusuhan.

h) Prinsip kesejahteraan

Nomokrasi Islam bertujuan mewujudkan keadilan sosial dan keadilan ekonomi bagi seluruh rakyat, tugas tersebut dibebankan kepada negara dan masyarakat. Misinya memerangi kemiskinan, dan sekurangnya menghilangkan kesenjangan antar golongan orang yang mampu dengan yang kurang mampu.

i) Prinsip ketaatan rakyat.

Prinsip ketaatan mengandung makna bahwa seluruh rakyat tanpa terkecuali berkewajiban mentaati pemerintah selama penguasa atau pemerintah tidak bersikap dzolim (tiran atau otoriter/ diktator), dan prinsip ini terdapat alternatif bagi rakyat untuk mengoreksi setiap kekeliruan yang dilakukan oleh penguasa atau pemerintah.

Sementara piagam madinah yang merupakan piagam yang dibuat langsung oleh Nabi Muhammad SAW pada masa kepemimpinannya, piagam yang dibuat bersama masyarakat madinah di negara Madinah tersebut telah mengakomodir ketentuan-ketentuan yang menjadi unsur-unsur dalam penyelenggaraan pemerintahan. Adapun Piagam Madinah berikut ini, terjemahan oleh Ahmad Sukardja:³⁰⁵

Dengan nama Allah Yang Maha Pengasih dan Maha Penyayang. Ini adalah piagam dari Muhammad, Nabi Saw dikalangan mukminin dan muslimin (yang berasal) dari Quraysy dan Yasrib, dan orang yang mengikuti mereka, menggabungkan diri dan berjuang bersama mereka:

- 1) Sesungguhnya mereka satu umat, lain dari (komunitas) manusia yang lain;

³⁰⁵ Ahmad Sukardja, *Op.Cit.*, hlm.47-57

- 2) Kaum muhajirin dari Quraysy sesuai keadaan (kebiasaan) mereka, bahu-membahu membayar diat diantara mereka dan mereka membayar tebusan tawanan dengan cara yang baik dan adil di antara mukminin;
- 3) Banu ‘Awf sesuai keadaan (kebiasaan) mereka bahu-membahu membayar diat di antara mereka seperti semula, dan setiap suku membayar tebusan tawanan dengan baik dan adil di antara mukminin;
- 4) Banu Sa’idah, sesuai keadaan (kebiasaan) mereka, bahu-membahu membayar diat di antara mereka (seperti) semula dan setiap suku membayar tebusan tawanan dengan cara yang baik dan adil diantara mukminin;
- 5) Banu Al-Hars, sesuai keadaan (kebiasaan) mereka, bahu-membahu membayar diat di antara mereka (seperti) semula dan setiap suku membayar tebusan tawanan dengan cara yang baik dan adil diantara mukminin;
- 6) Banu Al-Jusyam, sesuai keadaan (kebiasaan) mereka, bahu-membahu membayar diat di antara mereka (seperti) semula dan setiap suku membayar tebusan tawanan dengan cara yang baik dan adil diantara mukminin;
- 7) Banu Al-Najjar, sesuai keadaan (kebiasaan) mereka, bahu-membahu membayar diat di antara mereka (seperti) semula dan setiap suku membayar tebusan tawanan dengan cara yang baik dan adil diantara mukminin;
- 8) Banu ‘Amr Ibn ‘Awf, sesuai keadaan (kebiasaan) mereka, bahu-membahu membayar diat di antara mereka (seperti) semula dan setiap suku membayar tebusan tawanan dengan cara yang baik dan adil diantara mukminin;
- 9) Banu Al-Nabit, sesuai keadaan (kebiasaan) mereka, bahu-membahu membayar diat di antara mereka (seperti) semula dan setiap suku membayar tebusan tawanan dengan cara yang baik dan adil diantara mukminin;

- 10) Banu Al-‘Aws, sesuai keadaan (kebiasaan) mereka, bahu-membahu membayar diat di antara mereka (seperti) semula dan setiap suku membayar tebusan tawanan dengan cara yang baik dan adil diantara mukminin;
- 11) Sesungguhnya mukminin tidak boleh membiarkan orang yang berat menanggung utang di antara mereka, tetapi membantunya dengan baik dalam pembayaran tebusan atau diat.
- 12) Seorang mukmin tidak dibolehkan membuat persekutuan dengan sekutu mukmin lainnya, tanpa persetujuan dari padanya;
- 13) Orang mukmin yang takwa harus menentang orang yang diantara mereka mencari dan menuntut sesuatu secara zalim, jahat, melakukan permusuhan atau kerusakan di kalangan kaum mukminin. Kekuatan mereka bersatu dalam menentangnya, sekalipun ia anak dari salah seorang diantara mereka;
- 14) Seorang mukmin tidak boleh membunuh orang beriman lainnya lantaran (membunuh) orang kafir. Tidak boleh pula orang mukmin membantu orang kafir untuk (membunuh) orang beriman;
- 15) Jaminan Allah satu, jaminan (perlindungan) diberikan oleh mereka yang dekat. Sesungguhnya mukminin itu saling membantu, tidak tergantung pada golongan lain;
- 16) Sesungguhnya orang Yahudi yang mengikuti kita berhak atas pertolongan dan santunan, sepanjang (mukminin) tidak terzalimi dan ditentang (olehnya);
- 17) Perdamaian mukminin adalah satu. Seorang mukmin tidak boleh membuat perdamaian tanpa ikut serta mukmin lainnya di dalam suatu peperangan di jalan Allah, kecuali atas dasar kesamaan dan keadilan di antara mereka;
- 18) Setiap pasukan yang berperang bersama kita harus bahu-membahu satu sama lain;
- 19) Orang-orang mukmin itu membalas pembunuh mukmin lainnya dalam peperangan di jalan Allah. Orang-orang beriman dan bertakwa berada pada petunjuk yang terbaik dan lurus;

- 20) Orang musyrik (Yasrib) dilarang melindungi harta dan jiwa orang musyrik Quraysy, dan tidak boleh campur tangan melawan orang beriman;
- 21) Barang siapa membunuh orang beriman dan cukup bukti atas perbuatannya, harus dihukum bunuh, kecuali wali si terbunuh rela (menerima diat). Secepat orang beriman harus bersatu dalam menghukumnya;
- 22) Tidak dibenarkan bagi orang mukmin yang mengakui piagam ini, percaya kepada Allah dan Hari Akhir, untuk membantu pembunuh dan memberi tempat kediaman kepadanya. Siapa yang memberi bantuan atau menyediakan tempat tinggal bagi pelanggar itu, akan mendapat kutukan dan kemurkaan Allah di hari kiamat, dan tidak diterima daripadanya penyesalan dan tebusan;
- 23) Apabila kamu berselisih tentang sesuatu (ketentuan), penyelesaiannya menurut (ketentuan) Allah *'azza wa jalla* dan keputusan Muhammad Saw;
- 24) Kaum Yahudi memikul biaya bersama mukminin selama dalam peperangan;
- 25) Kaum Yahudi dari Bani 'Awf adalah satu umat dengan mukminin. Bagi kaum Yahudi agama mereka dan bagi kaum mukminin agama mereka. Juga (kebebasan ini berlaku) bagi sekutu-sekutu dan diri mereka sendiri, kecuali bagi yang zalim dan jahat. Hal demikian akan merusak diri dan keluarganya;
- 26) Kaum Yahudi Banu Najjar diperlakukan sama seperti Yahudi Banu 'Auf;
- 27) Kaum Yahudi Banu Hars diperlakukan sama seperti Yahudi Banu 'Auf;
- 28) Kaum Yahudi Banu Sa'idah diperlakukan sama seperti Yahudi Banu 'Auf;
- 29) Kaum Yahudi Banu Jusyam diperlakukan sama seperti Yahudi Banu 'Auf;

- 30) Kaum Yahudi Banu al-‘Aws diperlakukan sama seperti Yahudi Banu ‘Auf;
- 31) Kaum Yahudi Banu Sa’labah diperlakukan sama seperti Yahudi Banu ‘Auf. Kecuali orang zalim atau khianat. Hukumannya hanya menimpa diri dan keluarganya;
- 32) Suku Jafnah ari Sa’labah (diperlakukan) sama seperti mereka (Banu Sa’labah)
- 33) Banu Syuthaybah (diperlakukan) sama seperti Yahudi Banu ‘Auf. Sesungguhnya kebaikan (kesetiaan) itu lain dari kejahatan (khianat);
- 34) Sekutu-sekutu A’labah (diperlakukan) sama seperti mereka (Banu Sa’labah);
- 35) Kerabat Yahudi (di luar kota Madinah) sama seperti mereka (Yahudi)
- 36) Tidak seorang pun dibenarkan ke luar (untuk perang) kecuali seizin Muhammad SAW. Ia tidak boleh dihalangi (menuntut pembalasan) luka (yang dibuat orang lain). Siapa berbuat jahat (membunuh), maka balasan kejahatan itu akan menimpa diri dan keluarganya, kecuali ia teraniaya. Sesungguhnya Allah sangat membenarkan (ketentuan) ini;
- 37) Bagi kaum Yahudi ada kewajiban biaya dan bagi kaum muslimin ada kewajiban biaya. Mereka (Yahudi dan Muslimin) bantu-membantu dalam menghadapi musuh warga piagam ini. Mereka saling memberi saran dan nasehat, Memenuhi janji lawan dari khianat. Seseorang tidak menanggung hukuman akibat (kesalahan) sekutunya. Pembelaan diberikan kepada pihak yang teraniaya;
- 38) Kaum Yahudi memikul biaya bersama mukminin selama dalam peperangan;
- 39) Sesungguhnya Yasrib itu tanahnya ‘haram’ (suci) bagi warga piagam ini;

- 40) Orang yang mendapat jaminan (diperlakukan) seperti diri penjamin sepanjang tidak bertindak merugikan dan tidak khianat;
- 41) Tidak boleh jaminan diberikan, kecuali seizin ahlinya;
- 42) Bila terjadi peristiwa atau perselisihan di antara pendukung piagam ini, yang dikhawatirkan menimbulkan bahaya, diserahkan penyelesaian menurut (keputusan) Muhammad Saw. Sesungguhnya Allah paling memelihara dan memandang baik isi piagam ini;
- 43) Sungguh tidak ada jaminan perlindungan bagi Quraysy (Mekah) dan juga bagi pendukung mereka;
- 44) Mereka (pendukung piagam) bahu-membahu dalam menghadapi penyerang kota Yasrib;
- 45) Apabila mereka (pendukung piagam) diajak berdamai dan mereka (pihak lawan) memenuhi perdamaian serta memenuhi perdamaian itu, maka perdamaian itu harus dipatuhi. Jika mereka diajak berdamai seperti itu, kaum mukminin wajib memenuhi ajakan dan melaksanakan perdamaian itu, kecuali terhadap orang yang menyerang agama. Setiap orang wajib melaksanakan (kewajiban) masing-masing sesuai tugasnya;
- 46) Kaum Yahudi al-Aw'Aws, sekutu dari diri mereka memiliki hak dan kewajiban seperti kelompok lain pendukung piagam ini; dengan perlakuan yang baik, dengan perlakuan yang baik dan penuh pendukung piagam ini. Sesungguhnya kebaikan (kesetiaan) itu berbeda dari kejahatan (penghianatan). Setiap orang bertanggungjawab atas perbuatannya. Sesungguhnya Allah paling membenarkan dan memandang baik isi piagam ini;
- 47) Sesungguhnya piagam ini tidak membela orang zalim dan khianat. Orang yang keluar (bepergian) aman, dan orang yang berada di Madinah aman, kecuali orang yang berbuat baik dan takwa. Muhammad Rasulullah SAW.

Berdasar pada kajian Ahmad Sukardja terhadap piagam Madinah tersebut terurai asas-asas umum, yaitu: *Pertama*, asas

tauhid (monoteisme), asas ini dapat dilihat dalam mukadimah, Pasal 22, Pasal 23, Pasal 42 dan akhir Pasal 47; *Kedua*, asas persatuan dan kesatuan, dapat dilihat dalam Pasal 1, Pasal 15, Pasal 17, Pasal 25, dan Pasal 37. *Ketiga*, asas persamaan dan keadilan, dapat dilihat dalam Pasal 13, Pasal 15, Pasal 16, Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 37 dan Pasal 40. *Keempat*, asas kebebasan beragama, dapat dilihat dalam Pasal 25. *Kelima*, asas bela negara, dapat dilihat dalam Pasal 24, Pasal 37 dan Pasal 38, dan Pasal 44. *Keenam*, asas pelestarian adat yang baik, dapat dilihat dalam Pasal 2 sampai Pasal 10. *Ketujuh*, asas supremasi syariat (hukum), dapat dilihat dalam Pasal 23 dan Pasal 42. *Kedelapan*, asas politik damai dan proteksi yang terkandung dalam Pasal 15, Pasal 17, Pasal 36, Pasal 37, Pasal 39, Pasal 40, Pasal 41 dan Pasal 47, dan sikap damai eksternal secara tegas tertuang dalam Pasal 45.³⁰⁶

Menurut penulis bahwa asas atau prinsip penyelenggaraan pemerintahan dalam pandangan Muhammad Tahir Azhary dan Ahmad Sukardja, dapat dijadikan asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam menata kehidupan bermasyarakat yang sesuai dengan ridho Allah SWT. Asas-asas di atas tidak hanya bersifat normatif tetapi juga implementatif dalam kerangka mewujudkan sistem bermasyarakat (berpermerintahan) yang di ridhoi oleh Allah SWT, dalam kategori hubungan sosial masyarakat dianggap pemerintahan yang bernilai 'baik'. Dalam bahasa Philip K. Hitti bahwa piagam madinah itu lebih bersifat politik (pemerintahan: *penulis*) daripada agama, sementara Montgomery Watt menyebutnya sebagai potensi-potensi politik dari ide-ide Al-Qur'an yang direalisasikan oleh Muhammad SAW.³⁰⁷ Intinya bahwa piagam madinah merupakan kristalisasi dari asas atau prinsip yang terkandung dalam Al-Qur'an yang berkaitan dengan pembinaan kehidupan masyarakat politik (dalam bahasa masyarakat modern disebut pemerintahan). Asas-asas umum dalam

³⁰⁶ *Ibid.*, hlm.78-79

³⁰⁷ *Ibid.*, hlm.81

pemerintahan yang terkandung dalam piagam madinah tersebut merupakan asas yang dikehendaki Allah SWT dalam Al-Qur'an sebagai pedoman dalam menata kehidupan masyarakat yang di ridhoi Allah SWT.

Dalam pandangan Harun Nasution, dasar/ prinsip/ asas pembinaan kehidupan masyarakat politik dalam piagam madinah tersebut yang diperlukan sebagai pegangan umat Islam dalam menghadapi perkembangan zaman dalam mengatur masyarakat Islam sesuai dengan tuntutan zaman, masyarakat politik yang dibina oleh Muhammad SAW merupakan bentuk kemasyarakatan yang di dalamnya prinsip-prinsip tersebut diterapkan, sebab masyarakat madinah tersebut bukan merupakan tipe tunggal masyarakat Islam, tetapi masyarakat yang majemuk. Namun yang terpenting, bahwa dalam bentuk bagaimanapun prinsip-prinsip yang disebutkan di atas itu melandasi kehidupan masyarakat Islam yang bersangkutan, dimana perwujudan dan rinciannya bisa berbeda-beda, sesuai kondisi tempat dan masa serta tuntutan kemajuan zaman.³⁰⁸

³⁰⁸ *Ibid.*

BAB VI

**PENGAWASAN &
PERLINDUNGAN HUKUM**

A. Pengawasan

1. Pengertian Pengawasan

Sabda batu produksi pemikiran Lord Acton “*power tends to corrupt and absolute power corrupt absolutely*” (kekuasaan itu cenderung korup dan kekuasaan yang absolut akan korup secara absolut pula). Seuntai sabda batu yang akan telah membuktikan bahwa kekuasaan sangat dekat dengan perilaku korup, keberadaan negara hukum dan hukum administrasi negara berfungsi untuk mengantisipasi agar perilaku korup tersebut tidak terjadi dan penyelenggaraan pemerintahan tetap berjalan lurus dalam rel hukum. Tanpa adanya pembatasan kekuasaan melalui negara hukum, dapat dipastikan bahwa perwujudan tujuan-tujuan negara tidak akan tercapai. Salah satu implikasi negara hukum dalam pembatasan kekuasaan adalah konsekuensi pengawasan dalam negara hukum.³⁰⁹

Arti penting pengawasan dalam negara hukum, khususnya pengawasan terhadap penyelenggaraan pemerintahan optik Hukum Administrasi Negara adalah untuk mencegah timbulnya perilaku korup dan menindak segala bentuk penyimpangan tugas pemerintahan, serta melindungi masyarakat dari dampak perilaku korup tersebut. Arti penting ini semakin menguat setelah adanya peningkatan peran pemerintah sebagai konsekuensi meluasnya

³⁰⁹ Tanto Lailam, dalam “Pengawasan Yuridis Dalam Rangka Mewujudkan Sistem Penyelenggaraan Negara Yang Konstitusional”, Jurnal Ilmu Hukum Keadilan Progresif Volume 2 Nomor 1 Maret 2011, hlm.33

tugas-tugas administrasi negara dalam menyelenggarakan pemerintahan terkait negara kesejahteraan, sebab konsep negara kesejahteraan mengharuskan partisipasi masyarakat dalam perwujudan tujuan negara dapat berjalan maksimal. Hukum administrasi negara mengatur hubungan hukum antara pemerintah / penguasa dengan masyarakat yang dilayani, semakin modern sebuah negara semakin banyak campur tangan pemerintah terhadap kegiatan-kegiatan masyarakat. Supaya terjadi keharmonisan dalam hubungan antara pemerintah dan rakyat maka diperlukan sistem kontrol atau pengawasan dalam kerangka hukum.

Bahkan, faktor terpenting dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam kerangka negara hukum demokratis dan negara demokrasi berdasarkan hukum adalah pengawasan atau kontrol terhadap penyelenggara negara, baik yang dilakukan oleh internal pemerintah (pengawasan melekat), lembaga legislatif (pengawasan politik), kekuasaan kehakiman (pengawasan yuridis), pengawasan fungsional, pengawasan masyarakat, maupun pengawasan yang dilakukan oleh komisi-komisi negara pengawas independen. Terdapat beberapa hal penting yang mempengaruhi keberadaan pengawasan dan efektifitas pengawasan terhadap pemerintah, yaitu: (1) kehadiran demokrasi sebagai dasar sistem kekuasaan yang bertanggungjawab dan menjamin kebebasan, keterbukaan dan dapat dikontrol. Demokrasi adalah pemerintahan yang dibentuk oleh rakyat dalam suasana bebas dan menjalankan pemerintahan yang menjamin kebebasan. (2) kehadiran masyarakat yang berdaya, mandiri (secara politik, ekonomi, dan sosial) terbuka (menjamin mobilitas sosial) dan egaliter.³¹⁰

Pengawasan memiliki banyak definisi yang maknanya tergantung pada perspektif mana melihat objek pengawasan

³¹⁰ Bagir Manan, "Peningkatan Fungsi Kontrol Masyarakat Terhadap Lembaga Legislatif, Eksekutif, dan Yudikatif", dalam lampiran Bagir Manan, 2005, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, hlm.206-207

tersebut, kata pengawasan berasal dari kata awas yang berarti “menjaga”,³¹¹ pengawasan merupakan sebuah fungsi dan sekaligus hak, sehingga lazim disebut sebagai fungsi pengawasan/ kontrol, pengawasan mengandung dimensi pengendalian serta pertanggungjawaban, pengawasan bertalian erat dengan pembatasan kekuasaan dan pengendalian bertalian dengan arahan atau supervisi (*supervision* atau *direction*). Pelaksanaan pengawasan terkait dengan fungsi perijinan, pemeriksaan, pernyataan tidak keberatan, meminta keterangan, mengajukan pertanyaan, melakukan tindakan terhadap penyimpangan atau pelanggaran baik dalam bentuk penundaan (*schorsing*), pembatalan (*vernietiging*), penghukuman dan lainnya.

Dalam pandangan Bagir Manan bahwa fungsi pengawasan bertalian dengan pembatasan kekuasaan (*limitations of power*), fungsi ini hanya ada dalam sistem sosial dan sistem politik yang menerima prinsip pembatasan kekuasaan, fungsi pengawasan tidak akan jalan atau tidak akan ada jika diterapkan sistem-sistem otoritarian, kediktatoran, dan lainnya yang menolak pembatasan kekuasaan, sebab efektifitas dan intensifikasi pengawasan memerlukan upaya membangun sistem pembatasan kekuasaan dan pertanggungjawaban (*limitation and accountable powers*).³¹²

Dalam pandangan Newman bahwa pengawasan adalah untuk menentukan apa yang telah dicapai, mengadakan evaluasi atasnya, dan untuk menjamin agar hasilnya sesuai dengan rencana. Sedangkan Henry Fayol menyatakan bahwa pengawasan terdiri dari pengujian apakah segala sesuatu berlangsung sesuai dengan rencana yang telah ditentukan, dengan instruksi yang telah digariskan dan bertujuan untuk menunjukkan (menentukan) kelemahan-kelemahan dan kesalahan-kesalahan dengan maksud memperbaikinya dan mencegah terulang kembali.³¹³

³¹¹ Irfan Fachruddin, *Op.Cit.*, hlm.88

³¹² Bagir Manan, “*Peningkatan..Op.Cit.*”, hlm.202

³¹³ Victor M. Situmorang dan Jusuf Juhir, 1994, *Aspek Hukum Pengawasan*

Leonard D.White menyebutkan maksud dari pengawasan, yaitu.³¹⁴

- a. Untuk menjamin bahwa kekuasaan dipergunakan untuk tujuan yang diperintah dan mendapat dukungan serta persetujuan rakyat;
- b. Untuk melindungi hak asasi manusia yang telah dijamin oleh undang-undang daripada tindakan penyalahgunaan kekuasaan.

Sujamto menyebutkan bahwa pengawasan adalah segala usaha atau kegiatan untuk mengetahui dan menilai kenyataan yang sebenarnya tentang pelaksanaan tugas dan pekerjaan, apakah sesuai dengan yang semestinya atau tidak.³¹⁵ Berbeda dengan pandangan di atas, menurut Inu Kencana Syafii bahwa pengawasan merupakan salah satu fungsi manajemen, bahwa fungsi manajemen meliputi: *public planning, public actuating, public coordinating, public leading, dan public motivering*.³¹⁶ Sedangkan menurut Muchsan, menyebutkan tindakan pengawasan diperlukan unsur-unsur sebagai berikut:³¹⁷

- a. Adanya kewenangan yang jelas yang dimiliki oleh aparat pengawas;
- b. Adanya suatu rencana yang mantap sebagai penguji terhadap pelaksanaan suatu tugas yang akan diawasi;
- c. Tindakan pengawasan dapat dilakukan terhadap suatu proses yang sedang berjalan maupun terhadap hasil yang dicapai dari kegiatan tersebut;

Melekat Dalam Lingkungan Aparatur Pemerintahan, PT.Rineka Cipta, Jakarta, hlm.20-21

³¹⁴ *Ibid.*, hlm.23

³¹⁵ Sujamto, 1983, *Beberapa Pengertian di bidang Pengawasan*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm.17

³¹⁶ Inu Kencana Syafii, dkk., 1999, *Ilmu Administrasi Publik*, PT. Bhineka Cipta, Jakarta, hlm.75-94

³¹⁷ Muchsan, 2000, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara*, Liberty, Yogyakarta, hlm.39

- d. Tindakan pengawasan berakhir dengan disusunnya evaluasi akhir terhadap kegiatan yang dilaksanakan serta pencocokan hasil yang dicapai dengan rencana sebagai tolok ukurnya;
- e. Untuk selanjutnya, tindakan pengawasan akan diteruskan dengan tindak lanjut baik secara administratif maupun yuridis.

Dari pandangan di atas bahwa tujuan diadakannya pengawasan dalam penyelenggaraan pemerintahan, meliputi:

- a. Agar terciptanya aparatur pemerintahan yang lebih bersih dan berwibawa yang didukung oleh suatu sistem manajemen pemerintah yang berdaya guna dan berhasil guna serta ditunjang oleh partisipasi masyarakat yang konstruktif dan terkendali dalam wujud pengawasan masyarakat (kontrol sosial) yang objektif, sehat, dan bertanggungjawab;
- b. Agar terselenggaranya tertib administrasi di lingkungan aparatur pemerintah, tumbuhnya disiplin kerja yang sehat, agar adanya kelugasan dalam melaksanakan tugas, fungsi dan kegiatan, tumbuhnya budaya malu dalam diri masing-masing aparat, rasa bersalah, rasa berdosa yang lebih mendalam untuk berbuat hal-hal yang tercela terhadap masyarakat dan ajaran agama.

2. Klasifikasi Pengawasan

Klasifikasi pengawasan sangat beragam tergantung dari sudut mana kita melihatnya, misalnya dilihat dari mekanisme pengawasan (langsung dan tidak langsung), kelembagaan (politis, yuridis, fungsional), dan lainnya. Kajian dalam sub bab ini akan mengeksplorasi klasifikasi dari berbagai sudut tersebut.

Pertama, Pengawasan Langsung dan Tidak Langsung. Pengawasan langsung adalah pengawasan yang dilakukan secara pribadi oleh pimpinan atau pengawas yang mengamati, meliti, memeriksa, mengecek sendiri secara “*on the spot*” ditempat pekerjaan dan menerima laporan-laporan secara langsung dari pelaksana. Sedangkan pengawasan tidak langsung diadakan

dengan mempelajari laporan-laporan yang diteima dari pelaksana baik lisan maupun tulisan, mempelajari pendapat-pendapat masyarakat, dan sebagainya.

Kedua, Pengawasan Preventif dan Represif. Pengawasan preventif adalah pengawasan yang dilakukan sebelum dikeluarkannya suatu keputusan/ ketetapan pemerintah. Sedangkan pengawasan represif adalah pengawasan yang dilakukan setelah dikeluarkannya keputusan/ ketetapan pemerintah sehingga bersifat korektif dan memulihkan suatu tindakan yang keliru.

Ketiga, Pengawasan Internal dan Eksternal. Pengawasan internal adalah pengawasan yang dilakukan oleh satu badan yang secara organisatoris/ struktural masih termasuk dalam lingkungan pemerintahan sendiri. Sedangkan pengawasan eksternal adalah pengawasan yang dilakukan oleh lembaga atau organisasi yang berada diluar pemerintah (eksekutif). Selain itu, terdapat juga klasifikasi pengawasan berdasarkan lembaga mana atau pihak mana yang melakukan pengawasan, meliputi: pengawasan melekat, pengawasan fungsional, pengawasan politis, pengawasan masyarakat, dan pengawasan hukum, dan pengawasan yang dilakukan oleh komisi negara Independen terhadap tindakan pemerintah.

Fungsi pengawasan sebagai sistem kendali dan pembatasan kekuasaan dapat dilakukan dengan dua cara, baik bersifat kelembagaan (*institutionalized*) dan non kelembagaan (*uninstitutionalized*). Pelaksanaan fungsi kelembagaan dapat dilakukan oleh lembaga yudikatif, badan politik negara, atau badan pemerintah atau administrasi negara, sedangkan yang tidak terlembaga lazim nya disebut pengawasan masyarakat atau kontrol sosial (*social control*), baik yang dilakukan secara individual maupun berkelompok. Detail pendalaman pemahaman dikaji dalam sub-sub kajian di bawah ini:

a. Pengawasan Melekat

Pengawasan melekat merupakan pengawasan yang sangat efektif untuk mengendalikan aparat pemerintah, sehingga akan terwujud aparat pemerintahan yang bersih, efektifitas ini sehubungan dengan adanya sifat yang sekaligus dimiliki oleh pengawasan melekat ini, yakni: bersifat tetap, bersifat cepat, bersifat murah.

b. Pengawasan Fungsional

Adalah pengawasan yang dilakukan oleh aparat yang di adakan khusus untuk membantu pimpinan dalam menjalankan fungsi pengawasan di lingkungan organisasi yang menjadi tanggungjawabnya.

c. Pengawasan Politis

Lembaga legislatif berkewajiban untuk mengawasi aktivitas lembaga eksekutif agar menjalankan kebijakan sesuai dengan kebijakan yang telah ditetapkannya. Pengawasan dilakukan melalui sidang-sidang panitia legislatif dan melalui hak-hak kontrol yang khusus, seperti hak bertanya, interpelasi, dan sebagainya. Oleh karena itu, lembaga perwakilan rakyat diberikan kewenangan untuk melakukan kontrol dalam tiga hal, yaitu (1) kontrol atas pemerintahan (*control of executive*), (2) kontrol atas pengeluaran (*control of expenditure*), dan (3) kontrol atas pemungutan pajak (*control of taxation*).³¹⁸

Secara teoritis, jika dirinci, fungsi-fungsi kontrol atau pengawasan oleh parlemen sebagai lembaga perwakilan rakyat dapat pula dibedakan menjadi:

- 1) Pengawasan terhadap penentuan kebijakan (*control of policy making*).
- 2) Pengawasan terhadap pelaksanaan kebijakan (*control of policy executing*).

³¹⁸ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu...Op.Cit.*, hlm. 302.

- 3) Pengawasan terhadap penganggaran dan belanja negara (*control of budgeting*)
 - 4) Pengawasan terhadap pelaksanaan anggaran dan belanja negara (*control of budget implementation*).
 - 5) Pengawasan terhadap kinerja pemerintah (*control of government performances*).
 - 6) Pengawasan terhadap pengangkatan pejabat publik (*control of political appointment of public officials*) dalam bentuk persetujuan atau penolakan, ataupun dalam bentuk pemberian pertimbangan oleh DPR.³¹⁹
- d. Pengawasan Yuridis

Pandangan Leon Duquit bahwa salah satu konsekuensi negara hukum adalah adanya pengawasan hukum atau kontrol dari segi hukum terhadap pemerintah atau penguasa karena melanggar kepentingan umum. Selain itu, pengawasan yuridis merupakan pengawasan dalam bentuk represif yang terbatas pada penilaian dari segi hukumnya saja (*rechtsmatigheid controle*). Dalam mewujudkan penyelenggaraan negara konstitusional berlandaskan pada ketentuan peraturan perundang-undangan adalah adanya mekanisme pelembagaan pengawasan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, yang didalamnya tercakup pengawasan yuridis oleh kekuasaan kehakiman yang mandiri, jadi lembaga yudikatif bertugas melakukan kontrol terhadap pemerintah dari segi hukum.³²⁰

Hans Kelsen berpendapat pengawasan hukum terhadap pemerintah oleh pengadilan tapi tidak perlu menjadi kewenangan pengadilan biasa, pengawasan hukum ini harus diserahkan kepada kepada pengadilan khusus, fakta bahwa pengawasan oleh pengadilan dianggap penting memberi keterangan yang jelas tentang kekurangan-kekurangan dari teori pemisahan kekuasaan, prinsip pemisahan kekuasaan ini akan tampak menghendaki bahwa

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ Lintong Oloan Siahaan, *Op.Cit.*, hlm.21-22

tidak satupun dari tiga kekuasaan itu harus diawasi masing-masing dari kedua kekuasaan lainnya, prinsip pemisahan kekuasaan yang dituntut untuk membenarkan pengawasan yang sangat ketat atas pemerintah oleh pengadilan, suatu keadaan yang dicapai dimana organ-organ administratif harus merujuk kepada pengadilan hukum-hukum administratif.

Pengawasan hukum merupakan pengawasan terhadap perbuatan pemerintah dari segi *rechtmatigheid* jadi bukan hanya *wetmatigheid*.³²¹ Pengawasan yuridis ini merupakan salah satu unsur yang efektif untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kewenangan oleh pemerintah, kontrol yudisial ini yang mendasari konsepsi eksistensi kekuasaan kehakiman, yang tujuannya merupakan pelebagaan kontrol yudisial terhadap tindakan pemerintahan (*government act*) dan menyelesaikan sengketa antara pemerintah dan warga negara yang merasa dirugikan. Pengawasan yuridis melalui kekuasaan kehakiman merupakan suatu upaya untuk melembagakan perlindungan hukum bagi warga negara, perlindungan agar warga negara tidak dirugikan.³²²

Pada dasarnya pengawasan yuridis terhadap pemerintah dapat dilihat dari dua perspektif, yaitu: (1) konsekuensi pengawasan yudisial terhadap perlindungan hak-hak individu warga, khususnya konsekuensi putusan badan administrasi bagi perlindungan hak-hak perseorangan. (2) konsekuensi pengawasan yudisial itu terhadap tindakan pemerintah aatau keputusan pemerintah, khususnya konsekuensi korektif dan perfektif putusan badan peradilan administrasi bagi tindakan pemerintah.³²³

Sebagai penyelenggara pengawasan yudisial terhadap pemerintah peradilan administrasi berfungsi menegakkan prinsip negara dan mempertahankan hukum materiil, Giddings mengemukakan: “....to identify defective administrative action...”

³²¹ Diana Halim Koentjoro, *Op.Cit.*, hlm.268

³²² Tanto Lailam, *Op.Cit.*, hlm.35

³²³ Irfan Fachrudin, *Op.Cit.*, hlm.4

and to secure appropriate corrective, disciplinary, and remedial responses by organization subject to complain (dengan mengidentifikasi tindakan administrasi negara dan melakukan upaya korektif, pendisiplinan, dan perbaikan terhadap tindakan administrasi yang tidak sesuai dengan hukum). *Corrective responses*, reaksi mengoreksi tindakan administrasi negara yang sudah terbukti bertentangan dengan hukum, oleh hukum acara dinyatakan batal atau tidak sah; *Remedial responses*, reaksi perbaikan terhadap akibat yang telah ditimbulkan oleh tindakan administrasi itu dengan melakukan tindakan pengganti, ganti rugi dan rehabilitasi; *Disciplinary responses*, reaksi pendisiplinan, menjatuhkan sanksi berupa hukuman, beban-beban dan kewajiban-kewajiban agar menjadi alat penjara bagi yang bersangkutan dan alat *preventif* bagi pejabat lain.³²⁴

R.Odent seorang hakim agung administrasi Perancis menyebutkan “*The Closeness between administration and judge is seen as the foundation of the ability of the administrative court to see standars which will be seen as appropriate and be implemented by the administration* (peranan peradilan administrasi melalui putusan-putusannya pada hakaikatnya dapat menentukan ukuran dan nilai-nilai hukum sehingga akan memberikan arah pada terciptanya suatu pemerintahan yang baik yang didasarkan pada hukum dan pemerintahan).³²⁵

Pengawasan yuridis ini terlihat dalam tujuan dibentuknya peradilan administrasi yang terbagi dalam dua bentuk: *preventif* dan *represif*, secara *preventif* untuk mencegah tindakan-tindakan badan/ pejabat administrasi yang melawan hukum dan merugikan rakyat, sedangkan secara *represif* ditujukan terhadap tindakan-tindakan badan/peradilan administrasi yang melawan hukum dan merugikan rakyat, perlu dan harus dijatuhi sanksi, selain itu dirumuskan untuk memberikan perlindungan bagi warga atas

³²⁴ Irfan Fachruddin, *Op.Cit*, hlm.221

³²⁵ Paulus effendi Lotulung, *Op.Cit*, hlm.327-328

tindakan badan/ pejabat administrasi yang melawan hukum, merugikan dan memberikan perlindungan hukum bagi badan/ pejabat administrasi sendiri yang bertindak benar sesuai dengan hukum serta melakukan pengawasan (kontrol) terhadap tindakan-tindakan badan/ pejabat administrasi, baik secara *preventif* maupun *represif*.

e. Pengawasan Masyarakat

Dalam sistem sosial dan politik yang demokratis, pengawasan masyarakat merupakan salah satu wujud dari partisipasi sosial, sebagai hak politik rakyat untuk turut serta dalam menjalankan pemerintahan. Partisipasi politik demokratis tidak harus hanya diartikan duduk atau pemangku jabatan negara atau pemerintahan tetapi termasuk juga keterbukaan melakukan pengawasan, kebebasan memberikan berbagai kemudahan bagi jalannya penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Sebagai suatu bentuk partisipasi, pengawasan sosial merupakan wujud demokrasi yaitu pengejawantahan hak rakyat untuk mengelola diri mereka sendiri, pengawasan ini hanya dapat dijalankan jika ada kebebasan (*freedom*) yaitu kebebasan menyatakan dan berbeda pendapat.

Selain menciptakan sistem demokrasi dan pemberdayaan masyarakat, fungsi pengawasan masyarakat dapat ditingkatkan dengan:³²⁶

- 1) Harus ada usaha yang sungguh-sungguh untuk menjamin dan mempertahankan kebebasan, terutama kebebasan pers dari segala pembatasan yang tidak terkait dengan kepentingan publik;
- 2) Membangun gerakan sosial (paguyuban) yang lebih teratur dalam berbagai bidang kehidupan masyarakat yang perlu diawasi atau perlu diarahkan kepada cita-cita masyarakat, berbangsa dan bernegara.

³²⁶ Bagir Manan, *Peningkatan...Op.Cit.*, hlm.212-213

- 3) Mengubah orientasi gerakan sosial atau politik nepotisme yang terlalu berorientasi pada kekuasaan menjadi suatu gerakan sosial politik demokratik untuk membangun masyarakat yang bertanggungjawab.
- 4) Melakukan secara terus menerus pendidikan sosial dan politik terhadap anggota masyarakat sebagai proses pemberdayaan masyarakat yang mampu mengimbangi kekuatan kekuasaan, sebab keseimbangan ini akan menciptakan pengawasan secara efektif, dinamis dan wajar;
- 5) Memupuk secara terus menerus sikap kritis dan daya protes demokratis (*democratic protest*) yang dilakukan secara teratur, tertib, dan damai terhadap setiap kecenderungan penyalahgunaan kekuasaan, sebaliknya membiasakan penguasa untuk mendengar dan menerima kritik atau protes demokratis, tanpa harus bereaksi secara berlebihan.
- 6) Menumbuhkan secara teratur dan terus menerus komunikasi sosial, politik, budaya antar kelompok untuk membangun kekuatan sosial yang mampu mengimbangi sekaligus mempengaruhi kekuatan kekuasaan agar selalu dalam arah yang benar.

f. Pengawasan Komisi Negara Independen (Ombudsman)

Komisi Ombudsman di Indonesia pertama kali dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden No.44 Tahun 2000 tentang Komisi Ombudsman Nasional, yang saat ini diperkuat dengan diundangkannya Undang-Undang No.37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia. Tujuan dibentuknya Komisi Ombudsman Nasional yang antara lain bertujuan melalui peran serta masyarakat membantu menciptakan dan mengembangkan kondisi yang kondusif dalam melaksanakan pemberantasan kolusi, korupsi dan nepotisme serta meningkatkan perlindungan hak-hak masyarakat agar memperoleh pelayanan umum, keadilan, dan kesejahteraan secara adil.

Keberadaan lembaga Ombudsman sebagai lembaga pengawasan eksternal yang memeriksa hal-hal yang sifatnya maladministrasi dan kedudukan ombudsman adalah sebagai lembaga negara yang independen. Landasan pembentukan kelembagaan ini dilatarbelakangi pertimbangan, yaitu: (1) pelayanan kepada masyarakat dan penegakan hukum yang dilakukan dalam rangka penyelenggaraan negara dan pemerintahan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari upaya untuk menciptakan pemerintahan yang baik, bersih, dan efisien guna meningkatkan kesejahteraan serta menciptakan keadilan dan kepastian hukum bagi seluruh warga negara sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan (2) pengawasan pelayanan yang diselenggarakan oleh penyelenggara negara dan pemerintahan merupakan unsur penting dalam upaya menciptakan pemerintahan yang baik, bersih, dan efisien serta sekaligus merupakan implementasi prinsip demokrasi yang perlu ditumbuhkembangkan dan diaplikasikan guna mencegah dan menghapuskan penyalahgunaan wewenang oleh aparatur penyelenggara negara dan pemerintahan.

Landasan pertimbangan tersebut lebih jelas tertuang dalam tujuan dibentuknya Ombudsman, yaitu: (1) mewujudkan negara hukum yang demokratis, adil, dan sejahtera; (2) mendorong penyelenggaraan negara dan pemerintahan yang efektif dan efisien, jujur, terbuka, bersih, serta bebas dari korupsi, kolusi, dan nepotisme; (3) meningkatkan mutu pelayanan negara di segala bidang agar setiap warga negara dan penduduk memperoleh keadilan, rasa aman, dan kesejahteraan yang semakin baik; (4) membantu menciptakan dan meningkatkan upaya untuk pemberantasan dan pencegahan praktek-praktek maladministrasi, diskriminasi, kolusi, korupsi, serta nepotisme; dan (5) meningkatkan budaya hukum nasional, kesadaran hukum masyarakat, dan supremasi hukum yang berintikan kebenaran serta keadilan.

B. Perlindungan Hukum

Hukum diciptakan sebagai suatu sarana (*instrumen*) untuk mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban subjek hukum agar masing-masing subjek hukum dapat menjalankan kewajibannya dengan baik dan mendapatkan haknya secara wajar, namun hukum juga berfungsi sebagai instrumen perlindungan bagi subjek hukum. Jika dikaitkan dengan keberadaan suatu negara, hukum dapat difungsikan sebagai pelindung warga negara dari tindakan pemerintah yang tirani atau despotik, untuk melembagakan perlindungan hukum bagi warga negara, maka diadakannya lembaga peradilan yang melaksanakan fungsinya untuk menegakkan hukum dan keadilan serta sebagai tempat untuk mencari keadilan.

Untuk melembagakan perlindungan hukum bagi warga negara, maka diadakannya lembaga peradilan yang melaksanakan fungsinya untuk menegakkan hukum dan keadilan serta sebagai tempat untuk mencari keadilan dan gugatan ganti kerugian bagi oknum pemerintah yang melanggar hukum baik dalam dataran hukum publik maupun hukum privat (perdata), sehingga kedudukan pemerintah atau administrasi negara dalam hal ini tidak berbeda dengan seseorang atau badan hukum perdata yang seajar. Hal tersebut berimplikasi bahwa pemerintah atau administrasi negara dapat menjadi tergugat maupun penggugat, dalam konteks inilah kedudukan yang sama dihadapan hukum (*equality before the law*) yang menjadi salah satu unsur negara hukum.³²⁷

Menurut Sjahran Basah perlindungan hukum yang diberikan merupakan *qonditio sine qua non* dalam menegakan hukum, penegakan hukum merupakan *qonditio sine qua non* pula untuk merealisasikan fungsi hukum tersebut.³²⁸ Fungsi hukum yang dimaksud adalah: (a) direktif, sebagai pengarah dalam membangun

³²⁷ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm.289

³²⁸ Sjahran Basah, 1992, *Perlindungan Hukum Atas Sikap tindak Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, hlm.12-14

untuk membentuk masyarakat yang hendak dicapai sesuai dengan tujuan kehidupan bernegara; (b) integratif, sebagai pembina kesatuan bangsa; (c) stabilitatif, sebagai pemelihara dan menjaga keselarasan, keserasian, dan keseimbangan dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat; (d) perfektif, sebagai penyempurna, baik terhadap sikap tindak warga apabila terjadi pertentangan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara; (e) korektif, sebagai pengoreksi atas sikap tindak baik administrasi negara maupun warga negara apabila terjadi pertentangan hak dan kewajiban untuk mendapatkan keadilan.

Sementara menurut Philipus M. Hadjon,³²⁹ bahwa perlindungan hukum bagi rakyat dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu: perlindungan hukum preventif dan perlindungan hukum represif. Pada perlindungan hukum preventif kepada rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang defenitif, dengan demikian perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, perlindungan hukum ini sangat besar artinya bagi tindak pemerintahan yang didasarkan pada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum preventif pemerintah terdorong untuk bersikap hati-hati dalam mengambil keputusan yang di dasarkan pada diskresi.

Perlindungan hukum represif merupakan perlindungan hukum bagi rakyat yang bertujuan untuk penyelesaian sengketa, dengan pengertian ini penerapan perlindungan hukum bagi rakyat oleh peradilan umum termasuk peradilan administrasi termasuk kategori perlindungan hukum represif.³³⁰ Untuk melegitimasi perlindungan hukum represif dalam lingkungan peradilan administrasi, pemerintah membentuk Undang-undang yang mengatur Lembaga peradilan administasi. Dalam penyelenggaraan negara,

³²⁹ Philipus M.Hadjon, *Op.Cit.*, hlm.2

³³⁰ *Ibid.*

perlindungan hukum diwujudkan dalam ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Hak dan kewajiban masyarakat sebagai warga negara diatur dalam peraturan perundang-undangan tersebut, sehingga penyelenggara negara dan masyarakat harus patuh terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut.

Penyelenggara negara dalam mengeluarkan keputusan tata usaha negara menyalahgunakan ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut dengan tidak mendasarkan pada hak dan kewajiban warga negara maka berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan masyarakat yang merasa dirugikan dapat mengajukan gugatan ke lembaga peradilan yang berwenang, yaitu peradilan administrasi. Sebab tujuan pembentukan peradilan administrasi yaitu memberikan perlindungan terhadap hak-hak rakyat yang bersumber dari hak-hak individu dan memberikan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat yang didasarkan pada kepentingan bersama dari individu yang hidup dalam masyarakat tersebut.³³¹

³³¹ W. Irawan Tjandra, 1996, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, UAJY Press, Yogyakarta, hlm.1

BAB VII

PERADILAN ADMINISTRASI

A. Kekuasaan Kehakiman

Indonesia adalah negara hukum sekaligus negara kesejahteraan, dalam mewujudkan negara hukum kesejahteraan tersebut tentunya sangat penting keberadaan suatu kelembagaan pengawasan yuridis sebagai bentuk pengawasan terhadap tindakan pemerintah dari segi hukum. Pengawasan yuridis tersebut tentunya sebagai perwujudan cita hukum bernegara Pancasila, cita hukum yang dimaksud adalah suatu gagasan, rasa, karsa, cipta dan pikiran yang hendak mewujudkan hukum sebagai aturan tingkah laku masyarakat, *The Founding fathers* menetapkan Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee*), sehingga terwujudlah negara Indonesia sebagai negara hukum, sebagai esensi utama negara hukum ialah adanya kekuasaan kehakiman sebagai salah satu kekuasaan dalam susunan ketatanegaraan Republik Indonesia yang tercantum dalam UUD 1945.

Dalam cita hukum tentang kekuasaan kehakiman ada tiga unsur, meliputi:

1. Esensi kekuasaan kehakiman sebagai kekuasaan negara yang merdeka yang sejajar dengan lembaga negara lainnya dalam kerangka *checks and balances system*.
2. Ruang lingkup kekuasaan kehakiman harus jelas tertuang dalam undang-undang dasar, misalnya berkaitan dengan kelembagaan dan fungsi, dalam arti lembaga mana yang menjadi pemegang kekuasaan kehakiman harus jelas dan fungsinya harus jelas dan tegas, jangan sampai terjadi permasalahan terhadap fungsi tersebut.

3. Sifatnya yang independen dan imparisial terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan lembaga negara lainnya, unsur ini sangat penting mengingat lembaga ini merupakan lembaga yang menegakkan hukum dan keadilan, dalam menegakan hukum dan keadilan harus independen dan imparisial, baik dari sisi institusi maupun personal hakim. Dari sisi institusi bahwa independensi merujuk pada bebasnya dari campur tangan pemegang kekuasaan lain dalam persoalan-persoalan kehakiman. Sedangkan independensi personal hakim, adalah dalam memutuskan suatu perkara tanpa adanya keberpihakan hakim terhadap salah satu pihak yang berperkara.

Pandangan Moehammad Koesnoe yang kutip oleh A. Mukti Arto menyebutkan bahwa kekuasaan kehakiman meliputi dua fungsi sekaligus :

1. Mempertahankan hukum dan keadilan melalui proses peradilan.
2. Mewujudkan *rechtsidee* dan hukum dasar kedalam tatanan hukum positif melalui fungsi- fungsi non peradilan, termasuk disini adalah peran politik kekuasaan kehakiman untuk mengkontrol kekuasaan politik/ pemerintahan tersebut sesuai dan berdasar *rechtidee* Pancasila.³³²

Pandangan Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI) kekuasaan kehakiman meliputi :

1. Kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.
2. Kekuasaan untuk menguji apakah produk Perundang-undangan dan aktifitas politik pemerintah telah sesuai atau tidak dengan *rechtsidee* atau *staattidee* Pancasila demi terselenggaranya Negara hukum Republik Indonesia, dengan kata lain kekuasaan kehakiman ialah kekuasaan untuk memproses hukum- hukum

³³² A.Mukti Arto, 2001, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 148- 149.

dasar yang ada dalam pembukaan UUD 1945 menjadi kaidah hukum positif yang konkrit individual.³³³

Menurut Wirjono Prodjodikoro kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang berfungsi untuk memutus sengketa hukum yang timbul antara anggota masyarakat satu sama lain, antar anggota masyarakat dengan pemerintah, tujuan akhirnya untuk mewujudkan ketertiban umum di masyarakat melalui putusan yang adil. Ada dua aspek wewenang pokok mengadili dari kekuasaan kehakiman:

1. Aspek institusional berupa jenis- jenis kelembagaan peradilan yang disertai kekuasaan kehakiman.
2. Aspek fungsional berupa ragam fungsi yang diserahkan oleh Undang-Undang kepada badan- badan kekuasaan kehakiman.³³⁴

Kekuasaan kehakiman pasca amandemen Undang-Undang Dasar 1945 berpuncak pada dua kelembagaan, baik Mahkamah Agung maupun Mahkamah Konstitusi, sebab kekuasaan kehakiman di Indonesia saat ini mengalami *bifurkasi*, pemahaman *bifurkasi* lebih dimaknai bahwa puncak kekuasaan kehakiman berada di dua lembaga negara yang memiliki fungsi dan kewenangan yang berbeda. Mahkamah Agung diletakan sebagai lembaga negara pemegang kekuasaan kehakiman dalam masalah-masalah umum atau peradilan konvensional ditambah dengan kewenangan melakukan pengujian peraturan perundang-undangan dibawah Undang-undang terhadap Undang-undang (*the legitimate interpreter of the law and justice*), sedangkan Mahkamah Konstitusi merupakan peradilan ketatanegaraan yang diberikan kewenangan dalam melakukan pengujian Undang-undang terhadap UUD, memeriksa dan memutus sengketa lembaga negara yang kewenangannya diberikan UUD, memutus dakwaan *impeachment* Presiden dan/atau Wakil Presiden, memutus pembubaran partai politik, dan memutus sengketa hasil pemilihan umum.

³³³ *Ibid.*, hlm. 149.

³³⁴ *Ibid.*, hlm. 150

Pasal 24 UUD 1945 perihal Kekuasaan Kehakiman secara normatif mengatur beberapa hal meliputi:

1. Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
2. Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Pasal 24A UUD 1945 secara normatif mengatur beberapa hal meliputi :

1. Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.
2. Hakim Agung harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum.
3. Calon Hakim Agung diusulkan Komisi Yudisial kepada Dewan Perwakilan Rakyat untuk mendapatkan persetujuan dan selanjutnya ditetapkan sebagai hakim agung oleh Presiden.
4. Ketua dan wakil ketua Mahkamah Agung dipilih dari dan oleh hakim agung.
5. Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang.

Pasal 24C UUD 1945 perihal Kekuasaan Kehakiman secara normatif mengatur beberapa hal meliputi:

1. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang

kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

2. Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.
3. Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden.
4. Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi dipilih dari dan oleh hakim konstitusi.
5. Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara.
6. Pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang.

Secara umum dapat dikemukakan dua prinsip yang biasa dipandang sangat pokok dalam kekuasaan kehakiman, yaitu: *The principle of judicial independent* dan *The principle of judicial impartiality*.³³⁵ Dalam *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* tersebut tercantum enam prinsip penting yang harus dijadikan pegangan oleh hakim, meliputi: independensi (*independence principle*), ketidakberpihakan (*impartiality principle*), integritas (*integrity principle*), kepantasan dan sopan santun (*propriety principle*), kesetaraan (*equality principle*), kecakapan dan keseksamaan (*competence and diligence*

³³⁵ Jimly Asshiddiqie, 2007, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT.Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, hlm.530

principle).³³⁶ Kekuasaan kehakiman yang bebas dan tidak memihak tidak hanya diartikan bebas dari pengaruh kekuasaan eksekutif, tetapi bebas juga dari gangguan dalam melaksanakan fungsinya. Kekuasaan kehakiman merupakan instrumen penting untuk menjamin hak-hak asasi dan mempertahankan keadilan yang merupakan unsur terpenting dari demokrasi. Dengan demikian apabila suatu kekuasaan kehakiman telah terkooptasi oleh kekuasaan lain tu telah memihak pada kekuasaan lain, maka dipastikan negara tersebut tidak demokratis,³³⁷ hukum dan keadilan pun mudah dibeli.

Imparsialitas (ketidakberpihakan) kekuasaan kehakiman tidak hanya ketiadaan bias atau kecurigaan tertentu terhadap hakim saja, melainkan juga berlaku bagi hal-hal yang berkaitan dengan pertimbangan-pertimbangan lain seperti pertimbangan politik dan agama yang dianut hakim, sebab kekuasaan kehakiman bukan merupakan entitas yang hampa dari kepentingan politik, karena energi politik bahkan memiliki potensi dan kecenderungan yang sangat besar dalam melakukan intervensi terhadap kekuasaan kehakiman.³³⁸

Selain prinsip-prinsip yang dijadikan pedoman kekuasaan kehakiman secara institusi dan personal hakim dalam menjalankan fungsinya, oleh BWN de Waard mengungkap asas-asas peradilan yang baik adalah:³³⁹

1. *Disecie beginsel (right to a decision)*, asas bahwa hakim wajib menjatuhkan putusan dan dalam tenggang waktu yang pantas termasuk disini (hak setiap orang untuk mengajukan gugatan

³³⁶ *Ibid*, hlm.531-535

³³⁷ A. Ahsin Thohari, 2004, *Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, Elsam, Jakarta, hlm.51

³³⁸ *Ibid.*, hlm.53-54

³³⁹ Paulus Effendi Lotulung, *Eksistensi Undang-Undang No.5 Tahun 1986 Dalam Menunjang Pemerintahan Yang Bersih, Kuat dan Berwibawa* dalam Arief Sidharta dkk, 1996, *Butir-Butir Gagasan Tentang Penyelenggaraan Hukum dan Pemerintahan Yang Layak “Sebuah Tanda Mata 70 Tahun Prof. Dr. Ateng Syafrudin: Guru, Ilmuan, Praktisi*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.332

dan larangan bagi hakim untuk menolak mengadili/ memeriksa perkara kecuali ditentukan lain oleh undang-undang.

2. *Verddegings beginsel (a fair hearing)*, asas bahwa setiap pihak yang berperkara berhak atas kesempatan untuk membela diri (*prinsip audi et alteram partem*) dan bahwa kedua belah pihak juga harus mendapat kesempatan dan perlakuan yang sama dalam mengetahui dan mengoreksi berkas-berkas pembuktian dan memperoleh informasi.
3. *Onpartijdigheid Beginsel (no bias)*, asas bahwa putusan dijatuhkan secara obyektif dan tidak dipengaruhi oleh kepentingan-kepentingan pribadi atau anggota-anggota institusi peradilan ataupun didasarkan pada motif-motif yang tidak bersifat *zakelijk* ataupun adanya kontrak hubungan secara tersembunyi dari salah satu pihak atau diluar perkara oleh hakim sehingga menyimpang dari prosedur semestinya.
4. *Motivering beginsel (reasons and argumentations of decision)*, asas bahwa putusan hakim harus memuat alasan-alasan hukum yang jelas dan dapat dimengerti serta bersifat konsisten dengan penalaran hukum yang runtut, sekalipun bagi hakim ada kebebasan (*diskresi*) untuk menentukan dan menjatuhkan putusan pilihannya, namun kesemuanya itu harus didasarkan pada argumentasi yang dapat diawasi dan diikuti (*controllenbaarheid*).

Dari keempat hal di atas, masih dapat dikembangkan menjadi berbagai prinsip lainnya, tetapi kesemuanya akan mengarah pada salah satu titik, yaitu: adanya keterbukaan (*openbaarheid*) dan kepastian hukum (*rechtzekerheid*) dalam proses peradilan terhadap asas-asas peradilan yang baik dalam proses berperkara akan dapat mempunyai akibat-akibat hukum, harus dilihat secara kasuistis, misalnya baik yang berupa ganti rugi ataupun pengulangan kembali proses berperkara.³⁴⁰

³⁴⁰ *Ibid.*, hlm.333

Terkait independensi dan imparialitas, pandangan Muladi, yang menyatakan bahwa warna dan kualitas hukum yang berlaku dalam masyarakat akan tergantung pada warna dan kualitas sistem politik yang berlaku dan diterapkan oleh penguasa, contohnya adalah Undang-undang No.19 Tahun 1964 tentang Kekuasaan Kehakiman yang memungkinkan Presiden demi kepentingan revolusi mencampuri pengadilan.³⁴¹

Senada dengan pandangan tersebut adalah Benny K.Harman bahwa kuatnya pengaruh sistem politik terhadap kekuasaan kehakiman tampak jelas pada produk-produk hukum yang mengatur tentang kedudukan dan fungsi kekuasaan kehakiman pada rezim politik Demokrasi Terpimpin.³⁴² Pasal 19 Undang-undang No.19 Tahun 1964 memberikan kewenangan kepada Presiden untuk melakukan intervensi terhadap kekuasaan kehakiman, yang berbunyi: “Demi kepentingan revolusi, kehormatan negara dan bangsa atau kepentingan masyarakat mendesak, Presiden dapat turut campur tangan dalam soal-soal pengadilan”.³⁴³ Contoh lainnya adalah Undang-undang No.11 PNPS 1963 yang merupakan produk politik rezim orde baru, undang-undang tersebut ditafsirkan sesuai dengan tafsir politik penguasa dan digunakan untuk melakukan kooptasi kekuasaan eksekutif terhadap kekuasaan yudikatif.³⁴⁴

³⁴¹ Muladi (ed), 2005, *Hak Asasi Manusia: Hakekat, Konsep, dan Implikasinya dalam perspektif Hukum dan Masyarakat*, PT.Refika Aditama, Bandung, hlm.21

³⁴² Benny K. Harman, 1997, *Konfigurasi Politik dan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Elsam, Jakarta, hlm.13

³⁴³ Penjelasan Pasal tersebut adalah: Pengadilan adalah tidak bebas dari pengaruh kekuasaan eksekutif dan kekuasaan membuat undang-undang. Sandaran utama bagi pengadilan sebagai alat revolusi adalah Pancasila dan Manipol/ Usdek. Segala sesuatu yang merupakan persoalan hukum berbentuk perkara-perkara yang diajukan, wajib diputus dengan sandaran itu dengan mengingat fungsi hukum sebagai pengayom. Akan tetapi ada kalanya, bahwa Presiden / Pemimpin Besar Revolusi harus dapat turun atau campur tangan baik dalam perkara perdata maupun dalam perkara pidana. Hal ini disebabkan karena adanya kepentingan-kepentingan negara dan bangsa yang lebih besar.

³⁴⁴ Muladi, *Op.Cit.*, hlm.21

B. Peradilan Administrasi

1. Istilah Peradilan Administrasi

Peradilan terdiri dari kata dasar “adil” dan mendapat awalan ‘per’ serta akhiran ‘an’ berarti segala sesuatu yang berkaitan dengan pengadilan, pengadilan disini bukanlah diartikan semata mata sebagai badan yang mengadili melainkan sebagai pengertian yang abstrak yaitu, “hal memberikan keadilan”.³⁴⁵ Pandangan lain bahwa peradilan (*rechtspraak*) adalah proses penyelesaian sengketa hukum dihadapan badan pengadilan menurut hukum... pengadilan adalah cara mengadili atau usaha memberikan penyelesaian hukum dan dilakukan oleh badan pengadilan ... badan pengadilan ialah suatu badan, dewan, hakim atau instansi pemerintah yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang diberikan wewenang untuk mengadili sengketa hukum.³⁴⁶ Sedangkan Sjachran Basah memberikan pengertian yang lebih lugas, dikatakan: “...*penggunaan istilah pengadilan ditujukan kepada badan atau kepada wadah yang memberikan peradilan, sedang peradilan menunjuk kepada proses untuk memberikan keadilan dalam rangka menegakkan hukum atau het rechtspreken*”.³⁴⁷

Intinya bahwa peradilan (*rechtspraak* atau *judiciary*) adalah segala sesuatu yang berhubungan dengan tugas negara dalam penegakan hukum dan keadilan, menurut Van Praag bahwa peradilan merupakan penentuan berlakunya sesuatu aturan hukum terhadap sesuatu peristiwa yang konkrit sehubungan dengan timbulnya suatu persengketaan. Dengan demikian peradilan adalah instansi yang netral terhadap suatu peristiwa hukum konkrit untuk kemudian melakukan proses memeriksa dan memasukkan

³⁴⁵ Sudikno Mertokusumo, 1983, *Sejarah Peradilan dan Perundang-undangan Sejak Tahun 1942, dan Apakah Kemanfaatannya Bagi Kita Bangsa Indonesia*, Liberty, Yogyakarta. hlm.2

³⁴⁶ Sjahan Basah, 1997, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung, hlm.23.

³⁴⁷ *Ibid.* hlm.23-24.

peristiwa konkrit itu dalam suatu norma hukum yang abstrak dan menuangkan dalam putusan.³⁴⁸

Untuk dapat disebut sebagai peradilan, khususnya peradilan administrasi harus dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:³⁴⁹

- a. Adanya suatu instansi atau badan yang netral dibentuk berdasarkan peraturan perundang-undangan, sehingga mempunyai kewenangan untuk memberikan putusan;
- b. Terdapatnya suatu peristiwa konkrit yang memerlukan kepastian hukum;
- c. Terdapatnya suatu peraturan hukum yang abstrak dan mengikat umum;
- d. Adanya sekurang-kurangnya dua pihak, dan;
- e. Adanya hukum formal, dalam rangka menerapkan hukum (*rechtstoepassing*) dan menemukan hukum (*rechtsvinding*) *in concreto* untuk menjamin ditaatinya hukum materil.

Kelembagaan peradilan ini merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, sehingga pengadilan wajib memeriksa dan memutus perkara, pengadilan tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan ketiadaan hukum atau hukumnya tidak jelas mengaturnya, apabila hakim dihadapkan pada situasi ketiadaan hukum atau hukum yang tidak jelas, sedangkan perkara harus diselesaikan, hakim wajib mencari kaidah-kaidah hukum yang hidup dalam masyarakat atau hakim dapat berpedoman pada putusan hakim yang terdahulu (yurisprudensi Mahkamah Agung), memperhatikan kewajiban hakim yang demikian itu, menunjukan bahwa hakim bukanlah corong undang-undang melainkan berperan menemukan hukum (*rechtsvinding*) atau membentuk hukum (*rechtsvorming*). Hal ini disebabkan karena yurisprudensi Mahkamah Agung merupakan salah satu sumber hukum tata pemerintahan faktual di Indonesia.

³⁴⁸ SF. Marbun, *Peradilan Tata...Op.Cit.*, hlm.21

³⁴⁹ *Ibid.*, hlm.22

Secara vertikal kekuasaan kehakiman dilakukan oleh badan-badan peradilan di bawah Mahkamah Agung yang puncaknya pada Mahkamah Agung, meliputi pengadilan umum, pengadilan administrasi, pengadilan militer, dan lainnya. Berkait dengan pengadilan administrasi merupakan suatu badan yang melakukan kontrol yuridis di dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara (hubungan rakyat dengan pemerintah), khusus bertugas melakukan fungsi kontrol yuridis terhadap tindakan pemerintah, melalui pengujian keabsahan suatu keputusan tata usaha negara dengan tolok ukur hukum dan keadilan, di samping pengadilan negeri melalui gugatan ganti rugi terhadap tindakan pemerintah.

Politik hukum kekuasaan kehakiman di Indonesia menetapkan penyebutan umum peradilan administrasi ini dengan sebutan Peradilan Tata Usaha Negara, namun dalam Pasal 144 Undang-Undang No.5 Tahun 1986 disebutkan bahwa Undang-Undang ini dapat disebut juga “Undang-Undang Peradilan Administrasi Negara”. Dalam hal ini penulis menggunakan peradilan administrasi dengan asumsi bahwa istilah ini lebih luas dan tepat untuk kajian akademis.

Istilah Peradilan Tata Usaha Negara selaras dengan Undang-Undang No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara *jo* UU No.9 Tahun 2004 tentang perubahan Undang-Undang No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, namun istilah tersebut sebelumnya telah digunakan dalam ketentuan Pasal 7 Undang-Undang No.19 Tahun 1964 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, dalam Undang-Undang tersebut tercantum ketentuan tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan Peradilan Tata Usaha Negara adalah “Peradilan Administratif” yang tercantum dalam ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara No.II/MPRS/1960. Ketentuan Pasal 7 Undang-Undang No.19 Tahun 1964 jika dilihat dari segi hirarki norma hukum bertentangan dengan TAP MPRS No.II/MPRS/1960 dan oleh

karena itu inkonstitusional. Istilah Peradilan Tata Usaha Negara tersebut diteruskan dengan Undang-Undang No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara dan Undang-Undang No.9 Tahun 2004 Tentang Perubahan Undang-Undang No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, dalam Pasal 144 Undang-Undang No.5 Tahun 1986 disebutkan bahwa Undang-Undang ini dapat disebut juga “Undang-Undang Peradilan Administrasi Negara”.

Peradilan administrasi atau “*administratieve rechtspraak*” atau “*judicial control of administrative action*” sesungguhnya juga merupakan genus dari peradilan, istilah Peradilan Tata Usaha Negara atau peradilan administrasi negara hampir selalu dikaitkan dengan *administrative rechtspraak*, dalam kepustakaan rancangan undang-undang dan perundang undangan mempergunakan berbagai istilah untuk pengertian ini antara lain:³⁵⁰ peradilan administrasi, peradilan administratif, peradilan administrasi negara, peradilan tata usaha, peradilan tata usaha negara, peradilan tata usaha pemerintahan.

Peradilan administrasi adalah suatu peradilan yang menyelesaikan perselisihan/ sengketa yang terjadi antara pihak-pihak yang salah satu adalah aparat pemerintah dan warga masyarakat dipihak lain, atau antara sesama aparat pemerintah mengenai perbuatan /tindakan dalam rangka melaksanakan tugasnya dimana para pihak (terhadap siapa perbuatan itu ditujukan) tidak menerimanya dengan alasan tindakan itu tidak sah atau dengan alasan lain, permasalahan tersebut timbul karena masalah kompetensi atau yurisdiksi yang terjadi antara sesama aparat pemerintah disebut *sektea/ intern* sedangkan sengketa *ekstern* adalah sengketa/ perselisihan yang terjadi antara aparat pemerintah dan warga masyarakat.³⁵¹

³⁵⁰ *Ibid.*, hlm.31-33.

³⁵¹ Lutfi Effendi, 2004, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi*, Bayumedia, Malang, hlm.95

2. Dasar Hukum

Eksistensi peradilan administrasi sudah ada sejak zaman orde lama yang terdapat dalam Pasal 7 Undang-Undang No.19 Tahun 1964 tentang ketentuan-ketentuan pokok kekuasaan kehakiman, dalam Undang-Undang tersebut tercantum ketentuan tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan Peradilan Tata Usaha Negara adalah “peradilan administratif” yang tercantum dalam ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara No.II/MPRS/1960, pada tahun 1970 diundangkanlah Undang-Undang No.14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No.14 tahun 1970 disebutkan: Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh Pengadilan dalam Lingkungan: Peradilan umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer, Peradilan Tata Usaha Negara.

Istilah Peradilan Tata Usaha Negara tersebut diteruskan oleh Undang-Undang No. 14 Tahun 1970 tentang pokok-pokok kekuasaan kehakiman, dan atas dasar istilah tersebut digunakan title Undang Undang No. 5 Tahun 1986, sesuai dengan maksud Pasal 145 Undang Undang No.5 Tahun 1986 yang menyatakan bahwa Undang Undang ini mulai berlaku pada tanggal diundangkan dan penerapannya diatur dengan peraturan Pemerintah selambat lambatnya lima tahun sejak undang-undang ini diundangkan. Undang Undang No.5 Tahun 1986 secara yuridis telah berlaku sejak tanggal diundangkan, namun pelaksananya menunggu dikeluarkannya Peraturan Pemerintah, akhirnya pada tanggal 14 Januari 1991 dikeluarkanlah Peraturan Pemerintah No.7 tahun 1991 tentang Penerapan Undang Undang No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, melalui Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1991 No.8, dan semenjak itu mulailah 5 buah pengadilan tata usaha negara dan 3 buah pengadilan tinggi tata usaha negara yang sudah dibentuk sebelumnya menjalankan tugasnya masing masing.

Amandemen Undang-Undang Dasar 1945 membawa implikasi bagi Undang-undang No.5 Tahun 1986, sehingga untuk menyesuaikan dengan semangat reformasi peradilan diundangkanlah Undang-undang No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Undang-undang No.5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung yang bertujuan untuk menjadikan lembaga peradilan yang lebih independen dan imparisial (*independent and impartial judiciary*), untuk menselaraskan jiwa reformasi maka diundangkan juga UU No.9 Tahun 2004 tentang perubahan UU No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

3. Tujuan Pembentukan

Tujuan pembentukan peradilan administrasi dalam suatu negara selalu terkait dengan falsafah negara yang dianutnya, dalam suatu masyarakat yang individualistis yang dibangun atas dasar falsafah liberalistis dan demokratis, maka tujuan pembentukan peradilan administrasi adalah untuk memberikan perlindungan hukum terhadap berbagai kepentingan yang bersifat individualistis pula, bagi negara Indonesia yang merupakan negara hukum berdasarkan Pancasila, tentunya terkait dengan falsafah Pancasila, maka tujuan pembentukan peradilan administrasi secara filosofis adalah untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak perseorangan dan hak-hak masyarakat, sehingga tercapai keserasian, keseimbangan, dan keselarasan antara kepentingan perseorangan dengan kepentingan masyarakat dan kepentingan umum.³⁵²

Dalam kajian Hukum Administrasi Negara, tujuan pembentukan peradilan administrasi adalah untuk meratakan keadilan,³⁵³ memberikan perlindungan terhadap hak-hak rakyat yang bersumber dari hak-hak individu dan memberikan

³⁵² S.F. Marbun, *Peradilan...Op.Cit*, hlm.20-21

³⁵³ *Ibid.*, hlm.10

perlindungan terhadap hak-hak masyarakat yang didasarkan pada kepentingan bersama dari individu yang hidup dalam masyarakat tersebut.³⁵⁴ Sjahran Basah,³⁵⁵ menyatakan bahwa tujuan pembentuk-kan peradilan administrasi adalah untuk memberikan pengayoman hukum dan kepastian hukum, baik bagi rakyat maupun bagi administrasi negara dalam arti terjaganya keseimbangan kepentingan masyarakat dengan kepentingan individu, untuk administrasi negara akan terjaga ketertiban, ketentraman, dan keamanan dalam pelaksanaan tugas-tugasnya demi terwujudnya pemerintahan bersih dan berwibawa dalam kaitan negara hukum Pancasila. Dalam pandangan lain bahwa tujuan peradilan administrasi adalah agar rasa keadilan di dalam masyarakat terpelihara dan dapat ditingkatkan sebagai bagian dari servis publik pemerintah terhadap warganya dan agar keseimbangan antara kepentingan perseorangan dan umum dapat terjamin dengan baik.³⁵⁶

Prajudi Atmosudirdjo mengemukakan tujuan pembentukan peradilan administrasi adalah untuk mengembangkan dan memelihara administrasi negara yang tepat menurut hukum (*rechmatig*) atau tepat menurut undang-undang (*wetmatig*) atau tepat secara fungsional (efektif) dan berfungsi secara efesien.³⁵⁷ Sementara SF. Marbun menyebutkan bahwa tujuan pembentukan peradilan administrasi dapat pula dirumuskan secara *preventif* dan *represif*, secara *preventif* untuk mencegah tindakan-tindakan badan/ pejabat tata usaha negara yang melawan hukum dan merugikan rakyat, sedangkan secara *represif* ditujukan terhadap tindakan-tindakan badan/ pejabat tata usaha negara yang melawan hukum dan merugikan rakyat, perlu dan harus dijatuhi sanksi,

³⁵⁴ W. Irawan Tjandra, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, UAJY, Yogyakarta, 1996. hlm. 1

³⁵⁵ Sjahran Basah, 1997, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung, hlm.154.

³⁵⁶ S.F. Marbun, *Peradilan Tata...Op.Cit*, hlm.37

³⁵⁷ S.F. Marbun, *Peradilan Administrasi...Op.Cit*, hlm..

selain itu dirumuskan untuk memberikan perlindungan bagi warga atas tindakan badan/ pejabat tata usaha negara yang melawan hukum, merugikan dan memberikan perlindungan hukum bagi badan/ pejabat tata usaha negara sendiri yang bertindak benar sesuai dengan hukum serta melakukan pengawasan (kontrol) terhadap tindakan-tindakan badan/ pejabat tata usaha negara, baik secara *preventif* maupun *represif*.³⁵⁸

4. Fungsi Peradilan Administrasi

Dalam pandangan Philipus M.Hadjon bahwa jika dikaitkan dengan asas keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat bertumpu atas asas kerukunan diketengahkan tiga fungsi, dalam hal fungsi tersebut fungsi peradilan tidak ditempatkan urutan yang pertama tapi pada urutan yang terakhir, dengan pengertian bahwa fungsi tersebut merupakan sarana terakhir (*ultimum remedium*), fungsi peradilan ini mulai berjalan untuk menyelesaikan sengketa jika fungsi penasehatan dan fungsi perujukan tidak mampu lagi untuk dijadikan solusi penyelesaian.

a. Fungsi Penasehatan

Dengan diberikannya fungsi penasehatan kepada peradilan administrasi negara, diusahakan agar sedikit mungkin dapat terjadi sengketa antara rakyat dan pemerintah, menyangkut tindakan pemerintah yang berupa keputusan tata usaha negara yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan bertentangan dengan Asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB), dalam praktek ternyata terdapat beberapa macam putusan pengadilan (dan ada yang bahkan sampai pada tingkat kasasi) yang berkembang kriteria alasan menyebutkan bahwa keputusan tata usaha negara bertentangan dengan Asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB).³⁵⁹

³⁵⁸ *Ibid.*, hlm.21

³⁵⁹ Paulus effendi Lotulung, *Op.Cit.*, hlm.329

Fungsi penasehatan peradilan ini tidak mencampuri urusan kebebasan bertindak badan/pejabat tata usaha negara (*freies ermessen*), karena fungsi penasehatan memberikan solusi langkah-langkah preventif untuk mencegah terjadinya sengketa, langkah itu ditempuh dengan cara melalui nasehat-nasehat yang diberikan kepada pemerintah baik diminta maupun tidak diminta, sebelum pemerintah melakukan suatu tindakan pemerintahan baik yang sifatnya perbuatan hukum maupun yang sifatnya perbuatan materiil. Fungsi penasehatan peradilan administrasi negara juga melakukan fungsi penasehatan kepada rakyat, yang berkaitan dengan hak dan kewajibannya, yang diusahakan untuk menciptakan suasana saling percaya antara yang memerintah dengan yang diperintah sekaligus menertibkan jalannya administrasi pemerintahan bukan suasana konfrontatif antara pemerintah dengan rakyat yang akan mengakibatkan pemerintahan tidak stabil.

b. Fungsi Perujukan

Penyelesaian sengketa administrasi secara damai adalah cara paling ideal sesuai dengan asas keserasian hubungan pemerintah dengan rakyat dengan tidak meninggalkan dan menyimpangi prinsip-prinsip dan aturan hukum yang berlaku, secara sederhana hukum acara terdiri atas tiga tahap sebelum eksekusi, yaitu: masuknya surat gugatan atau surat banding (*beroepschrift*), penelitian atau pemeriksaan berkas (*onderzoek*), dan persidangan (*openbare behandeling*) yang berakhir dengan adanya putusan (*uitspraak*).³⁶⁰

Fungsi perujukan tersebut muncul pada tahap penelitian dan pemeriksaan berkas, pada saat ini hakim peradilan administrasi secara aktif mencari dan menemukan hukum menyangkut sengketa dan menyarankan para pihak untuk bermusyawarah dengan memperhatikan ketentuan hukum yang berlaku, dalam hal ini

³⁶⁰ Philipus M.Hadjon, *Op.Cit*, hlm.190

hakim peradilan administrasi dapat memberikan penjelasan mengenai hukum yang berlaku berkaitan dengan sengketa. Penyelesaian ini adalah penyelesaian di luar persidangan tapi mengikutsertakan hakim peradilan administrasi secara aktif, dengan demikian penyelesaian sengketa inipun termasuk pengertian penyelesaian sengketa oleh peradilan administrasi Negara.³⁶¹

c. Fungsi Peradilan

Permasalahan yang menyangkut fungsi peradilan dapat dilihat dari berbagai aspek: dari aspek sifat perkaranya, permasalahan yang muncul menyangkut: apakah peradilan hanya menegakan norma hukum (*norm execution*) atau juga berfungsi sebagai penetapan kebijakan (*policy making*); dari segi dasar pengujian (*toetsing*), permasalahan yang muncul: apakah pengujian keabsahan (*rechtmatigheidstoetsing*) ataukah pengujian ketepatangunaan (*doelmatigheidstoetsing*); dari segi waktu, apakah pengujian “*ex tunc*” ataukah “*ex nunc*”.

Pertama, penegakan norma (*norm execution*) dan penetapan kebijakan (*policy making*), kekuasaan peradilan adalah penegakan hukum, dengan demikian putusan peradilan mempunyai sifat sebagai utusan penegakan hukum (*norm execution decision*), ciri dari penegakan norma adalah putusan yang dilakukan atas kasus yang konkrit yang lazimnya tidak menjangkau ke masa depan, dalam praktik peradilan di Amerika Serikat telah berkembang suatu fungsi tambahan peradilan administrasi, yaitu fungsi penetapan kebijakan (*policy making*) yang mempunyai ciri, putusannya tidak atas suatu perkara yang konkrit dan pada dasarnya melihat kemasa depan, lahirnya fungsi penetapan kebijakan merupakan konsekuensi “*checks and balances system*”.

Kedua, pengujian keabsahan (*rechtmatigheidstoetsing*) dan pengujian ketepatangunaan (*doelmatigheidstoetsing*). Permasalahan

³⁶¹ *Ibid.*

ini muncul di Belanda, sehubungan dengan adanya sarana "*rechtsbescherming*", yaitu *gewone rechter*, *administratief beroep* (banding administratif) dan *administratief rechtpraak* (peradilan administratif), pada prinsipnya peradilan yaitu *gewone rechtspraak* maupun *administratief rechtspraak* hanya mempunyai wewenang dan batas pengujian keabsahan sedangkan *administratief beroep* dapat melakukannya baik meliputi pengujian keabsahan maupun ketepatangunaan, dalam perkembangan praktek peradilan, *gewone rechtspraak* menerapkan "*marginal toetsing*" dengan menilai perbuatan pemerintah berdasarkan asas-asas kepatutan yang lazim disebut "*alemene beginselen van behoorlijk bestuur*". Pada prinsipnya peradilan tidak mencampuri kebijakan, jadi tidak mengukur perbuatan pemerintah yang berdasar kebijakan (*op grond van beleidsmatigheid*), namun hal itu hendaknya dilihat secara relatif dengan memperhatikan asas keserasian yang bertumpu atas dasar kerukunan perbuatan penguasa, maka perbuatan penguasa tidak hanya dinilai berdasarkan norma-norma yang *zakelijk* tetapi juga dinilai berdasarkan kepatutan yang berlaku dalam masyarakat.

Ketiga, pengujian "*ex tunc*" dan pengujian "*ex nunc*". Dasar pengujian "*ex tunc*", berarti peradilan menilai suatu perbuatan pemerintah dengan memperhitungkan semua fakta perbuatan itu dilakukan, jadi atas suatu surat keputusan, fakta dan keadaan yang dinilai adalah fakta dan keadaan pada saat dikeluarkannya surat keputusan itu, perubahan fakta dan keadaan tidaklah masuk perhitungan dan penilaian peradilan, berbeda dengan pengujian "*ex nunc*", perubahan fakta dan keadaan termasuk dalam penilaian suatu perbuatan. Pengujian "*ex tunc*" digunakan untuk pengujian keabsahan sedangkan pengujian "*ex nunc*" digunakan untuk pengujian ketepatangunaan, namun hendaknya dilihat secara relatif dan dikaitkan dengan fungsi Peradilan Tata Usaha Negara yang dicanangkan, yaitu tidak hanya fungsi peradilan administrasi, pengujian "*ex nunc*" perlu juga mendapat tempat dalam fungsi

penasehatan, fungsi peradilan administrasi negara diterapkan pengujian “*ex tunc*” demi kepastian suatu perbuatan yang dibuat pada waktu lampau.

5. Kompetensi Peradilan Administrasi

Kompetensi pengadilan dibedakan ke dalam dua macam, yaitu:³⁶² kompetensi *absolute*/atribusi (*absolute competentie* atau *attributie van rechtsmacht*), kompetensi ini berkaitan dengan pemberian wewenang yang bersifat bulat (*absolute*), atau kewenangan pengadilan untuk mengadili suatu perkara menurut obyek atau materi atau pokok sengketa. Kompetensi relatif/distribusi (*relatieve competentie* atau *distributie van rechtsmacht*) kompetensi ini berkaitan dengan pembagian wewenang yang bersifat terperinci (relatif) di antara badan-badan yang sejenis (dalam lingkungan peradilan yang sama) mengenai wilayah hukum, atau kompetensi untuk mengadili suatu perkara sesuai dengan wilayah hukumnya.

Berkaitan dengan kompetensi absolut, Pasal 47 Undang-Undang No.5 Tahun 1986 menyebutkan bahwa “Pengadilan bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa Tata Usaha Negara”, dalam Pasal 1 angka (4) disebutkan bahwa Sengketa tata usaha negara adalah sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara, baik di pusat maupun di daerah sebagai akibat di keluarkannya keputusan tata usaha negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Sjahan Basah mengemukakan bahwa ketetapan / keputusan merupakan pangkal sengketa administrasi negara itu harus merupakan perbuatan administrasi negara yang dimuat dalam ketetapan yang bersangkutan itu, artinya bahwa dalam ketetapan

³⁶² SF.Marbun, *Peradilan Administrasi..Op.Cit*, hlm.68-69

itu terkandung perbuatan administrasi negara yang bertindak dalam fungsinya berdasarkan hukum administrasi negara, atas dasar itu maka suatu ketetapan dapat ditentang apabila dalam ketetapan itu terdapat perbuatan administrasi negara “*als zodaning*” (dalam keadaan sifatnya yang demikian) dalam fungsinya melakukan servis publik, sehingga menimbulkan situasi hukum yang konkrit, yang menimbulkan kerugian bagi yang terkena.³⁶³ Berdasarkan Pasal 1 angka (3) Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 mengatur keputusan tata usaha negara, yang didefinisikan sebagai: “suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkrit, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata”. Keputusan tata usaha negara yang menjadi obyek sengketa, kecuali:

- a. Keputusan yang merupakan perbuatan hukum perdata;
- b. Keputusan yang merupakan pengaturan yang bersifat umum;
- c. Keputusan yang masih memerlukan persetujuan;
- d. Keputusan yang dikeluarkan berdasarkan ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana atau peraturan perundang-undangan lain yang bersifat hukum pidana;
- e. Keputusan yang dikeluarkan atas dasar hasil pemeriksaan badan peradilan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- f. Keputusan Tata Usaha Negara mengenai tata usaha Tentara Nasional Indonesia;
- g. Keputusan Komisi Pemilihan Umum baik di pusat maupun di daerah mengenai hasil pemilihan umum.

Jika keputusan tersebut di nilai merugikan maka dapat dilakukan gugatan pada pengadilan administrasi, gugatan

³⁶³ Sjahran Basah, *Op.Cit.*, hlm.237

merupakan suatu permohonan berisi tuntutan terhadap badan/pejabat tata usaha negara yang diajukan kepada Pengadilan Administrasi untuk mendapatkan putusan, suatu gugatan harus dibuat secara tertulis, dasar diajukannya gugatan terhadap suatu keputusan yang dikeluarkan oleh badan/ pejabat tata usaha negara yang dianggap sebagai: bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, baik yang bersifat prosedural/ formal dan bersifat materiil /substansial, maupun karena dikeluarkan oleh badan/pejabat tata usaha negara yang tidak berwenang (*onbevoegheid*) yang berkaitan dengan *ratione materiae*, *ratione loci* atau *ratione temporis*, dikeluarkan atas dasar penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*), dikeluarkan atas dasar perbuatan sewenang-wenang (*a bus de droit/ willikeur*).

Pasal 53 Undang-Undang No.9 Tahun 2004 mengatur bahwa alasan-alasan yang dapat digunakan dalam gugatan adalah: (1) keputusan tata usaha negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan keputusan tata usaha negara yang digugat itu bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Asas-asas umum pemerintahan yang baik yang dimaksud oleh Undang-Undang No.9 Tahun 2004 adalah asas-asas pemerintahan yang bersih dalam penyelenggaraan negara yang tercantum dalam Pasal 3 Undang-undang No.28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme, meliputi:

1. Asas Kepastian Hukum, adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara;
2. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara, adalah asas yang menjadi landasan keteraturan, keselarasan, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggara negara;

3. Asas Kepentingan Umum, adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, dan selektif;
4. Asas Keterbukaan, adalah asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara;
5. Asas Proporsionalitas, adalah asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara;
6. Asas Profesionalitas, adalah asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
7. Asas Akuntabilitas, adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Gugatan tersebut diajukan oleh penggugat terhadap pejabat tata usaha negara, penggugat adalah seseorang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu keputusan tata usaha negara. Seseorang atau badan hukum perdata tersebut dapat mengajukan tuntutan agar keputusan tata usaha negara yang disengketakan tersebut dinyatakan batal atau tidak sah, dengan atau disertai tuntutan ganti rugi dan atau rehabilitasi. Sedangkan Tergugat adalah badan atau pejabat tata usaha negara yang mengeluarkan keputusan berdasar-kan wewenang yang ada padanya atau yang dilimpahkan kepada-nya, yang dimaksud dengan badan atau pejabat tata usaha negara bukanlah orangnya melainkan jabatannya.³⁶⁴ Pejabat yang sudah pensiun, tidak dapat digugat secara pribadi di peradilan administrasi karena keputusan

³⁶⁴ Lintong Oloan Siahaan, *Op.Cit.*, hlm.180

yang dikeluarkan pada waktu mereka masih menjabat, maka yang digugat itu adalah pejabat yang baru, karena yang digugat itu adalah jabatannya bukan orangnya.

Gugatan tersebut berakhir dengan adanya putusan peradilan administrasi, adapun putusan peradilan administrasi meliputi:

- a. Gugatan gugur, putusan hakim tata usaha negara dapat berisi gugatan gugur karena penggugat atau kuasa hukumnya tidak hadir dipersidangan hari, tanggal dan jam yang telah ditentukan, baik pada hari sidang pertama dan kedua secara berturut-turut tanpa adanya suatu alasan yang dapat dipertanggungjawabkan, sedangkan penggugat setiap kali dipanggil dengan patut. Terhadap gugatan yang dinyatakan gugur tersebut, penggugat atau kuasa hukumnya masih diberikan kesempatan untuk memasukan gugatan sekali lagi dengan membayar uang muka biaya perkara dan diberikan nomor register yang baru.
- b. Gugatan tidak diterima, suatu gugatan dinyatakan tidak dapat diterima terjadi karena: keputusan yang digugat tidak termasuk pengertian keputusan tata usaha negara menurut hukum positif atau karena keputusan tata usaha negara tersebut dikeluarkan dalam waktu perang, keadaan bahaya, keadaan bencana alam, keadaan luar biasa atau keadaan mendesak untuk kepentingan umum, sebagaimana ditentukan peraturan perundang-undangan yang berlaku atau karena syarat-syarat gugatan tidak berdasar
- c. Gugatan ditolak, suatu gugatan dinyatakan ditolak berarti keputusan badan/pejabat tata usaha negara dikuatkan atau dibenarkan, sehingga gugatan tidak dapat diajukan kembali;
- d. Gugatan dikabulkan, suatu gugatan dikabulkan dapat berarti hakim Peradilan Tata Usaha Negara menetapkan:
 - 1) mencabut keputusan badan/ pejabat tata usaha negara yang disengketakan dan menetapkan agar tergugat melaksanakan kewajibannya;

- 2) mencabut keputusan badan/ pejabat tata usaha negara yang disengketakan dan menerbitkan keputusan tata usaha negara yang baru;
- 3) menerbitkan keputusan tata usaha negara dalam hal gugatan didasarkan Pasal 3 Undang-Undang No.5 Tahun 1986;
- 4) membayar ganti rugi; dan
- 5) melakukan rehabilitasi dalam sengketa kepegawaian

6. Asas Peradilan Administrasi

Asas dapat berarti dasar, landasan, fundamen, prinsip, jiwa atau cita-cita, asas adalah dalil umum yang dinyatakan dalam istilah umum dengan tidak menyebutkan secara khusus pelaksanaannya. Asas hukum adalah prinsip yang dianggap dasar atau fundamen hukum yang terdiri dari pengertian-pengertian atau nilai-nilai yang menjadi titik tolak berpikir tentang hukum. Selain itu asas hukum juga disebut landasan atau alasan bagi terbentuknya peraturan hukum atau merupakan suatu *ratio legis* dari suatu peraturan hukum yang memuat nilai-nilai, jiwa, cita-cita sosial, atau pandangan etis yang ingin diwujudkan. Karena itu asas merupakan jantung atau jembatan suatu peraturan hukum yang menghubungkan antara peraturan-peraturan hukum positif dengan cita-cita sosial dan pandangan etis masyarakat.³⁶⁵

Asas-asas hukum yang berlaku dalam hukum acara peradilan administrasi adalah:³⁶⁶ Asas praduga tidak bersalah (*vermoeden van rechtmatigheid* atau *praesumptio iustae causa*); Asas pembuktian bebas (*vrij bewijs*); Asas keaktifan hakim (*dominus litis*); dan Asas putusan pengadilan mempunyai kekuatan hukum mengikat sebagai *erga omnes*. Menurut Van Galen dan Van Maarseveen, sesuai dengan maksud peradilan administrasi, yaitu: "*het beiden van (recht-) bescherming tegen bestuurshandelingen*" (memberikan perlindungan hukum terhadap tindakan peme-

³⁶⁵ SF.Marbun, *Peradilan Administrasi...Op.Cit.*, hlm.145

³⁶⁶ Philipus M.Hadjon dkk, *Op.Cit.*, hlm.313

rintahan), asas-asas hukum administrasi yang merupakan *karakteristieken* (karakteristik) hukum acara peradilan administrasi adalah: *active rechter* (hakim aktif), *ongelijkheidscompensatie* (kompensasi karena ketidak-samaan kedudukan), *uniteitsbeginsel* (asas kesatuan), *non cumulative* (non komulasi/penumpukan), *vrij bewijs* (pembuktian bebas), *procesmondigheid* (penanganan secara lisan), *vermoeden van rechtmatigheid* (praduga *rechtmatig/praduga sah* atau prakiraan atas keabsahan).³⁶⁷

Sjahan Basah mengutarakan 6 (enam) asas peradilan administrasi, yaitu: asas kesatuan beracara; musyawarah; kekuasaan kehakiman yang merdeka; sederhana, cepat dan biaya ringan; sidang terbuka; dan putusan mengandung keadilan. Sementara Indroharto menyebutkan beberapa asas penting dalam hukum acara peradilan administrasi, yaitu: asas *inquisitoir* dalam pemeriksaan; kompensasi (*ongelijkheids compensatie*); kesatuan pemeriksaan (*uniteids beginselen*), *presumptio justea causa* atau *vermoden van rechtsmatigheid*, pembuktian bebas terikat (*berpervrij bewijs beginsel*)³⁶⁸

SF.Marbun menyempurnakan asas-asas peradilan administrasi/ Peradilan Tata Usaha Negara dari beberapa pakar, sebagai berikut: asas negara hukum Indonesia; asas demokrasi; asas kekeluargaan; asas serasi, selaras, dan seimbang; asas persamaan dihadapan hukum; asas peradilan netral; asas sederhana, cepat, adil, mudah, dan murah; asas kesatuan beracara; asas keterbukaan persidangan; asas musyawarah dan perdamaian; asas hakim aktif; asas pembuktian bebas; asas *audi et alteram partem*; asas *het vermoeden van rechtmatigheid* atau asas *praesumptio iustae causa*; asas pemeriksaan segi *rechtmatigheid* dan larangan pemeriksaan *doelmatigheid*; asas pengujian “*ex tunc*”; asas kompensasi atau asas *ongelijkheids compentatie*; asas hak uji materiil; asas *ultra*

³⁶⁷ Suparto Wijoyo, 1997, *Karakteristik Hukum Acara Peradilan Administrasi*, Airlangga University Press, Surabaya, hlm.22.

³⁶⁸ SF.Marbun, *Peradilan Administrasi...Op.Cit.*, hlm.147

petita; asas putusan bersifat *erga omnes*.³⁶⁹ SF. Marbun juga menyebutkan beberapa kekhususan atau pengecualian yang merupakan ciri khas dari hukum acara peradilan administrasi:³⁷⁰ dikenalnya tenggang waktu gugat; peranan hakim aktif (*dominus litis*); dikenal prosedur penolakan (*dismissal procedure*); gugatan tidak menunda pelaksanaan keputusan tata usaha negara; tidak mengenal rekonsvansi.

C. Upaya Administratif

Dalam literatur Hukum Administrasi Negara lahir istilah yang sepadan dengan upaya administratif seperti *administratieve beroep*, *quasi rechtspraak* atau peradilan administrasi semu, *eigenlijke administratieve rechtspraak* atau peradilan administrasi tak murni, dan *administratieve tribunals*. Menurut hukum positif pengertian upaya administratif merupakan prosedur yang dapat ditempuh oleh seseorang atau badan hukum perdata yang tidak puas terhadap suatu keputusan tata usaha negara.³⁷¹

Prosedur tersebut dilakukan dalam lingkungan pemerintah sendiri yang terdiri atas dua bentuk, *pertama*, banding administratif dan prosedur keberatan. Banding administratif merupakan penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh instansi atasan atau instansi lain dari instansi yang mengeluarkan keputusan yang bersangkutan, sedangkan keberatan adalah penyelesaian sengketa yang dilakukan sendiri oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang mengeluarkan keputusan itu.³⁷²

Adapun ciri-ciri upaya administratif, meliputi: (1) yang memutuskan perkara dalam *beroep* adalah instansi lain daripada yang memberikan putusan pertama; (2) tidak saja meneliti *doelmatigheids* tetapi berwenang meneliti *rechtsmatigheids*

³⁶⁹ *Ibid.*, hlm.147-148

³⁷⁰ *Ibid.*, hlm.171-173.

³⁷¹ *Ibid.*, hlm.51

³⁷² *Ibid.*

nya; (3) dapat mengganti, merubah dan meniadakan keputusan administrasi yang pertama, (4) juga dapat memperhatikan perubahan-perubahan keadaan sejak saat diambil keputusan, bahkan juga dapat memperhatikan perubahan yang terjadi selama prosedur / proses berjalan; (5) badan yang memutus ada di bawah pengaruh badan lain walaupun merupakan badan diluar heiraraki.³⁷³

³⁷³ Rochmat Soemitro, 1977, *Naskah Singkat tentang Peradilan Administrasi di Indonesia*, BPHN-Binacipta, Jakarta, hlm.256

DAFTAR

Buku:

- Abdul Latief, 2004, *Reformasi dan Paradigma Penegakan Hukum Menuju Pemerintahan Yang Bersih*, UII Press, Yogyakarta.
- Abdul Mukthie Fadjar, 2005, *Tipe Negara Hukum*, Bayu Media, Malang.
- , 2006, *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta.
- Abu Daud Busroh, 1990, *Ilmu Negara*, Bumi Aksara, Jakarta.
- Achmad Sanoesi, 1987, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Tarsoto, Bandung.
- Adnan Buyung Nasution, 1995, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia Studi Sosio Legal Konstituante 1956- 1959*, PT Grafiti, Jakarta.
- Afan Gaffar, 2005, *Politik Indonesia: Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Ahmad Sukardja, 1995, *Piagam Madinah dan Undang-undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan Tentang Dasar Hidup Bersama Dalam Masyarakat Yang Majemuk*, Universitas Indonesia Press, Jakarta.
- Amrah Muslimin, 1985, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok Tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*, Alumni, Bandung.
- Ateng Syafrudin, 1993, *Pengaturan Koordinasi Pemerintah di Daerah*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Azhary, 1995, *Negara Hukum Indonesia*, Universitas Indonesia Press, Jakarta.
- A. Ahsin Thohari, 2004, *Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, Elsam, Jakarta.

- A.Hamid S. Attamimi, 1990, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara: Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden Yang Berfungsi Pengaturan Dalam Kurun Waktu Pelita I-Pelita IV*, Disertasi Fakultas Pasca Sarjana Universitas Indonesia, Jakarta.
- A.Mukti Arto, 2001, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- A.V Dicey, 1952, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Mac Millan, London.
- Bachsan Mustafa, 2001, *Sistem Hukum Administrasi Negara Indonesia*, PT. Citra Adytia Bakti, Bandung.
- , *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Citra Adytia Bakti, Bandung.
- Bagir Manan, 1987, *Konvesi Ketatanegaraan*, Armico, Bandung
- , 2005, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta
- , 2006, *Konvensi Ketatanegaraan*, FH UII Press, Yogyakarta
- Bappenas, 2002, *Tingkat Pemahaman Aparatur Pemerintah Terhadap Prinsip-Prinsip Tata Pemerintahan Yang Baik*, Sekretariat Pengembangan Public Good Governance, Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, Jakarta.
- , 2007, *Menumbuhkan Kesadaran Tata Kepemerintahan Yang Baik*, Sekretariat Tim Pengembangan Kebijakan Nasional Tata Kepemerintahan Yang Baik Bappenas, Jakarta.
- Benny K. Harman, 1997, *Konfigurasi Politik dan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Elsam, Jakarta.
- Boerhanoeddin Soetan Batoeah, 1983, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Bina Cipta, Bandung.
- CST Kansil, 1985, *Hukum Tata Pemerintahan Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor.

- Dahlan Thaib, Ni'matul Huda dan Jazim Hamidi, 2005, *Teori dan Hukum Kontitusi*, Rajawali Press, Jakarta.
- Dardji Darmodiharjo (ed), 1985, *Santiaji Pancasila: Suatu Tinjauan Filosofis, Historis dan Yuridis Konstitusional*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.
- Dimiyati Hartono, 1997, *Lima Langkah Membangun Pemerintahan Yang Baik*, Ind. Hill Co, Jakarta.
- E. Utrecht, 1988, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya.
- , dan Moh. Saleh Djindang, 1985, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Sinar Harapan dan Balai Buku Ichtiar, Jakarta.
- Felix A. Nigro dan Liod G.Nigro, 1973, *Modern Public Administration*, Harper and Row Publisher, New York.
- Frans Magnis Suseno, 1997, *Mencari Sosok Demokrasi: Sebuah Telaah Filosofis*, Gramedia, Jakarta.
- Gunawan Muhammad dan Muamar Romadhan (ed), 2006, *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, IAIN Walisongo, dan PDIH Undip, Yogyakarta dan Semarang.
- Hans Kelsen, 1961, *General Theory of Law and State*, Russel and Russel, New York.
- Haryono, *Tata dan Sumber Hukum*, Usaha Nasional, Surabaya.
- Hetifah Sj Sumarto, 2004, *Inovasi, Partisipasi Dan good Governance (20 Prakarsa Inovatif dan Partisipatif di Indonesia)*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta.
- Henry B. Mayo, 1960, *An Intrduction to Democracy Theory*, Oxford University Press, New York.
- Indroharto, 1991, *Usaha Memahami Undang-undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta
- Irfan Fachruddin, 2004, *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*, Alumni, Bandung.

- Inu Kencana Syafiie, dkk., 1999, *Ilmu Administrasi Publik*, PT. Bhineka Cipta, Jakarta
- Irwan Abdulah (ed), 2009, *Agama dan Kearifan Lokal Dalam Tantangan Global*, Sekolah Pascasarjana UGM dan Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- I Dewa Gede Palguna, 2008, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta.
- Jack H. Nagel, 1986, *The Descriptive Analysis of Power*, Yale University Press, New Haven.
- Jazim Hamidi, 1999, *Penerapan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan Yang Layak (AAUPL) dilingkungan Peradilan administrasi di Indonesia (Upaya Menuju "Clean and Stable Government")*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- , 2006, *Revolusi Hukum Indonesia: Makna, Kedudukan, dan implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Konpres, Jakarta.
- Jimly Asshiddiqie, 1994, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia: Pergeseran Keseimbangan Antara Individualisme dan Kolektivisme dalam Kebijakan Demokrasi Politik dan Demokrasi Ekonomi Selama Tiga Masa Demokrasi, 1945-1980-an*, PT.Ichtiar Baru Van Houve, Jakarta.
- , 2005, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta.
- , 2006, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara : Jilid I*, Sekjend dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta.
- , 2006, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga-lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta.

- , dan Ali Safa'at, 2006, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Sekretariat Jenderal & Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta.
- , 2007, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT.Bhuana Ilmu Populer, Jakarta.
- Joeniarto, 1968, *Negara Hukum*, YBP Gadjah Mada, Yogyakarta
- , 1974, *Selayang Pandang Tentang Sumber-Sumber Hukum Tata Negara*, Liberty, Yogyakarta.
- Kamus Besar Bahasa Indonesia, 1994, Balai Pustaka, Jakarta.
- Koentjoto Purbopranoto, 1985, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Alumni, Bandung.
- KC.Wheare, 1966, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, London.
- Lintong O.Siahaan, 2005, *Prospek PTUN Sebagai Pranata Penyelesaian Sengketa Administrasi di Indonesia: Studi Tentang Keberadaan PTUN Selama Satu Dasawarsa 1991-2001*, Perum Percetakan Negara Republik Indonesia, Jakarta.
- Lutfi Effendi, 2004, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi*, Bayumedia, Malang.
- Malcolm H. Kerr, 1966, *Islamic Reform The Political and Legal Theories of Muhammad Abduh and Rasyid Ridha*, University of California Press, Barkeley and Los Angles.
- Maria Farida Indrati Soeprapto, 1998, *Ilmu Perundang-undangan: Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta.
- Miriam Budiardjo, 1986, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta.
- Mochtar Kusumaatmada dan B.Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Hukum*, Alumni, Bandung
- Muchsan, 1981, *Beberapa Catatan Tentang Hukum Administrasi Negara dan Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta.

- , 1982, *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Liberty, Yogyakarta.
- , 2000, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara*, Liberty, Yogyakarta.
- Muhammad Tahir Azhary, 2004, *Negara Hukum: Suatu Studi Tentang Prinsip- Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah*, Prenada Media, Jakarta.
- Muladi (ed), 2005, *Hak Asasi Manusia: Hakekat, Konsep, dan Implikasinya dalam perspektif Hukum dan Masyarakat*, PT.Refika Aditama, Bandung.
- Munawir Sjadzali, 1993, *Islam dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah dan Pemikiran*, Universitas Indonesia Press, Jakarta.
- Ni'matul Huda, 2005, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, UII Press, Yogyakarta.
- Notonegoro, 1988, *Pancasila Dasar Filsafat Negara*, Bina Aksara, Jakarta.
- Padmo Wahjono, dkk., 1989, *Kerangka Landasan Pembangunan Hukum*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta.
- Philiphus M. Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia: Sebuah Studi Tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, Bina Ilmu, Surabaya.
- , dkk., 2002, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.
- Prajudi Atmosudirdjo, 1981, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Oemar Senoadji, 1980, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta.
- O.Notohamidjojo, 1970, *Demokrasi Pancasila*, BPK, Jakarta.
- Rene Seerden dan Frits Stroink (ed), 2002, *Administrative Law of*

- the European Union, Its Member States and United States*, Intersentia Urgevers Antwerpen, Groningen.
- Richard J. Stillman II, 2000, *Public Administration*, Houghton Mifflin Company, Boston-New York.
- Ridwan HR, 2010, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, Jakarta.
- Robert Dahl, 1989, *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, New Haven.
- Rochmat Soemitro, 1977, *Naskah Singkat tentang Peradilan Administrasi di Indonesia*, BPHN-Binacipta, Jakarta.
- Sedarmayanti, 2003, *Good governance (Kepemerintahan Yang Baik) Dalam Rangka Otonomi Daerah: Upaya Membangun Organisasi Efektif dan Efesien Melalui Restrukturisasi dan Pemberdayaan*, Mandar Maju, Bandung.
- , 2004, *Good Governance (Kepemerintahan Yang Baik)*, Buku Kedua “Membangun Sistem Manajemen Kinerja Guna Meningkatkan Produktifitas Menuju Good Governance (Kepemerintahan Yang Baik)”, CV. Mandar Maju, Bandung.
- Sjahan Basah, 1992, *Perlindungan Hukum Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Alumni, Bandung.
- , 1997, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung.
- Soejadi, 1999, *Pancasila Sebagai Sumber Tertib Hukum*, Lukman Offset, Yogyakarta.
- Soehino, 1984, *Asas-asas Hukum Tata Pemerintahan*, Liberty, Yogyakarta.
- , 1996, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta
- Sudikno Mertokusumo, 1983, *Sejarah Peradilan dan Perundang-undangan Sejak Tahun 1942, dan Apakah Kemanafaatannya Bagi Kita Bangsa Indonesia*, Liberty, Yogyakarta.
- , 1996, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta.

- Sujamto, 1983, *Beberapa Pengertian di bidang Pengawasan*, Ghalia Indonesia, Jakarta
- Suparto Wijoyo, 1997, *Karakteristik Hukum Acara Peradilan Administrasi*, Airlangga University Press, Surabaya.
- SF.Marbun, 1988, *Peradilan Tata Usaha Negara*, Liberty, Yogyakarta.
- , 2003, *Peradilan Administrasi dan Upaya Administratif di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta.
- Tim Kajian Amandemen Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 2000, *Amandemen UUD 1945 antara teks dan Konteks dalam Negara yang sedang berubah*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Usep Ranuwijaya, 1983, *Hukum Tata Negara Indonesia: Dasar-dasarnya*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Van Apeldoorn, 1981, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta.
- Victor M. Situmorang dan Jusuf Juhir, 1994, *Aspek Hukum Pengawasan Melekat Dalam Lingkungan Aparatur Pemerintahan*, PT.Rineka Cipta, Jakarta
- Webster's Deluxe Unbridged Dictionary*, 1979, Doser and Baber.
- WF Prins dan Kosim Adisapoetra, 1983, *Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara*, Pradnya Paramitha, Jakarta.
- Widodo Ekatjahjana dan Totok Sudaryanto, 2001, *Sumber Hukum Tata Negara Formal: Kilas Balik Ketetapan MPR No.III/MPR/2000, Perubahan UUD 1945, Ide Pemisahan Kekuasaan Kepala Negara dan Pemerintahan, Maklumat Presiden 28 Mei 200, Ide Dekrit Presiden Abdurrahman Wahid*, PT.Citra Adytia Bakti, Bandung.
- W. Irawan Tjandra, 1996, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, UAJY, Yogyakarta
- Yuliandri, 2009, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Yang Baik: Gagasan Pembentukan Undang-undang Berkelanjutan*, Rajawali Pers, Jakarta.

Makalah :

- Adnan Buyung Nasution, “Sambutan”, dalam Hartono Mardjono 2001, *Negara Hukum yang Demokratis Sebagai Landasan Membangun Indonesia Baru*, Koridor Pengabdian, Jakarta
- Akh. Minhaji, “Wawasan Islam Tentang Negara dan Pemerintahan (Perspektif Normatif-Empiris): Sebuah Pengantar”, dalam Kamaruzzaman, 2001, *Relasi Islam dan Negara: Perspektif Modernis dan Fundamentalis*, IndonesiaTera, Magelang
- Bagir Manan, “Good Governance”, dalam lampiran Bagir Manan, 2005, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.
- , “Peningkatan Fungsi Kontrol Masyarakat Terhadap Lembaga Legislatif, Eksekutif, dan Yudikatif”, dalam lampiran Bagir Manan, 2005, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta
- B. Arief Sidharta, “Kajian Kefilsafatan Tentang Negara Hukum”, dalam *Jurnal Hukum Jentera edisi 3 Tahun II November 2004*, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia (PSHK), Jakarta
- Donald A. Rumokoy, “Perkembangan Tipe Negara Hukum dan Peranan Hukum Administrasi Negara di Dalamnya”, dalam S.F Marbun dkk (penyuting), 2004, *Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta
- Ginandjar Kartasasmita, “Etika Birokrasi Dalam Administrasi Pembangunan Tantangan Menghadapi Era Globalisasi”, dalam *Orasi Ilmiah Dies Natalis ke -41 FISIPOL UGM Yogyakarta*, 19 September 1996
- I Gede AB Wiranata, “Masyarakat, Budaya Hukum, dan Kearifan Lokal di Era Globalisasi”, makalah disampaikan dalam kegiatan sosialisasi UU ITE, Keterbukaan Informasi Publik, Pemberantasan Korupsi, dan Budaya Hukum Propinsi

- Lampung, Hotel Indra Puri, Bandar Lampung, Rabu 4 November 2009.
- Jimly Asshiddiqie, “Undang-undang Dasar 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas Masa Depan”, *Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia*, Sabtu 13 Juni 2005
- Laica Marzuki, *Sekapur Sirih*, dalam A. Muin Fahmal, 2006, *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Layak Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih*, UII Press, Yogyakarta
- Paulus Effendi Lotulung, *Eksistensi Undang-Undang No.5 Tahun 1986 Dalam Menunjang Pemerintahan Yang Bersih, Kuat dan Berwibawa* dalam Arief Sidharta dkk, 1996, *Butir-Butir Gagasan Tentang Penyelenggaraan Hukum dan Pemerintahan Yang Layak “Sebuah Tanda Mata 70 Tahun Prof. Dr. Ateng Syafrudin: Guru, Ilmuan, Praktisi*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung
- Muladi, “Pancasila Sebagai Margin of Appreciation Dalam Hukum Yang Hidup di Indonesia”, dalam Gunawan Muhammad dan Muamar Romadhan (ed), 2006, *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, IAIN Walisongo, dan PDIH Undip, Yogyakarta dan Semarang
- Mashudi, “Negara Kesejahteraan dan Hukum Administrasi Negara”, dalam S.F Marbun dkk (penyuting), 2004, *Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta
- Satya Arinanto, “Prakata”, dalam Satya Arinanto dan Ninuk Triyanti (ed), 2009, *Memahami Hukum: Dari Konstruksi Sampai Implementasi*, Rajawali Press, Jakarta
- , 2010, *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia Pasca Orde Baru: Catatan Untuk Diskusi*, Makalah Perjamuan Ilmiah Dekan FH Universitas Negeri dan Swasta Se-Indonesia: Tentang Membangun Komitmen dan Kebersamaan Untuk Memperjuangkan Hak Asasi Manusia, Yogyakarta 16-17 Juni 2010

- S.F Marbun, “Mengali dan Menemukan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik di Indonesia”, dalam S.F Marbun dkk (penyuting), 2004, *Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta
- Sudjito Bin Atmoredjo, *Negara Hukum Dalam Perspektif Pancasila*, makalah pada Konggres Pancasila diselenggarakan UGM-MK RI 30 Mei-1 Juni 2009 di Kampus UGM Yogyakarta
- Tanto Lailam, “Pengawasan Yuridis Dalam Rangka Mewujudkan Sistem Penyelenggaraan Negara Yang Konstitusional”, dalam *Jurnal Ilmu Hukum Keadilan Progresif Volume 2 Nomor 1 Maret 2011*
- Zainal Muttaqin, “Sejarah Pertumbuhan dan Perkembangan Hukum Administrasi Negara Dalam Negara Hukum Pancasila dan UUD 1945”, dalam S.F Marbun dkk (penyuting), 2004, *Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta.

PENULIS



Tanto Lailam. Anak bangsa yang lahir dari sebuah Desa di Provinsi Jambi pada Maret 1983, menempuh jenjang pendidikan dasar hingga menengah atas (SD-SMU) di kampung halaman (Rimbo Bujang, Kabupaten Tebo). Kemudian melanjutkan jenjang pendidikan Strata 1 (Sarjana Hukum) pada Fakultas Hukum (FH) Universitas Muhammadiyah Yogyakarta (2003-2007) dengan minat khusus kajian Hukum Tata Negara. Saat ini sedang menyelesaikan studi (tesis) strata 2 pada Program Studi Magister Ilmu Hukum konsentrasi “Hukum Kenegaraan”, Program Pascasarjana, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.

Semasa mahasiswa aktif di organisasi mahasiswa Islam (Ikatan Mahasiswa Muhammadiyah) dan berbagai kegiatan kampus. Pernah aktif di *Indonesian Court Monitoring* (ICM) Yogyakarta, Pusat Konsultasi dan Bantuan Hukum (PKBH FH UMY), Pusat Kajian Konstitusi dan Pemerintahan (PK2P FH UMY), saat ini aktifitas keseharian sebagai staf pengajar konsentrasi Hukum Tata Negara/ Administrasi Negara pada Fakultas Hukum Universitas Bandar Lampung (FH UBL). Email: tanto_tatanegara@yahoo.com



Untuk mewujudkan Negara Indonesia sebagai negara hukum demokratis dan negara demokrasi yang berdasarkan hukum bukan hal yang mudah, perlu usaha yang luar biasa dari seluruh anak bangsa, bukan hanya aparatur pemerintah, tetapi juga dunia swasta dan masyarakat harus ikut terlibat sebagai bentuk "kemiteraan komprehensif".

Sudut pandang dalam mewujudkan hal tersebut pun berbeda beda, baik melalui kajian keilmuan maupun praktik penyelenggaraan. Buku Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara ini hadir dari sudut pandang penulis yang berlatarbelakang akademisi, yang di harapkan dapat menjadi mozaik kajian Ilmu Hukum Administrasi Negara di Indonesia sebagai salah satu kajian dalam pembangunan bangsa dan negara, untuk mewujudkan negara hukum demokratis dan negara demokrasi berdasarkan hukum sebagai pilar terpenting dalam mewujudkan tata pemerintahan yang baik (good governance).

Sehingga buku ini patut di baca bagi kalangan mahasiswa Fakultas Hukum, Ilmu Pemerintahan, dan Ilmu Administrasi Negara/ Publik, serta penyelenggara negara sebagai corong hukum dan keadilan, dan tentunya masyarakat umum peminat kajian ilmu Hukum Administrasi Negara.

