

 PENERBIT ERLANGGA

ASAS NEGARA HUKUM, Peraturan Kebijakan,

& Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik

Dr. Hotma P. Sibuea, S. H., M. H.

ASAS NEGARA HUKUM,

Peraturan Kebijakan,

&
Asas-asas Umum
Pemerintahan yang Baik

ASAS NEGARA HUKUM,

Peraturan Kebijakan,

&

Asas-asas Umum
Pemerintahan yang Baik

Dr. Hotma P. Sibuea, S. H., M. H.



PENERBIT ERLANGGA

Jl. H. Baping Raya No. 100

Cinacas, Jakarta 13740

<http://www.erlangga.co.id>

(Anggota IKAPI)

007-348-001-0

**Asas Negara Hukum, Peraturan
Kebijakan, dan Asas-asas Umum
Pemerintahan Yang Baik**

Hak Cipta © 2010 pada Penulis

Hak Terbit © 2010 pada **Penerbit Erlangga**

Penyusun: Dr. Hotma P. Sibuea, S.H., M.H.

Editor: Yayat Sri Hayati

Desain Cover: Foetry Novianti

Buku ini diset dan dilayout oleh bagian produksi
Penerbit Erlangga dengan Power Mac G5 (Times 11)

Setting: Bagian Produksi PT Penerbit Erlangga

Percetakan: **PT Gelora Aksara Pratama**



21 20 19 6 5 4

*Dilarang keras mengutip, menjiplak, memfotokopi, atau memperbanyak dalam bentuk
apapun, baik sebagian atau keseluruhan isi buku ini serta memperjualbelikannya tanpa izin
tertulis dari **Penerbit Erlangga**.*

© HAK CIPTA DILINDUNGI OLEH UNDANG-UNDANG

Kata Pengantar

Penulis mengucapkan puji dan syukur kepada Tuhan Yang Maha Esa yang melimpahkan nikmat dan rahmat-Nya kepada penulis sehingga dapat menyelesaikan penulisan buku ini. Penulis menyadari bahwa penulisan buku ini dilakukan di tengah-tengah kesibukan dan tugas-tugas lain sehingga proses penulisan dapat diselesaikan.

Buku ini secara sengaja disusun sebagai referensi sepanjang pengamatan Penulis. Untuk itu, materi yang dibahas dalam buku ini belum tentu lengkap karena terdapat kekosongan bahan bacaan dalam beberapa bab dengan tema yang dikembangkannya.

Akhir kata, Penulis mengucapkan terima kasih kepada pihak dan terutama kepada keluarga yang tidak ternilai untuk penyediaan waktu dan tenaga. Penulis mengucapkan terima kasih kepada pembaca yang budiman dan semoga buku ini bermanfaat.

Kata Pengantar

Penulis mengucapkan puji dan syukur ke hadirat Tuhan Yang Maha Esa yang melimpahkan nikmat, kesehatan, pikiran, dan tenaga kepada Penulis sehingga dapat menyelesaikan penulisan buku ini. Tanpa kemurahan Tuhan, buku ini tidak akan sampai ke tangan Saudara, teristimewa para mahasiswa sebagai pembaca yang budiman sebab penulisan buku ini dilakukan di tengah-tengah kesibukan mengajar dan tugas-tugas lain sehingga sebenarnya sangat sulit diharapkan buku dapat diselesaikan.

Buku ini secara sengaja ditulis untuk mengisi kekosongan karena sepanjang pengamatan Penulis, buku yang membahas tema seperti dibahas dalam buku ini belum beredar di masyarakat. Oleh karena itu, materi yang dibahas dalam buku ini diharapkan dapat mengisi kekosongan bahan bacaan dalam bidang Hukum Administrasi Negara dengan tema yang dikemukakan di atas.

Akhir kata, Penulis menyampaikan terima kasih kepada semua pihak dan terutama kepada mahasiswa yang telah memberikan dukungan yang tidak ternilai untuk penyelesaian buku ini. Sebagai kata penutup, Penulis mengucapkan terima kasih atas segenap tegur sapa dari para pembaca yang budiman dan selamat membaca.

Jakarta, Oktober 2010

Penulis

Daftar Isi



Kata Pengantar.....	v
Daftar Isi.....	vi
Bab 1. Perkembangan Ide Negara Hukum Klasik sebagai Negara Ideal	1
A. Ide Negara Hukum sebagai suatu Citra Negara (<i>Staatsidee</i>).....	2
B. Ide Negara Hukum Klasik menurut Plato.....	10
C. Ide Negara Hukum Klasik menurut Aristoteles.....	15
Bab 2. Perkembangan Ide Negara Hukum pada Zaman Modern.....	21
A. Ide Negara Hukum Penjaga Malam sebagai Negara Hukum Berdimensi Yuridis.....	22
B. Negara Hukum Formal atau Negara Berdimensi Kepastian Hukum	29
C. Negara Hukum Material atau Negara Hukum Berdimensi Pelayanan Publik	35
D. Pengertian Konseptual dan Hakikat Negara Hukum.....	46
Bab 3. Asas Diskresi (Asas Kebebasan Bertindak) Pemerintah dalam Perspektif Negara Hukum Kesejahteraan	55
A. Diskresi dalam Perspektif Negara Hukum Material.....	56
B. Pengertian Asas Diskresi dan Jenis-jenis Diskresi	69
C. Jenis-jenis Diskresi: Diskresi Bebas dan Diskresi Terikat	78

D. Batas-batas Diskresi dalam
Suatu Tindakan

Bab 4. Eksistensi Peraturan Perspektif Negara	
A. Hubungan Asas Kebijakan	
B. Pengertian, Ciri, dan Kebijakan	
C. Sumber Kewenangan Peraturan Kebijakan	

Bab 5. Asas-asas Umum Penguji Peraturan Hukum Kesejahteraan	
A. Pengawasan terhadap Rangka Perundang-undangan	
B. Pengertian Baik	
C. Macam-macam Baik	

Bab 6. Penutup

DAFTAR PUSTAKA

INDEKS

TENTANG PENULIS

	D. Batas-batas Diskresi dan Pertanggungjawaban atas Suatu Tindakan Diskres	83
	Bab 4. Eksistensi Peraturan Kebijakan (<i>Beleidsregel</i>) dalam Perspektif Negara Hukum Kesejahteraan	89
	A. Hubungan Asas Diskresi dengan Peraturan Kebijakan	90
	B. Pengertian, Ciri, dan Macam-macam Bentuk Peraturan Kebijakan	101
	C. Sumber Kewenangan dan Kekuatan Mengikat Peraturan Kebijakan	108
	Bab 5. Asas-asas Umum Pemerintah yang Layak Sebagai Sarana Penguji Peraturan Kebijakan dalam Perspektif Negara Hukum Kesejahteraan	139
	A. Pengawasan terhadap Kekuasaan Negara dalam Rangka Perlindungan terhadap Hak-hak Individu	140
	B. Pengertian Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik	150
	C. Macam-macam Asas Umum Pemerintahan yang Baik	157
	Bab 6. Penutup	165
	DAFTAR PUSTAKA	169
	INDEKS	174
	TENTANG PENULIS	176

TENTANG PENULIS



Dr. Hotma Pardomuan Sibuea, S.H., M.H. lahir di Kota Sibolga, tahun 1958. Tahun 1970, memamatkan pendidikan Strata 1 di Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 pada 1985, Magister Ilmu Hukum di Program Pasca Sarjana Universitas Padjadjaran Bandung pada tahun 2001, dan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Pelita Harapan Tangerang tahun 2009.

Jabatan struktural yang pernah dijabat adalah Dekan Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta, Pembantu Dekan I, Pembantu Dekan III, Ketua Jurusan dan Sekretaris Hukum Tata Negara pada institusi yang sama. Sebagai dosen mulai mengajar sejak tahun 1986 di bawah bimbingan Prof. Usep Ranawijaya, S.H. dan Prof. Dr. Bintang Regen Saragih, S.H. Selama kurang lebih 20 tahun mengabdikan sebagai dosen dengan pangkat terakhir Lektor Kepala sejak tahun 2000. Sekarang bertugas sebagai dosen tetap pada Program S1 dan S2 Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta dan dosen luar biasa di beberapa Fakultas Hukum seperti Universitas Bung Karno dan Universitas Bhayangkara serta pernah mengajar di Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Cirebon serta beberapa Fakultas Hukum di perguruan tinggi swasta di Jakarta.

Beberapa mata kuliah yang diasuh pada Program S1 dan S2 adalah Pengantar Ilmu Hukum, Ilmu Negara, Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi Negara, Metode Penelitian, Kekuasaan Kehakiman, Lembaga Perwakilan dan Sistem Kepartaian, Teknik Penulisan Karya Ilmiah, Ilmu Perundang-undangan, Hukum Pemerintahan Daerah, Hak-hak Asasi Manusia, Perbandingan Hukum Tata Negara, Teori dan Hukum Konstitusi, Teori Hukum, Politik Hukum, Peranan Hukum dalam Pembangunan Ekonomi. Buku-buku ilmiah yang telah diterbitkan antara lain *Kekuasaan Kehakiman Indonesia*, *Karya Selektta Hukum Tata Negara*, *Metode Penelitian*.

ASAS NEGARA HUKUM, Peraturan Kebijakan, & Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik

Setiap orang yang belajar Ilmu Hukum (Dogmatika Hukum) sudah barang tentu pernah mendengar atau mempelajari dogma (asas) negara hukum sebab dogma negara hukum (asas negara hukum) merupakan salah satu dogma utama dalam ilmu hukum. Sebagai asas yang bersifat pokok, asas negara hukum sudah barang tentu memiliki pengaruh yang sangat besar terhadap pengajaran Ilmu Hukum, termasuk di Indonesia.

Secara sederhana, asas negara hukum mencita-citakan supremasi hukum, yang berarti setiap orang dan penguasa harus tunduk kepada hukum. Namun, cita-cita yang tampak sederhana tersebut menjadi sangat kompleks ketika hendak diimplementasikan dalam kehidupan nyata. Dalam rangka implementasi asas negara hukum dalam kehidupan nyata, seperangkat prinsip atau pokok-pokok pendirian atau asas hukum harus dideduksi dari asas negara hukum tersebut. Prinsip-prinsip tersebut menjadi prinsip yang bersifat derivasi (turunan) asas negara hukum yang membutuhkan proses yang panjang, seiring dengan perkembangan zaman.

Dalam buku ini disajikan uraian mengenai perkembangan pemahaman manusia terhadap asas negara hukum. Dari uraian tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa makna negara hukum tidaklah statis, tetapi dinamis. Prinsip atau pokok-pokok pendirian baru yang tidak dikenal asas negara hukum sebelumnya kemudian lahir dan berkembang sesuai dengan tuntutan kebutuhan manusia dan perkembangan zaman. Pada perkembangan terakhir, asas negara hukum melahirkan ajaran diskresi yang akhirnya melahirkan ajaran peraturan kebijakan (*beleidsregel*). Ajaran peraturan kebijakan melahirkan ajaran asas-asas umum pemerintahan yang baik. Karenanya, buku ini sangat dianjurkan bagi mahasiswa, dosen, dan praktisi hukum.

 **PENERBIT ERLANGGA**
Kami Melayani Ilmu Pengetahuan

Jl. H. Baping Raya No. 100
Ciracas, Jakarta 13740

 www.erlangga.co.id

007 - 348 - 001 - 0

ISBN 978-979-075-954-1



9 789790 759541

BAB I

PERKEMBANGAN IDE NEGARA HUKUM KLASIK SEBAGAI BENTUK NEGARA IDEAL

A. Negara Hukum Sebagai Suatu Cita Negara (*Staatside*)

Secara naluriah, manusia memiliki kecenderungan untuk hidup secara berkelompok-kelompok (Soekanto, 2001: 124). Ada berbagai macam motivasi yang mendorong yang mendorong manusia untuk hidup secara berkelompok. Perbedaan motivasi yang mendorong manusia untuk hidup secara berkelompok-kelompok membuat bentuk kehidupan berkelompok menjadi beraneka ragam. Ada bentuk kehidupan berkelompok yang bersifat sederhana karena anggotanya saling kenal dan ada kerja sama yang sanaget erat di antara anggota kelompok tersebut (*primary group*) (Soekanto, 2001: 136). Akan tetapi, ada juga bentuk kehidupan berkelompok yang besar dan bersifat kompleks karena jumlah anggotanya banyak serta satu sama lain tidak saling kenal sehingga ikatan di antara masing-masing anggota kelompok tidak terlalu erat (*secondary group*) (Soekanto, 2001: 142).

Negara (bangsa) merupakan suatu bentuk kehidupan berkelompok yang besar dengan jumlah anggota yang banyak sehingga dapat digolongkan ke dalam jenis *secondary group*. Kehidupan bernegara sebagai suatu bentuk kehidupan berkelompok memiliki persamaan dengan bentuk-bentuk kehidupan berkelompok lain, Seperti *desa*, *kampung*, *hutan*, dan lain-lain. Dalam istilah lain, Nasroen (1986: 9) mengemukakan bahwa negara merupakan bentuk suatu pergaulan hidup. Namun, sebagai suatu bentuk pergaulan hidup, negara bukan merupakan suatu bentuk pergaulan hidup biasa. Sebagai suatu bentuk pergaulan hidup, negara memiliki karakteristik yang tidak dimiliki oleh

bentuk-bentuk pergaulan hidup lain yang bukan negara. Karakteristik negara sebagai suatu bentuk pergaulan hidup dapat diketahui dari pernyataan Nasroen (1986: 9) yang mengemukakan, “Negara bukanlah suatu pergaulan hidup biasa, tetapi suatu bentuk pergaulan hidup khusus dan kekhususannya terletak pada syarat-syarat tertentu, yaitu rakyat, daerah, dan pemerintah, yang harus dipenuhi oleh bentuk pergaulan hidup ini agar dapat dinamakan negara.”

Unsur-unsur yang dikemukakan di atas merupakan unsur-unsur formal pembentuk negara sehingga merupakan syarat yang harus dipenuhi supaya suatu negara dapat dibentuk. Dari sudut pandang tertentu, memang benar bahwa unsur-unsur formal yang dikemukakan di atas dapat dianggap sebagai karakteristik negara sebagai suatu bentuk pergaulan hidup. Namun, jika ditinjau dari sudut pandang yang bersifat hakiki, karakteristik yang membedakan negara dari bentuk-bentuk pergaulan hidup yang lain bukan terletak pada unsur-unsur formal tersebut. Ada dua macam karakteristik negara sebagai suatu bentuk pergaulan hidup yang tidak dimiliki oleh bentuk-bentuk pergaulan hidup lain yang bukan negara, yaitu sebagai berikut.

1. Negara memiliki kekuasaan yang lebih tinggi daripada bentuk-bentuk pergaulan hidup lain yang bukan negara.
2. Negara memiliki kedudukan yang lebih tinggi daripada bentuk-bentuk pergaulan hidup lain yang bukan negara.

Negara sebagai suatu gejala sosial sudah menjadi perhatian manusia sejak berabad-abad lalu. Negara sebagai suatu organisasi merupakan wadah bagi sekelompok manusia yang hidup bersama dalam suatu tatanan yang terorganisasi. Negara didirikan oleh manusia demi kepentingan hidup manusia. Dalam hubungan ini, Nasroen (1986: 4) mengemukakan, “...Sesungguhnya negara dari, oleh, dan untuk rakyat, bahwa negara

berasal dari kemauan rakyat dan merupakan alat yang diadakan oleh rakyat untuk mencapai ujudnya.”

Sejak zaman dahulu, motivasi paling umum yang mendorong manusia untuk hidup berkelompok dalam suatu tatanan negara tiada lain adalah motivasi untuk dapat menikmati kehidupan yang lebih baik. Kehidupan yang lebih baik tersebut diyakini tidak mungkin dinikmati berdasarkan usaha masing-masing individu sebab jika manusia hidup diluar ikatan negara, manusia akan cenderung memikirkan kepentingan diri sendiri, padahal jika masing-masing individu lebih cenderung memikirkan diri sendiri, akan muncul konflik antarindividu. Konflik pada akhirnya akan menimbulkan kerugian dan kerusakan pada bentuk pergaulan hidup manusia sehingga kehidupan yang lebih baik akan semakin jauh dari kenyataan. Oleh sebab itu, bentuk kehidupan bersama dalam ikatan negara dipandang sebagai jalan keluar sebab negara akan melakukan pengaturan untuk menghindari kemungkinan konflik antarindividu yang mungkin terjadi sebagaimana dikemukakan di atas. Dengan perkataan lain, untuk mencegah konflik antarindividu, tiada pilihan selain manusia harus hidup dalam suatu negara.

Selain motivasi yang dikemukakan di atas, masih ada motivasi lain yang mendorong manusia untuk hidup dalam ikatan organisasi negara. Motivasi lain yang mendorong manusia untuk hidup dalam ikatan negara adalah mempertahankan kehidupan dan keselamatannya. Rosseau (2009: 22) memberikan alasan manusia hidup bernegara dengan mengemukakan pendapat sebagai berikut.

Selama manusia tidak dapat melahirkan kekuatan baru dan hanya menyatukan kekuatan yang sudah ada, mereka tidak akan memiliki cara lain untuk mempertahankan diri selain formasi yang sudah ada, yakni dengan suatu agregasi yang merupakan tambahan kekuatan yang cukup besar untuk mengatasi masalah pertahanan diri mereka. Semua ini harus mereka bawa ke dalam permainan dengan satu motivasi kekuasaan tunggal dan melahirkan suatu tindakan bersama.

Jika pendapat Rosseau di atas dikemukakan dengan pernyataan lain, bentuk-bentuk pergaulan hidup selain negara diyakini tidak akan dapat membuat manusia menikmati kehidupan yang lebih layak dan bermartabat. Minimal dapat dikemukakan bahwa masing-masing individu tidak dapat melindungi dirinya sendiri dari berbagai ancaman musuh atau bencana alam jika berada di luar kehidupan bernegara. Dalam bentuk-bentuk pergaulan hidup selain negara, masing-masing individu bertindak sendiri secara tidak terorganisasi. Sebagai akibatnya, potensi masing-masing individu tidak dapat dipadukan menjadi suatu kekuatan yang mampu menghadapi ancaman musuh ataupun bencana alam yang seharusnya dihadapi secara bersama dan bekerja sama. Dengan perkataan lain, di luar bentuk bernegara yang berarti kehidupan tanpa kerja sama, masing-masing individu akan menjadi makhluk lemah yang tidak memiliki cukup kemampuan dalam menghadapi berbagai kemungkinan ancaman yang sewaktu-waktu dapat saja muncul. Oleh sebab itu, kehidupan di luar negara akan menjadikan manusia tidak dapat hidup tenang dan layak demi mengembangkan segenap potensi yang dimilikinya. Secara lugas dan tangkas, Rosseau (2009: 30-31) mengemukakan keuntungan yang diperoleh manusia jika hidup dalam suatu negara sebagai berikut.

Meskipun dalam negara sipil ini ia keluar dari keuntungan yang di dapatkan dan dari kondisi alamiahnya, pada gilirannya ia akan mendapatkan keuntungan yang lebih besar. Kemampuan-kemampuan yang dimilikinya akan dirangsang dan berkembang, gagsan-gagasannya diperluas, perasan-perasaannya menjadi lebih mulia, dan seluruh jiwanya terangkat. Dengan demikian, kondisi baru ini tidak akan mendegradasikan dirinya ke tingkat yang lebih rendah daripada kondisi alamiah yang telah ia tinggalkan, ia justru diikat dengan berkah berkesinambungan dalam sebuah momen membahagiakan yang akan ia rasakan selamanya. Selain itu, statusnya sebagai hewan bodoh tidak imajinatif (ditinggalkan), ia menjadi makhluk intelek, yakni seorang manusia.

Sesuai dengan pernyataan Rosseau di atas, negara menjadi satu-satunya bentuk kehidupan berkelompok atau pergaulan hidup yang diyakini dapat menjadikan manusia

lebih manusiawi dan hidup baik. Inilah yang menjadi alasan atau bukti sehingga ada yang beranggapan bahwa negara merupakan bentuk kehidupan berkelompok yang lebih tinggi daripada bentuk-bentuk kehidupan berkelompok lain.

Misalnya, Nasroen (1986: 51) mengemukakan bahwa negara merupakan suatu bentuk pergaulan hidup manusia yang bertingkat tinggi. Kehidupan berkelompok dalam suatu negara sebagai suatu bentuk pergaulan hidup tingkat tinggi seperti dikemukakan Nasroen pada hakikatnya didasari oleh tujuan yang sama itu merupakan refleksi kehendak bersama. Kehendak bersama untuk mencapai suatu tujuan dengan sendirinya membawa konsekuensi terhadap setiap individu yang ikut menopang kelangsungan hidup bentuk pergaulan hidup bersama tersebut. Tiap individu memiliki kewajiban untuk menjaga kelangsungan hidup bersama tersebut. Bahkan, demi kepentingan bersama, kepentingan masing-masing individu harus dikalahkan. Dari uraian di atas dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa tujuan yang sama dapat membuat masing-masing individu menjadi bersatu.

Tujuan yang sama, sebagai gambaran dari kehendak bersama, mewakili suatu cita yang disebut cita bersama. Dalam hal ini, cita diartikan sebagai *gagasan, rasa, cipta*, dan *pikiran* (Attamimi, 1990:48). Dengan demikian, cita bersama mengandung arti gagasan, rasa, cipta, dan pikiran dari kehidupan bersama tersebut. Tentu saja gagasan, rasa, cipta, dan pikiran bersama tersebut diatas dapat dibentuk karena masing-masing individu bersikap toleran terhadap yang lain sehingga tidak mementingkan diri sendiri. Seandainya masing-masing individu tidak memiliki sikap toleran, tentu cita bersama tidak mungkin dibentuk. Dalam hubungan ini, Padmo Wahyono (1992: 88) mengemukakan, “Di dalam kehidupan berkelompoknya, ...masing-masing akan

mengadakan penyesuaian-penyesuaian pandangan hidup sehingga terbentuklah pandangan hidup kelompok.”

Jika masyarakat sebagai suatu bentuk pergaulan hidup kemudian berkembang menjadi negara, cita kehidupan bersama kelompok ini pun ikut berkembang. Cita bersama kehidupan berkelompok itu berkembang menjadi cita negara (*Staatsidee*). Dalam hal ini, cita negara diartikan sebagai hakikat negara yang paling dalam, yang dapat memberi bentuk pada negara atau menetapkan bentuk negara (Attamimi, 1990: 50). Dalam hubungan dengan proses pembentukan cita bersama (cita kelompok) menjadi cita negara, Padmo Wahyono (1992: 88) mengemukakan, jika suatu kehidupan berkelompok meningkat menjadi bernegara, falsafah hidup kelompok (cita negara) tersebut disebut *filisofishce grondslag* dari negara yang didirikannya.

Cita negara mengandung gambaran bentuk negara ideal yang diidam-idamkan oleh suatu bangsa. Cita negara menjadi pedoman dan penuntun dalam segala hal yang berhubungan dengan negara dan penyelenggaraannya, memberikan pedoman dan tuntunan dalam hal penataan struktur organisasi negara ataupun penentuan kebijakan negara, dan sebagainya (Wahyono, 1992: 44). Padmo Wahyono (1992: 89) mengemukakan, “Falsafah hidup suatu bangsa akan menjelmakan tata nilai yang dicita-citakan bangsa yang bersangkutan, membentuk keyakinan hidup berkelompok yang sesuai dengan cita-cita bangsa yang bersangkutan”. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa cita negara mencakup segala aspek kehidupan bernegara sebagai suatu bentuk kehidupan bersama.

Cita negara merupakan cita yang bersifat kompleks meliputi berbagai macam cita, antara lain cita politik, ekonomi, dan sosial budaya (Darmodihardjo dan Sidharta, 1996:

113). Schaper, seperti dikutip Abdul Hamid S. Attamimi (1990: 52), mengemukakan berbagai cita negara, antara lain:

1. Cita negara kekuasaan (*Machstaats*);
2. Cita negara berdasarkan hukum (*Rechstaats*);
3. Cita negara kerakyatan (*Volkstaats*);
4. Cita negara kelas (*Klassenstaats*);
5. Cita negara liberal (*Liberale staat*);
6. Cita negara totaliter kanan (*Totalitaire staat van rechts*);
7. Cita negara totaliter kiri (*Totalitaire staat van links*);
8. Cita negara kemakmuran (*Welvarsstaat*).

Aneka cita negara yang dikemukakan di atas menunjukkan keanekaragaman pandangan dan pemahaman manusia mengenai hakikat negara yang paling dalam. Hal itu membuktikan bahwa cita negara tidak selalu sama bagi masing-masing bangsa. Pilihan cita negara yang dimiliki oleh suatu bangsa merupakan keputusan politis bangsa yang bersangkutan. Keputusan politis itu diambil berdasarkan pertimbangan yang subjektif. Hal itu berarti bahwa cita negara (bangsa) Indonesia mungkin berbeda dengan cita negara bangsa lain, sesuai pilihan subjektif masing-masing bangsa. Namun, cita negara dapat saja sama, meskipun implementasi cita negara tersebut dalam kehidupan bernegara memiliki perbedaan satu sama lain. Sebagai contoh, dewasa ini hampir semua negara modern disebut sebagai negara hukum, tetapi implementasi cita negara hukum tersebut di tiap negara dan bangsa pasti berbeda-beda.

Salah satu cita negara yang dikemukakan di atas, yang menjadi pokok pembahasan dalam tulisan ini, adalah cita negara hukum atau cita negara berdasarkan hukum (*Rechstaat*). Cita negara hukum merupakan gambaran ideal suatu bentuk negara yang menjadi pedoman penyelenggaraan negara suatu bangsa. Cita negara hukum dapat juga disebut dengan istilah lain, yaitu ide negara hukum, sepanjang cita negara hukum

tersebut dimaknai sebagai gagasan yang mengandung gambaran mengenai suatu bentuk negara yang ideal.

Ide negara hukum adalah gagasan mengenai suatu bentuk negara ideal yang selalu diidam-idamkan oleh manusia agar diwujudkan dalam kenyataan, meskipun manusia selalu gagal mewujudkan gagasan ini dalam kehidupan nyata. Ide (gagasan) negara hukum lahir sebagai hasil peradaban manusia karena ide negara hukum merupakan produk budaya. Ide negara hukum lahir dari proses dialektika budaya sebab ide negara hukum lahir sebagai antitesis suatu proses pengumpulan manusia terhadap kesewenang-wenangan penguasa (raja) sehingga ide negara hukum mengandung semangat revolusioner yang menentang kesewenang-wenangan penguasa (Hadjon, 1997: 72).

Sebagai produk sejarah, pengertian dan hakikat negara hukum berbeda pada tiap zaman dan bagi tiap bangsa. Gagasan negara hukum klasik yang dikenal oleh bangsa Yunani 2500 tahun yang lalu tentu saja berbeda dengan ide negara hukum yang berkembang pada abad ke-19 atau 20. Ide negara hukum klasik bangsa Yunani mengandung pemikiran yang masih sederhana, sedangkan ide negara hukum modern yang berkembang pada abad ke-19 dan 20 sudah jauh lebih rumit. Hal ini berarti pengertian dan hakikat negara hukum yang bersifat universal dan belaku sepanjang masa bagi segala bangsa tidak dapat dibakukan. Ide negara hukum adalah ide yang dinamis sehingga pengertian dan hakikat ide negara hukum selalu berkembang seiring dengan perkembangan zaman. Dalam hal ini, Sunarjati Hartono (1982: 13) berpendapat bahwa tidak mungkin membicarakan suatu konsepsi negara hukum yang dapat berlaku bagi semua bangsa dan di semua negara.

Ide negara hukum sesungguhnya merupakan gambaran bentuk negara ideal yang dapat dipikirkan oleh manusia pada masa tertentu, meskipun manusia selalu saja gagal mewujudkan bentuk negara ideal tersebut dalam kenyataan. Kegagalan manusia untuk mewujudkan ide negara hukum tidak menjadikan ide ini kehilangan makna dan relevansi untuk dibicarakan serta ilmiah atau akademik ataupun demi tujuan praktis. Gaung semangat ide negara hukum masih tetap relevan bagi kehidupan manusia sampai sekarang sebab ide ini mengandung semangat yang selalu relevan dan penting bagi kehidupan manusia sepanjang masa, yaitu semangat menentang kesewenang-wenangan penguasa yang setiap saat dapat terjadi di belahan bumi mana pun. Dalam perspektif tersebut, ide negara hukum dapat dipandang sebagai bintang pemandu yang dapat memberikan inspirasi dan dorongan semangat menentang kesewenang-wenangan penguasa demi mewujudkan kehidupan manusia yang lebih baik dan layak.

Sebagaimana dikemukakan di atas, gambaran negara ideal dalam ide negara hukum selalu berbeda bagi tiap bangsa pada tiap zaman karena gambaran ini selalu berkaitan dengan konteks perkembangan masyarakat yang bersangkutan. Semakin maju taraf perkembangan suatu masyarakat (bangsa), akan semakin kompleks ide negara hukumnya. Hal itu berarti bahwa kompleksitas bentuk negara ideal yang terkandung di dalam ide negara hukum berkaitan erat dengan taraf perkembangan masyarakat atau bangsa yang bersangkutan. Dalam hubungan ini, Padmo Wahyono (1982:1) mengemukakan bahwa pengertian ide atau konsepsi negara hukum selalu berkembang sesuai dengan tingkat kecerdasan bangsa yang bersangkutan. Dengan demikian, ide negara hukum sebagai bentuk negara ideal bukan merupakan ide yang sudah jadi, melainkan ide yang dinamis sehingga tidak akan pernah bersidat baku dan selalu

berkembang. Ide negara hukum tersebut akan terus berkembang sesuai perkembangan masyarakat atau zaman, seperti halnya ide demokrasi yang terus berkembang.

Perbedaan gagasan mengenai bentuk negara ideal yang terkandung di dalam ide negara hukum sebagai bentuk negara ideal terjadi karena beberapa faktor penyebab. Menurut penulis, faktor penyebab pertama adalah perbedaan sejarah peradaban (kebudayaan) bangsa yang bersangkutan. Selain itu, ada faktor penyebab kedua, yaitu perbedaan filsafat kenegaraan tiap bangsa. Perbedaan ide negara hukum akibat perbedaan kedua faktor yang dikemukakan di atas dapat diketahui dari hasil perbandingan latar belakang kelahiran ide negara hukum klasik bangsa Yunani Kuno dengan ide negara hukum Eropa Barat yang berkembang pada abad ke-17 dan 18.

Selain perbedaan-perbedaan di atas, tentu saja ada persamaan ide negara hukum Yunani Kuno dan Eropa Barat. Persamaan ide negara hukum yang berkembang pada kedua zaman yang berbeda tersebut terletak pada persamaan latar belakang motivasi kelahiran ide negara hukum tersebut. Baik ide negara hukum klasik Yunani Kuno maupun ide negara hukum Eropa Barat lahir dari latar belakang kesewenang-wenangan penguasa. Kelahiran ide negara hukum seolah-olah merupakan panggilan setiap zaman ketika kesewenang-wenangan terjadi.

Ide negara hukum klasik bangsa Yunani Kuno lahir sebagai reaksi terhadap kesewenang-wenangan penguasa pada masa itu sehingga ide negara hukum ini dapat dipahami sebagai antitesis kesewenang-wenangan penguasa tersebut. Demikian pula ide negara hukum Eropa yang berkembang pada abad ke-17 dan 18, lahir sebagai reaksi menentang kesewenang-wenangan raja yang berkuasa secara mutlak di Eropa pada zaman itu. Kekuasaan absolut raja pada masa tersebut merupakan gejala umum yang

terjadi hampir di seluruh benua Eropa, meliputi Prancis, Belanda, Spanyol, dan Inggris (Azahary, 1995: 34-35). Hal itu menjadi alasan untuk mengatakan bahwa ide negara hukum yang berkembang di Eropa pada masa itu merupakan antitesis kesewenang-wenangan para penguasa di Eropa Barat pada abad ke-17 dan 18, seperti yang terjadi pada zaman Yunani Kuno.

B. Ide Negara Hukum Klasik Menurut Plato

Ide negara hukum berkembang secara bertahap dalam rentang waktu yang sangat panjang karena ide negara hukum sudah dikenal sejak 2500 tahun yang lalu atau sekitar 500 tahun sebelum Masehi oleh bangsa Yunani Kuno. Kelahiran ide negara hukum dalam peradaban Yunani Kuno merupakan bukti sejarah bahwa ide (gagasan) negara hukum sungguh-sungguh merupakan produk sejarah (Kusnardi dan Ibrahim, 1998: 129). Sepanjang yang dapat diketahui, ide negara hukum pertama kali dikemukakan oleh Plato, seorang ahli pikir bangsa Yunani, dalam karyanya *Politeia (the Republic)*, *Politicos (the Stateman)*, dan *Nomoi (the Law)*.

Ide negara hukum menurut gagasan Plato mengandung gambaran suatu bentuk negara ideal. Gambaran suatu bentuk negara ideal Plato tersebut sesungguhnya berbeda jauh dengan kondisi dan keadaan negara kota Athena pada zamannya. Pada zaman itu, raja yang berkuasa di negara kota Athena merupakan penguasa yang lalim dan sewenang-wenang (Kusnardi dan Ibrahim, 1998: 19). Plato turut merasa prihatin melihat situasi dan kondisi negara kota Athena yang dipimpin oleh para penguasa yang bengis dan kejam.

Sebagai wujud keprihatinannya, Plato kemudian mengemukakan gagasannya mengenai suatu bentuk negara ideal bagi negara kota Athena. Gagasan mengenai bentuk

negara ideal menurut Plato berupa negara yang bebas dari penguasa dan pemimpin yang rakus dan jahat (Kusnardi dan Ibrahim, 1998: 38-39). Negara ideal Plato tersebut adalah negara hukum. Ide (gagasan) negara hukum Plato, yang mengandung pemikiran mengenai suatu bentuk negara ideal, sesuai dengan situasi dan kondisi zaman pada masanya. Plato mengidam-idamkan suatu bentuk negara yang damai dan penuh rasa kekeluargaan. Gagasan Plato itu dapat dipandang sebagai sumbangsih pemikirannya terhadap keadaan memprihatinkan yang terjadi di negara kota Athena.

Gambaran bentuk negara ideal dalam ide negara hukum Plato bertitik tolak dari konsep keluarga. Bagi Plato, negara adalah suatu bentuk komunitas etis, suatu keluarga. Dalam negara sebagai suatu komunitas etis yang menurut Plato dipersamakan dengan keluarga, semua orang adalah bersaudara (Kusnardi dan Ibrahim, 1998: 38-39). Gambaran negara sebagai suatu komunitas keluarga menunjukkan betapa Plato menghendaki suatu kehidupan yang tenang dan damai ibarat suatu keluarga. Gagasan Plato mengenai negara sebagai suatu keluarga yang menjadikan semua orang bersaudara tersebut mengandung konsekuensi terhadap hakikat negara sebagai suatu bentuk kehidupan bersama. Pandangan Plato yang menganggap negara sebagai sebuah keluarga mengisyaratkan bahwa, dalam pemikiran Plato, kekuasaan bukan merupakan unsur esensial suatu negara. Esensi negara sesuai dengan pandangan Plato yang dikemukakan di atas adalah suatu ikatan atau hubungan yang sangat erat dan akrab di antara orang-orang yang hidup bersama. Hal itu dapat dijadikan indikasi untuk mengemukakan bahwa, dalam pemikiran Plato, penggunaan kekuasaan untuk mengurus negara sebisa mungkin harus dihindari.

Unsur esensial dalam suatu negara menurut pemikiran Plato adalah kekeluargaan dan persaudaraan, bukan kekuasaan, bukan kekuasaan. Dalam suatu keluarga yang didasari rasa persaudaraan, pemimpin (penguasa) harus bertindak seperti seorang kepala keluarga. Seorang kepala keluarga tentu saja tidak perlu selalu menggunakan kekuasaan terhadap setiap anggota keluarga yang dianggap melakukan kesalahan. Menurut jalan pikiran Plato, penguasa sebaiknya bertindak seperti seorang kepala keluarga yang harus mengayomi dan memberikan arahan kepada setiap anggota keluarga. Dengan demikian, seorang penguasa yang bertindak seperti seorang kepala keluarga tidak mungkin menindas rakyat yang dianggap sebagai anggota keluarganya. Pandangan Plato itu tentu saja berbeda dengan pandangan Machiavelli, Shang Yang, atau Thomas Hobbes dan pandangan zaman modern yang menganggap kekuasaan sebagai unsur esensial suatu negara.

Sesuai dengan ide negara (hukum) yang diutarakan di atas, Plato berpendapat bahwa negara tidak boleh terlalu luas ataupun kecil. Logika Plato itu dapat dengan mudah dipahami, sesuai dengan konteks zaman pada waktu itu. Jika ukuran sebuah negara terlampau besar, negara tersebut akan sulit memelihara kesatuan dan persatuan. Sebaliknya, jika ukuran sebuah negara terlalu kecil, negara tersebut akan sulit mempertahankan diri dari serangan musuh. Dengan perkataan lain, dapat dikemukakan bahwa bentuk negara kota merupakan ukuran negara yang ideal dalam pandangan Plato, sekalipun jika ditinjau dari segi praktiknya, penyelenggaraan negara kota Athena tidak sesuai dengan gambaran ideal Plato. Bahkan, situasi dan kondisi serta praktik penyelenggaraan negara di Athena membuat Plato kecewa sekaligus prihatin.

Menurut Plato, asal mula negara berupa keinginan dan kebutuhan manusia yang begitu banyak dan beraneka ragam. Kebutuhan dan keinginan yang banyak itu tidak dapat dan tidak mungkin dipenuhi jika hanya berdasarkan kekuatan dan kemampuan sendiri (Kusnardi dan Ibrahim, 1998: 38-39). Keadaan itu mendorong manusia untuk bekerjasama agar keinginan dan kebutuhannya terpenuhi. Persekutuan hidup dan kerja sama seperti itu kemudian berkembang menjadi negara. Dengan perkataan lain, Plato berpendapat bahwa negara didirikan oleh manusia dan untuk kepentingan manusia.

Bentuk negara ideal Plato pertama kali dikemukakan dalam karya berjudul *Politeia (The Republic)*. Dalam gagasan negara ideal Plato, penguasa yang memerintah seharusnya memiliki moralitas yang baik dan terpuji serta memiliki kebijakan dan segala macam ilmu pengetahuan, terutama ilmu pemerintahan. Unsur penguasaan ilmu pemerintahan sangat penting bagi Plato sebab jika para penguasa menguasai ilmu pemerintahan, mereka akan dapat memimpin dengan baik agar dapat mencapai kesejahteraan umum (kesejahteraan bersama). Siapakah penguasa yang mampu menguasai ilmu pemerintahan tersebut? Menurut Plato, penguasa yang dapat mengetahui pengetahuan untuk memerintah dengan arif dan bijaksana adalah penguasa yang telah menguasai ilmu filsafat (filsuf). Oleh sebab itu, bagi Plato, tipe ideal seorang penguasa adalah seorang filsuf. Menurut Plato, hanya filsuf yang pantas menjadi raja.

Dalam gagasan negara ideal Plato, hukum tidak perlu diberlakukan terhadap penguasa (raja) karena penguasa adalah orang yang arif dan bijaksana serta menguasai pengetahuan memerintah sehingga tidak mungkin berbuat kesalahan. Sebagai seorang filsuf-raja, sang penguasa merupakan orang terpilih secara moral dan pengetahuan sehingga dianggap tidak mungkin menyalahgunakan kedudukan dan wewenangnya. Atas

dasar itu. Plato berpendapat bahwa hukum tidak perlu dan tidak berguna bagi seorang penguasa (filsuf-raja). Gagasan filsuf-raja ini ditawarkan oleh Plato sebagai formula untuk mencegah kelahiran bentuk pemerintahan yang rakus dan jahat seperti yang berlangsung di negara kota Athena.

Gagasan negara ideal dalam *Politea (The Republic)* yang dikemukakan di atas tidak pernah dapat dilaksanakan dalam kenyataan sebab tidak memungkinkan untuk mencari penguasa sempurna yang bebas dari hawa nafsu dan kepentingan pribadi. Kegagalan dalam mewujudkan negara hukum ideal bentuk pertama tersebut memicu Plato untuk beranjak kepada gagasan negara ideal bentuk kedua yang ia kemukakan dalam *Politicos*. Gagasan Plato yang terlalu ideal menjadikan gagasan tersebut mustahil diwujudkan dalam kenyataan. Namun, sebagai sebuah gagasan, ide negara hukum Plato merupakan ide yang sangat berguna dalam studi filsafat politik ataupun ilmu kenegaraan.

Dalam *Politicos (The Stateman)*, Plato sudah memberikan perhatian yang cukup penting terhadap hukum sebagai instrumen penyelenggaraan negara. Namun, fungsi dan kedudukan hukum dalam gagasan Plato tersebut belum sama seperti dalam ide negara hukum di zaman modern. Dalam *Politicos*, hukum tidak diberlakukan terhadap penguasa (raja), hanya kepada rakyat. Hukum hanya berlaku sepihak, yaitu berlaku bagi yang diperintah, sedangkan sang filsuf-raja sebagai penguasa tidak terikat pada hukum (Kursnardi dan Ibrahim, 1998: 38-39). Apa sebab hukum tidak diberlakukan terhadap penguasa? Hukum tidak perlu diberlakukan terhadap sang penguasa karena ia merupakan orang pilihan yang arif, bijaksana, dan memiliki pengetahuan mengenai ilmu pemerintahan sehingga dianggap tidak mungkin menyalahgunakan kedudukan dan kewenangannya. Namun, dalam kenyataan, para penguasa tidak selalu memiliki

pengetahuan yang murni mengenai ilmu pemerintahan secara sempurana sehingga hukum perlu ditegakkan dan undang-undang perlu dibuat agar para penguasa harus memerintah berdasarkan hukum (Kusnardi dan Ibrahim, 1998: 38-39).

Kedudukan dan fungsi hukum yang sangat penting baru tampak dalam karya Plato berikutnya, *Nomoi (The Law)*. Plato menulis *Nomoi* dalam usia lanjut dan dalam karyanya itu, pendiriannya sudah berubah. Ia sudah memberikan perhatian dan arti penting terhadap hukum. Plato mengemukakan bahwa penyelenggaraan pemerintahan yang baik diatur oleh hukum (Azahry, 1995: 20). Bagi Plato, hukum bukanlah semata-mata bertujuan untuk memelihara ketertiban dan menjaga stabilitas negara. Seperti halnya salah satu fungsi hukum klasik dalam teori zaman modern, hukum terutama berfungsi menolong setiap warga negara untuk mencapai keutamaan atau kebijakan pokok sehingga akhirnya layak menjadi warga negara dalam negara ideal. Dalam hubungannya dengan pandangan Plato mengenai fungsi hukum tersebut, J.H. Rapar (2001: 83) mengemukakan, “Jadi, hukum dan undang-undang (dalam pandangan Plato) erat bersangkutan-paut dengan kehidupan moral setiap warga negara.” Gagasan Plato mengenai fungsi hukum yang dapat dipergunakan sebagai instrumen oleh penguasa untuk membantu dan mendidik warga negara untuk menjadi bermoral itu dapat dipandang sebagai pembuka jalan diskursus mengenai hubungan hukum dengan moral. Dalam kajian filsafat hukum, diskursus tentang hubungan hukum positif dengan moral merupakan salah satu topik yang sangat menarik.

C. Ide Negara Hukum Klasik Menurut Aristoteles

Gagasan negara hukum Plato kemudian dikembangkan oleh Aristoteles, salah satu murid Plato (Azahary, 1995: 35). Meskipun Aristoteles berguru kepada Plato, tidak berarti ajarannya mutlak mengikuti ajaran gurunya, bahkan berbeda. Sebagai contoh, pandangan Aristoteles mengenai tujuan negara berbeda dengan Plato. Menurut Aristoteles, *tujuan negara adalah kebaikan yang tertinggi bagi semua warga negara*, sedangkan menurut Plato, *tujuan negara adalah kebahagiaan warga negara*. Demikian pula pandangan Aristoteles mengenai hakikat negara berbeda dengan Plato. Ajaran Aristoteles mengenai hakikat negara berbeda dengan Plato. Ajaran Aristoteles mengenai negara merupakan ajaran yang bersifat organik, sedangkan ajaran Plato bersifat fungsional.

Gagasan, negara hukum Aristoteles akan dapat lebih dipahami dengan baik jika lebih dahulu memahami pandangannya mengenai proses pembentukan negara. Dalam pandangan Aristoteles, proses pembentukan negara berlangsung secara bertahap dan sosiologis. Proses pembentukan negara dimulai dari pembentukan persekutuan hidup yang paling rendah, yaitu keluarga. Jika keluarga kemudian semakin berkembang, terjadilah proses pembentukan persekutuan hidup tahap kedua, yaitu desa. Jika desa kemudian semakin berkembang secara sosiologis dan menjadi banyak, akan terjadi proses pembentukan persekutuan hidup tahap ketiga, yaitu negara, yang merupakan bentuk persekutuan hidup yang paling tinggi.

Persekutuan hidup tahap yang pertama dibentuk oleh manusia menurut Aristoteles adalah keluarga (Rapar, 2001:171). Pembentukan keluarga sebagai persekutuan hidup yang paling awal merupakan proses sosiologis yang berlangsung alamiah dan naluriah. Keluarga kemudian berkembang menjadi bentuk persekutuan hidup tahap kedua yang

lebih tinggi tarafnya, yaitu desa. Proses pembentukan desa juga berlangsung secara sosiologis dan alamiah seperti halnya proses pembentukan keluarga. Pembentukan desa secara alamiah didorong oleh berbagai faktor dan mengikuti naluri manusia yang cenderung hidup berkelompok-kelompok. Sesudah desa terbentuk, barulah berkembang bentuk persekutuan hidup tahap ketiga yang lebih tinggi, yaitu negara. Pembentukan negara juga berlangsung secara sosiologis dan naluriah seperti halnya proses pembentukan keluarga dan desa yang dikemukakan di atas.

Aristoteles mengemukakan bahwa negara adalah persekutuan hidup yang berbentuk *polis (he koinonia politike)* (Rapar, 2001: 171). Aristoteles berpendapat bahwa *polis*, yang dalam ilmu kenegaraan berarti *negara kota*, merupakan bentuk persekutuan hidup tertinggi yang mengatasi segala bentuk persekutuan hidup. Sebagai bentuk persekutuan hidup tertinggi, negara memiliki tujuan paling tinggi, mulia dan luhur dibanding bentuk persekutuan hidup keluarga dan desa.

Di atas telah dikemukakan bahwa tujuan negara menurut Aristoteles adalah memberikan kebaikan tertinggi bagi warga negara (Rapa, 2001: 175). Aristoteles sama sekali tidak bermaksud untuk mengemukakan ajaran kekuasaan negara yang bersifat mutlak. Ide negara hukum yang diajarkan Aristoteles merupakan gambaran ajarannya mengenai cara yang dapat ditempuh oleh negara untuk mewujudkan tujuannya, yaitu memberikan kebaikan tertinggi kepada warga negaranya.

Bentuk negara ideal yang bagaimanakah yang dianggap dapat mewujudkan tujuan negara menurut Aristoteles tersebut? Dalam rangka mencapai tujuan negara untuk memberikan kebaikan tertinggi kepada warga negara, Aristoteles mengemukakan bermacam bentuk negara ideal. Bentuk negara yang ideal menurut Aristoteles tersebut

ditentukan berdasarkan kriteria tertentu. Ada dua kriteria yang ditetapkan oleh Aristoteles untuk menentukan bentuk negara ideal. Kedua kriteria tersebut berpatokan pada: (a) jumlah orang yang memegang kekuasaan; dan (b) tujuan pemerintah untuk kepentingan umum atau pribadi (Rapar, 2001: 178).

Sesuai dengan kedua kriteria di atas, menurut Aristoteles ada tiga bentuk negara ideal. Ketiga bentuk negara ideal tersebut adalah *monarki*, *aristokrasi*, dan *politeia* (Rapar, 2001: 179). Ketiga bentuk negara ideal tersebut kemudian memiliki bentuk-bentuk penyimpangan, berupa tiga bentuk negara yang merupakan degradasi dari tiap bentuk idealnya. Ketiga bentuk negara yang merupakan penyimpangan dari bentuk negara ideal tersebut adalah *tirani*, *oligarki*, dan *demokrasi* (Rapar, 2001: 182-183).

Bentuk monarki merupakan bentuk negara ideal bagi Aristoteles (Rapar, 2001: 182-183). Sebagai bentuk negara, monarki dipimpin seorang filsuf-raja sebagai figur penguasa idaman. Filsuf-raja merupakan pribadi paling unggul dalam hal kebajikan. Menurut Aristoteles, tidak ada figur penguasa lain yang lebih baik daripada filsuf-raja. Menurutnya, negara yang dipimpin oleh seorang filsuf-raja akan mencapai tujuannya, yaitu memberikan kebaikan tertinggi bagi semua warga negara. Dengan deskripsi raja sebagai penguasa ideal seperti dikemukakan Aristoteles, raja berkuasa bukan semata-mata untuk kepentingan pribadi, tetapi juga untuk kepentingan umum. Namun, dalam kenyataannya mustahil untuk menemukan figur penguasa ideal sebagai filsuf-raja seperti dikehendaki oleh Aristoteles.

Negara ideal yang dicita-citakan Aristoteles ternyata sangat sulit diwujudkan. Aristoteles kemudian beranjak kepada bentuk negara ideal kedua, yaitu *aristokrasi*. Dalam *aristokrasi*, negara dipimpin oleh sekelompok orang yang paling baik, sesuai

pengertian *aristos*, yaitu paling baik (Rapar, 2001: 182-183). Orang-orang terbaik (*aristokrat*) akan memimpin negara demi kepentingan, kebaikan, dan kesejahteraan umum. Namun, harus diakui bahwa mencari orang yang arif dan bijak secara praktis tidak mudah dilakukan. Oleh karena itu, gagasan negara ideal aristokrasi pun ternyata sangat sulit diwujudkan.

Kendala dalam mewujudkan bentuk-bentuk negara ideal seperti dikemukakan di atas membuat Aristoteles beranjak pada bentuk negara ideal ketiga, yaitu *politea*. Bagi Aristoteles, *politea* sesungguhnya bukan merupakan bentuk negara yang paling realistis. Dengan gagasan bentuk negara *politea*, Aristoteles tiba pada gagasan (pemikiran) negara hukum karena negara berdasarkan hukum adalah makna dari istilah *politea*.

Politea adalah kata berasal dari Yunani yang berarti konstitusi (Rapar, 2001: 182-183). *Politea* merupakan pemerintahan dengan kekuasaan tertinggi berada di tangan seluruh warga negara. Pelaksanaan pemerintahan yang berdasarkan konstitusi seperti itu bertujuan demi kepentingan, kebaikan, dan kesejahteraan umum. Oleh sebab itu, Aristoteles sangat menganjurkan *politea* dalam arti suatu pemerintahan yang berdasarkan konstitusi seperti itu sebagai bentuk pemerintahan yang paling realistis, meskipun bukan yang paling ideal.

Dalam negara *politea*, hukum harus menjadi sumber kekuasaan para penguasa agar pemerintahannya terarah pada pemenuhan kepentingan, kebaikan, dan kesejahteraan umum (Rapa, 2001: 182-183). Sebagai sumber kekuasaan, hukum tidak hanya memiliki kedaulatan dan kewibawaan yang tertinggi, tetapi juga harus menjadi dasar dan landasarn kehidupan bernegara. Hukum berlaku bagi yang memerintah dan juga yang diperintah sehingga kedua pihak ini sama-sama memiliki kedudukan hukum (Rapar, 2001: 182-

183). Dengan gagasan negara yang berkonstitusi (*politea*), Aristoteles secara implisit dan eksplisit telah memberikan pengakuan bahwa pemerintahan yang dibatasi konstitusi merupakan pemerintahan paling baik yang dapat diwujudkan secara nyata.

Bagi Aristoteles, hukum adalah akal atau kecerdasan yang tidak dapat dipengaruhi oleh keinginan atau nafsu (Rapar, 2001: 182-183). Jika negara diselenggarakan berdasarkan hukum, penyelenggaraan negara tidak dapat dipengaruhi oleh keinginan atau nafsunya, moralitas terpuji dan keadaban tinggi yang sanggup mencegah para penguasa dipengaruhi oleh godaan kesewenang-wenangan akan serta-merta tumbuh. Gambaran seperti itulah yang dikehendaki oleh Aristoteles, hukum yang memegang kedaulatan tinggi alih-alih manusia karena kearifan seorang penguasa tidak mungkin dapat menggantikan hukum (Rapar, 2001: 182-183).

Aristoteles merupakan filsuf terakhir yang membicarakan ide negara hukum sehingga ia dapat dianggap sebagai penutup diskursus mengenai ide negara hukum klasik. Setelah zaman Aristoteles, ide negara hukum tidak pernah lagi diperbincangkan serta tidak mendapatkan perhatian dari para ahli pikir (filsuf) selama beberapa abad setelahnya. Barulah pada abad ke-17 dan 18, ide negara hukum kembali diperbincangkan di Eropa Barat.

BAB II

PERKEMBANGAN IDE NEGARA HUKUM PADA ZAMAN MODERN DI EROPA BARAT

A. Ide Negara Hukum Penjaga Malam sebagai Negara Hukum Berdimensi Politis

Gagasan negara hukum baru muncul kembali kira-kira abad ke 17-18 di Eropa Barat. Kemunculan ide negara hukum tersebut dilatarbelakangi oleh situasi dan kondisi Eropa Barat yang mirip dengan situasi dan kondisi zaman Yunani Kuno, yaitu kesewenang-wenangan penguasa. Kesewenang-wenangan penguasa (raja) terjadi karena kekuasaan raja bersifat absolut (Joeniarso, 1968: 9). Kekuasaan penguasa yang tanpa batas (absolut) dan kontrol dari rakyat atau dari lembaga lain menjadi faktor penyebab raja menjadi sewenang-wenang. Kemunculan kembali gagasan negara hukum merupakan reaksi yang bertujuan untuk menentang kekuasaan raja yang absolut tersebut (Hadjon, 1997: 72).

Kesewenang-wenangan penguasa yang menimbulkan penderitaan bagi rakyat mendorong para ahli pikir untuk menggagas suatu bentuk negara ideal yang dapat mencegah pemerintahan yang sewenang-wenang dan menindas rakyat. John Locke, Montesquieu, dan Rosseau adalah ahli-ahli pikir yang mengemukakan gagasan tentang pembatasan kekuasaan raja (penguasa) dengan berbagai cara yang berbeda. Karya-karya ahli pikir seperti John Locke, Montesquie, dan Rosseau dapat disebut sebagai karya-karya yang memberikan dasar pembenaran terhadap gerakan-gerakan yang menentang kekuasaan raja yang absolut tersebut.

Two Treaties of Civil Government karya John Locke dapat dianggap sebagai dasar pembenar Revolusi Inggris yang berlangsung tahun 1688-1689. Gagasan John Locke yang sangat penting dan secara langsung bertentangan dengan doktrin yang berlaku

umum ketika itu adalah gagasan persamaan kedudukan manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan. Pada masa tersebut, doktrin persamaan kedudukan merupakan wawasan yang baru yang bersifat revolusioner karena pada umumnya gagasan persamaan kedudukan belum dikenal sama sekali. Doktrin yang dominan ketika itu adalah doktrin tentang kedudukan raja yang lebih tinggi daripada rakyat sehingga penguasa raja atas rakyat dianggap sebagai sesuatu yang sudah sesuai dengan kodrat manusia.

Gagasan John Locke dalam *Two Treaties of Civil Government* tersebut membuka wawasan baru mengenai eksistensi rakyat berhadapan dengan kekuasaan raja. Raja dan rakyat pada dasarnya memiliki kedudukan yang sama sebagai ciptaan Tuhan. Sesuai dengan doktrin persamaan kedudukan John Locke tersebut, hak raja memerintah rakyat tidak semata-mata merupakan pembawaan kodrat karena pada dasarnya tidak ada perbedaan kedudukan antara raja dengan rakyat sebagai makhluk ciptaan Tuhan. Dengan perkataan lain, secara kodrat, raja pernyataan John Locke (2002: 25) yang bersifat provoaktif jika dipandang dari konteks zaman pada waktu itu adalah pernyataan berikut.

“...tidak ada orang yang lebih berkuasa daripada yang lain, tidak yang lebih jelas nyata daripada bahwa mereka adalah makhluk-makhluk dari spesies-spesies dan peringkat yang sama, yang lahir dari perkawinan dengan siapa pun juga untuk menikmati manfaat-manfaat alam yang sama, dan penggunaan daya-daya kemampuan yang sama. Maka, mereka harus sederajat yang satu terhadap yang lain, tanpa yang satu dibawahkan atau ditundukkan oleh yang lain...”

Ajaran persamaan kedudukan John Locke di atas pada dasarnya merupakan ajaran yang kontroversial pada zamannya dan secara langsung dapat menggoyahkan eksistensi tahta dan raja sebab ajaran seperti itu dapat menimbulkan kesadaran baru bagi rakyat tentang hak raja untuk berkuasa atas segenap rakyat. Dengan perkataan lain, secara tidak langsung John Locke mengajarkan bahwa keabsahan kekuasaan raja atas rakyat tidak lain karena raja mendapat persetujuan (dukungan) dari rakyat. Ajaran John Locke tersebut

secara langsung menyerang sendi-sendi doktrin yang memberikan justifikasi (keabsahan) pada kedudukan raja sebagai penguasa yang sudah berlangsung berabad-abad, yakni doktrin kedaulatan Tuhan. Jika doktrin yang memberikan keabsahan kedudukan raja dan tahta itu dibongkar dan dipertanyakan keabsahannya oleh rakyat, dengan sendirinya hal itu akan berarti tujian untuk menggoyahkan kedudukan raja.

Ajaran persamaan kedudukan John Locke lebih jauh akan berimplikasi terhadap kewajiban raja. Jika bertitik tolak dari teori persamaan kedudukan John Locke tersebut, hak raja untuk memerintahkan rakyat bukan semata-mata karena raja memiliki hak istimewa dari Tuhan sebagai ahli waris Tuhan seperti diajarkan Robert Filmer, tetapi karena dukungan dan persetujuan rakyat. Sebagai konsekuensinya, raja memiliki kewajiban untuk menghormati hak-hak rakyat yang telah memberikan dukungan terhadap raja. Kewajiban untuk menghormati hak-hak rakyat tersebut sesungguhnya sudah harus membuat seorang raja memerintah dengan adil dan tidak sewenang-wenang. Kewajiban raja tersebut menunjukkan sesungguhnya kekuasaan raja merupakan kekuasaan yang terbatas. Bahkan, sebenarnya raja memerintah demi kepentingan rakyat dan bukan untuk kepentingan pribadi dan keluarganya.

Ajaran John Locke secara khusus sesungguhnya dimaksudkan untuk menentang ajaran Robert Filmer yang memberikan dasar pembenar kepada keluarga raja-raja Inggris untuk memegang tampuk kekuasaan (Dunn, 1994: 43). Robert Filmer antara lain mengajarkan bahwa keluarga kerajaan Inggris merupakan ahli waris Tuhan. Doktrin seperti itu memberikan hak-hak istimewa kepada keluarga raja-raja Inggris untuk duduk di atas tahta kerajaan atas dasar hak mewaris dari Tuhan. Sebagai ahli waris Tuhan berarti hanya raja-raja Inggris dan keturunannya yang memiliki hak untuk duduk dan

memerintah sebagai raja. Orang lain yang bukan ahli waris Tuhan dengan sendirinya tidak berhak atas tahta kerajaan sehingga tidak mungkin menjadi raja. Dengan doktrin ahli waris Tuhan yang diajarkan Robert Filmer tersebut, keluarga raja-raja Inggris mendapat dasar pembenaran yang kuat untuk berkuasa. Doktrin Filmer yang bersifat teokratis dan metafisis tersebut secara jelas bertentangan dengan doktrin John Locke mengenai persamaan kedudukan rakyat dan raja yang telah dikemukakan sebelumnya.

Doktrin lain yang turut mendorong kelahiran ide negara hukum di Eropa Barat adalah doktrin pemisahan kekuasaan Montesquieu. Doktrin pemisahan kekuasaan Montesquieu lebih dikenal dengan istilah *Trias Politica* (*Tiga Cabang Kekuasaan*). Ajaran (doktrin) *Trias Politica* Montesquieu bertujuan untuk menentang raja yang absolut demi memberikan perlindungan terhadap hak-hak individu. Sesuai dengan pengalaman Montesquieu, kekuasaan raja yang absolut akan menimbulkan kesewenang-wenangan yang pada akhirnya akan menindas hak-hak individu. Montesquieu mengemukakan sebagai berikut.

“Again there is no liberty, if the judiciary power be not separated from legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control, for the judge would then be the legislator. Were it joined with the executive power, the judge might behave with violence and oppression.” (Tidak ada kebebasan jika kekuasaan yudisial tidak dipisahkan dari kekuasaan legislatif dan eksekutif, kehidupan dan kebebasan warga negara akan diperhadapkan pada pengawasan yang sewenang-wenang karena hakim menjadi pembentuk undang-undang. Jika kekuasaan yudisial bersatu dengan kekuasaan eksekutif, hakim akan berperilaku jahat dan kejam).

Ajaran yang dikemukakan di atas menunjukkan bahwa Montesquieu menghendaki pemisahan cabang kekuasaan negara menjadi tiga cabang dengan ruang lingkup kewenangan masing-masing, yaitu : (1) cabang kekuasaan legislatif yang berfungsi membuat undang-undang; (2) cabang kekuasaan eksekutif yang berfungsi menjalankan

undang-undan; (3) kekuasaan yudisial yang berfungsi untuk menindak semua perbuatan yang melanggar undang-undang. Masing-masing kekuasaan diselenggarakan oleh suatu badan yang terpisah, yaitu badan legislatif, eksekutif, dan yudisial. Doktrin pemisahan kekuasaan Montesquieu dan doktrin persamaan kedudukan John Locke yang dikemukakan di atas ikut mendorong kelahiran kembali ide negara hukum di Eropa Barat. Hal itu tampak pada kedua unsur ide negara hukum klasik atau negara hukum penjaga malam, yaitu unsur pemisahan kekuasaan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia yang diilhami oleh ajaran kedua ahli tersebut.

Konsepsi negara hukum yang mula-mula berkembang di benua Eropa adalah negara hukum penjaga malam (*nachtwachterstaats*) (Attamimi, 1994: 8-9). Sebutan negara penjaga malam didasarkan pada fungsi yang harus dijalankan oleh negara (penguasa) dalam suatu negara, tugas utama negara adalah memelihara ketertiban dan ketenteraman, sedangkan urusan perekonomian dan kesejahteraan rakyat dianggap merupakan urusan masing-masing individu. Ketertiban dan ketenteraman perlu dijaga oleh negara atau penguasa supaya masing-masing individu dapat melakukan aktivitas dengan aman untuk memenuhi kebutuhan kehidupannya. Dengan demikian, ide negara hukum penjaga malam menghendaki pemisahan tugas negara dan rakyat (*staatsonhouding*).

Proses kemunculan gagasan negara hukum penjaga malam tidak dapat dilepaskan dari konsepsi negara polisi yang umum terjadi di benua Eropa saat itu. Pengamatan kepustakaan menunjukkan bahwa baik dalam praktik maupun dalam pemikiran kenegaraan di Eropa ataupun Inggris, kekuasaan absolut raja-raja timbul dengan bersandar kepada tipe negara polisi (Azahary, 1995). Dalam urusan tipe negara polisi

dengan kekuasaan raja yang absolut, segala urusan diselenggarakan oleh raja tanpa keterlibatan rakyat sehingga segenap kekuasaan berada di tangan raja. Dengan kekuasaan yang absolut, raja dapat melakukan segala macam tindakan dengan alasan demi kepentingan rakyat, sekalipun perbuatan itu sesungguhnya demi kepentingan raja atau keluarganya. Perbuatan raja yang sewenang-wenang mengakibatkan rakyat tertindas karena hak-haknya dilanggar. Sebagai reaksi terhadap kesewenang-wenangan raja dalam negara polisi tersebut, muncul ide negara hukum penjaga malam atau negara hukum klasik (Azhary, 1995).

Ide negara hukum sudah sejak abad ke-17 muncul di Eropa barat, sekalipun istilah negara hukum baru lahir abad ke-19 (Joeniarto, 1968). Sebagaimana dikemukakan sebelumnya, ide negara hukum yang pertama lahir di benua Eropa adalah ide negara penjaga malam (*nachtwachtterstaat*) (Atamimi, 1994). Ide negara hukum penjaga malam dapat juga disebut negara hukum liberal atau negara hukum klasik. Ide negara hukum penjaga malam disebut negara hukum liberal karena yang memperjuangkan gagasan negara penjaga malam adalah golongan masyarakat yang berhaluan liberal (Azhary, 1995). Namun, jika ditinjau dari maksud dan tujuan yang hendak dicapai negara hukum liberal tersebut, ide negara hukum klasik dapat disebut sebagai negara hukum penjaga malam (Attamimi, 1994).

Sebutan negara hukum penjaga malam berkaitan dengan tujuan yang hendak dicapai golongan liberal yang memperjuangkan ide negara hukum liberal. Golongan liberal yang menggagas ide negara hukum liberal sama sekali tidak bertujuan untuk berkuasa. Motif yang mendorong golongan liberal memperjuangkan ide negara hukum sama sekali bukan motif politis, melainkan motif ekonomi. Golongan liberal

memperjuangkan ide negara penjaga malam dengan maksud supaya pemerintah tidak campur tangan dalam kehidupan individu. Jika pemerintah tidak campur tangan dalam kehidupan individu, tiap orang dapat mengembangkan potensi dan talentanya dengan bebas. Jika tiap individu memiliki kebebasan berusaha, kondisi seperti itu akan menguntungkan golongan liberal sebab golongan liberal dapat melaksanakan aktivitasnya di bidang ekonomi dengan aman tanpa campur tangan pemerintah. Bahkan, pemerintah wajib memberikan jaminan keamanan dan ketertiban supaya tiap individu dapat dengan bebas melakukan aktivitas di bidang ekonomi tersebut. Secara singkat dan padat, Azhary (1995) mengemukakan mengenai tujuan golongan liberal, yaitu sebagai berikut.

“Mereka (maksudnya golongan liberal) hanya menginginkan agar hak-hak dan kebebasan pribadi masing-masing tidak diganggu; mereka tidak ingin dirugikan. Yang mereka inginkan hanyalah agar dibebaskan untuk mengurus kepentingannya sendiri, konkretnya ialah agar penyelenggaraan perekonomian atau kemakmuran diserahkan kepada mereka dan negara jangan turut campur dalam penyelenggaraan perekonomian tersebut...”.

Prinsip-prinsip pokok ide negara penjaga malam yang dilatarbelakangi motif kepentingan ekonomi golongan liberal tampak dalam unsur-unsur negara hukum penjaga malam yang terdiri atas dua macam unsur penting. Kedua unsur tersebut satu sama lain berkaitan erat sehingga tidak boleh dipandang secara terpisah. Kedua unsur negara liberal atau negara penjaga malam atau negara hukum klasik tersebut adalah: (1) perlindungan terhadap hak asasi manusia; dan (2) pemisahan kekuasaan (Kusnardi dan Ibrahim, 1988: 112).

Unsur perlindungan hak-hak asasi manusia merupakan soko guru pertama yang menopang ide negara hukum penjaga malam. Perlindungan hak asasi manusia bertujuan untuk memberikan jaminan yang sangat penting bagi setiap untuk melakukan aktivitas di bidang ekonomi secara bebas dan aman seperti dikehendaki golongan liberal. Jika negara

dapat memberikan jaminan terhadap kebebasan untuk melakukan aktivitas ekonomi, jaminan kebebasan itu akan menguntungkan golongan liberal sebagai golongan pemilik modal.

Unsur pemisahan kekuasaan merupakan soko guru kedua yang menopang ide negara hukum penjaga malam. Unsur pemisahan kekuasaan merupakan unsur yang semakin memperkuat jaminan terhadap kebebasan individu dalam melakukan kegiatan di bidang ekonomi sebab pemisahan kekuasaan merupakan mekanisme pengawasan yang dapat mencegah raja untuk bertindak sewenang-wenang. Jika kesewenang-wenangan raja dapat dicegah, kemungkinan pelanggaran terhadap hak-hak individu juga akan dapat dicegah. Jika hak-hak individu terjamin, dengan sendirinya setiap orang dapat dengan aman melaksanakan aktivitas di bidang ekonomi secara bebas.

Tidak terlalu sulit untuk memahami jika praktik negara hukum liberal atau negara hukum penjaga malam seperti dikemukakan di atas kemudian hanya menguntungkan masyarakat pengusaha dan pemilik modal yang menguasai perekonomian. Dengan perkataan lain, negara penjaga malam atau negara hukum liberal ternyata telah membuka kesempatan yang seluas-luasnya bagi golongan liberal untuk menguasai bidang ekonomi karena ada kebebasan berusaha. Hal itu terjadi karena negara sama sekali tidak mau turut campur tangan dalam urusan perekonomian dan kesejahteraan masyarakat. Urusan perekonomian dianggap merupakan urusan masing-masing pribadi sehingga pemerintah tidak perlu ikut campur. Namun, kebebasan yang dituntut golongan liberal (pemilik modal besar) tersebut mengakibatkan golongan borjuis-liberal semakin kaya, sedangkan golongan masyarakat proletar yang jumlahnya lebih besar hidup dalam kekurangan dan

kemiskinan. Oleh sebab itu, dapat dikemukakan bahwa negara hukum liberal telah gagal menyajikan kesejahteraan bagi segenap lapisan masyarakat.

B. Ide Negara Hukum Formal atau Negara Hukum Berdimensi Kepastian Hukum

Kegagalan ide negara hukum liberal untuk mewujudkan kesejahteraan bagi masyarakat mendorong kelahiran ide negara hukum lain yang dianggap lebih baik, yaitu ide negara hukum formal. Ide negara hukum formal masih tetap mempertahankan unsur negara hukum klasik atau negara penjaga malam, tetapi melengkapinya dengan unsur-unsur lain. Penambahan unsur-unsur lain tersebut dimaksudkan untuk lebih dapat memberikan jaminan kebebasan dan perlindungan yang lebih baik kepada individu dari kemungkinan tindakan sewenang-wenang penguasa sekaligus membuka peluang yang terbatas kepada pemerintah untuk turut campur dalam kehidupan individu. Campur tangan pemerintah secara terbatas dalam kehidupan individu dianggap perlu dalam rangka pemerataan pendapatan ekonomi supaya paling tidak kesejahteraan rakyat dapat diselenggarakan.

Pelopor ide negara hukum formal adalah Julius Stahl. Menurut Julius Stahl (Kusnardi dan Ibrahim, 1988: 112), ada empat unsur negara hukum formal, yaitu:

1. Perlindungan terhadap hak asasi manusia (HAM);
2. Pemisahan kekuasaan;
3. Setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan peraturan undang-undang; dan
4. Adanya peradilan administrasi yang berdiri sendiri.

Unsur pertama di atas, yaitu unsur perlindungan terhadap hak asasi manusia merupakan unsur yang diilhami oleh doktrin John Locke. Sebagaimana diketahui, John Locke mengemukakan bahwa manusia memiliki hak-hak alamiah (*natural rights*) yang melekat pada manusia sejak manusia dilahirkan. Hak-hak alamiah itu antara lain adalah hak untuk

hidup, hak kemerdekaan, dan hak untuk memiliki sesuatu. Hak alamiah itu bukan pemberian negara, tetapi melekat pada manusia sesuai dengan harkat dan martabat manusia (Suseno, 1988: 121).

John Locke mengemukakan bahwa hak-hak kodrat itu tidak mungkin dapat dinikmati oleh masing-masing individu jika manusia hidup dalam keadaan alamiah (*status naturalis*). Untuk kepentingan itu, masing-masing individu lalu mengadakan perjanjian yang disebut perjanjian sosial (*social contract*). Perjanjian sosial ini bertujuan untuk mendirikan negara. Dalam perjanjian sosial, masing-masing individu menyerahkan sebagian dari hak-haknya kepada negara supaya negara memiliki hak untuk mengatur kehidupan bersama yang dibentuk berdasarkan perjanjian masyarakat. Menurut Franz Magnis Suseno (1988: 222), ada dua macam hak alamiah yang diserahkan kepada negara, yaitu : (a) hak untuk menentukan sendiri bagaimana mempertahankan diri dan orang-orang lain; dan (b) hak untuk menghukum seorang pelanggar hukum menurut aturan hukum kodrat. Hak-hak lain yang dimiliki individu tetap melekat pada individu. Dengan demikian, kekuasaan negara (penguasa) menurut John Locke adalah kekuasaan yang terbatas dan bukan kekuasaan absolut seperti diajarkan Robert Filmer (Suseno, 1988: 222).

Setelah negara berdiri berdasarkan perjanjian masyarakat, hak-hak kodrat masing-masing individu tetap melekat pada individu tersebut. Hak-hak kodrat itu tetap diakui oleh penguasa. Bahkan, untuk lebih memberikan kedudukan yang lebih kuat kepada hak-hak kodrat, dilakukan pengaturan mengenai hak-hak kodrat tersebut dalam konstitusi atau dituangkan dalam suatu piagam. Hak-hak kodrat yang diatur dalam konstitusi atau piagam itulah yang kemudian disebut sebagai hak-hak asasi manusia.

Unsur kedua, yaitu pemisahan kekuasaan merupakan unsur yang diilhami oleh pemikiran Montesquieu. Sebagaimana diketahui, Montesquieu terkenal dengan doktrin *Trias Politica (Tiga Cabang Kekuasaan)* yang lazim dikenal dengan doktrin pemisahan kekuasaan. Doktrin Trias Politica Montesquieu dimaksudkan untuk mencegah kemungkinan tindakan sewenang-wenang penguasa. Dalam pandangan Montesquieu, kesewenang-wenangan penguasa lahir karena ada kekuasaan yang bersifat mutlak di tangan penguasa. Oleh sebab itu, untuk mencegah kemungkinan kesewenang-wenangan penguasa, Montesquieu menawarkan formula pemisahan kekuasaan. Doktrin pemisahan kekuasaan diharapkan dapat membuat kekuasaan penguasa menjadi terbatas karena tidak dapat mencampuri kewenangan pihak lain sehingga dengan kekuasaan yang terbatas tersebut tidak terjadi kesewenang-wenangan.

Kedua unsur di atas sudah dibahas pada bagian sebelumnya. Dalam hubungan ini yang ingin dikemukakan adalah bahwa kedua unsur tersebut yang dipertahankan dalam negara hukum formal sesungguhnya merupakan kelanjutan dari unsur negara hukum penjaga malam (negara hukum klasik atau negara hukum liberal) yang sudah dikemukakan di atas.

Sementara itu, kedua unsur yang disebut terakhir, yaitu unsur: (c) tindakan pemerintah harus didasarkan pada peraturan undang-undang; dan (d) peradilan administrasi yang berdiri sendiri merupakan gagasan baru yang bertujuan untuk melengkapi dan menyempurnakan unsur-unsur negara penjaga malam. Kedua unsur ide negara hukum formal yang baru tersebut sesungguhnya juga merupakan sarana untuk membatasi kekuasaan penguasa dengan tujuan memberikan perlindungan terhadap hak-hak individu. Dengan demikian, dari segi tujuan dapat dikatakan bahwa sesungguhnya

tidak ada perbedaan yang hakiki antara ide negara penjaga malam dengan ide negara hukum formal, yaitu untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak individu yang berhadapan dengan penguasa yang sewaktu-waktu cenderung bertindak sewenang-wenang.

Unsur ketiga negara hukum formal, yaitu asas legalitas diilhami oleh pemikiran untuk membatasi kekuasaan penguasa dengan bersarkan hukum. Pembatasan ini dianggap penting untuk mengimbangi kewenangan yang diberikan kepada pemerintah untuk ikut serta turut campur tangan dalam kehidupan pribadi, meskipun secara terbatas. Pembatasan kewenangan penguasa berdasarkan undang-undang untuk campur tangan dalam ranah kehidupan pribadi dimaksudkan untuk mencegah penguasa melanggar hak-hak individu. Meskipun penguasa diberi kewenangan untuk campur tangan dalam kehidupan pribadi, kewenangan tersebut diatur dalam undang-undang. Dengan perkataan lain, undang-undang merupakan landasan keabsahan campur tangan penguasa dalam ranah kehidupan pribadi. Di luar kewenangan yang diberikan oleh undang-undang, campur tangan penguasa dalam kehidupan pribadi harus dianggap sebagai suatu pelanggaran terhadap hak-hak individu.

Unsur keempat, yaitu unsur peradilan administrasi negara merupakan unsur yang diilhami oleh pemikiran (doktrin) bahwa negara (pemerintah) adalah subjek hukum (badan hukum) yang tidak kebal hukum. Sebagai subjek hukum, negara adalah pribadi hukum yang memiliki hak dan kewajiban seperti pribadi hukum manusia. Sebagai subjek hukum, negara dan manusia dapat melakukan perbuatan-perbuatan hukum yang menimbulkan akibat-akibat hukum berdasarkan hak dan kewajibannya. Setiap perbuatan hukum yang dilakukan oleh subjek hukum yang menimbulkan kerugian terhadap subjek

hukum lain harus dipertanggungjawabkan di depan hukum (pengadilan). Atas dasar pemikiran yang demikian, jika negara sebagai subjek hukum melakukan perbuatan yang merugikan subjek hukum yang lain, dengan sendirinya negara dapat diminta pertanggungjawaban di depan pengadilan.

Pemikiran-pemikiran hukum dan kenegaraan yang dikemukakan di atas merupakan latar belakang yang mendorong kelahiran ide negara hukum formal yang dalam hal tertentu berbeda dengan pemikiran yang melatarbelakangi ide negara hukum klasik atau negara penjaga malam. Oleh sebab itu, perubahan ide negara hukum liberal atau negara hukum penjaga malam menjadi negara hukum formal membawa konsekuensi terhadap berbagai aspek kehidupan bernegara. Ada berbagai hal penting yang ikut berubah sebagai konsekuensi perubahan ide negara hukum penjaga malam menjadi negara hukum formal, yaitu antara lain kedudukan, fungsi, dan ruang lingkup kekuasaan dan kebebasan untuk bertindak pemerintah dalam suatu negara.

Jika ditinjau dari aspek ruang lingkup kekuasaan pemerintah, dapat dikatakan bahwa ide negara hukum formal memberikan kewenangan dan keleluasaan bertindak yang lebih besar kepada pemerintah dibandingkan dengan ide negara hukum penjaga malam. Dalam ide negara hukum, penjaga malam (negara hukum klasik atau negara hukum liberal), campur tangan pemerintah dalam kehidupan individu termasuk dalam bidang perekonomian yang dianggap sebagai aspek kehidupan individu merupakan hal yang dilarang sebab campur tangan pemerintah dianggap dapat membahayakan kebebasan individu.

Dalam ide negara hukum formal, negara atau pemerintah diperbolehkan campur tangan dalam aspek kehidupan individu termasuk dalam bidang perekonomian yang

dianggap sebagai salah satu aspek kehidupan individu sepanjang campur tangan itu diperbolehkan oleh undang-undang (Azhar, 1995). Bentuk campur tangan pemerintah yang demikian merupakan campur tangan yang bersifat terbatas. Pembatasan campur tangan pemerintah dalam kehidupan individu sepanjang diperbolehkan undang-undang dimaksudkan untuk mencegah potensi kemungkinan pemerintah melanggar hak-hak asasi manusia. Hal itu bertitik tolak dari anggapan bahwa perwujudan perlindungan terhadap hak-hak manusia tidak cukup hanya dalam bentuk pengakuan eksistensi hak-hak asasi manusia. Pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia tidak dapat secara otomatis memberikan jaminan bahwa perlindungan tersebut dapat terwujud dalam kenyataan. Untuk mewujudkan perlindungan terhadap hak asasi manusia dalam kenyataan, kebebasan bertindak pemerintah harus dibatasi dengan berdasarkan undang-undang. Prinsip inilah yang menjadi logika dasar pembedaan kehadiran unsur asas legalitas sebagai salah satu unsur negara hukum formal.

Sesuai dengan asas legalitas sebagai salah satu unsur negara hukum formal, fungsi undang-undang sangatlah penting dan strategis serta sangat menonjol. Undang-undang menjadi jantung segala aktivitas pemerintah sebab tanpa undang-undang, pemerintah tidak boleh melakukan sesuatu perbuatan (tindakan). Dasar keabsahan segenap tindakan pemerintah adalah undang-undang sesuai dengan asas legalitas. Maksud tujuan asas legalitas adalah untuk menciptakan kepastian hukum supaya penguasa tidak bertindak sewenang-wenang.

Fungsi undang-undang yang sangat menonjol dalam ide negara hukum formal secara langsung berpengaruh terhadap keberadaan pemerintah. Pemerintah menjadi sangat terikat pada undang-undang. Keterikatan pemerintah secara kaku terhadap

undang-undang merupakan risiko yang tidak dapat dielakkan demi kepastian hukum sebagai tujuan negara hukum formal. Risiko yang harus ditempuh tersebut membuat pemerintah menjadi tidak memiliki kebebasan dalam bertindak, padahal kebebasan bertindak sangat perlu diberikan kepada pemerintah untuk menghadapi hal-hal baru yang sama sekali belum diatur oleh undang-undang. Keterikatan kepada undang-undang membuat perkembangan dan perubahan masyarakat yang berlangsung dengan cepat tidak dapat diantisipasi dan ditanggulangi pemerintah. Sebagai akibatnya, pemerintah menjadi lamban dalam mengantisipasi perkembangan masyarakat. Hal ini merupakan salah satu kekurangan ide negara hukum formal yang sangat menonjol karena sifat legalitas yang kaku.

Kelambanan pemerintah dalam bertindak untuk menanggapi hal baru merupakan kelemahan ide negara hukum formal yang tidak mungkin dapat dihindari sebab demi kepastian hukum, prinsip (asas) legalitas yang menyatakan bahwa setiap tindakan pemerintah harus didasarkan atas undang-undang sangat penting untuk tetap dipertahankan. Dengan demikian, di satu pihak, ide negara hukum formal memiliki kelebihan dengan mengutamakan kepastian hukum demi perlindungan hak-hak asasi manusia berdasarkan asas legalitas. Namun, dipihak lain, asas legalitas justru membuat pemerintah menjadi terkekang dan sukar untuk bertindak secara bebas karena harus menunggu undang-undang dibentuk lebih dahulu oleh badan legislatif, barulah kemudian pemerintah dapat bertindak berdasarkan undang-undang tersebut.

Ide negara hukum formal juga membawa perubahan terhadap kedudukan pemerintah sebagai penguasa. Dalam ide negara hukum liberal (negara hukum klasik atau penjaga malam), tidak dikenal suatu badan peradilan administrasi yang berwenang

mengadili sengketa antara pemerintah dan rakyat. Kehadiran peradilan administrasi dalam ide negara hukum penjaga malam memang tidak dibutuhkan karena pemerintah tidak ada urusan dengan masyarakat dalam aspek-aspek kehidupan individu yang berpotensi melanggar hak-hak warga negara karena pemerintah dan masyarakat masing-masing memiliki urusan yang berbeda. Oleh karena itu, secara teoritis tidak akan terjadi konflik antara pemerintah dengan masyarakat sepanjang berkaitan dengan aspek-aspek kehidupan individu atau di luar urusan ketertiban dan keamanan yang menjadi tugas pokok pemerintah. Dengan demikian, pemerintah tidak perlu di gugat didepan pengadilan karena pemerintah tidak memiliki peluang untuk melanggar hak-hak individu.

Kedudukan pemerintah dalam negara hukum formal berbeda dengan kedudukan pemerintah seperti dikemukakan diatas. Dalam negara hukum formal, pemerintah memiliki kewenangan untuk campur tangan ke dalam kehidupan individu sehingga membuka kemungkinan konflik antara pemerintah dengan rakyat. Meskipun ada undang-undang sebagai landasan bertindak pemerintah untuk masuk kedalam kehidupan individu, tetap tidak menutup kemungkinan konflik akan terjadi ketika pemerintah menjalankan kewenangannya. Dengan demikian, potensi pelanggaran penguasa terhadap hak-hak individu juga akan sangat terbuka. Untuk menyelesaikan konflik tersebut, tentu perlu ada badan peradilan. Badan peradilan yang dibutuhkan untuk menyelesaikan konflik tersebut adalah peradilan administrasi. Oleh sebab itu, kedudukan pemerintah dalam ide negara hukum merupakan subjek hukum yang keputusannya dapat diuji oleh peradilan administrasi. Pengujian keputusan pemerintah tersebut juga bertujuan untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak individu.

C. Konsep Negara Hukum Material atau Negara Hukum Berdimensi Pelayanan Publik

Ide negara hukum formal seperti dikemukakan di atas telah gagal dalam mengikuti perkembangan masyarakat yang berkembang dengan sangat cepat sebab ide negara hukum formal sesuai dengan asas legalitas yang sempit (*wetmatig*) sangat terikat kepada undang-undang. Undang-undang itu sangat diperlukan pemerintah sebagai landasan atau pedoman pemerintah dalam melaksanakan tugas-tugasnya. Oleh karena itu, jika pembentuk undang-undang terlambat membentuk undang-undang sesuai dengan perkembangan masyarakat, pemerintah akan mengalami kesulitan dalam menanggapi perkembangan-perkembangan baru tersebut. Pemerintah menjadi tidak memiliki legalitas dalam menanggapi dan menanggulangi masalah-masalah baru yang timbul dan berkembang dalam masyarakat.

Jika pemerintah tidak memiliki legalitas untuk melakukan suatu tindakan, berarti pemerintah tidak boleh bertindak untuk menanggulangi suatu urusan. Dalam praktik penyelenggaraan negara modern dewasa ini, keadaan seperti itu tentu saja tidak boleh terjadi karena hal itu akan menimbulkan masalah yang sangat serius bagi kelangsungan hidup (eksistensi) bangsa dan negara. Namun, dalam ide negara hukum formal, sikap pasif pemerintah dalam merespon masalah-masalah baru yang terjadi dalam masyarakat merupakan risiko yang harus ditanggung demi kepastian hukum yang diidam-idamkan negara hukum formal. Hal itu menunjukkan sifat kaku negara hukum formal karena sangat terikat kepada asas legalitas dengan segala risiko dan konsekuensi yang harus ditanggungnya. Karakter negara hukum yang kaku yang mengutamakan kepastian hukum demi memberikan perlindungan terhadap hak-hak individu daripada efisiensi dan

efektivitas tidak dapat dihindarkan akan menimbulkan masalah dalam praktik penyelenggaraan negara dan pemerintahan.

Jika prinsip asas legalitas dan tujuan kepastian hukum dipertahankan secara kaku, hal itu akan menempatkan pemerintah pada kedudukan yang sulit. Pemerintah akan berada pada titik perputaran arus kekuatan *status quo* yang ingin mempertahankan keadaan dan dinamika arus perkembangan masyarakat yang progresif yang menghendaki perubahan. Di satu pihak, pemerintah harus mempertahankan kondisi yang ada selama belum ada peraturan baru yang dapat diterapkan terhadap perkembangan baru. Namun, di lain pihak, pemerintah harus berhadapan dengan masalah-masalah kemasyarakatan baru yang berkembang dengan cepat serta kompleks yang perlu segera diselesaikan, tetapi tidak mungkin dapat di tanggulangi pemerintah jika belum dibentuk undang-undang berkenaan dengan perkembangan baru tersebut. Dengan demikian, jika prinsip-prinsip negara hukum formal, yaitu secara khusus asas legalitas dengan tujuan kepastian hukum tetap dipertahankan secara kaku pada zaman sekarang tentu akan sangat besar risikonya. Untuk itu, perlu kehadiran suatu bentuk negara hukum baru yang lebih luwes dan populis daripada negara hukum formal, meskipun tetap harus memberikan kepastian hukum secara relatif.

Bentuk negara hukum ideal yang dimaksud di atas merupakan bentuk penyempurnaan negara hukum formal. Negara hukum ideal tersebut adalah negara hukum material. Negara hukum material atau negara hukum kesejahteraan juga disebut negara hukum sosial (*social service state*). Negara hukum material disebut dengan istilah “welfarestaats” yang kemudian lebih dikenal dengan nama “verzorgingsstaats” (Hadjon, 1997: 77). Kelahiran negara hukum material didorong oleh perkembangan tugas-tugas

pemerintah yang semakin kompleks dan luas, terutama dalam masalah sosial dan ekonomi. Perkembangan tugas-tugas pemerintah dalam bidang sosial dan ekonomi semakin bertambah luas sejak Perang Dunia II karena didorong oleh krisis ekonomi yang terjadi pada masa tersebut (Hadjon, 1997: 77). Krisis ekonomi yang terjadi setelah Perang Dunia II mengakibatkan krisis sosial karena terjadi pengangguran besar-besaran, kekurangan pangan dan gizi, dan sebagainya. Tentu saja, pemerintah merupakan instansi pertama yang harus bertanggung jawab untuk memulihkan kondisi masyarakat yang sudah terlanjur hancur berantakan akibat perang tersebut.

Negara hukum material merupakan negara hukum yang sangat kompleks. Negara hukum materil bukan hanya berurusan dengan masalah pemberian jaminan kepada individu supaya dapat melaksanakan hak-hak politisnya sehingga hanya mengandung aspek yang tidak kompleks seperti negara hukum formal, tetapi juga meliputi berbagai aspek, yaitu politik, sosial, budaya, dan ekonomi yang bersifat sangat kompleks. (Azahary, 1995: 54) menggambarkan kompleksitas negara material dengan mengemukakan, "...Negara kesejahteraan (*Verzorgingsstaat*), yaitu suatu negara yang selain sebagai penjaga malam, juga ikut serta dalam penyelenggaraan ekonomi nasional, sebagai pembagi jasa-jasa, penengah bagi berbagai kelompok yang bersengketa, dan ikut aktif dalam berbagai bidang kehidupan lainnya." Mariam Budiarjo (2006: 59) dalam bentuk pernyataan berbeda, meskipun dengan maksud yang sama, mengemukakan sebagai berikut.

Pada dewasa ini dianggap bahwa demokrasi harus meluas mencakup dimensi ekonomi dengan suatu sistem yang menguasai kekuatan-kekuatan ekonomi dan yang berusaha memperkecil perbedaan sosial dan ekonomi terutama perbedaan-perbedaan yang timbul dari distribusi kekayaan yang tidak merata. Negara semacam ini dinamakan *welfare state* (negara kesejahteraan) atau *social service state* (negara yang memberikan pelayanan kepada masyarakat).

Tujuan negara hukum materil adalah memberikan kesejahteraan kepada segenap masyarakat (kesejahteraan umum). Dalam rangka kesejahteraan umum tersebut, negara hukum material menghadapi berbagai masalah yang bersifat prinsip, yaitu berkenaan dengan upaya-upaya yang harus ditempuh pemerintah supaya kesejahteraan umum dapat dinikmati segenap lapisan masyarakat. Oleh sebab itu, perkembangan negara hukum formal menjadi negara hukum material mengakibatkan perubahan-perubahan yang bersifat mendasar terhadap berbagai aspek penyelenggaraan negara dan pemerintahan.

Secara khusus, negara hukum material membawa perubahan yang sangat besar terhadap kedudukan, kewenangan, tanggung jawab, struktur organisasi, jaringan birokrasi pemerintah, dan sebagainya. Ada perbedaan yang sangat mendasar antara negara hukum formal dengan negara hukum material (*verzorgingsstaats*) berkenaan dengan kedudukan, fungsi, tugas, wewenang, tanggung jawab, struktur organisasi, jaringan birokrasi pemerintah, dan sebagainya. Dalam negara hukum material, ada kecenderungan untuk semakin memperluas fungsi, tugas, dan wewenang pemerintah serta memperkokoh kedudukan pemerintah dalam penyelenggaraan negara.

Sesuai dengan kecenderungan-kecenderungan yang dikemukakan di atas dapat dikemukakan bahwa negara hukum material dengan negara hukum formal memiliki karakter yang berbeda. Pada hakikatnya, ada dua karakter (ciri) negara hukum material yang dapat dikemukakan, yaitu bahwa negara hukum material : (1) bersifat lebih luwes (fleksibel); dan (2) bersifat lebih populis daripada ide negara hukum formal. Kedua karakter (ciri) negara hukum formal yang: (1) bersifat kaku; dan (2) elitis atau tidak populis.

Negara hukum material disebut lebih fleksibel karena dalam negara hukum material pemerintah tidak terikat secara kaku kepada undang-undang berdasarkan asas legalitas. Namun, tidak berarti bahwa pemerintah dapat melanggar atau mengabaikan undang-undang begitu saja tanpa dasar atau alasan yang kuat. Selain itu, tidak berarti pula bahwa dalam negara hukum material pemerintah menjadi tidak perlu terikat kepada undang-undang. Keterikatan pemerintah kepada undang-undang pada dasarnya bersifat relatif.

Asas legalitas tetap merupakan asas yang sangat penting dalam negara hukum material sehingga pemerintah juga tetap terikat kepada asas legalitas. Hal itu berarti bahwa dalam negara hukum material pemerintah harus tetap terikat kepada undang-undang, meskipun keterikatan pemerintah kepada undang-undang bukan menjadi prinsip yang mutlak berlaku. Dalam hal-hal tertentu ketika situasi dan kondisi mengharuskan pemerintah bertindak demi menghindari kerugian yang lebih besar yang secara logis diperkirakan akan terjadi, pemerintah memiliki kewenangan dan keleluasaan untuk bertindak atas inisiatif sendiri, meskipun harus menyimpang atau mengabaikan undang-undang. Oleh sebab itu, selain asas legalitas, ide negara hukum material diperlengkapi dengan asas lain, yaitu asas kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri yang akan dibicarakan pada pembahasan selanjutnya.

Dalam negara hukum material, kedudukan pemerintah bukan semata-mata sebagai pelaksana undang-undang yang bertindak pasif tanpa inisiatif. Dalam negara hukum material, pemerintah bersifat aktif dan kreatif sehingga berbeda dengan fungsi pemerintahan dalam negara hukum formal yang pasif. Dalam hal-hal tertentu, pemerintah dalam negara hukum material memiliki kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri

untuk menanggapi perkembangan-perkembangan baru. Jika diperlukan, pemerintah harus dapat bertindak dengan cepat mendahului badan legislatif supaya pemerintah dapat mencegah kerugian yang lebih besar yang mungkin saja akan timbul jika seandainya pemerintah bersikap pasif, yakni menunggu badan legislatif menunggu badan legislatif membuat undang-undang baru melakukan tindakan yang dianggap perlu. Namun, fleksibilitas yang dimiliki pemerintah dalam bertindak tentu saja akan membuka kemungkinan penyalahgunaan kekuasaan oleh pemerintah yang menjadi masalah tersendiri dalam penyelenggaraan negara.

Negara hukum material disebut bersifat populis jika dipandang dari perspektif tujuan yang hendak dicapainya. Sebagaimana diketahui, negara hukum material bertujuan untuk mewujudkan kesejahteraan umum. Kesejahteraan rakyat (kesejahteraan umum) merupakan tema sentral dalam negara hukum material. Tidak ada istilah lain yang lebih penting dalam negara hukum material selain istilah kesejahteraan umum. Tujuan mewujudkan kesejahteraan rakyat menunjukkan bahwa negara hukum berorientasi kepada kepentingan publik sehingga dikatakan bersifat populis.

Karakter negara hukum material yang bersifat populis seperti dikemukakan di atas menunjukkan perbedaan yang bersifat prinsip dengan tujuan negara hukum formal. Negara hukum formal tidak berorientasi kepada kepentingan publik, tetapi kepentingan golongan liberal. Asas legalitas dalam negara hukum formal merupakan jaminan konstitusional bagi golongan liberal untuk melakukan aktivitas perekonomian secara bebas dalam mengejar kemakmuran masing-masing individu tanpa gangguan penguasa. Dalam hubungan dengan fungsi asas legalitas ini, Indroharto (1996: 30) mengemukakan, “Asas legalitas semua di negara-negara Barat hanya berkaitan dengan usaha melawan

hak-hak raja untuk memungut pajak dari rakyat kalau rakyat tidak diwakili dalam badan perwakilan rakyat (no tax without representation) atau kalau raja melakukan penahanan dan menjatuhkan pidana.” Selain hal itu, unsur-unsur negara hukum formal masih bersifat prosedur formal supaya pemerintah tidak melanggar hak-hak individu. Dengan perkataan lain dapat disimpulkan bahwa keempat unsur negara hukum formal pada dasarnya masih berkenaan dengan tujuan memberikan kebebasan dan kemerdekaan yang bersifat politis kepada individu-individu dan belum menyentuh hal-hal yang berkenaan dengan urusan kemakmuran masyarakat.

Sesuai dengan karakter negara hukum yang dikemukakan diatas, salah satu masalah pokok dalam negara hukum material adalah mengenai instansi yang bertugas mewujudkan kesejahteraan umum. Hal ini akan bersinggungan dengan masalah kedudukan pemerintah dalam negara hukum material. Dalam negara hukum material, eksistensi dan kedudukan pemerintah tidak harus selalu dipandang bertentangan secara diametral dengan kedudukan rakyat seperti dalam negara hukum liberal dan negara hukum formal (Azhary, 1995: 56). Dalam negara hukum material, pandangan terhadap pemerintah jauh lebih bersahabat daripada negara hukum formal. Pemerintah tidak lagi dianggap sebagai lawan, melainkan rekan kerja dalam mencapai tujuan kesejahteraan umum. Dalam hubungan dengan perubahan pandangan negara hukum material berkenaan dengan kedudukan pemerintah, Azhary (1995: 56) lebih lanjut mengemukakan, “... rakyat tidak lagi terlampau konfrontatif terhadap kekuasaan penguasa seperti pada waktu mula-mula cita-cita negara hukum di cetuskan sebagai reaksi terhadap kekuasaan absolut, melainkan sudah berubah dan menganggap pemerintah (penguasa) sebagai partner untuk mencapai tujuannya, yaitu kemakmuran.”

Perubahan pandangan terhadap kedudukan pemerintah sebagaimana dikemukakan merupakan konsekuensi tujuan yang hendak dicapai negara hukum material (*Verzorgingsstaat*), yaitu kesejahteraan segenap warga negara. Tanggung jawab untuk mewujudkan kesejahteraan umum dibebankan pada pemerintah dan bukan kepada masing-masing individu. Sejarah sudah membuktikan bahwa cita-cita kemakmuran bersama tidak dapat dicapai jika hal itu diserahkan kepada masing-masing individu seperti dalam negara hukum klasik atau negara hukum penjaga malam. Oleh sebab itu, belajar dari kelemahan negara hukum liberal, negara hukum material menyerahkan tanggung jawab untuk mewujudkan cita-cita kesejahteraan bersama tersebut kepada pemerintah. Dalam negara hukum material, secara implisit terkandung anggapan bahwa pemerintah seolah-olah akan dapat bersifat netral karena tidak akan mempunyai kepentingan sendiri selain kepentingan untuk mengurus kesejahteraan rakyat. Anggapan seperti ini dalam perkembangan berikutnya ternyata tidak benar.

Dalam rangka mencapai tujuan kesejahteraan bersama, pemerintah memiliki kedudukan yang bersifat rangkap yang harus dijalankan pada saat yang sama. Kedua macam kedudukan pemerintah tersebut berkaitan satu sama lain. *Pertama*, di satu pihak, pemerintah berkedudukan sebagai penguasa yang berwenang membuat aturan yang harus dipatuhi oleh masyarakat supaya ketertiban dan ketentraman masyarakat dapat diwujudkan dalam kenyataan. *Kedua*, di lain pihak, pemerintah berkedudukan sebagai pelayan masyarakat (*public servant*) yang bertugas mengurus, menyelenggarakan, dan melayani segenap urusan dan kepentingan masyarakat. Sebagai pelayan masyarakat, pemerintah tentu saja harus dianggap bukan sebagai penguasa yang harus dicurigai dan

ditentang, melainkan sebagai partner yang selalu diharapkan kehadiran dan pertolongannya dalam mewujudkan cita-cita kesejahteraan bersama.

Masalah pokok lain dalam negara hukum material selain soal kedudukan pemerintah adalah mengenai fungsi, tugas, dan wewenang pemerintah supaya dapat mewujudkan kesejahteraan umum. Selain konsekuensi perubahan terhadap kedudukan pemerintah sebagaimana yang dikemukakan di atas, negara hukum material juga menimbulkan perubahan terhadap fungsi, tugas, dan wewenang pemerintah yang bertugas mewujudkan kesejahteraan umum. Dalam negara hukum formal, batas-batas kekuasaan pemerintah diatur dalam atau ditentukan dalam undang-undang. Pemerintah diperbolehkan bertindak hanya berdasarkan kewenangan yang dimiliki seperti diatur dalam undang-undang. Tindakan pemerintah yang tidak berdasarkan kepada kewenangan yang di atur dalam undang-undang merupakan masalah serius karena berpotensi menimbulkan pelanggaran terhadap hak-hak individu.

Dalam negara hukum material, fungsi, tugas, dan wewenang pemerintah jauh lebih luas daripada pemerintah dalam negara hukum formal. Batas-batas kewenangan pemerintah memang sebagian masih diatur berdasarkan undang-undang. Namun, dalam negara hukum material, pemerintah tidak hanya menjalankan undang-undang, tetapi juga ikut membentuk undang-undang (dalam arti material) merupakan perbedaan yang sangat prinsip jika dibandingkan dengan negara hukum formal. Bahkan, dalam negara hukum material, pemerintah dapat bertindak di luar ketentuan undang-undang jika hal itu dianggap perlu untuk mencegah kemungkinan potensi kerugian yang lebih besar. Hal itu merupakan konsekuensi atas tanggung jawab yang dipikul oleh pemerintah dalam rangka mewujudkan kesejahteraan bersama. Untuk mewujudkan kesejahteraan bersama itu,

pemerintah diberikan fungsi, tugas, dan kewenangan yang sangat luas sebab tanpa fungsi, tugas, dan wewenang luas, pemerintah tidak mungkin dapat melaksanakan tugasnya untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat (kesejahteraan umum).

Perubahan ruang lingkup fungsi, tugas, dan kewenangan pemerintah dalam rangka mewujudkan kesejahteraan rakyat (kesejahteraan umum) dengan sendirinya mengandung konsekuensi terhadap pengertian asas legalitas. Dalam negara hukum formal, asas legalitas dimaknai secara kaku, yaitu legalitas berdasarkan undang-undang (*wetmatig*). Namun, dalam negara hukum material, asas legalitas dimaknai lebih luwes, longgar, dan luas, yakni legalitas berdasarkan hukum (*rechmatig*). Dalam hubungan dengan asas legalitas tersebut (*rechmatig*), Indroharto (1996: 83) mengemukakan, “Di sini yang kita hadapi bukan persoalan *wetmatigheid* saja (ada dasarnya dalam peraturan atau tidak), tetapi juga persoalan *rechtmaticheid*: menurut hukum atau tidak, adil apa tidak, patut apa tidak, baik apa tidak, tepat apa tidak, benar apa tidak?”.

Dalam asas legalitas yang lebih longgar, pemerintah tidak hanya berfungsi menjalankan perintah undang-undang, melainkan ikut serta membentuk peraturan undang-undang. Badan legislatif terpaksa harus menyerahkan sebagian dari kekuasaan legislatifnya kepada pemerintah supaya pemerintah dapat membuat peraturan yang dapat mengikuti perkembangan zaman sehingga perwujudan kesejahteraan umum tidak terhalang karena asas legalitas yang kaku dan sempit. Hal itu membuat kewenangan pemerintah bertambah luas. Dalam negara hukum formal, hal seperti itu tidak mungkin terjadi karena pemerintah tidak memiliki kewenangan untuk membentuk undang-undang, tetapi hanya menjalankan undang-undang. Namun, dalam negara hukum material, pemerintah diberi kewenangan untuk ikut serta membentuk peraturan undang-undang

dalam arti material dengan tujuan untuk memberikan kewenangan yang lebih luas kepada pemerintah supaya pemerintah dapat melakukan berbagai macam tindakan yang dianggap perlu untuk mewujudkan tujuan negara hukum material, yaitu kesejahteraan umum.

Negara hukum material muncul setelah negara-negara liberal di Eropa dan Amerika mencapai kesuksesan di bidang ekonomi. Sebagai konsekuensi atas kesuksesan tersebut, masyarakat mengalami perkembangan yang sangat pesat sehingga masyarakat dan kebutuhan masyarakat tidak cukup kalau diatur secara formal berdasarkan asas legalitasnya (Azhary, 1995). Dalam hal ini berarti bahwa badan legislatif sebagai badan pembentuk undang-undang tidak mampu membuat aturan-aturan yang baru yang sama cepat dengan perkembangan masyarakat untuk mengantisipasi perkembangan-perkembangan baru. Sebagai konsekuensinya, teori klasik tentang kewenangan badan legislatif seperti diajarkan Montesquieu tidak mungkin dipertahankan. Harus ada wawasan baru yang lebih luas mengenai instansi (lembaga) yang berwenang memegang kekuasaan dan membentuk undang-undang.

Dalam teori ruang kewenangan legislatif yang lama seperti diajarkan Montesquieu, lembaga perwakilan merupakan satu-satunya lembaga negara yang berwenang membentuk undang-undang. Dalam perspektif yang baru, yakni negara hukum material, badan eksekutif juga diperbolehkan memegang kekuasaan legislatif sehingga badan eksekutif dapat membentuk undang-undang dalam arti material. Hal itu menunjukkan bahwa dalam negara hukum material terjadi desentralisasi kekuasaan legislatif kepada badan eksekutif sehingga, sesuai dengan tuntutan perkembangan masyarakat, dalam negara hukum material lembaga negara pembentuk undang-undang tidak bersifat tunggal. Badan legislatif disebut badan pembentuk undang-undang asli

(*original legislator*), sedangkan badan eksekutif disebut badan pembentuk undang-undang berdasarkan kewenangan delegasi (*delegated legislator*).

Selain pelimpahan kewenangan legislatif seperti diuraikan di atas, pemerintah juga diberikan keleluasaan bertindak atas inisiatif sendiri jika terjadi perkembangan-perkembangan baru dalam masyarakat yang belum diatur dalam undang-undang. Kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri yang dimiliki pemerintah jauh lebih luas dalam negara hukum material daripada negara hukum formal. Filosofi dasar pemikiran untuk memberikan keleluasaan bertindak kepada pemerintah ditujukan untuk mendukung pelaksanaan tugas-tugas pemerintah dalam mewujudkan tujuan kesejahteraan umum. Demi mencapai tujuan kesejahteraan bersama tersebut, asas legalitas yang sempit dan kaku (legalitas dalam arti *wetmatig*) seperti dalam negara hukum formal harus diinterpretasi ulang. Hal ini menunjukkan perbedaan aksiologi negara hukum material dengan negara hukum formal. Aksiologi negara hukum formal adalah kepastian hukum dengan berpedoman pada asas legalitas yang sempit dan kaku (*wetmatig*). Namun, aksiologi negara hukum material adalah kemanfaatan hukum dengan berpedoman pada asas legalitas yang luwes dan luas (*rechtmatig*) serta asas diskresi (*freis ermessen*) dalam melayani kebutuhan masyarakat.

Negara hukum berkembang di berbagai belahan dunia terutama di negara Eropa Kontinental dengan sistem hukum sipil (*civil law*) serta di Inggris dan Amerika dengan sistem hukum *Common Law*. Negara hukum Eropa Barat (Eropa Kontinental) lebih dikenal dengan istilah *Rechtsstaats*, sedangkan negara hukum Inggris dan Amerika lebih dikenal dengan istilah *Rule of Law*. Oleh karena itu, dalam perbincangan mengenai

negara hukum, ada dua macam wawasan negara hukum yang dapat dikemukakan, yaitu negara hukum dalam wawasan *rechtsstaat* dan *rule of law* (Hadjon, 1997).

Konsepsi *rechtsstaat* berkembang di negara Eropa Kontinental, sedangkan konsepsi *rule of law* berkembang di negara-negara Anglo-Saxon. Kedua konsep atau gagasan tersebut pada dasarnya berbeda dalam semangatnya dan sistem hukum yang menopangnya. Konsepsi *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga memiliki jiwa yang revolusioner, sedangkan konsepsi *rule of law* berkembang secara evolusioner (Hadjon, 1997). Konsepsi *rechtsstaat* bertumpu pada sistem hukum kontinental yang disebut *civil law*, sedangkan konsepsi *rule of law* ditopang oleh sistem hukum *common law* (Hadjon, 1997). Namun, dewasa ini, perbedaan semangat itu tidak dipermasalahkan lagi karena kedua konsepsi mengarah pada sasaran yang sama, yaitu membatasi kekuasaan supaya tercapai pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia.

D. Pengertian Konseptual dan Hakikat Negara Hukum

Negara hukum formal merupakan gambaran bentuk ideal yang dapat dipikirkan oleh manusia, sekaligus dicita-citakan untuk diwujudkan dalam kenyataan. Konsepsi bentuk negara ideal bagi tiap bangsa tidak selalu sama sehingga pemahaman negara hukum tidak selalu sama bagi berbagai bangsa (Attamimi, 1994). Apa sebab gambaran bentuk negara ideal bagi tiap bangsa selalu berbeda? Penilaian mengenai bentuk negara ideal merupakan penilaian yang bersifat subjektif. Subjektivitas setiap bangsa mengenai bentuk negara ideal ditentukan oleh perbedaan hal-hal yang bersifat material dan ideal. Faktor material berkenaan dengan lingkungan, sedangkan faktor ideal berkenaan dengan

landasan filosofi bangsa. Jika kedua faktor tersebut berbeda, berarti rumusan bentuk negara ideal juga berbeda sehingga tidak pernah ada bentuk negara ideal yang berlaku bagi umum bagi setiap bangsa dan sepanjang masa. Dengan demikian, tidak pula ada suatu konsepsi negara hukum yang bersifat universal dan berlaku sepanjang masa. Negara hukum merupakan ide yang selalu berkembang dan akan tetap berkembang seiring dengan perkembangan peradaban manusia.

Pengertian dan hakikat negara hukum tidak dapat begitu saja dirumuskan dengan mudah dan sederhana sebab pengertian negara hukum tidak semata-mata dapat dirumuskan dari penggabungan kata negara dan hukum. Istilah negara hukum bukan berasal dari kosa kata bahasa Indonesia, tetapi bahasa asing yang meresap ke dalam kosa kata bahasa Indonesia. Pemahaman historis latar belakang sejarah kelahiran istilah negara hukum paling tidak perlu juga diketahui agar makna negara hukum dapat lebih dimengerti. Pendekatan dari perspektif (sudut pandang) historis tersebut telah diuraikan pada uraian sebelumnya. Selain itu, untuk memperoleh pengertian dan hakikat negara hukum yang memadai, perlu juga membicarakan mengenai definisi-definisi (pendapat) para pakar hukum tentang negara hukum. Pandangan para ahli yang berbeda setidaknya akan membantu dalam memahami berbagai aspek negara hukum yang sangat rumit dan terdiri dari banyak aspek (multifaset).

Istilah negara hukum berasal dari bahasa Jerman, yaitu *rechtsstaat* dan masuk ke dalam kepustakaan Indonesia melalui bahasa Belanda, *rechtsstaat* (Attamimi, 1994). Istilah *rechtsstaat* berasal dari Robert von Mohl (1799-1875) dan merupakan ciptaan golongan borjuis yang ketika itu kehidupan ekonominya sedang meningkat, sekalipun kehidupan politiknya sebagai suatu kelas sedang menurun (Attamimi, 1994). Sebagai

ciptaan golongan borjuis-liberal, istilah *rechtsstaat* pada awal pemunculannya bermuatan ideologis karena merupakan alat perjuangan kepentingan borjuis-liberal. Dengan perkataan lain, pada awal pemunculannya, konsepsi negara hukum masih merupakan konsepsi tentang suatu bentuk negara negara ideal menurut versi segolongan masyarakat tertentu sehingga mengandung pengertian yang ideologis, sektarian, atau partisan. Konsepsi negara hukum pada awal kemunculannya bermuatan folosofi individualis karena dimaksudkan untuk memperjuangkan hak-hak individu warga negara (Gautama, 1983: 2). Namun, dalam perkembangan berikutnya, seperti dalam negara hukum material, atau sosial, muatan filosofi konsepsi negara hukum berubah menjadi sosialis. Hal itu sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai oleh konsepsi negara hukum material atau negara hukum sosial, yaitu kesejahteraan suatu bangsa.

Pengertian dan hakikat negara hukum yang bermuatan ideologis dan merupakan alat perjuangan bagi golongan borjuis-liberal seperti dikemukakan di atas tentu saja tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman sekarang. Sekarang ini, konsepsi negara hukum sudah jauh meninggalkan sifat ideologisnya karena sekarang negara hukum sudah menjadi alat perjuangan bagi hampir segenap lapisan masyarakat yang mecita-citakan kehidupan yang layak dan bermartabat dalam kerangka berbangsa dan bernegara.

Daud Busro dan Abu Bakar Busro (1985: 110) mengemukakan, “Negara hukum adalah negara yang berdasarkan hukum yang menjamin keadilan bagi warganya.” Jika negara hukum didefinisikan sebagai negara yang berdasarkan hukum, pengertian negara hukum secara demikian itu tentu saja masih sangat sederhana dan belum memadai. Makna frasa *negara yang berdasarkan hukum* dapat ditafsirkan secara luas sebagai negara yang diatur berdasarkan hukum atau secara sempit sebagai negara yang diatur

berdasarkan undang-undang. Jika negara hukum dimaknai dengan cara seperti dikemukakan di atas, semua negara yang memiliki peraturan perundang-undangan secara otomatis dapat dianggap sebagai negara hukum, meskipun peraturan perundang-undangan dalam negara tersebut bersifat menindas. Definisi yang dikemukakan di atas masih terlalu umum dan sederhana sehingga belum dapat menyentuh hakikat dan pengertian negara hukum secara memadai. Untuk itu, perlu dicari rumusan negara hukum yang lebih memadai yang dapat menggambarkan hakikat negara hukum dengan lebih baik.

Negara hukum yang didefinisikan oleh Abu Daud Busro dan Abu Bakar Busro sebagai negara yang berdasarkan hukum disebut *Burkens* sebagai negara yang, "...menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dilakukan di bawah kekuasaan hukum" (Azahary, 1995). Dari pendapat yang dikemukakan *Burkens* di atas dapat diketahui betapa penting kedudukan hukum dalam suatu negara hukum. Dalam suatu negara hukum, sesuai dengan pendapat *Burkens* di atas, setidaknya hukum memiliki dua macam fungsi, yakni: (1) sebagai dasar kekuasaan negara; dan (2) sebagai pedoman penyelenggaraan kekuasaan negara.

Makna pernyataan *Burkens* di atas mengandung arti bahwa negara sebagai organisasi kekuasaan pada hakikatnya merupakan produk suatu tindakan hukum yang dilakukan para pendiri negara. Jika negara berdiri semata-mata karena perbuatan hukum, berarti negara sebagai suatu hasil perbuatan hukum tidak lain dari suatu bentuk korporasi (badan hukum). Jika negara dipandang sebagai suatu korporasi, berarti legitimasi kekuasaan negara dan kekuasaan penguasa harus berdasar atas hukum dan bukan atas

kekuasaan semata-mata. Dengan pernyataan lain, kekuasaan penguasa sebagai pengemban kekuasaan bersumber dari hukum sehingga kekuasaan tersebut harus tunduk kepada hukum. Penguasa sebagai pengemban kekuasaan memiliki kewenangan untuk memerintah atau menguasai orang lain, bukan semata-mata karena kekuasaannya, tetapi karena aturan-aturan hukum yang menjadi dasar hukum kekuasaannya. Pengakuan bahwa hukum sebagai sumber kekuasaan negara mengandung konsekuensi terhadap kedudukan penguasa, kekuasaan yang digenggam penguasa, perlindungan terhadap hak-hak rakyat atau warga negara, dan hubungan antara penguasa dan rakyat.

Jika ada pengakuan bahwa kekuasaan penguasa bersumber dari hukum, berarti kekuasaan penguasa bukan merupakan kekuasaan yang bersifat mutlak (absolut) atau tanpa batas, tetapi kekuasaan yang dibatasi oleh hukum. Konsekuensi atas pengakuan yang demikian mengandung arti bahwa penguasa tidak dapat bertindak sewenang-wenang. Di pihak lain, pembatasan kekuasaan penguasa oleh hukum berdampak positif terhadap hak-hak rakyat atau warga negara sebab jika kekuasaan penguasa dibatasi oleh hukum, penguasa dengan sendirinya tidak dapat bertindak sewenang-wenang sehingga pengakuan dan perlindungan hak-hak rakyat akan dapat diwujudkan.

Kekuasaan penguasa yang terbatas dan hak-hak rakyat yang dapat dilindungi oleh hukum menunjukkan bahwa hubungan antara penguasa dan rakyat tidak semata-mata didasarkan atas hubungan kekuasaan sebab dalam hubungan antara penguasa dan rakyat yang didasarkan atas kekuasaan, penguasa berada pada posisi sebagai atasan dan rakyat sebagai bawahan sehingga keduanya berbeda derajat. Dalam konstruksi relasi penguasa-rakyat yang dikemukakan di atas, penguasa tidak dapat diminta pertanggungjawaban secara hukum oleh rakyat karena penguasa adalah tuan dan rakyat adalah hamba.

Dalam negara hukum, hubungan penguasa dan rakyat tidak didasarkan atas dasar kekuasaan seperti disebut di atas, melainkan hubungan yang bersifat sederajat atau setara yang diatur oleh atau berdasarkan hukum. Rakyat bukan hamba dan raja bukan tuan sehingga rakyat dapat meminta pertanggungjawaban secara yuridis dari penguasa jika penguasa melakukan kesalahan dan menjalankan kekuasaannya. Dengan perkataan lain, seperti dikemukakan Franz Magnis Suseno (1988: 195) bahwa dalam negara hukum, hubungan antara yang memerintah dan yang diperintah tidak berdasarkan kekuasaan melainkan berdasarkan suatu norma objektif yang juga mengikat pihak yang memerintah.

Ada dua hal yang patut diperhatikan jika Burkens mengemukakan bahwa penyelenggaraan kekuasaan negara dalam segala bentuknya dilakukan di bawah kekuasaan hukum, yaitu sebagai berikut.

1. Jika kekuasaan dalam segala bentuknya diselenggarakan berdasarkan ketentuan hukum, berarti setiap tindakan penguasa harus didasarkan atas ketentuan hukum yang sudah lebih dahulu ada sebelum tindakan penguasa tersebut dilakukan. Prinsip ini disebut sebagai asas legalitas. Dengan demikian, asas legalitas ini memberikan dasar pembenar terhadap setiap tindakan pemerintah. Selain itu, asas ini juga sekaligus membatasi tindakan pemerintah karena jika tidak ada dasar hukumnya penguasa tidak dapat bertindak. Asas legalitas ini dimaksudkan untuk memberikan kepastian hukum sehingga penguasa tidak dapat bertindak sewenang-wenang dalam menyelenggarakan kekuasaan negara.
2. Jika kekuasaan dalam segala bentuknya diselenggarakan berdasarkan ketentuan hukum, berarti hukum selain merupakan dasar tindakan penguasa (legalitas tindakan penguasa) juga sekaligus merupakan pedoman atau penuntun yang

memberikan panduan terhadap cara-cara penyelenggaraan kekuasaan negara. Dengan demikian, kekuasaan yang dimiliki penguasa tidak dapat diselenggarakan dengan cara-cara yang tidak berpedoman kepada aturan hukum. Hukum mengatur prosedur atau tata cara yang harus dilakukan dalam penyelenggaraan kekuasaan negara.

Legalitas sebagai dasar tindakan penguasa merupakan hal yang penting untuk menjamin kepastian dan demikian pula dengan prosedur atau tata cara menyelenggarakan kekuasaan negara juga sama pentingnya. Namun, legalitas dan prosedur tidak boleh menjadi penghambat yang membuat penguasa tidak dapat melaksanakan kekuasaan, tugas, dan wewenangnya dengan baik. Dengan perkataan lain, hukum sangat penting bagi kehidupan berbangsa dan bernegara, tetapi hukum juga tidak boleh menjadi penghambat penyelenggaraan negara. Oleh sebab itu, seperti yang dikemukakan Sudargo Gautama (Suseno, 1988: 295), “Yang menjadi pokok persoalan sekitar masalah negara hukum ialah cara bagaimana dapat dikendalikan kekuasaan negara dengan tidak terlalu menghalang-halangnya dalam usahanya melaksanakan tujuan negara.”

Pembatasan kekuasaan negara seperti dikemukakan di atas sangatlah penting karena kekuasaan yang tanpa batas akan menimbulkan kesewenang-wenangan penguasa. Keinginan para penguasa tidak dapat dibiarkan tanpa ada sarana yang membatasi atau mengaturnya karena kalau dibiarkan, keinginan bebas para penguasa akan berujung pada kesewenang-wenangan. Kesewenang-wenangan penguasa akan selalu menimbulkan kerugian dan penderitaan bagi rakyat. Bothlink, seperti dikutip Azhary (1995),

mengemukakan bahwa negara hukum ialah negara di mana keinginan bebas para penguasa dibatasi oleh batas-batas hukum.

Pembatasan keinginan bebas para penguasa oleh hukum sama artinya dengan pembatasan kekuasaan para penguasa dengan bersarankan hukum. Jika kekuasaan para penguasa tidak dibatasi, kekuasaan negara sering disalahgunakan oleh para penguasa. Oleh sebab itu, Soerjono Soekanto (1983: 87) mengemukakan bahwa negara hukum mengandung arti adanya pembatasan kekuasaan negara oleh hukum. Negara tanpa pembatasan kekuasaan penguasa pada hakikatnya bukan negara hukum. Namun, jika kekuasaan negara dibatasi terlalu ketat (kaku), para penguasa akan mengalami kesulitan dalam menjalankan tugas-tugasnya. Dilema ini merupakan masalah pokok dalam pembatasan kekuasaan penguasa dalam kerangka negara hukum. Secara ideal, kekuasaan negara tetap perlu dibatasi dengan cara sedemikian rupa supaya penguasa tidak sewenang-wenang. Akan tetapi, harus tetap terbuka ruang gerak yang cukup bagi penguasa untuk bertindak supaya penguasa dapat melaksanakan tugasnya dengan baik. Dengan perkataan lain, problem pokok konsepsi negara hukum adalah soal bagaimana cara membatasi kekuasaan negara secara ideal supaya tujuan negara hukum dapat tercapai.

Pembatasan kekuasaan oleh hukum seperti dikemukakan di atas merupakan pengakuan bahwa kekuasaan subordinasi terhadap hukum dan bukan sebaliknya sehingga harus unggul atas kekuasaan. Wujud subordinasi kekuasaan terhadap hukum digambarkan oleh Sudargo Gautama (1983) sebagai, “Negara tidak mahakuasa, tidak bertindak sewenang-wenang. Tindakan-tindakan negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum.” Pembatasan penggunaan kekuasaan negara oleh hukum menurut Notohamidjojo

(1967: 36) akan terwujud jika pemerintah dan semua pejabat hukum seperti Presiden, hakim, dan anggota badan legislatif dalam menjalankan tugasnya dan di luar jam kantornya taat kepada hukum.

Kepatuhan para penguasa terhadap hukum, baik di dalam jam kantor maupun di luar jam kantor, seperti dikemukakan Notohamidjojo mengandung makna bahwa hukum berkedudukan dalam posisi yang lebih tinggi daripada kekuasaan atau kehendak dan kepentingan penguasa. Akan tetapi, pembatasan kekuasaan tidak hanya berlaku bagi penguasa saja. Negara hukum juga menghendaki adanya pembatasan kekuasaan terhadap tindakan yang dapat dilakukan oleh sesama warga negara supaya tidak terjadi perbuatan menghakimi diri sendiri (Mertokusumo, 1988: 2) sebab perbuatan menghakimi sendiri pada dasarnya merupakan perbuatan yang sewenang-wenang yang tidak kalah berbahayanya dari perbuatan sewenang-wenang penguasa.

Negara hukum menghendaki adanya pembatasan terhadap kekuasaan penguasa dan tindakan warga negara sehingga baik penguasa maupun warga negara harus tunduk kepada hukum. Wirjono Prodjodikoro (1981: 31) mengemukakan hal-hal berikut dalam negara hukum.

1. Semua alat perlengkapan dari negara, khususnya alat-alat perlengkapan dari pemerintah dalam tindakan-tindakannya terhadap warga negara ataupun dalam saling berhubungan dengan masing-masing tidak boleh sewenang-wenang, melainkan harus memperhatikan peraturan-peraturan hukum yang berlaku.
2. Semua orang dalam berhubungan kemasyarakatan harus tunduk pada peraturan-peraturan hukum yang berlaku.

Jika penguasa dan rakyat tunduk kepada hukum, berarti hukum dipatuhi dan diakui berlaku atas penguasa dan rakyat. Kepatuhan terhadap hukum atas kesadaran sendiri tersebut menunjukkan kewibawaan hukum dalam suatu negara. Wibawa hukum itu tidak lain dari pengakuan akan keunggulan hukum sehingga hukum berada di atas segalanya. Dengan istilah lain, ada supremasi hukum dalam negara (Amanwinata, 1996: 122). Hukum berlaku bagi siapa pun tanpa memandang jabatan, golongan, agama, ataupun warna kulit. Keunggulan hukum atas kekuasaan mutlak diperlukan karena Sjachran Basah (1992: 6) mengemukakan "...kekuasaan tanpa hukum merupakan kezaliman."

Keunggulan hukum dalam kehidupan berbangsa dan bernegara memaksa setiap orang taat dan patuh terhadap hukum. Hukum merupakan sarana yang paling efektif untuk membatasi kekuasaan penguasa dalam suatu negara hukum. Kepatuhan ini besar manfaatnya karena kepatuhan terhadap hukum mendorong pencapaian tujuan hidup bernegara (Hartono, 1982). Dalam hubungan ini, Bintan R. Saragih (1996: 132) mengemukakan bahwa negara hukum bukan merupakan tujuan, melainkan sarana mencapai tujuan.

Hukum sebagai dasar kekuasaan negara dan pedoman penyelenggaraan negara dalam segala bentuknya bukan hukum yang mencerminkan kehendak penguasa sebab hukum yang demikian bukan hukum yang sesuai dengan gagasan negara hukum. Hukum yang hanya mencerminkan kehendak penguasa tidak lain merupakan perintah penguasa belaka sehingga tidak mengandung aspek keadilan. Hukum yang dapat dijadikan sebagai dasar kekuasaan negara dan pedoman dalam penyelenggaraan kekuasaan negara dalam suatu negara hukum adalah hukum yang mencerminkan keadilan sebab sebagaimana

dikemukakan Franz Magnis Suseno (1988), paham negara hukum didasari atas keyakinan bahwa kekuasaan negara harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil. Hukum yang baik dan adil bukan semata-mata hukum proses pembentukannya telah memenuhi persyaratan formal, tetapi harus dapat diuji terhadap norma pengujinya, yaitu cita hukum atau ide hukum (Suseno, 1988).

BAB III

ASAS DISKRESI (ASAS KEBEBASAN BERTINDAK) PEMERINTAH DALAM PERSPEKTIF NEGARA HUKUM KESEJAHTERAAN

A. Diskresi dalam Perspektif Negara Hukum Material

Pada bagian sebelumnya sudah dikemukakan bahwa perkembangan terkahir ide negara hukum modern terutama di benua Eropa adalah bentuk negara hukum material atau negara hukum kesejahteraan. Menurut Utrecht (1960: 22), negara hukum material (negara hukum kesejahteraan) merupakan suatu negara hukum modern atau *moderne rechtsstaats*. Ciri khas yang membedakan *moderne rechtsstaats* dari tipe negara hukum formal adalah tujuan yang hendak diselenggarakan oleh negara hukum modern tersebut. Negara hukum modern bertujuan menyelenggarakan kepentingan seluruh rakyat sehingga berbeda dengan negara hukum formal yang bertujuan untuk memberikan jaminan kepastian hukum kepada rakyat.

Tipe negara hukum modern lahir pada akhir abad ke-19 dan awal abad-20 di Eropa Barat. Tipe negara hukum modern lebih terkenal dengan nama *welfare state* atau *welvaartstaat* (Utrecht, 1960). Tipe *welfare state* dapat dianggap sebagai penyempurnaan dari ide negara hukum formal sebab tipe negara hukum material (*welfare state*) tidak berpedoman kepada pendekatan yang bersifat formal seperti negara hukum formal. Pendekatan formalistis semata-mata ternyata tidak dapat memberikan jaminan bahwa kesejahteraan rakyat akan dapat diselenggarakan, meskipun ada kepastian hukum dan kekuasaan penguasa dibatasi secara ketat dengan bersaranakan hukum. Sejarah sudah membuktikan bahwa pendekatan yuridis-formalistis dalam negara hukum formal ternyata tidak sanggup (tidak dapat) memberikan jaminan kesejahteraan bagi rakyat. Atas dasar

pengalaman seperti itulah kemudian berkembang gagasan negara hukum yang lebih luwes yang tidak berdasarkan pendekatan yuridis-formalistis semata-mata. Perubahan pendekatan itu dilakukan dalam rangka penyelenggaraan kesejahteraan rakyat.

Perkembangan yang bersifat positif dari negara hukum formal menjadi negara hukum kesejahteraan tidak terlepas dari faktor yang bersifat ideologis dan ekonomis. Dari sudut pandang ideologis, tipe negara hukum material berkembang sebagai akibat adanya pergeseran ideologi liberal-klasik yang bersifat individualis ke arah ideologi sosialis yang lebih mengutamakan kepentingan masyarakat. Dalam hubungan dengan sistem perekonomian, perkembangan tipe negara hukum material merupakan konsekuensi atas perkembangan sistem perekonomian liberal-kapitalis ke arah perekonomian yang lebih bersifat sosialis yang lebih mengutamakan kesejahteraan masyarakat. Perubahan karakter ideologis dan sistem perekonomian yang dikemukakan di atas tentu saja akan memiliki pengaruh yang sangat besar terhadap berbagai aspek organisasi negara dan pemerintah serta terhadap penyelenggaraan negara dan pemerintahan.

Dalam tahap perkembangan masyarakat yang berlangsung pada sekitar akhir abad ke-19 dan awal abad ke-20, sistem ekonomi liberal-kapitalis dituding sebagai biang keladi penyebab ketimpangan sosial yang terjadi di negara-negara maju seperti di Eropa Barat dan Amerika. Sistem perekonomian liberal-kapitalis yang memberikan kesempatan berusaha yang sebebas-bebasnya kepada setiap orang ternyata mengakibatkan masyarakat terbelah menjadi dua golongan yang memiliki nasib dan keadaan yang sangat jauh berbeda. Di satu pihak, terdapat golongan masyarakat kaya raya yang jumlahnya sangat sedikit, tetapi menguasai sebagian besar sumber daya perekonomian dan pendapatan nasional. Di lain pihak, terdapat golongan masyarakat miskin yang mayoritas, tetapi

hanya menguasai sumber-sumber daya perekonomian dan pendapatan nasional yang sangat sedikit. Dengan perkataan lain, sistem perekonomian liberal-kapitalis dituding telah mengakibatkan distribusi pendapat nasional yang tidak adil dan merata sehingga terjadilah ketimpangan sosial yang sangat parah. Ketimpangan sosial inilah yang mendorong kelahiran berbagai reaksi dan kritik terhadap sistem perekonomian liberal-kapitalis yang gagal menyajikan kesejahteraan kepada masyarakat. Dalam hubungan dengan uraian yang dikemukakan di atas, Mustamin Daeng Matutu (1972:10) mengemukakan komentar sebagai berikut.

Kekurangan – kekurangan sistem liberal kapitalis individualis itu telah menarik perhatian dan menimbulkan reaksi yang diwujudkan dalam usaha-usaha untuk memperbaiki ataupun secara radikal ekstrem mengganti sama sekali sistem itu. Keburukan-keburukan sosial dan penderitaan-penderitaan yang ditimbulkan oleh sistem negara penjaga malam yang negatif itu akhirnya tak dapat ditutup-tutupi lagi dan segera terbukalah pada kritik-kritik yang semakin lama semakin meningkat. Ketidakpuasan akan sistem liberal kapitalis itu membawa orang berusaha mencari obatnya.

Kepincangan struktural yang terjadi dalam masyarakat di Eropa Barat dan Amerika sebagai akibat sistem perekonomian kapitalis-individualis yang berlangsung dalam kerangka dan suasana negara hukum formal seperti dikemukakan di atas tentu saja dapat menimbulkan masalah sosial seperti kemiskinan dan pengangguran. Kemiskinan dan pengangguran tersebut pada gilirannya akan berdampak terhadap hal-hal yang lebih serius seperti masalah kekurangan gizi, kesehatan masyarakat yang bertambah buruk, ataupun masalah pendidikan masyarakat miskin. Masalah-masalah sosial yang dikemukakan di atas jelas dapat menimbulkan kecemburuan sosial, sedangkan kecemburuan sosial itu dapat meluas menjadi konflik sosial yang bersifat vertikal antara golongan kaya dan miskin. Kemungkinan terjadi konflik sosial seperti dikemukakan di atas tentu saja akan menjadi ancaman yang sangat serius terhadap stabilitas dan

keamanan negara karena dapat mengancam keutuhan masyarakat (bangsa). Jika sampai terjadi konflik sosial yang bersifat vertikal, tentu yang akan mengalami kerugian paling besar adalah golongan masyarakat kaya. Oleh karena itu, golongan masyarakat kaya tidak menghendaki konflik vertikal terjadi sehingga untuk mencegah hal itu dicarilah solusinya. Solusi untuk mencegah kemungkinan terjadi konflik sosial yang bersifat vertikal tersebut adalah ide negara hukum kesejahteraan. Dengan perkataan lain, negara hukum kesejahteraan inilah yang dianggap sebagai obat oleh Mustamin Daeng Matutu seperti dikemukakan di atas. Negara hukum modern (negara hukum kesejahteraan) memiliki karakteristik yang berbeda dengan negara hukum formal. Negara hukum kesejahteraan berkarakteristik yang berbeda dengan negara hukum formal. Negara hukum kesejahteraan berkarakteristik pelayanan publik (pelayanan masyarakat). Dengan karakteristik seperti itu, negara hukum kesejahteraan lebih memperhatikan dan memedulikan nasib atau kemakmuran masyarakat secara keseluruhan daripada nasib (kepentingan) individu. Kepedulian terhadap nasib mayoritas anggota masyarakat yang tidak beruntung dapat dilaksanakan pemerintah dalam negara hukum kesejahteraan melalui pengaturan mekanisme subsidi silang. Dalam mekanisme subsidi silang, golongan masyarakat kaya membantu golongan mayoritas masyarakat yang tidak mampu. Dalam proses subsidi silang tersebut, pemerintah bertindak sebagai operator yang bertugas mendistribusikan bantuan terhadap golongan masyarakat yang kurang mampu melalui peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh pemerintah.

Mekanisme subsidi silang dari golongan masyarakat kaya terhadap golongan masyarakat miskin (tidak mampu) dapat dilakukan dalam suatu negara hukum kesejahteraan karena negara menarik pajak pendapatan yang tinggi dari golongan

masyarakat kaya. Pajak yang ditarik oleh negara kemudian didistribusikan kepada golongan masyarakat miskin secara tidak langsung. Pajak golongan masyarakat kaya tersebut disalurkan oleh negara kepada golongan masyarakat yang tidak mampu dalam berbagai bentuk pelayanan sosial seperti fasilitas dan biaya rumah sakit murah, transportasi, telekomunikasi, pendidikan, dan sebagainya. Dengan pendekatan pelayanan sosial yang bersifat menyeluruh seperti dikemukakan di atas, kepincangan sosial yang membentang sangat lebar antara golongan masyarakat kaya dengan masyarakat miskin diharapkan dapat dihindari. Atas dasar alasan itu, ide negara hukum material dipandang sebagai solusi atau obat dari kepincangan sosial yang terjadi yang berpotensi mengancam keutuhan seluruh lapisan masyarakat.

Perubahan-perubahan mendasar yang harus dilakukan oleh negara dan pemerintah dan terutama golongan masyarakat kaya seperti dikemukakan di atas tidak dapat dipandang semata-mata karena alasan idealis, yakni sebagai kemurahan hati golongan masyarakat kaya untuk menolong golongan masyarakat miskin. Perubahan itu cenderung sebagai sesuatu hal yang dianggap harus dilakukan demi kepentingan dan keselamatan golongan masyarakat kaya tersebut. Golongan masyarakat kaya sangat takut akan terjadinya konflik vertikal karena golongan tersebut sangat sadar betul bahwa kalau konflik vertikal terjadi tentu saja yang paling dirugikan adalah golongan masyarakat kaya tersebut.

Jika golongan masyarakat kaya ikut mendukung kelahiran gagasan negara hukum kesejahteraan demi kepentingan golongan tersebut, negara perlu mendukung perubahan tersebut karena alasan yang bersifat politis. Negara tidak menghendaki golongan masyarakat kaya menjadi pemilik negara karena kondisi seperti itu tidak baik bagi

keselamatan negara. Dalam hubungan ini, Utrecht (1960: 22) misalnya, mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Lagi pula, ditinjau dari sudut teori ekonomi, tidak dapat dipertanggungjawabkan hal pendapatan nasional (national inkomen) ada di dalam satu tangan saja. Kurang makmurnya sebagian rakyat adalah suatu penyakit sosial yang menular yang dapat menyakitkan tubuh masyarakat seluruhnya (demikian juga pendapat teori ekonomi modern). Hal-hal tersebut menjadi sebab sehingga pemerintah di suatu negara hukum modern yang mengutamakan kepentingan seluruh rakyat, yaitu welfare state, dipaksa-suatu konsekuensi yang memaksa-turut serta secara aktif dalam pergaulan sosial sehingga kesejahteraan sosial bagi semua orang terpelihara.”

Sesuai pendapat di atas, negara hukum kesejahteraan dianggap sebagai jalan keluar dari keadaan buruk yang disebut di atas karena negara hukum kesejahteraan menawarkan harapan yang lebih baik bagi segenap lapisan masyarakat di masa depan. Gagasan kesejahteraan bagi segenap lapisan masyarakat yang ditawarkan negara hukum material sangat menarik hati semua golongan, terutama golongan masyarakat miskin sebagai golongan kebanyakan. Negara hukum menawarkan formula yang menggabungkan asas negara hukum dengan asas negara sosialis dalam rangka penyelenggaraan masyarakat yang sejahtera tersebut (Matutu, 1972: 10). Gabungan asas-asas yang terdapat dalam negara hukum kesejahteraan merupakan formula baru yang belum pernah ditawarkan oleh ide negara hukum formal sebelumnya. Prinsip-prinsip negara hukum tetap dipertahankan dalam formula yang ditawarkan oleh negara hukum kesejahteraan tersebut, yaitu kebebasan atau kemerdekaan bagi segenap individu dan kepastian hukum berdasarkan asas legalitas. Namun di lain pihak, unsur negara sosialis juga ditawarkan, yaitu negara bertanggung jawab atas penyelenggaraan kesejahteraan bagi segenap masyarakat. Dengan perkataan lain, dalam negara hukum kesejahteraan, pemerintah (pejabat administrasi negara) diberi kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri demi

mencapai tujuan kesejahteraan segenap anggota masyarakat sehingga kedua asas di atas diperkenankan hidup secara berdampingan. Dengan perkataan lain, inti pokok negara hukum kesejahteraan yang menggabungkan asas negara hukum dan sosialis seperti dikemukakan di atas adalah kebebasan atau kemerdekaan bertindak bagi pemerintah dalam rangka penyelenggaraan tugas-tugasnya, yaitu kesejahteraan rakyat.

Sebagaimana dikemukakan di atas, negara kesejahteraan bercita-cita untuk menyelenggarakan atau mewujudkan kesejahteraan umum. Kesejahteraan umum atau kesejahteraan rakyat dalam istilah Lemaire disebut *Bestuurzorg* (Utrecht, 1960: 22). Sebagai suatu cita-cita, *bestuurzorg* atau kesejahteraan umum (kesejahteraan masyarakat) merupakan cita-cita yang mengandung ruang lingkup yang sangat luas karena mencakup berbagai aspek (dimensi) material seperti kebutuhan makan, rumah, dan pakaian, tetapi juga mencakup aspek spiritual, yaitu kebutuhan rohaniah masyarakat. Dimensi material *bestuurzorg* berkaitan dengan tugas pemerintah untuk menjaga ketertiban dan keamanan dalam rangka kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara supaya manusia dapat hidup dengan tenang dan tentram. Selain itu, pemerintah harus dapat memenuhi kebutuhan hidup masyarakat seperti makan, pakaian, perumahan, dan lain-lain supaya rakyat dapat hidup layak sesuai dengan harkat dan martabatnya. Dimensi spiritual *bestuurzorg* berkaitan dengan tugas pemerintah untuk menyelenggarakan susasana kehidupan berbangsa dan bernegara yang kondusif supaya masyarakat dapat memenuhi kebutuhan spriritualnya. Dimensi spiritual ini mencakup aspek-aspek seperti kebebasan mengemukakan pendapat dan kreativitas tiap-tiap pribadi serta jaminan kebebasan dalam menjalankan ibadah menurut keyakinan masing-masing individu dan sebagainya.

Tugas untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum yang dikemukakan di atas merupakan tugas yang dibebankan ke pundak pemerintah. Pembebanan tugas yang sangat berat tersebut dengan sendirinya berakibat terhadap ruang lingkup tugas pemerintah yang semakin bertambah luas. Dalam hubungan dengan penyelenggaraan kesejahteraan tersebut, pemerintah tidak hanya bertugas sebagai penjaga ketertiban dan keamanan seperti tugas pemerintah dalam negara hukum formal. Pemerintah juga terlibat dalam bidang sosial, ekonomi, dan sebagainya yang semula merupakan urusan masing-masing individu. Dalam hubungan dengan ruang lingkup tugas pemerintah yang semakin bertambah luas tersebut, S.F. Marbun dan Moh. Mahfud M.D. (1987: 45) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Oleh sebab itu, tugas pemerintah diperluas dengan maksud untuk menjamin kepentingan umum sehingga lapangan tugasnya mencakup berbagai aspek yang semula menjadi urusan masyarakat seperti masalah kesehatan rakyat, pendidikan, perumahan, distribusi tanah, dan sebagainya. Jadi, di dalam *welfare state*, pemerintah itu disertai *bestuurzorg*, yaitu penyelenggaraan kesejahteraan umum.”

Perkembangan ruang lingkup tugas-tugas pemerintah dalam negara hukum kesejahteraan seperti dikemukakan di atas dengan sendirinya menimbulkan pengaruh terhadap ranah kehidupan pribadi anggota masyarakat. Seiring dengan perkembangan tugas pemerintahan tersebut, campur tangan pemerintah dalam kehidupan masing-masing anggota masyarakat juga semakin bertambah jauh memasuki ranah kehidupan pribadi. Hal itu merupakan konsekuensi yang tidak dapat dielakkan dan proses itu merupakan suatu gejala yang bersifat mempersempit ranah kehidupan pribadi dan memperluas ranah (wilayah) pemerintahan. Perkembangan proses yang semakin memperluas wilayah publik dalam ranah kehidupan individu seperti dikemukakan di atas ikut mendorong perkembangan hukum publik. Seiring dengan proses perluasan bidang hukum publik

tersebut, wilayah hukum privat semakin bertambah sempit. Perkembangan ini menyebabkan masuknya beberapa aspek hukum perdata kedalam wilayah hukum publik, seperti aspek-aspek hukum perburuhan yang kini didominasi oleh hukum publik. Dalam hubungan dengan perkembangan baru di bidang hukum publik khususnya hukum administrasi negara tersebut, Mustamin Daeng Matutu (1972: 18) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Dalam negara kesejahteraan modern, peranan hukum publik (hukum administrasi negara) condong untuk semakin mendesak peranan hukum perdata karena semakin luasnya peranan administrasi negara dalam kehidupan sosial, ekonomi, dan kultural masyarakat yang banyak mengatur lapangan-lapangan dengan kaidah-kaidah hukum administrasi.”

Dalam rangka penyelenggaraan kesejahteraan umum yang mencakup dimensi material dan spiritual seperti dikemukakan di atas, tugas pemerintah adalah melakukan servis publik (Basah, 1989: 2). Servis publik adalah tugas pelayanan yang harus dilakukan oleh negara atau pejabat-pejabat pemerintah kepada publik (masyarakat). Posisi ini membuat kedudukan pemerintah dalam negara hukum kesejahteraan menjadi berbeda dengan kedudukan pemerintah dalam negara hukum formal. Dalam negara hukum kesejahteraan, fungsi pemerintah bersifat rangkap karena di satu pihak pemerintah adalah penguasa, tetapi di pihak lain sekaligus juga berfungsi sebagai pelayan masyarakat.

Perubahan kedudukan dan fungsi pemerintah sebagai pelayan masyarakat mengindikasikan perubahan pengertian tentang fungsi negara sebab perubahan fungsi pemerintah merupakan konsekuensi atas perubahan fungsi negara. Dalam hubungan dengan perubahan fungsi negara, Mustamin Daeng Matutu (1972: 10) mengemukakan sebagai berikut.

“Dalam rangka perkembangan aliran ini, negara tidak lagi dipandang sebagai alat kekuasaan semata-mata (sebagai *instrument of power*), tetapi mulai dipandang

sebagai alat pelayan (*an agency of service*). Dalam suasana alam pikiran semacam itulah muncul dan berkembangnya gejala *welfare state* (modern),”

Teori tentang fungsi negara sebagai alat memang bukan merupakan teori yang baru, tetapi teori tentang fungsi negara sebagai alat pelayanan sosial adalah teori baru. Dalam kajian tentang teori-teori fungsi negara memang ada teori yang mengemukakan bahwa negara adalah alat segolongan (sekelompok) orang. Salah seorang eksponen yang mengemukakan pandangan tentang negara sebagai alat suatu golongan adalah Karl Marx. Karl Marx mengemukakan pandangan bahwa negara adalah alat golongan *borjuis* kapitalis untuk menguasai golongan *proletar*. Pandangan tentang fungsi negara dalam ide negara hukum material, yaitu negara (penguasa) bertugas memberikan pelayanan kepada masyarakat, yang berbeda dengan pandangan yang dikemukakan Karl Marx di atas, dianggap sebagai suatu revolusi pemikiran di bidang fungsi negara (penguasa).

Sesuai dengan perkembangan (revolusi) pemikiran tentang fungsi negara (pemerintah) yang dikemukakan di atas, dalam konteks penyelenggaraan tugas servis publik atau pelayanan masyarakat. Kedudukan pemerintah sebagai pelayan masyarakat (*public servant*) lebih didahulukan daripada sebagai penguasa. Posisi pemerintah sebagai pelayan masyarakat dengan sendirinya akan berpengaruh terhadap segenap sikap dan tindakan pemerintah dalam rangka penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Sebagai pelayan masyarakat, pemerintah harus mendahulukan kewajiban untuk menyelenggarakan segenap kepentingan dan kebutuhan anggota masyarakat daripada kewenangannya sebagai penguasa supaya kesejahteraan umum sebagai tujuan ide negara hukum material tercapai. Untuk itu, pemerintah harus terlibat sebagai pelayan dalam hampir semua segi kehidupan bermasyarakat, seperti bidang perekonomian, perdagangan, kesehatan rakyat, pendidikan, perumahan, olahraga, pertanian, dan sebagainya.

Keterlibatan pemerintah sebagai pelayan masyarakat dalam berbagai aspek kehidupan bermasyarakat seperti dikemukakan di atas menjadi suatu keniscayaan dalam negara hukum kesejahteraan. Tanpa keterlibatan pemerintah, kesejahteraan umum yang menjadi cita-cita negara hukum kesejahteraan hanya akan menjadi angan-angan sebab tugas untuk mewujudkan kesejahteraan umum tidak dapat diserahkan kepada masing-masing individu. Oleh sebab itu, dapat dikemukakan bahwa rangka tugas servis publik atau pelayanan masyarakat hampir tidak ada aspek kehidupan masyarakat yang tidak dapat dicampuri oleh pemerintah. Atas dasar keterlibatan pemerintah dalam berbagai aspek kehidupan masyarakat tersebut, Bachsan Mustafa (1979: 28) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Dalam suatu negara hukum modern, lapangan administrasi negara menjadi sangat luas, hal ini disebabkan karena ikut campurnya pemerintahan (*staatsbemoennis*) dalam segala lapangan kehidupan masyarakat, maka tugas administrasi negara bertambah pula banyaknya karena harus melayani kebutuhan masyarakat yang tidak terhingga banyaknya dan beraneka ragam coraknya.”

Keterlibatan pemerintah dalam ranah kehidupan individu dengan tujuan untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum membuat pemerintah tidak boleh bersifat pasif sebagai penjaga ketertiban dan keamanan saja. Untuk menyelenggarakan kepentingan dan kemakmuran rakyat, pemerintah harus aktif dalam mengatur, mengurus, dan melayani masyarakat. Dalam hubungan ini, S.F. Marbun dan Mahfud M.D. (1987: 45) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Di dalam negara modern *welfare state* ini tugas pemerintah bukan lagi semata-mata sebagai penjaga malam dan tidak boleh pasif, tetapi harus aktif turut serta dalam kegiatan masyarakat sehingga kesejahteraan bagi semua orang terjamin. Dengan demikian, pemerintah harus memberikan perlindungan bagi warganya bukan hanya dalam bidang politik, tetapi juga dalam bidang sosial ekonomi sehingga kesewenang-wenangan dari golongan kaya harus dicegah oleh pemerintah.”

Sege nap permasalahan yang terjadi dalam masyarakat yang menuntut penyelesaian harus diurus dan ditangani oleh pemerintah. Bahkan, pemerintah harus dapat memberikan bimbingan dan arahan berkenaan dengan hal-hal yang akan terjadi di masa depan supaya masyarakat terhindar dari sege nap masalah yang mungkin terjadi. Dengan perkataan lain, pemerintah tidak boleh menolak melayani sege nap kepentingan dan kebutuhan masyarakat dengan alasan apapun. Kepentingan dan kebutuhan masyarakat sangat kompleks karena setiap hari akan semakin bertambah macamnya sehingga setiap hari jumlah urusan yang harus diselenggarakan oleh pemerintah juga ikut bertambah. Oleh sebab itu pemerintah harus dapat bertindak secara luwes dan cepat.

Selain luas dan rumit (kompleks), tugas-tugas yang harus diselenggarakan oleh pemerintah seperti yang dikemukakan di atas juga selalu berkembang dengan sangat cepat sehingga untuk mewujudkan kesejahteraan umum, pemerintah tidak boleh bergerak dengan lamban. Pemerintah dituntut untuk bertindak cepat dan luwes dalam mengantisipasi dan menangani sege nap permasalahan yang terjadi dalam masyarakat yang tidak selalu dapat diperkirakan dapat terjadi. Pemerintah dituntut untuk bertindak cepat dan luwes dalam mengantisipasi dan menangani sege nap permasalahan yang terjadi dalam masyarakat yang tidak selalu dapat diperkirakan dapat terjadi. Situasi dan kondisi masyarakat yang berkembang dengan sangat cepat menimbulkan masalah tersendiri bagi pemerintah. Dalam rangka menyikapi situasi dan kondisi yang dapat berkembang dengan cepat tersebut, pemerintah tidak mungkin hanya berpegangan kepada asas legalitas yang bersifat kaku yang selama ini merupakan pedoman bagi pemerintah dalam penyelenggaraan tugas-tugas pemerintah. Jika sikap kaku hendak dipertahankan dalam menyikapi perkembangan-perkembangan baru yang terjadi dalam masyarakat dengan

alasan demi kepastian hukum, tidak mustahil akan terjadi kerugian yang lebih besar yang dapat dicegah sekiranya pemerintah dapat bertindak dengan cepat.

Dalam situasi dan kondisi masyarakat yang berkembang dengan sangat cepat tersebut, asas legalitas yang mengutamakan kepastian hukum seperti dikemukakan di atas dengan sendirinya tidak mungkin dipertahankan lagi sebagai satu-satunya asas dalam penyelenggaraan negara (pemerintahan) dalam mewujudkan cita-cita ide negara hukum material. Jika asas legalitas yang bersifat kaku dan terlampau mengikat pemerintah itu tetap dipertahankan, akan timbul kesulitan bagi pemerintah dalam mengantisipasi dan mengatasi perkembangan-perkembangan baru yang belum diatur oleh undang-undang. Dalam keadaan seperti ini, pemerintah akan berada pada kedudukan yang sulit sebab jika pemerintah berpedoman kepada asas legalitas, masalah-masalah baru yang timbul dalam masyarakat akan menjadi tidak tertanggulangi sehingga kemungkinan akan timbul kerugian yang lebih besar. Namun, jika pemerintah berniat menanggulangi perkembangan-perkembangan baru tersebut, pemerintah tidak memiliki dasar hukum karena belum ada undang-undangnya. Kondisi ini akan menempatkan pemerintah pada posisi yang dilematis.

Jika pemerintah hendak menyelenggarakan tugas servis publik atau pelayanan masyarakat untuk mewujudkan kesejahteraan umum sebagai tujuan ide negara hukum material, kebuntuan yang dikemukakan diatas harus diterobos. Prinsip kepastian hukum yang menjadi tujuan asas legalitas tidak boleh ditafsirkan secara kaku, tetapi harus secara luwes dan luas. Selain itu, asas legalitas harus juga dilengkapi dengan asas lain yang dapat memberikan kekuasaan bagi pemerintah atau pejabat administrasi negara supaya dapat menyikapi perkembangan-perkembangan baru yang terjadi dengan tiba-tiba.

Dengan perkataan lain, sifat kaku asas legalitas yang menyebabkan kebuntuan seperti diutarakan di atas harus diterobos dengan memberikan kebebasan kepada pemerintah untuk bertindak atas inisiatif sendiri. Terobosan seperti ini tidak perlu dipandang sebagai tindakan yang melemahkan atau mengesampingkan asas legalitas, tetapi sebagai tindakan yang bertujuan untuk melengkapi asas legalitas. Dengan bertitik tolak dari sudut pandang seperti inilah, kebebasan bertindak yang dimiliki pemerintah atau pejabat administrasi negara dapat diterima dengan makna yang positif dan bukan dalam makna yang negatif, yakni sebagai bentuk kesewenang-wenangan baru. Hal itu perlu ditekankan di sini karena dalam lapangan hukum administrasi negara, kebebasan bertindak (*diskresi*) tidak selalu dipandang dalam arti positif oleh para pakar. Ada pandangan yang menganggap bahwa diskresi merupakan suatu bentuk kesewenang-wenangan, seperti dikemukakan oleh Dicey yang menganggap "*arbitrary or discretionary power*" sebagai tindakan-tindakan di luar hukum atau sewenang-wenang.

Kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri yang diberikan kepada pemerintah dalam negara hukum kesejahteraan menunjukkan suatu proses perubahan pola pikir mengenai tujuan negara hukum. Dalam negara hukum formal, kepastian hukum (*rechmatig*) merupakan tujuan utama dan untuk mewujudkan tujuan inilah asas legalitas diterima sebagai asas negara hukum formal. Dalam negara hukum material, tujuan utama adalah kemanfaatan (*doelmatig*) hukum demi mencapai kesejahteraan masyarakat. Untuk itu, ide negara hukum material memberikan kebebasan bertindak kepada pemerintah.

Meskipun pemerintah diberi kewenangan untuk bertindak atas inisiatif sendiri demi kemanfaatan hukum, tidak berarti tujuan kepastian hukum menjadi dikesampingkan. Kepastian hukum harus tetap mendapat perhatian, meskipun pemerintah

diberikan kewenangan untuk bertindak atas inisiatif sendiri demi mencapai tujuan kesejahteraan masyarakat. Secara ideal, dapat dikatakan bahwa kedua asas tersebut, yaitu asas kepastian hukum dan kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri harus seiring sejalan dan hidup secara berdampingan serta saling melengkapi supaya tercapai kesejahteraan umum sebagai tujuan negara hukum kesejahteraan. Dalam hubungan dengan keberadaan asas kebebasan pemerintah bertindak atas inisiatif sendiri tersebut, Bachsan Mustafa (1979: 28) mengemukakan pendapatnya berikut ini.

“Tugas administrasi negara dalam welfare state ini ... yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum yang mempunyai tanda istimewa, yaitu kepada administrasi negara diberikan kebebasan untuk atas inisiatif sendiri bertindak cepat dan tepat menyelesaikan kepentingan-kepentingan guna kesejahteraan masyarakat, memberi kepada administrasi negara keleluasaan untuk menyelenggarakan dengan cepat dan berfaedah (*doelmatig*) kepentingan-kepentingan guna kesejahteraan umum...”

Kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri oleh Bachsan Mustafa dianggap sebagai *tanda istimewa* seperti dikemukakan di atas. Tanda istimewa itu diberikan kepada pemerintah dengan maksud dan tujuan supaya pemerintah dapat bertindak cepat dan tepat untuk mengurus kepentingan-kepentingan masyarakat. Dalam bentuk pernyataan yang berbeda, Sjachran Basah mengemukakan pendapat yang mengandung makna yang sama dengan pendapat yang dikemukakan di atas. Sjachran Basah (1989: 151) mengemukakan pendapatnya sebagai berikut.

Untuk menjalankan tugas-tugas servis publik itu secara aktif, bagi administrasi negara timbul konsekuensi khusus . . . agar dapat bertindak atas inisiatif sendiri. Hal itu terdapat terutama dalam penyelesaian persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba. Dalam hal demikian, administrasi negara terpaksa bertindak cepat membuat penyelesaian.

Kecepatan pemerintah dalam bertindak untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba merupakan hal yang sangat penting dalam negara

hukum material karena hal ini merupakan syarat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum. Namun, kecepatan bertindak seperti itu tidak dapat diberikan oleh asas legalitas karena asas legalitas lebih mengutamakan kepastian hukum. Oleh sebab itu, dalam menyikapi perkembangan masyarakat yang terjadi sangat cepat, asas legalitas menjadi tidak memadai lagi dalam memenuhi tuntutan perkembangan zaman. Dalam hubungan itu, Ridwan H.R (2008: 179) mengemukakan, “Bagi negara yang bersifat welfare state, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi.”

B. Pengertian Asas Diskresi dan Jenis-jenis Diskresi

Sebagai alat ketidakmampuan asas legalitas dalam memenuhi tuntutan ide negara hukum material untuk mewujudkan kesejahteraan umum, suatu asas baru telah lahir dalam lapangan hukum administrasi negara. Asas tersebut disebut asas diskresi atau *freies ermessen*. Asas *freies ermessen* atau asas diskresi dapat dipandang sebagai asas yang bertujuan untuk mengisi kekurangan atau melengkapi asas legalitas supaya cita-cita negara hukum material dapat diwujudkan karena asas *freies ermessen* memberikan keleluasaan bertindak kepada pemerintah untuk melaksanakan tugas-tugasnya tanpa terikat kepada undang-undang. Kebebasan pemerintah dalam bertindak seperti dikemukakan di atas tentu saja merupakan hal yang tidak diperbolehkan dalam asas legalitas. Dalam hubungan dengan perkembangan asas *freies ermessen* tersebut, Ridwan H.R. (2008) mengemukakan, “*Freies ermessen* ini muncul sebagai alternatif untuk

mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*).”

Secara etimologi, *freies ermessen* berasal dari kata *frei* yang berarti bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka, serta *ermessen* yang berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, dan memperkirakan (H.R., 2008: 177). Jika bertitik tolak dari pengertian etimologi yang dikemukakan di atas, istilah *freies ermessen* atau diskresi mengandung arti kemerdekaan atau kebebasan untuk membuat pertimbangan, penilaian, dan perkiraan. Sudah tentu bahwa pertimbangan, penilaian, dan perkiraan tersebut dibuat oleh seseorang atau suatu jabatan dalam hubungan dengan keadaan, situasi, hal, atau masalah tertentu.

Dalam rangka memahami pengertian asas *freies ermessen* atau asas diskresi secara lebih komprehensif, ada cara lain yang dapat ditempuh, yaitu dengan cara menggali istilah *freies ermessen* atau diskresi dengan bertitik tolak dari pengertian menurut kamus hukum. Pada dasarnya, baik secara etimologis maupun menurut pengertian kamus hukum, pengertian asas diskresi atau *freies ermessen* adalah hak atau kewenangan pejabat administrasi negara untuk mengambil suatu tindakan yang dianggap pantas atau patut sesuai dengan keadaan faktual yang dihadapi pejabat administrasi negara yang bersangkutan. Penilaian tersebut ditetapkan berdasarkan pertimbangan bahwa tindakan itu dianggap pantas untuk dilakukan oleh pejabat administrasi negara yang bersangkutan. Kepantasan atau kepatutan tersebut bisa saja didasarkan kepada pertimbangan bahwa jika suatu tindakan dilakukan kemungkinan besar akan timbul kerugian atau kerusakan yang lebih besar. Henry Black Campbell (1983: 609) mengemukakan pengertian diskresi sebagai berikut.

“When applied to public functionalities, discretion means a right conferred upon them by the law of acting officially in certain circumstances, according to the

dictate of their judgement and conscience, uncontrolled by the judgement or conscience of others. As applied to public officers, means power to act in an official capacity in a manner which appear to be just and proper under the circumstances.” (Jika diberlakukan bagi pejabat-pejabat publik, diskresi mengandung sebagai hak yang diserahkan kepada pejabat publik berdasarkan hukum yang bertindak secara resmi dalam keadaan tertentu sesuai dengan ketentuan penilaian dan hati nuraninya yang tidak terkontrol oleh penilaian atau hati nurani orang lain. Jika diterapkan kepada petugas-petugas publik, mengandung arti kekuasaan untuk bertindak dalam kapasitas yang resmi dalam suatu cara yang resmi yang tampak sebagai adil dan patut berdsarkan keadaan yang bersangkutan).

Dalam pengertian yang kurang lebih sama, Thomas J. Aron (1964: 9) mengemukakan pengertian diskresi sebagai kekuasaan atau kewenangan yang diberikan oleh hukum atau undang-undang kepada pejabat publik untuk mengambil suatu tindakan berdasarkan penilaian sendiri. Penilaian pejabat administrasi dalam hal diskresi yang dilakukannya bukan atas dasar pertimbangan hukum, melainkan condong kepada pertimbangan moralitas. Dalam hubungan itu, Thomas J. Aron merumuskan pengertian diskresi sebagai, “...*a power of authority conferred by law to act on the basis of judgement or conscience and it uses more an idea of morals than laws.*” (...suatu kewenangan yang diberikan oleh hukum untuk bertindak berdasarkan penilaian atau hati nurani dan memakainya sebagai suatu gagasan yang lebih bersifat moral daripada hukum).

Istilah *freies ermessen* kemudian masuk dalam khazanah Hukum Administrasi Negara. Bahkan, *freies ermessen* menjadi salah satu pokok bahasan yang sangat penting dalam Hukum Administrasi Negara seperti halnya topik *asas legalitas* atau *asas-asas umum pemerintahan yang baik*. Dalam hubungan dengan pengertian *freies ermessen* tersebut, Ridwan H.R. (2008: 177) mengemukakan sebagai berikut.

“*Freies ermessen* berarti orang yang memiliki kebebasan untuk menilai, menduga, dan mempertimbangkan sesuatu. Istilah ini kemudian secara khas

digunakan dalam bidang pemerintahan sehingga *freies ermessen* (diskresionare) diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.”

Aktor (pelaku) *freies ermessen* atau diskresi adalah pejabat-pejabat atau badan-badan administrasi. Tujuan pemberian diskresi atau *fries ermessen* sebagai suatu kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri adalah untuk memberikan ruang gerak bagi pemerintah dalam melakukan suatu perbuatan tanpa harus terikat kepada undang-undang. Ruang gerak dalam bertindak sangat penting bagi pemerintah atau pejabat-pejabat administrasi negara supaya pemerintah dapat melakukan tindakan dengan cepat sesuai dengan situasi dan kondisi faktual yang dihadapi. Keputusan untuk mengambil suatu tindakan yang dilakukan oleh pejabat-pejabat administrasi semata-mata ditetapkan atas pendapat sendiri oleh pejabat administrasi negara yang bersangkutan. Dalam hubungan itu, Prajudi Atmosudirjo (1986: 77) mengemukakan, “Yang saya maksud dengan diskresi, *discretion* (Inggris), *discretionnaire* (Prancis) adalah kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib, menurut pendapat sendiri.”

Kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri yang diberikan kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara seperti dikemukakan di atas menimbulkan pertanyaan berikut. Dalam hal apa atau keadaan bagaimana pemerintah (pejabat administrasi negara) dapat melakukan tindakan atas inisiatif sendiri? Apakah pemerintah (pejabat pemerintah negara) dapat melakukan tindakan atas inisiatif sendiri secara bebas tanpa ada patokan atau batas-batasnya? Pertanyaan-pertanyaan yang dikemukakan di atas bertujuan untuk memperluas dan memperdalam wawasan berkenaan dengan eksistensi diskresi atau *freies ermessen* dalam perspektif negara hukum kesejahteraan.

Dalam perspektif negara hukum kesejahteraan, tindakan yang dilakukan oleh pejabat administrasi negara berdasarkan atas kebebasan bertindak (diskresi atau *freies ermesen*) tidak terikat kepada undang-undang. Akan tetapi, tentu saja pejabat administrasi negara yang bersangkutan tidak boleh melakukan tindakan tanpa pertimbangan-pertimbangan atau dasar pemikiran tertentu. Dalam perspektif negara hukum, segenap tindakan pejabat administrasi harus selalu ada batasan dan alasannya. Jika suatu tindakan pemerintahan tidak dapat dinilai berdasarkan pertimbangan-pertimbangan hukum, tidak berarti perbuatan tersebut tidak perlu dipertanggungjawabkan. Tindakan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan secara hukum harus dipertanggungjawabkan secara moral dan akal sehat yang ukuran-ukurannya adalah kepatutan (moral) dan kelayakan (akal sehat). Dalam hubungan itu, Hans J. Wolf, seperti dikutip oleh Markus Lukman (1989: 145-146), mengemukakan bahwa *freies ermesen* tidak boleh diartikan secara berlebihan seakan-akan badan atau pejabat administrasi negara boleh bertindak dengan sewenang-wenang atau tanpa dasar dan dengan dasar-dasar yang tidak jelas ataupun dengan pertimbangan subjektif-individual.

Pemberian kewenangan untuk bertindak atas inisiatif sendiri kepada pemerintah (pejabat administrasi negara) tentu saja harus didasarkan pada beberapa alasan tertentu. Hal itu berarti bahwa diskresi tidak dapat dilakukan secara sewenang-wenang, melainkan terikat kepada persyaratan yang bersifat kondisional. Tanpa kehadiran persyaratan kondisional, tindakan diskresi tersebut pada dasarnya tidak boleh dilakukan. Menurut Ridwan H.R. (2008: 108), ada tiga alasan atau keadaan kondisional yang menjadikan

pemerintah dapat melakukan tindakan diskresif atau tindakan atas inisiatif sendiri, yaitu sebagai berikut.

1. Belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian *in concreto* terhadap suatu masalah, padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera.
2. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar tindakan aparat pemerintah telah memberikan kebebasan sepenuhnya.
3. Adanya delegasi perundang-undangan, yaitu pemberian kekuasaan untuk mengatur sendiri kepada pemerintah yang sebenarnya kekuasaan ini dimiliki oleh aparat yang lebih tinggi tingkatannya.

Dalam kondisi yang pertama seperti dikemukakan di atas, diskresi mengandung arti sebagai suatu tindakan pemerintah yang dilakukan atas inisiatif sendiri akibat terjadi kekosongan hukum (undang-undang) *in concreto*. Dalam kondisi tersebut, kekosongan hukum tersebut harus diisi oleh pemerintah dengan menetapkan sendiri hukum yang berlaku terhadap kasus yang bersangkutan karena belum ada undang-undang yang dijadikan pedoman bagi pemerintah. Itu berarti pemerintah bertindak sebagai hakim yang mengisi kekosongan hukum *in concreto* dengan cara melakukan penemuan hukum. Namun, dalam rangka penyelesaian suatu masalah yang belum ada pengaturannya seperti dikemukakan di atas, pemerintah tetap tidak boleh bertindak sewenang-wenang karena bagaimanapun juga, dalam suatu negara hukum, segenap tindakan pemerintah harus ada batasannya. Pembatasan terhadap tindakan pemerintah pertama-tama dilakukan oleh hukum, dalam arti hukum positif. Namun, jika terjadi masalah baru yang belum ada pengaturannya, pemerintah dapat berpedoman kepada asas-asas hukum yang hidup dalam

kesadaran hukum bangsa Indonesia. Bahkan, jika asas-asas hukum itu sulit ditemukan, segenap tindakan pemerintahan yang dilakukan pejabat administrasi negara harus diuji terhadap norma-norma kelayakan dan kepatutan.

Dalam kondisi kedua di atas, diskresi merupakan tindakan yang dilakukan oleh pemerintah atas inisiatif sendiri untuk menjalankan suatu undang-undang karena undang-undang itu sendiri tidak mengatur cara untuk menjalankannya secara khusus. Sebagai contoh, suatu undang-undang menyatakan bahwa pemerintah dapat memberikan izin usaha industri kepada warga negara yang mengajukan permohonan. Namun, undang-undang (pembentuk undang-undang) itu sendiri tidak menetapkan syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk memperoleh izin usaha industri tersebut. Jika pemerintah tidak mengambil tindakan untuk menjalankan undang-undang tersebut, dengan sendirinya undang-undang itu tidak dapat dijalankan. Maka dalam hal ini, pemerintah harus bertindak atas inisiatif sendiri untuk menjalankan perintah undang-undang tersebut, yaitu dengan menetapkan sendiri syarat-syarat untuk memperoleh izin usaha tersebut. Jika tidak ada patokan yang diberikan oleh undang-undang, syarat-syarat tersebut dengan sendirinya ditetapkan atas dasar penilaian pemerintah atau pejabat administrasi negara yang bersangkutan.

Dalam kondisi ketiga di atas, diskresi merupakan tindakan pemerintahan yang dilakukan atas inisiatif sendiri karena aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri suatu hal tertentu, meskipun kewenangan untuk mengatur hal tersebut sebenarnya dimiliki oleh aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Dalam kondisi ini, kekuasaan yang lebih tinggi menyerahkan kewenangannya kepada pejabat administrasi negara untuk

menjalankan kewenangan tersebut. Jika terjadi penyerahan kewenangan kepada pejabat administrasi negara, pemerintah bertindak seolah-olah pembentuk undang-undang.

Sesuai dengan uraian di atas, ketika salah satu keadaan yang dikemukakan itu terjadi, pemerintah dapat mengambil tindakan atas inisiatif sendiri (diskresi). Namun, dalam kondisi pemerintah atau pejabat administrasi negara perlu mengambil suatu tindakan atas inisiatif sendiri, tindakan yang diambil tersebut tentu saja tidak dapat dilakukan sewenang-wenang karena terdapat patokan-patokan yang diperlukan untuk menentukan dalam rangka dan hal bagaimana serta dengan tujuan pejabat administrasi negara dapat mengambil suatu tindakan atas inisiatif sendiri. Sebagai contoh, pejabat administrasi negara tidak boleh mengambil suatu tindakan atas inisiatif sendiri dengan maksud dan tujuan menguntungkan diri sendiri, keluarga, atau pihak-pihak tertentu lainnya. Dengan perkataan lain, pejabat administrasi negara yang bertindak atas inisiatif sendiri harus memiliki motivasi dan tujuan yang jelas dalam melakukan diskresi supaya tindakan tersebut dapat dipertanggungjawabkan secara kepatutan dan kelayakan, meskipun tidak dapat dimintai pertanggungjawaban secara hukum.

Dalam hubungan dengan motivasi, tujuan, keadaan, ataupun alasan yang memperbolehkan pejabat administrasi negara melakukan tindakan atas inisiatif sendiri, Sjachran Basah mengemukakan beberapa persyaratan yang harus dipenuhi. Beberapa persyaratan tersebut (H.R., 2008: 178-179) adalah bahwa diskresi:

1. ditujukan untuk menjalankan tugas servis publik;
2. merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara;
3. diambil atas inisiatif sendiri, dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;
4. dapat dipertanggungjawabkan, baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Sesuai dengan persyaratan yang dikemukakan di atas, dapat disimpulkan bahwa diskresi sebagai sebagai suatu tindakan pemerintahan yang diambil atas inisiatif sendiri sesungguhnya bukan merupakan tindakan yang sewenang-wenang. Diskresi itu bukan merupakan tindakan pejabat administrasi negara yang bebas secara mutlak tanpa ada batas-batasnya karena mengenai hal atau keadaan yang memerlukan tindakan diskresi tidak semata-mata bergantung kepada kehendak pejabat administrasi negara, namun dibatasi oleh keadaan faktual, situasi, motivasi, maksud dan tujuan, serta pertanggungjawaban moral tindakan diskresi tersebut.

Seperti dikemukakan di atas, diskresi dapat dilakukan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara semata-mata demi kepentingan pelaksanaan tugas pelayanan masyarakat (servis publik). Oleh karena itu, tindakan diskresi tidak boleh dimaksudkan untuk kepentingan pejabat administrasi negara yang bersangkutan. Selain itu, tindakan diskresi merupakan tindakan pemerintah yang bersifat aktif dan diperbolehkan oleh hukum. Tindakan diskresi tersebut dilakukan karena muncul masalah-masalah penting secara tiba-tiba yang harus diselesaikan. Pada akhirnya, tindakan diskresi tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan kepada Tuhan Yang Maha Esa dan di hadapan hukum.

Jika bertitik tolak dari pendapat yang dikemukakan di atas, timbul pertanyaan mengenai wujud tindakan pemerintah yang dilakukakan atas dasar diskresi tersebut. Wujud tindakan pemerintah atau pejabat administrasi negara berdasarkan asas diskresi atau *freies ermessen* dapat berupa berbagai macam tindakan pemerintah seperti suatu tindakan nyata, keputusan (*beschikking*), pembentuk peraturan, kebijakan, dan lain-lain.

S.F Marbun dan Moh. Mahfud M.D. (2001: 46) mengemukakan, “Termasuk dalam arti *freies ermessen* ini ialah membuat peraturan tentang hal-hal yang belum ada

pengaturannya atau mengimplementasikan peraturan yang ada sesuai dengan kenyataan. Pencakupan yang demikian disebut *discretionary power*. Wujud tindakan pemerintah yang termasuk dalam wilayah diskresi yang dikemukakan kedua penulis tersebut merupakan pengertian yang sempit sebab ada berbagai wujud tindakan pemerintah yang lahir dari diskresi.

Dalam lingkungan hukum administrasi negara, wujud tindakan pemerintahan yang lahir dari kewenangan diskresi dapat berbentuk peraturan perundang-undangan yang tingkatnya di bawah undang-undang (Lukman, 1986: 116). Peraturan perundang-undangan yang lahir dari kewenangan diskresi tersebut dari sisi material mengikat secara umum. Selain berwujud peraturan perundang-undangan yang dari sisi material mengikat secara umum, diskresi juga dapat melahirkan tindakan pemerintah yang bersifat individual-konkret yang disebut keputusan tata usaha negara (*beschikking*) (Lukman, 1986: 116). Selain, tindakan pemerintahan yang termasuk dalam kategori tindakan hukum, diskresi juga dapat melahirkan tindakan pemerintahan yang bersifat mengakhiri sengketa seperti halnya keputusan (*vonis*) hakim (Panjaitan, 2001: 115). Dalam hubungan dengan wujud tindakan pemerintahan yang lahir dari kewenangan diskresi tersebut, Saut Panjaitan (2001: 115) mengemukakan bentuk-bentuk tindakan pemerintah, yaitu :

1. membentuk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang dari sisi material mengikat secara umum;
2. mengeluarkan *beschikking* yang bersifat konkret, final, dan individual;
3. melakukan tindakan administrasi yang nyata dan aktif;

4. menjalankan fungsi peradilan, terutama dalam keberatan dan banding administrasi.

C. Jenis-jenis Diskresi: Diskresi Bebas dan Diskresi Terikat

Sebagaimana dikemukakan sebelumnya bahwa dalam suatu negara hukum material (negara hukum kesejahteraan) pemerintah (pejabat administrasi negara) diberi kebebasan untuk mengambil tindakan atas inisiatif sendiri dalam kondisi-kondisi tertentu. Pemberian kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri kepada pemerintah mengandung arti pemberian ruang pertimbangan (*beoordelingsruimte*) kepada pejabat atau badan administrasi negara oleh undang-undang untuk menyelesaikan masalah-masalah penyelenggaraan pemerintah yang dihadapi (Lukman, 1986: 116).

Pemberian ruang pertimbangan kepada pejabat administrasi negara pada dasarnya bertitik tolak dari kelemahan badan legislatif dalam pembentukan undang-undang. Undang-undang atau pembentuk undang-undang memiliki kelemahan yang prinsip, yakni tidak selalu mampu mengikuti perkembangan masyarakat sesuai dengan perkembangan masyarakat tersebut. Sebagai akibatnya, undang-undang (pembentuk undang-undang) selalu ketinggalan dari perkembangan masyarakat. Di samping itu, masyarakat memiliki berbagai macam aspek yang sangat kompleks sehingga pembentuk undang-undang tidak selalu mampu mengatur segala hal atau peristiwa yang terjadi dalam masyarakat secara rinci dan dalam segenap aspek kehidupan bermasyarakat.

Kelemahan pembentuk undang-undang yang dikemukakan di atas akan menimbulkan masalah, yakni seolah-olah terjadi kekosongan hukum atau undang-undang, sangat mungkin terjadi karena suatu perkembangan baru terjadi dalam

masyarakat yang berlangsung secara cepat dan tiba-tiba. Perkembangan mendadak dan cepat yang terjadi dalam masyarakat tersebut menjadikan pembentuk undang-undang ketinggalan sehingga selalu ada hal atau keadaan baru yang belum ada aturannya. Dari sudut pandang hukum, keadaan yang menggambarkan kekosongan hukum tersebut dapat menimbulkan masalah serius. Atas dasar alasan tersebut, pemerintah dalam negara hukum kesejahteraan diberi kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri dalam rangka mengisi kekosongan hukum tersebut.

Dalam rangka mencegah kemungkinan terjadi kekosongan hukum atau undang-undang tersebut, diberikan kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara. Dalam hubungan dengan diskresi (ruang kebebasan bertindak) dapat diajukan peratannya: Apakah pejabat administrasi negara memiliki kebebasan mutlak yang sama sekali tidak ada batas-batasnya? Masalah ini berkenaan dengan teori jenis-jenis diskresi dalam lapangan hukum administrasi negara.

Dalam lapangan hukum administrasi negara dikenal dua macam diskresi sebagai bentuk kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri, yaitu (a) *diskresi bebas*; dan (b) *diskresi terikat* (Atmosudirjo, 1986: 82). Perbedaan kedua jenis diskresi tersebut semata-mata ditetapkan berdasarkan kriteria (tolak ukur) ruang kebebasan yang diberikan oleh undang-undang kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara dalam melakukan tindakan atas inisiatif sendiri untuk menyelesaikan suatu masalah faktual.

Dalam diskresi terikat, ruang pertimbangan yang diberikan kepada pemerintah dibatasi oleh undang-undang sehingga ruang pertimbangan tersebut bersifat terbatas. Dalam diskresi bebas, ruang pertimbangan tersebut tidak dibatasi secara khusus oleh undang-undang. Undang-undang hanya menetapkan batas-batas umum sehingga pejabat

administrasi negara bebas mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui atau melanggar batas-batas tersebut (Amosudirjo, 1986). Diskresi bebas juga dikenal dengan istilah *wewenang bebas*. Dalam diskresi atau wewenang bebas, undang-undang memberikan ruang (keleluasaan) yang cukup besar kepada pejabat administrasi negara mengenai cara-cara melaksanakan kewenangan diskresinya. Keleluasaan itu terjadi karena undang-undang tidak menentukan kriteria yang harus diperhatikan oleh pejabat administrasi negara dalam menjalankan kewenangan diskresi tersebut.

Walaupun undang-undang menentukan kriteria dalam menjalankan diskresi tersebut, pedoman atau kriteria yang ditetapkan oleh undang-undang tersebut sering kali samar-samar sehingga akhirnya pejabat administrasi negara tetap harus memutuskan sendiri tindakan yang harus diambilnya. Dalam hubungan itu, Indroharto (1994: 152) mengemukakan, “Wewenang itu bebas kalau undang-undang tidak menentukan sendiri kriteria untuk keputusan-keputusan pelaksanaannya, atau kalau *toh* ada, rumusan kriteria itu samar-samar, tidak tegas, dan tidak jelas.” Sebagai contoh, undang-undang memberikan kewenangan kepada suatu badan atau pejabat administrasi negara untuk memberikan izin usaha industri kepada warga negara yang membutuhkannya, namun tidak mengatur persyaratan untuk memperoleh izin usaha tersebut atau tidak memberikan patokan mengenai persyaratan yang harus dipenuhi supaya anggota masyarakat dapat memperoleh izin tersebut. Oleh sebab itu, dalam konteks tersebut pejabat administrasi negara yang bersangkutan dapat disebut memiliki diskresi bebas.

Pada diskresi terikat, undang-undang menetapkan beberapa alternatif yang dapat dipilih dengan bebas oleh pejabat administrasi negara (Atmosudirjo, 1986: 82) Dalam hal itu, undang-undang menetapkan patokan menjadi pedoman bagi pejabat administrasi

negara dalam menjalankan kewenangan diskresinya. Dalam diskresi terikat ini, ruang lingkup kebebasan bertindak pejabat administrasi negara relatif telah lebih dibatasi oleh undang-undang sehingga pejabat administrasi negara yang berwenang tidak boleh menyimpang dari alternatif yang telah ditetapkan oleh pembentuk undang-undang. Dalam hubungan dengan diskresi terikat tersebut, Indroharto (1994: 152) mengemukakan sebagai berikut.

“Wewenang itu tidak bebas kalau pengaturan dalam undang-undang itu secara cermat mendikte keputusan apa/yang bagaimana yang harus diambil oleh organ yang bersangkutan, undang-undang sendiri yang menentukan kriteria yang harus dipergunakan oleh organ yang akan mengambil keputusan (syarat-syarat untuk masuk dinas militer ditentukan dalam undang-undang; siapa-siapa yang menjadi wajib pajak ditentukan oleh undang-undang).”

Dalam kutipan di atas disebutkan bahwa undang-undang menentukan syarat-syarat untuk masuk dinas militer sehingga pejabat administrasi negara harus berpedoman kepada persyaratan yang telah ditentukan undang-undang tersebut. Kalau pejabat administrasi negara melakukan suatu tindakan atas inisiatif sendiri demi menjalankan perintah undang-undang, tindakan diskresi ini tidak boleh menyimpang dari ketentuan undang-undang. Dengan perkataan lain, pejabat administrasi negara yang bertugas menjalankan perintah undang-undang harus berpedoman kepada syarat-syarat yang telah ditentukan oleh undang-undang. Dalam hal pajak juga berlaku hal yang sama, tindakan diskresi yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara dalam menjalankan perintah undang-undang pajak harus berpedoman kepada syarat-syarat yang sudah ditentukan oleh undang-undang pajak.

Contoh lain yang dapat dikemukakan berupa pelanggaran terhadap izin usaha industri. Jika undang-undang atau pembentuk undang-undang memberikan kewenangan kepada pejabat administrasi negara untuk menjatuhkan salah satu jenis sanksi hukum terhadap pelaku pelanggaran izin usaha industri, tindakan pejabat yang bersangkutan dalam menjatuhkan sanksi tersebut tidak boleh menyimpang dari ketentuan yang ditetapkan undang-undang. Misalnya, undang-undang memberikan kebebasan untuk memilih sanksi yang akan dijatuhkan berupa: (a) menegur sekaligus memerintahkan pelaku pelanggaran untuk memperbaiki kerusakan yang timbul akibat pelanggarannya; (b) memerintahkan pemberhentian sementara atas proses usaha industrinya; atau (c) mencabut izin usaha industrinya. Dalam hal ini, pejabat administrasi negara memiliki kebebasan untuk memilih dan menetapkan salah satu dari ketiga sanksi hukum yang dikemukakan di atas. Jika pejabat administrasi negara kemudian memilih salah satu sanksi, yaitu mencabut izin usaha industri, putusan ini semata-mata didasarkan atas pertimbangan dan penilaian pejabat administrasi negara yang bersangkutan.

Sejajar dengan pembagian dua jenis diskresi yang dikemukakan di atas, Markus Lukman (1989: 116) membuat pembagian jenis diskresi dengan istilah yang berbeda. Markus Lukman mengemukakan, “Ada dua tipe *beoordelingsruimte*, yaitu *objectieve beoordelingsruimte* dan *sobjectieve beoordelingsruimte*.” *Objectieve beoordelingsruimte* (ruang pertimbangan objektif) sejajar pengertiannya dengan diskresi terikat, sedangkan *sobjectieve beoordelingsruimte* (ruang pertimbangan subjektif) sejajar pengertiannya dengan diskresi bebas.

Sobjectieve beoordelingsruimte bertitik tolak dari ruang pertimbangan subjektif yang diberikan oleh pembentuk undang-undang kepada pejabat atau badan pemerintahan

untuk atas inisiatif sendiri mengambil tindakan hukum publik. Tindakan hukum publik yang dilakukan pejabat administrasi negara seperti itu dapat bersifat pengaturan, penetapan, ataupun tindakan nyata yang positif demi menyelesaikan masalah penyelenggaraan pemerintah yang dihadapinya. Dalam diskresi bebas, ruang pertimbangan yang diberikan oleh pembentuk undang-undang kepada pejabat atau badan administrasi negara bersifat sangat luas. Dalam hubungan ini, Markus Lukman (1989) mengemukakan sebagai berikut.

“Ruang pertimbangan yang diberikan oleh pembentuk undang-undang terhadap *soebjective beoorderlingsruimte* bersifat lebih leluasa kepada pejabat atau badan administrasi negara untuk mengambil keputusan atas inisiatif sendiri dengan mempertimbangkan segala sesuatu yang dianggap perlu. Umpamanya, di bidang pemberian izin...”

Objectieve beoorderingsruimte bertitik tolak dari pemberian ruang pertimbangan objektif oleh pembentuk undang-undang kepada pejabat atau badan administrasi negara untuk melakukan tindakan hukum publik menurut situasi, kondisi, dan objek permasalahan berdasarkan kriteria tertentu (1989). Namun, kriteria yang diberikan oleh pembentuk undang-undang biasanya bersifat samar-samar (1989: 142). Dengan perkataan lain, dalam diskresi terikat, pembentuk undang-undang memberikan indikasi (tanda) mengenai arahan yang harus dilakukan oleh pihak administrasi negara demi menjalankan kebebasan bertindaknya. Akan tetapi, arahan seperti itu tidak selalu mudah diketahui sehingga pada akhirnya pejabat administrasi negara yang bersangkutan harus mengambil keputusan atas pertimbangan sendiri.

D. Batas-batas Diskresi dan Pertanggungjawaban atas Suatu Tindakan Diskresi

Kebebasan bertindak yang diberikan kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara sebagaimana dikemukakan di atas sesungguhnya mengandung arti sebagai pelanggaran atas pembatasan kekuasaan pemerintah. Kekuasaan pemerintah di negara hukum formal dibatasi sedemikian rupa dengan undang-undang demi kepastian hukum, namun pembatasan kekuasaan itu dilonggarkan di negara hukum kesejahteraan karena pemerintah diberi keleluasaan bertindak atas inisiatif sendiri. Perkembangan tersebut menunjukkan pergeseran asas yang sangat prinsip antara negara hukum formal dengan negara hukum material. Dalam ide negara hukum formal, kebebasan bertindak penguasa sangat dibatasi undang-undang, sesuai dengan asas legalitas dalam rangka mewujudkan kepastian hukum sehingga hak-hak individu tidak dilanggar oleh penguasa (pemerintah). Namun, dalam ide negara hukum material (negara hukum kesejahteraan), kebebasan penguasa yang sudah diikat dengan undang-undang kemudian dilonggarkan kembali dengan pemberian kewenangan diskresi kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara untuk melakukan tindakan atas inisiatif sendiri. Maksud dan tujuan kelonggaran tersebut didasarkan pada alasan untuk menyelenggarakan dan mewujudkan kesejahteraan rakyat. Maksud dan tujuan seperti demikian tentu saja sangat baik, tetapi pemberian kebebasan kepada pemerintah tersebut tetap mengandung risiko pelanggaran terhadap hak-hak warga masyarakat.

Kebebasan yang diberikan kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara dalam mengambil tindakan atas inisiatif sendiri dalam perspektif negara hukum modern (negara hukum kesejahteraan) merupakan perubahan yang sangat penting dalam gagasan negara hukum. Prinsip kebebasan bertindak pejabat administrasi negara tersebut

merupakan suatu prinsip baru. Akan tetapi, perubahan prinsip negara hukum itu sekaligus merupakan perubahan yang sangat mengandung risiko sebab jika pemerintah atau pejabat administrasi negara diberi kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri, kemungkinan akan terjadi kesewenang-wenangan dengan segala akibatnya. Dalam perkataan lain, dengan perubahan prinsip seperti di atas, berarti ide negara hukum material telah memodifikasi prinsip ide negara hukum formal. Prinsip negara hukum formal yang sangat ketat dalam membatasi pemerintah diubah oleh ide negara hukum kesejahteraan menjadi kebebasan bertindak bagi pemerintah. Hal itu dilakukan demi tujuan mewujudkan kesejahteraan umum.

Pemberian kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara demi penyelenggaraan kesejahteraan umum seperti di atas tidak berjalan tanpa masalah. Keleluasaan pemerintah dalam bertindak seperti itu dengan sendirinya membuka peluang penyalahgunaan kekuasaan, padahal sebagaimana diterangkan di bagian sebelumnya bahwa ide negara hukum justru lahir sebagai suatu gagasan yang bertujuan mencegah kemungkinan penyalahgunaan seperti ini.

Pemberian kewenangan kepada pemerintah untuk bertindak atas inisiatif sendiri merupakan pilihan yang mengandung risiko dan masalah tersendiri. Kebebasan bertindak seperti itu dapat berdampak negatif terhadap keberadaan hak-hak rakyat sebab keleluasaan tersebut berpotensi menimbulkan kesewenang-wenangan penguasa yang dapat melanggar hak-hak individu ataupun penindasan warga masyarakat, padahal kelahiran negara hukum justru bertujuan untuk mencegah penguasa sewenang-wenang yang dalam sejarah sudah terbukti selalu menimbulkan kerugian bagi rakyat.

Bentuk-bentuk kesewenang-wenangan penguasa akibat penyelenggaraan kewenangan diskresioner yang berlebihan dapat berupa pelanggaran hukum (*onrechtmatigoverheidsdaad*), penyalahgunaan kewenangan (*de tournement de pouvoir*), ataupun kesewenang-wenangan (*abus de droit*). Dalam hubungan dengan bentuk-bentuk kesewenang-wenangan penguasa tersebut, Patuan Sinaga (2001: 75) mengemukakan kekhawatirannya dengan komentar sebagai berikut.

“Perluasan kekuasaan pemerintah (administrasi negara) sesuai *power discretionaire* sudah tentu dapat menimbulkan kesewenangan yang merugikan masyarakat. Sikap tindak pihak administrasi negara yang merugikan tersebut dapat berupa pelanggaran hukum (*onrechtmatigoverheidsdaad*), penyalahgunaan kewenangan (*de tournement de pouvoir*), ataupun kesewenang-wenangan (*abus de droit*).”

Kekhawatiran atas kesewenang-wenangan penguasa sebagai konsekuensi kebebasan bertindak (diskresi atau *freies ermessen*) yang berlebihan juga mendapat perhatian penulis lain. Sudargo Gautama (1983: 11) mengungkapkan kekhawatirannya dengan mengatakan, “Pada hakikatnya, di dalam bentuk negara modern seperti yang kita alami sekarang, bahaya atas hilangnya sifat-sifat negara hukum lebih besar daripada di dalam negara hukum penjaga malam pada masa lampau.” Ia kemudian mengemukakan, “Saaya telah menguraikan bahwa di dalam negara modern, karena lebih mendalam dan besarnya campur tangan pemerintah dalam kehidupan sehari-hari orang-orang sesisi negaranya, kemungkinan pelanggaran asas-asas negara hukum menjadi lebih besar.”

Kekhawatiran yang dikemukakan oleh Sudargo Gautama seolah-olah menjadi sebuah paradoks dalam diskursus mengenai bentuk penyelenggaraan negara hukum ideal pada zaman modern ini. Kekuasaan (pemerintah) memang harus dibatasi agar pemerintah tidak dapat bertindak sewenang-wenang terhadap rakyat karena sangat berpotensi melanggar hak warga negara dan hak asasi yang justru hendak dilindungi oleh negara

hukum kesejahteraan. Dalam praktik penyelenggaraan negara dan pemerintah modern, pembatasan kekuasaan penguasa dilakukan dengan bersaranakan hukum sehingga lahirlah asas legalitas yang memiliki arti sempit (*wetmatigheid van bestuur*) dan arti lebih luas (*rechmatigheid van bestuur*).

Pembatasan kekuasaan pemerintah berdasarkan hukum yang kemudian melahirkan asas legalitas seperti dikemukakan di atas mengandung konsekuensi terhadap penguasa (pemerintah). Di suatu pihak, pembatasan kekuasaan berdasarkan hukum seperti itu berarti jika penguasa atau pemerintah melanggar pembatasan yang diatur dalam undang-undang (hukum), penguasa atau pemerintah dapat dimintai pertanggungjawabannya secara hukum. Penguasa dapat dituntut dan diadili di depan pengadilan sebagai pertanggungjawaban atas perbuatannya. Hal seperti ini terjadi ketika pemerintah melanggar hukum (*onrechtmatigedaad*). Selain itu, tindakan hukum publik yang dilakukan oleh pemerintah yang berbentuk keputusan dapat diuji dan dipersoalkan di depan pengadilan administrasi.

Tindakan pemerintah dalam lapangan hukum publik yang berbentuk peraturan perundang-undangan dapat dimintakan pengujian secara material. Pengujian juga dapat dilakukan terhadap tindakan hukum pemerintahan yang berbentuk peraturan kebijakan. Pembatasan kekuasaan penguasa (pemerintah) seperti dikemukakan di atas dengan sendirinya memiliki pengaruh yang sangat besar terhadap pengakuan dan perlindungan hak-hak warga negara dan hak-hak asasi manusia. Jika kekuasaan penguasa (pemerintah) dapat dibatasi secara efektif dengan bersaranakan hukum, pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak warga dan hak-hak asasi manusia yang juga semakin bertambah baik.

Pembatasan kekuasaan penguasa (pemerintah) secara ketat seperti dikemukakan di atas ternyata tidak bebas dari masalah, di satu sisi, pembatasan kekuasaan penguasa berhasil mencegah tindakan sewenang-wenang. Namun di lain pihak, pembatasan kekuasaan pemerintah yang terlampau ketat dapat menyebabkan kelambanan dalam menyikapi masalah-masalah baru yang berkembang dalam masyarakat. Hal itu jelas menjadi hambatan dalam penyelenggaraan kesejahteraan umum sebagai cita-cita negara hukum kesejahteraan.

Sebagai solusi atas dilema yang dikemukakan di atas, kepada pemerintah diberikan keleluasaan bertindak atas inisiatif sendiri demi kepentingan umum berdasarkan asas *freies ermessen* agar pemerintah dapat bertindak cepat untuk mengatasi dan menangani masalah baru yang timbul dalam masyarakat. Namun, tetap menimbulkan kekhawatiran atas kesewenang-wenangan pemerintah yang mungkin merugikan hak-hak warga masyarakat. Kekhawatiran itu sangat beralasan. Salah satu bentuk potensi pelanggaran akibat kebebasan bertindak pemerintah (pejabat administrasi negara) berupa pelanggaran hak-hak asasi manusia. Dalam hubungan dengan potensi pelanggaran seperti itu, Sudargo Gautama (1983: 10) mengemukakan pernyataan, “Karena kebebasan administrasi itu pun sering terjadi bahwa hak-hak asasi manusia pribadi terlanggar dan kepentingan perseorangan terdesak. Sampai di mana hal ini diperbolehkan? Apakah ada batas-batas dan jika ya, di manakah letaknya batas-batas itu?”.

Dilema penyelenggaraan pemerintah seperti dikemukakan di atas merupakan masalah klasik dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan yang sejak dahulu sudah menjadi bahan pemikiran para pakar di bidang hukum, politik ataupun kenegaraan. Dalam teori dan praktik penyelenggaraan negara sudah banyak gagasan yang

dikemukakan ataupun lembaga dan mekanisme yang dipraktikkan, tetapi tidak ada jawaban yang berlaku umum di setiap negara dan bangsa. Secara khusus, dalam hukum administrasi negara, solusi yang dapat dikemukakan untuk mengatasi dilema tersebut adalah ajaran mengenai asas-asas umum pemerintahan yang baik. Asas-asas tersebut akan dijelaskan pada bagian selanjutnya.

Asas-asas pemerintahan yang baik seperti dikemukakan di atas merupakan batas-batas yang harus diperhatikan oleh pejabat administrasi negara dalam membuat kebijakan. Sebagaimana akan dijelaskan pada bagian selanjutnya, peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara material seperti halnya peraturan undang-undang. Namun, tidak berarti keberadaan peraturan kebijakan tidak dapat dipersoalkan di depan pengadilan (tata usaha negara). Para pihak yang merasa dirugikan oleh suatu kebijakan, yang dituangkan oleh pejabat administrasi negara dalam wujud peraturan kebijakan, dapat mempersoalkan peraturan kebijakan tersebut di depan pengadilan. Dalam rangka menguji peraturan kebijakan seperti itu, hakim pengadilan tata usaha akan berpedoman pada asas-asas umum pemerintahan yang baik seperti akan dijelaskan pada bagian selanjutnya.

BAB IV

EKSISTENSI PERATURAN KEBIJAKAN (*Beleidsregel*) DALAM PERSPEKTIF NEGARA HUKUM KESEJAHTERAAN

A. Hubungan Asas *Freies Ermessen* (Asas Diskresi) dengan Peraturan Kebijakan (*Beleidsregel*)

Asas diskresi (*freies ermessen*) dan peraturan kebijakan merupakan substansi yang berbeda, tetapi memiliki hubungan yang sangat erat dalam lingkungan hukum administrasi negara. Hubungan diantara kedua substansi tersebut dapat digambarkan dalam suatu pernyataan bahwa asas diskresi (*freis ermessen*) tidak mungkin dapat diselenggarakan tanpa eksistensi peraturan kebijakan. Hubungan asas kebijakan bertindak (asas diskresi atau *freies ermessen*) dengan peraturan kebijakan (*beleidsregel*) dapat diterangkan dengan bertitik tolak dari sifat-sifat kebijakan yang diambil oleh pejabat administrasi negara. Hubungan tersebut dapat dilihat dalam kebijakan pejabat administrasi negara yang bersifat tidak terikat (*vrijbeleid*) dalam rangka penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan.

Dalam rangka penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan, pemerintah atau pejabat administrasi negara (pemerintah) dapat mengambil kebijakan-kebijakan yang bersifat terikat (*gebonden beleids*) (Latief, 2005: 85). Kebijakan-kebijakan yang bersifat terikat merupakan kebijakan yang ditetapkan pejabat administrasi negara sesuai dengan syarat-syarat yang ditetapkan oleh undang-undang. Dalam hal ini, undang-undang menetapkan syarat-syarat yang harus dipenuhi supaya pejabat administrasi negara dapat menetapkan dan menjalankan suatu kebijakan sehingga pejabat administrasi tersebut tidak menyimpang dari persyaratan yang telah ditetapkan oleh undang-undang. Dengan perkataan lain, kebijakan-kebijakan yang bersifat terikat (*gebonden beleids*) merupakan

kebijakan yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara berdasarkan kewenangannya yang bersumber dari peraturan perundang-undangan (*wettelijke regels*) (Latief, 2005).

Kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan merupakan kewenangan pejabat administrasi negara yang pertama dan terutama dalam suatu negara hukum. Kewenangan tersebut lahir demi memenuhi tuntutan asas legalitas sebagai salah satu unsur negara hukum. Asas legalitas menghendaki supaya setiap tindakan pemerintah atau tindakan pemerintah harus selalu berdasarkan pada peraturan perundang-undangan atau hukum yang sudah lebih dahulu ada sebelum suatu tindakan pemerintahan dilakukan. Menurut teori hukum administrasi negara, legalitas tindakan pemerintah pertama-tama ditetapkan oleh badan legislatif dalam bentuk undang-undang (dalam arti formal). Hal ini mengandung arti bahwa legalitas tindakan pemerintah (tindakan pemerintah) sebagai pelaksanaan fungsi eksekutif pertama-tama bersumber dari legalitas yang diberikan oleh badan legislatif. Dalam hubungan ini, Abdul Hamid S. Attamimi (1983: 21) mengemukakan sebagai berikut.

Dilihat dari kesewenangannya asalnya – sebagaimana terlihat pada ajaran Rousseau – pembentukan peraturan negara yang mengikat warga negara dan penduduk secara umum (dari segi *adressat*) dan secara abstrak (dari segi hal yang diaturnya) beserta sanksi pidana dan sanksi pemaksanya – pada hakikatnya semua itu berasal dari fungsi legislatif yang bersumber pada *Volonte Generale*.

Dalam perkembangan selanjutnya, ketika badan legislatif sering terlambat mengikuti perkembangan masyarakat, badan legislatif melimpahkan sebagian kewenangan legislatifnya kepada badan eksekutif sehingga badan eksekutif ikut pula membentuk peraturan perundang-undangan. Hal ini merupakan perkembangan revolusioner dari teori *Trias Politica* Montesquieu yang menempatkan pemerintah hanya sebagai pelaksana

(perintah) undang-undang. Dalam kaitan dengan perkembangan baru di atas, Abdul S. Attamimi (1993) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Hanya perkembangan yang datang kemudian menyebabkan dikenalnya pembentukan peraturan negara berdasar fungsi reglementer dan berdasarkan fungsi eksekutif. Sementara pada umumnya, kewenangan pengaturan yang timbul dari fungsi *reglementer* dan eksekutif itu selalu didasarkan pada peraturan negara yang lebih tinggi dalam wujud kewenangan atribusi ataupun kewenangan delegasi.”

Jika bertitik tolak dari penjelasan yang dikemukakan di atas, dapat diketahui bahwa pada hakikatnya kewenangan pemerintah atau pejabat administrasi negara dalam pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan kewenangan yang bersifat pelimpahan (*delegated authority*) sebab kewenangan asli (*original authority*) pembentuk peraturan perundang-undangan ada pada badan legislatif. Pendelegasian kewenangan legislatif kepada pemerintah (eksekutif) atau pejabat administrasi negara membuat pejabat pemerintah atau pejabat administrasi negara memiliki kewenangan legislatif seperti halnya pembentuk undang-undang asli (badan legislatif). Kebijakan yang ditetapkan pejabat administrasi negara berdasarkan wewenang yang bersumber dari peraturan perundang-undangan (undang-undang dasar atau undang-undang), kemudian dituangkan dalam berbagai bentuk-bentuk hukum yang di Indonesia termasuk dalam golongan peraturan perundang-undangan. Di Indonesia, bentuk-bentuk peraturan perundang-undangan yang disebut di atas beraneka ragam dan antara lain mencakup (Attamimi, 1992: 3) sebagai berikut.

“Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden yang berisi peraturan, Keputusan Menteri yang berisi peraturan, Keputusan Lembaga Pemerintahan Nondepartemen yang berisi peraturan, Keputusan Direktur Jenderal Departemen yang berisi peraturan, Keputusan Badan Negara yang dibentuk dengan Undang-undang yang

berisi peraturan, Peraturan Daerah Tingkat I, Keputusan Gubernur Kepala Daerah berisi peraturan yang melaksanakan ketentuan Peraturan Daerah Tingkat I, Peraturan Daerah Tingkat II dan Keputusan Bupati/Walikota Kepada Daerah berisi peraturan yang melaksanakan ketentuan Peraturan Daerah Tingkat II.”

Selain kebijakan yang bersifat terikat (*gebonden beleids*) berdasarkan peraturan perundang-undangan seperti diuraikan di atas, pemerintah atau pejabat administrasi negara juga dapat menetapkan kebijakan-kebijakan yang bersifat bebas (*vrijbeleid*) (Latief, 2005: 85). Kebijakan yang bersifat bebas ditetapkan oleh pejabat administrasi negara berdasarkan kewenangan kebebasan bertindak (*freies ermessen*) (Latief, 2005: 85). Kebijakan yang bersifat bebas adalah kebijakan yang ditetapkan berdasarkan pertimbangan pejabat administrasi negara semata-mata. Kebijakan yang bersifat bebas ditetapkan dan dijalankan oleh pejabat administrasi negara dalam rangka menyelesaikan suatu keadaan (masalah konkret) yang pada dasarnya belum ada aturannya atau belum diatur dalam undang-undang (peraturan perundang-undangan). Namun, pemberian kewenangan kepada pejabat administrasi negara untuk menetapkan kebijakan secara bebas atas inisiatif sendiri berkenaan dengan sesuatu hal sesuai dengan asas diskresi atau *freies ermessen* bukan tidak mengandung masalah dan risiko tersendiri. Pemberian kebebasan bertindak kepada pejabat administrasi negara mengandung konsekuensi-konsekuensi tertentu, baik terhadap pejabat administrasi negara yang bersangkutan maupun terhadap hak-hak warga negara. Pada gilirannya, konsekuensi-konsekuensi pemberian kebebasan bertindak kepada pejabat administrasi negara dalam rangka menetapkan garis kebijakan atas inisiatif sendiri akan bersinggungan dengan topik pembicaraan mengenai asas-asas umum pemerintahan yang baik yang akan dibicarakan pada bagian selanjutnya.

Menurut penulis, jika pejabat administrasi negara diberikan keleluasaan atau kebebasan dalam menetapkan dan menjalankan kebijakan atas dasar pertimbangan pejabat administrasi negara yang bersangkutan semata-mata, ada dua kemungkinan yang akan terjadi dengan segenap konsekuensi masing-masing. Kemungkinan *pertama*, pejabat administrasi negara yang bersangkutan akan memberlakukan kebijakan yang berbeda kepada tiap warga negara. Jika kemungkinan pertama ini terjadi, berarti setiap warga negara akan mendapat perlakuan dan pelayanan yang berbeda dengan pejabat administrasi negara yang bersangkutan. Kondisi seperti itu tentu saja menggambarkan tindakan pemerintahan yang bersifat diskriminatif terhadap warga negara.

Tindakan pejabat administrasi negara yang bersifat diskriminatif tentu merupakan suatu bentuk pengingkaran dan pelanggaran terhadap hak-hak warga negara sehingga akan menimbulkan kerugian terhadap warganegara yang bersangkutan. Selain itu, tindakan diskriminatif tersebut tentu saja merupakan hal yang tidak sesuai dengan prinsip-prinsip umum yang berlaku dalam suatu negara hukum, yaitu asas persamaan di depan hukum (*equality before the law*). Kondisi seperti itu dapat membuka peluang penyalahgunaan kewenangan oleh pejabat administrasi negara yang justru hendak dicegah oleh negara hukum sebab pejabat administrasi negara akan cenderung bertindak atas dasar pertimbangan kepentingan dan keuntungan pribadi dalam menyelenggarakan tugas-tugasnya atau dalam rangka melayani anggota masyarakat. Dalam konteks ini, ada relevansi untuk membahas batas-batas kebebasan bertindak yang dapat diberikan kepada pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugas-tugasnya.

Kemungkinan *kedua* adalah pejabat administrasi negara akan memberlakukan kebijakan yang sama terhadap setiap warga negara. Jika kemungkinan kedua ini

dijalankan, berarti setiap warga negara mendapat perlakuan dan pelayanan yang sama dari pejabat administrasi negara. Kondisi demikian merupakan kondisi penyelenggaraan tugas-tugas pejabat administrasi negara yang ideal sesuai dengan cita-cita setiap negara hukum sebab kondisi yang demikian merupakan kondisi yang sesuai dengan prinsip-prinsip negara hukum yaitu asas persamaan di depan hukum dan pemerintahan (asas *equality before the law*). Dalam keadaan demikian, hak-hak negara akan diakui dan dihormati oleh setiap pejabat administrasi negara dalam rangka penyelenggaraan tugas-tugasnya dan melayani anggota masyarakat. Jika hak-hak setiap warga negara diakui dan dihormati oleh pejabat negara, berarti pejabat administrasi dalam menjalankan tugas-tugasnya atau dalam rangka melayani anggota masyarakat tidak didasari oleh motif-motif keuntungan dan kepentingan pribadi, tetapi oleh motif pengabdian dan pelayanan untuk memberikan yang terbaik kepada masyarakat dan bangsa. Dalam kondisi yang demikian, kemungkinan terjadi penyalahgunaan kekuasaan oleh pejabat administrasi negara akan sangat kecil peluangnya.

Jika, untuk memenuhi tuntutan negara hukum, kebijakan-kebijakan yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara yang bersumber dari asas kebebasan bertindak hendak diberlakukan secara sama terhadap segenap warga negara seperti dikemukakan diatas, ada konsekuensi-konsekuensi logis tertentu yang harus dijalankan. Dalam hal ini, yang menjadi konsekuensi logis adalah kebijakan-kebijakan yang ditetapkan oleh pejabat administrasi harus dijalankan dengan konsisten(taat asas). Untuk menegakkan asas konsistensi, kebijakan pejabat administrasi negara yang bersifat bebas tersebut perlu dituangkan dalam suatu bentuk formal atau suatu format tertentu yang lazim disebut peraturan kebijakan. Dalam hubungan ini, Bagir Manan (1997: 169)

mengemukakan pendapatnya, yaitu “Dengan adanya peraturan kebijakan tersebut akan terjamin ketaatasasan tindakan administrasi negara dan untuk setiap peristiwa yang mengandung persamaan, kepastian hukum, dan tindakan-tindakandapat dipercaya karena didasarkan pada peraturan yang sudah tertentu.” Hal ini berarti bahwa jika kebijakan pejabat administrasi negara yang bersifat bebas dituangkan dalam suatu peraturan kebijakan, setiap anggota masyarakat dapat dengan mudah mengetahuinya sehingga setiap orang yang memenuhi syarat-syarat memiliki kesempatan dan peluang yang untuk memperoleh keuntungan-keuntungan yang mungkin dapat diperoleh dari kebijakan tersebut.

Sebagaimana dikemukakan di atas, pejabat administrasi negara menuangkan kebijakannya yang bersumber dari asas kebebasan bertindak dalam suatu bentuk formal tertentu yang disebut sebagai peraturan kebijakan (*beleidsregel*). Pembentukan peraturan kebijakan dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan merupakan suatu hal yang lumrah terjadi. Dalam rangka hubungan asas diskresi dengan peraturan kebijakan yang dikemukakan di atas, Philip M. Hadjon (1999: 152) mengemukakan pendapat, yaitu “Pelaksanaan pemerintahan sehari-hari menunjukkan betapa badan atau pejabat tata usaha negara acapkali menempuh pelbagai langkah kebijaksanaan tertentu, antara lain menciptakan apa yang kini sering dinamakan peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel, policy rule*).” Dengan demikian, jelas ada hubungan yang erat antara asas diskresi atau asas *freies ermessen* dengan peraturan kebijakan (*beleidsregel*). Asas diskresi (*freies ermessen*) merupakan kewenangan bagi pejabat administrasi negara untuk menetapkan suatu kebijakan. Peraturan kebijakan adalah wujud formal kebijakan yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara berdasarkan asas diskresi tersebut.

Jika kebijakan pejabat administrasi negara dituangkan dalam suatu bentuk formal tertentu, bukankah hal itu seolah-olah mengandung pengertian yang bertentangan dengan asas kebebasan bertindak tersebut? Sebab pengejawantahan kebijakan dalam suatu bentuk formal kemungkinan akan membatasi atau mengurangi kebebasan bertindak pejabat administrasi negara dalam menyelesaikan suatu masalah. Bukankah tidak ada dua atau lebih masalah yang persis sama dalam segala hal? maka, setiap masalah perlu ditangani dengan kebijakan yang berbeda supaya masalah tersebut dapat diselesaikan dan untuk itu perlu ada kebebasan bertindak. Dengan demikian, setiap masalah perlu mendapat perlakuan dan penanganan yang berbeda dan bersifat khusus sesuai dengan karakteristik setiap masalah supaya masalah tersebut dapat diselesaikan. Namun, bagaimana pejabat administrasi negara dapat menangani suatu masalah secara khusus jika kebijakan pejabat administrasi negara tersebut telah dituangkan dalam suatu bentuk formal atau format tertentu yang bersifat permanen?

Jika kebijakan pejabat administrasi negara ditetapkan dalam suatu bentuk formal atau format tertentu yang permanen, berarti pejabat administrasi negara yang bersangkutan akan terikat dengan kebijakan yang tertuang dalam format baku tersebut. Jika demikian halnya, bukankah berarti bahwa pejabat administrasi negara tersebut menjadi kehilangan kebebasannya dalam menetapkan dan menjalankan suatu kebijakan terhadap suatu masalah sesuai dengan karakteristik setiap masalah? Atas dasar jalan pikiran yang dikemukakan di atas, wajar saja jika Bagir Manan (1997: 186) mengemukakan pertanyaan, “Mengapa dalam melaksanakan kewenangan yang bersumber pada asas kebebasan bertindak tersebut perlu dibuat ketentuan kebijakan atau peraturan kebijakan?”

Apakah hal tersebut secara intrinsik tidak bertentangan dengan makna asas kebebasan bertindak itu sendiri (*contradictio in terminis*)?"

Apakah benar terdapat *contradictio in terminis* dalam eksistensi peraturan kebijakan seperti dipertanyakan Bagir Manan di atas? Jika diselidiki secara cermat, pengejawantahan (penuangan) kebijakan pejabat administrasi negara dalam suatu format baku sesungguhnya tidak mengandung makna yang bertentangan dengan asas kebebasan bertindak sebab kebebasan bertindak pejabat administrasi negara tersebut tidak menjadi berkurang atau menjadi terbatas karena kebijakan yang dituangkan dalam peraturan kebijakan tersebut. Kebebasan bertindak masih tetap dapat dimiliki oleh pejabat administrasi negara yang bersangkutan. Hanya saja, jika suatu kebijakan ditetapkan (digariskan) oleh pejabat administrasi yang berwenang, kebijakan itu harus diberlakukan secara sama terhadap setiap anggota masyarakat. Dalam hal ini berlaku prinsip bahwa sekali pejabat administrasi negara menetapkan suatu kebijakan, kebijakan itu harus diberlakukan sama terhadap setiap warga negara sehingga pejabat administrasi negara tersebut menjadi terikat dengan kebijakan yang ditetapkannya.

Jika bertitik tolak dari penjelasan yang dikemukakan di atas, dapat dimengerti bahwa sesungguhnya tidak ada *contradictio in terminis* dalam eksistensi peraturan kebijakan seperti dipertanyakan sebelumnya. Pengejawantahan (penuangan) kebijakan pejabat administrasi negara dalam suatu bentuk formal tertentu yang bersifat baku bukan dimaksudkan untuk mengurangi atau mempersempit ruang lingkup asas kebebasan bertindak (diskresi atau *freies ermesssen*) pejabat administrasi negara, tetapi dalam rangka menyelenggarakan maksud dan tujuan tertentu yang lebih prinsip dan lebih penting seperti akan dijelaskan dalam uraian berikut ini.

Menurut penulis, terdapat beberapa maksud dan tujuan yang hendak dicapai jika kebijakan pejabat administrasi negara dituangkan dalam suatu format tertentu yang disebut sebagai peraturan kebijakan, yaitu sebagai berikut.

1. *Dalam rangka melaksanakan asas perlakuan yang sama terhadap segenap warga negara*

Salah satu unsur negara hukum adalah prinsip persamaan kedudukan di depan hukum dan pemerintahan. Asas persamaan di depan hukum dan pemerintahan perlakuan dan pelayanan yang sama dari pemerintah (pejabat administrasi negara). Perlakuan dan pelayanan yang sama bagi segenap warga negara dapat diselenggarakan atau diwujudkan dalam kenyataan hanya jika setiap pejabat administrasi negara menerapkan kebijakan yang sama terhadap setiap warga negara. Penerapan kebijakan yang sama terhadap setiap warga negara dapat dilakukan hanya jika pejabat administrasi negara menerapkan ukuran yang sama untuk menyelesaikan setiap masalah yang pada hakikatnya memiliki persamaan atau unsur-unsur yang sama. Sebagai konsekuensi atas persamaan di depan hukum yang dikemukakan di atas, lahirah asas kesamaan dalam mengambil keputusan dalam hukum administrasi negara. Ridwan H.R. (2008: 260) mengemukakan, “Asas kesamaan dalam mengambil keputusan ini menghendaki badan pemerintahan mengambil tindakan yang sama (dalam arti tidak bertentangan) atas kasus-kasus yang faktanya sama.”

2. *Dalam rangka mencegah kemungkinan penyalahgunaan kewenangan oleh pejabat administrasi negara (pejabat pemerintah)*

Penerapan kebijakan yang sama terhadap setiap anggota masyarakat pada dasarnya menunjukkan bahwa kebijakan pejabat administrasi negara tersebut, menurut istilah Indroharto (1994: 151), telah mengikuti suatu garis kebijakan yang tetap. Kebijakan pejabat administrasi negara yang diberlakukan menurut suatu garis kebijakan yang tetap seperti dikemukakan Indroharto di atas menunjukkan bahwa implementasi kebijakan pejabat administrasi negara yang bersifat bebas tersebut adalah konsisten (taat asas). Implementasi kebijakan yang

sama oleh pejabat administrasi negara (penguasa) terhadap setiap warga negara, yang disebut Indroharto sebagai pelaksana kebijakan menurut suatu garis kebijakan yang tetap tersebut, sangat penting bagi suatu negara hukum sebab taat asas (konsistensi) dalam implementasi kebijakan merupakan konsekuensi logis dari asas perlakuan yang sama atau asas persamaan sebagai salah satu asas negara hukum.

Jika setiap warga negara mendapat perlakuan dan pelayanan yang sama dari pejabat administrasi negara, kemungkinan penyalahgunaan kewenangan oleh pejabat administrasi negara yang sangat bertentangan dengan prinsip pembatasan kekuasaan dalam negara hukum dapat dicegah. Keuntungan pribadi yang mungkin saja diperoleh pejabat administrasi negara jika sekiranya menerapkan kebijakan yang bersifat diskriminatif dapat dicegah. Dalam hubungan ini, Indroharto (1994) mengemukakan sebagai berikut.

“Jadi, manakala suatu organ penguasa itu memiliki kebebasan dalam menentukan kebijaksanaan, ia harus memperlakukan kasus-kasus yang serupa dengan perlakuan yang sama pula, tidak pilih kasih dan tidak pandang bulu. Ia tidak dibenarkan oleh hukum untuk menerapkan cara perlakuan yang pilih kasih, sebab artinya ia lalu bertindak sewenang-wenang, semuanya sendiri (*willekeurig*).”

3. *Dalam rangka menegakkan asas kepercayaan warga negara terhadap pemerintahan (vetrouwenbeginsel)*

(Manan, 1997: 169) Jika pemerintah atau pejabat administrasi negara mengambil tindakan yang berbeda atau bahkan yang bersifat bertentangan dalam kasus-kasus yang faktanya sama atau memiliki kesamaan pada pokoknya, masyarakat akan bingung sebab keputusan pejabat administrasi negara yang demikian, selain tidak jelas motivasi dan argumentasinya, kebenarannya juga sulit diterima akal sehat, padahal dalam hukum administrasi negara, setiap keputusan pejabat administrasi negara harus didasarkan atas motivasi dan argumentasi yang jelas. Jika tidak memenuhi persyaratan yang demikian, suatu keputusan pejabat administrasi negara sulit diterima oleh masyarakat. Hal tersebut dapat menimbulkan krisis kepercayaan terhadap pemerintah, meskipun hal itu mungkin akan berlangsung secara lambat laun. Sesuai dengan penjelasan di atas, dapat diketahui bahwa asas

kepercayaan (*vetrouwenbeginsel*) terhadap pemerintah berhubungan dengan asas motivasi dalam setiap keputusan. Asas motivasi dalam setiap keputusan menghendaki setiap keputusan badan-badan pemerintahan harus mempunyai motivasi atau alasan yang cukup sebagai dasar dalam menerbitkan keputusan dan sedapat mungkin alasan atau motivasi itu tercantum dalam keputusan tersebut (H.R., 2008: 263).

Sebagaimana dikemukakan di atas, dalam rangka implementasi kebijakan yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara dalam suatu garis yang tetap, setiap kebijakan perlu dituangkan dalam suatu bentuk format tertentu. Namun, prinsip seperti itu sesungguhnya tidak hanya berlaku dalam rangka implementasi kebijakan pejabat administrasi negara yang bersifat bebas yang berdasarkan asas diskresi. Hal yang sama juga berlaku dalam kebijakan administrasi negara yang bersifat terikat yang berdasarkan asas legalitas. Dengan perkataan lain, dalam rangka penyelenggaraan asas negara hukum dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, perlu ada konsistensi (taat asas), baik dalam hal pembentukan peraturan perundang-undangan maupun dalam hal pembentukan peraturan kebijakan.

Konsistensi, dalam hal pembentukan peraturan perundang-undangan oleh setiap pejabat administrasi negara sebagai kebijakan yang bersifat terikat, diperlukan untuk mencegah kekacauan hukum supaya keutuhan tata hukum dapat tetap ditegakkan. Di lain pihak, konsistensi dalam hal pembentukan peraturan kebijakan juga bermanfaat untuk mencegah kekacauan dalam penyelenggaraan tugas-tugas pemerintah sehingga ketertiban dan kerapian penyelenggaraan pemerintahan berdasarkan asas-asas umum pemerintahan yang layak (baik) dapat dilaksanakan. Dalam hubungan ini, Bagir Manan (1997: 168-169) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

Pembuatan peraturan kebijakan yang diperlukan dalam rangka menjamin ketaatasasan ini bukan hanya berlaku bagi tindakan yang bersumber atau berdasarkan peraturan perundang-undangan, juga berlaku bagi tindakan-tindakan yang didasarkan pada kebebasan bertindak. Kebutuhan akan ketaatasasan ini bertalian dengan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*), antara lain asas kesamaan (*gelijkheidsbeginsel*), asas kepastian hukum (*rechtszekerheidsbeginsel*) dan asas dapat dipercaya (*vertrouwen beginsel*).

B. Pengertian, Ciri-ciri, dan Macam-macam Bentuk Peraturan Kebijakan (*Beleidsregel*)

Dalam uraian yang dipaparkan di atas, Philip. M. Hadjon telah mengemukakan bahwa peraturan kebijakan, *beleidsregel*, atau *policy rule* diciptakan oleh pejabat administrasi negara untuk melaksanakan tugas-tugas pemerintah. Eksistensi peraturan kebijakan tersebut merupakan konsekuensi atas negara hukum kesejahteraan yang membebaskan tugas yang sangat luas, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan rakyat (*welfare state*), kepada pemerintah. Tugas-tugas pemerintahan dapat diselenggarakan jika pemerintah diberi kebebasan untuk mengambil kebijakan sesuai dengan situasi dan kondisi faktual. Kebijakan-kebijakan pejabat administrasi negara itu kemudian dituangkan dalam bentuk peraturan-peraturan kebijakan.

Dalam kepustakaan Belanda, ada berbagai istilah yang dipergunakan untuk menunjuk eksistensi peraturan kebijakan yang disebut di atas, antara lain *pseudowetgeving*, *spiegelrecht*, dan *beleidsregel* (Manan, 1997: 167). Dalam hubungan dengan istilah-istilah di atas, muncul pertanyaan apa yang dimaksud dengan peraturan kebijakan atau *beleidsregel*, *policy rule*, *pseudowetgeving*, atau *spiegelrecht* tersebut? Apakah peraturan kebijakan tersebut mengandung pengertian yang sama dengan peraturan perundang-undangan? Pertanyaan-pertanyaan tersebut merupakan pertanyaan-

pertanyaan pengarah yang bertujuan untuk mempertajam dan memperdalam pemahaman mengenai eksistensi peraturan kebijakan.

Peraturan kebijakan merupakan produk kebijakan yang bersifat bebas yang ditetapkan oleh pejabat-pejabat administrasi negara dalam rangka penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan. Kebijakan pejabat administrasi negara tersebut kemudian dituangkan dalam suatu format tertentu supaya dapat diberlakukan secara umum (berlaku sama bagi setiap warga negara). Dalam hal tertentu, bentuk formal peraturan kebijakan sering tidak berbeda atau tidak dapat dibedakan dari format peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini, Abdul Hamid S. Attamimi (1993: 13) mengemukakan sebagai berikut.

Selanjutnya, dilihat dari bentuk dan formatnya, peraturan kebijakan sama benar dengan peraturan perundang-undangan, lengkap dengan pembukaan berupa konsiderans “menimbang” dan dasar hukum “mengingat”, batang tubuh yang berupa pasal-pasal, bagian-bagian, dan bab-bab, serta penutup, yang sepenuhnya menyerupai peraturan perundang-undangan.

Format yang sama dengan peraturan perundang-undangan tersebut membuat orang awam tidak mudah membedakan peraturan kebijakan dengan peraturan perundang-undangan. Bagi anggota masyarakat yang awam hukum, peraturan kebijakan dianggap sama dan diperlakukan sama seperti perundang-undangan. Oleh sebab itu, Markus Lukman (1989: 110) menggambarkan sebagai berikut.

“...dalam lalu lintas berlakunya hukum di masyarakat, ia (maksudnya peraturan kebijakan) diberlakukan dan dipatuhi sebagaimana layaknya peraturan-peraturan hukum yang sah serta warga masyarakat nyaris tidak melihat perbedaannya dengan peraturan perundang-undangan biasa yang berdasarkan atas Undang-undang Dasar atau undang-undang.”

Dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, peraturan kebijakan dan peraturan perundang-undangan memang hidup berdampingan. Abdul Hamid S. Attamimi (1993: 11) mengemukakan, “...dalam penyelenggaraan pemerintahan negara, terdapat dua jenis

peraturan yang dapat berlaku secara berdampingan, yaitu peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan.” Hal itu akan semakin menambah kesulitan dalam membedakan antara peraturan kebijakan dengan peraturan perundang-undangan. Kesulitan itu terutama akan dialami oleh anggota masyarakat yang tidak pernah belajar hukum (awam hukum). Oleh sebab itu, Abdul Hamid S. Attamimi (1993 : 11) mengemukakan pertanyaan, “Apakah perbedaan secara esensial antara yang satu dan yang lain? Apakah persamaannya? Dapatkan masyarakat mengenali dengan mudah perbedaan dan persamaannya?”.

Selain memiliki persamaan dengan peraturan perundang-undangan sebagaimana dikemukakan di atas, ada juga peraturan kebijakan yang berbeda dengan peraturan perundang-undangan dari segi bentuk formalnya. Oleh sebab itu, peraturan-peraturan kebijakan tersebut dapat dengan mudah dibedakan dari peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini, format peraturan kebijakan tersebut lebih sederhana daripada format peraturan perundang-undangan misalnya pengumuman, surat edaran, dan sebagainya. Dalam hubungan dengan hal itu, Abdul S. Attamimi (1993: 11) mengemukakan, “Tetapi selain itu, kerap kali juga peraturan kebijakan tampil dalam bentuk dan format lain, seperti nota dinas, surat edaran, petunjuk pelaksanaan, petunjuk teknis, pengumuman, dan sebagainya, bahkan juga tampil dalam petunjuk lisan (kepada bawahan) yang memang tidak mempunyai bentuk dan format.”

Meskipun bentuk peraturan kebijakan memiliki persamaan dengan peraturan perundang-undangan, Bagir Manan (1997: 169) secara tegas mengemukakan bahwa peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan. Bagir Manan mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Telah dikemukakan, peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan, meskipun menunjukkan sifat atau gejala sebagai peraturan perundang-undangan. Mengapa pelaksanaan kebijakan tersebut (*beleidsvrijheid*) tidak dituangkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan? Karena pembuat peraturan kebijakan tidak mempunyai kewenangan perundang-undangan.”

Sesuai dengan pernyataan di atas, jelas bahwa salah satu aspek yang membedakan peraturan kebijakan dari peraturan perundang-undangan, menurut Bagir Manan, adalah aspek kewenangan pembentukan peraturan kebijakan. Pembentuk peraturan kebijakan tidak memiliki kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan (kewenangan legislatif). Hal itu mengandung arti bahwa peraturan kebijakan tidak dilahirkan dari kewenangan legislatif. Satu-satunya kemungkinan, yaitu bahwa peraturan kebijakan lahir (bersumber) dari kewenangan eksekutif karena berdasarkan kewenangan yudisial, pada umumnya tidak dapat dilahirkan aturan yang bersifat mengikat secara umum.

Van Kreveld mengemukakan unsur yang membedakan peraturan kebijakan dari peraturan perundang-undangan secara lebih luas daripada yang dikemukakan Bagir Manan di atas. Van Kreveld mengemukakan bahwa peraturan kebijakan, langsung maupun tidak langsung, tidak berdasar pada ketentuan *formele wet* (undang-undang) ataupun *Groundwet* (Undang-undang Dasar) yang memberikan kewenangan mengatur sehingga peraturan kebijakan tidak mempunyai dasar hukum yang tegas dalam *wet*. Dari sudut bentuk formal, Van Kreveld kemudian mengemukakan bahwa peraturan kebijakan dapat dituangkan secara tertulis oleh suatu instansi pemerintah, tetapi dapat juga berbentuk tidak tertulis. Sebagai ciri yang terakhir, Van Kreveld mengemukakan bahwa peraturan kebijakan pada umumnya memberikan petunjuk mengenai bagaimana suatu

instansi pemerintah akan bertindak, dalam menyelenggarakan kewenangan pemerintahan yang tidak terikat, terhadap setiap orang dalam situasi sebagaimana dimaksud dalam peraturan kebijakan tersebut. Secara singkat, Van Kreveld mengemukakan bahwa peraturan kebijakan memiliki ciri-ciri sebagai berikut.

1. Peraturan itu, langsung ataupun tidak langsung, tidak berdasar pada ketentuan *formele wet* ataupun *Groundwet* yang memberikan kewenangan mengatur, dengan perkataan lain tidak mempunyai dasar hukum yang tegas dalam *wet*.
2. Peraturan itu dapat :
 - a. tidak tertulis, kemudian terjadi serangkaian keputusan instansi pemerintah yang berdiri sendiri dalam rangka menyelenggarakan kewenangan pemerintahan yang tidak terikat;
 - b. ditetapkan dengan tegas secara tertulis oleh suatu instansi pemerintah.
3. Peraturan itu pada umumnya menunjukkan bagaimana suatu instansi pemerintah akan bertindak, dalam menyelenggarakan kewenangan pemerintahan yang tidak terikat, terhadap setiap orang dalam situasi sebagaimana dimaksud dalam peraturan itu (Attamimi, 1993: 11).

Dalam pengertian yang sama, meskipun dengan bentuk pernyataan yang berbeda, Markus Lukman (1989: 114-115) juga mengemukakan beberapa ciri peraturan kebijakan. Ciri atau tanda pengenal umum peraturan kebijakan menurut Markus Lukman adalah sebagai berikut.

1. Pembentukannya tidak didasarkan pada ketentuan yang tegas-tegas diperintahkan oleh Undang-undang Dasar atau undang-undang.
2. Pembentukannya dapat tertulis dan tidak tertulis, bersumber pada kewenangan bebas bertindak instansi pemerintah atau hanya didasarkan pada ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum yang memberikan ruang

- kebijaksanaan kepada pejabat atau badan tata usaha untuk atas inisiatif sendiri mengambil tindakan hukum publik yang bersifat mengatur ataupun menetapkan.
3. Redaksi atau isi peraturan bersifat longgar dan umum tanpa menjelaskan kepada warga masyarakat tentang bagaimana seharusnya instansi pemerintah melaksanakan kewenangan bebasnya terhadap warga masyarakat dalam situasi yang ditentukan (dikenai) suatu peraturan.

Seperti halnya kedua ahli hukum yang dikemukakan di atas, Bagir Manan (H.R., 2008: 186-187) juga mengemukakan beberapa ciri peraturan kebijakan. Ciri peraturan kebijakan yang dikemukakan Bagir Manan memiliki persamaan dan perbedaan dengan ciri peraturan kebijakan yang dikemukakan oleh kedua pakar hukum terdahulu. Perbedaan dan persamaan pendapat para ahli hukum mengenai ciri peraturan kebijakan tersebut paling tidak akan bermanfaat untuk menambah pengetahuan dan pemahaman mengenai eksistensi peraturan kebijakan. Bagir Manan mengemukakan enam ciri peraturan kebijakan, yaitu sebagai berikut.

1. Peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan.
2. Asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijaksanaan.
3. Peraturan kebijaksanaan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid* karena memang tidak ada dasar peraturan perundang-undangan untuk membuat keputusan peraturan kebijakan.
4. Peraturan kebijaksanaan dibuat berdasarkan *freies ermessen* dan ketiadaan wewenang administrasi bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan.
5. Pengujian terhadap peraturan kebijaksanaan lebih diserahkan pada *doelmatigheid* sehingga batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang layak.
6. Dalam praktik, diberi format berupa berbagai bentuk dan jenis aturan, yakni keputusan, instruksi, surat edaran, pengumuman, dan lain-lain, bahkan dapat dijumpai dalam bentuk peraturan.

Dalam praktik pemerintahan di Belanda, ada berbagai macam bentuk peraturan kebijakan. Menurut Van Kreveld, seperti dikutip Markus Lukman (1989: 110), “Dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan (*bestuurpraktijk*) di negara Belanda, terdapat berbagai sebutan antara lain *beleids lijnen, het beleid, voorschriften, richkijnen, regelingen, circulaires, resoluties, aauschrijvingen, beleidsnota's, reglementen, (ministeriele) beschikkingen, dan bekendmakingen*. Dalam hukum administrasi pemerintahan Indonesia, eksistensi *pseudowetgeving, spiegelrecht, dan beleidsregel* juga bukan merupakan hal yang baru karena sudah dikenal sejak zaman kolonial. Dalam hubungan dengan eksistensi *pseudowetgeving, spiegelrecht, dan beleidsregel* tersebut, Abdul Hamid S. Attamimi (1993: 9) mengemukakan sebagai berikut.

“Peraturan kebijakan, dalam bahasa Belanda disebut *beleidsregel*, bukanlah sesuatu yang baru dalam administrasi pemerintahan kita yang memang banyak meniru administrasi Hindia Belanda. Kita mengenal *circulaires* dan *medeleingen* yang kini dalam bahasa Indonesia diterjemahkan dengan surat edaran dan pengumuman.”

Menurut pendapat Philip M. Hadjon, bentuk-bentuk peraturan kebijakan seperti dikemukakan Abdul Hamid S. Attamimi di atas juga ada berbagai macam. Dalam praktik penyelenggaraan pemerintah di Indonesia, ada peraturan kebijakan yang berbentuk pengumuman, pedoman, surat edaran, petunjuk teknis (*juknis*), petunjuk pelaksana (*juklak*), dan sebagainya. Philip M. Hadjon (1999: 152) mengemukakan bentuk-bentuk peraturan kebijakan dalam pernyataan sebagai berikut.

“Produk semacam peraturan kebijaksanaan ini tidak terlepas dari kaitan penggunaan *freies ermessen*, yaitu badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan merumuskan kebijaksanaanannya itu dalam pelbagai bentuk *juridische regel* seperti halnya peraturan, pedoman, pengumuman, surat edaran, dan pengumuman kebijaksanaan itu.”

Kebijakan-kebijakan yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara yang kemudian dituangkan dalam format baku, seperti pengumuman, surat edaran, petunjuk teknis (juknis), petunjuk pelaksana (juklak), instruksi, ataupun yang berbentuk peraturan lain-lain, sesungguhnya tidak termasuk kategori figur hukum (*rechtsfiguur*). Kesimpulan demikian dapat ditarik jika dilihat dari perspektif kewenangan pembentukan peraturan kebijakan. Pembentukan *beleidsregel* atau *policy rule* oleh pejabat administrasi negara yang dituangkan dalam bentuk format seperti pengumuman, pedoman, atau surat edaran seperti disebutkan di atas bukan berdasarkan kewenangan legislatif, tetapi berdasarkan kewenangan pemerintahan (kewenangan eksekutif). Jika kebijakan pejabat administrasi negara bersumber dari kewenangan yang berasal dari peraturan perundang-undangan, kebijakan tersebut termasuk golongan peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, jika topik pembicaraan mengenai eksistensi peraturan kebijakan sudah sampai pada topik mengenai peraturan kebijakan suatu figur hukum atau bukan figur hukum, berarti pembicaraan mengenai peraturan kebijakan sudah sampai pada topik mengenai peraturan kebijakan suatu figur hukum atau bukan figur hukum, berarti pembicaraan mengenai peraturan kebijakan tersebut sudah sampai pada masalah sumber kewenangan pembentukan peraturan kebijakan yang akan dibicarakan di bawah ini.

D. Sumber Kewenangan dan Kekuatan Mengikat Peraturan Kebijakan (*Beleidsregel*) dan Pengujian Peraturan Kebijakan

1. Sumber Kewenangan Pembentukan Peraturan Kebijakan (*Beleidsregel*)

Dari manakah sumber kewenangan pejabat administrasi negara dalam membentuk peraturan kebijakan? Apakah berasal dari kewenangan legislatif, eksekutif, atau yudisial? Pertanyaan ini mesti dijawab karena memiliki konsekuensi terhadap eksistensi peraturan

kebijakan. Jika sumber kewenangan pembentukan peraturan kebijakan tidak dapat dijelaskan dengan baik, peraturan kebijakan itu dapat dianggap sebagai sesuatu yang tidak memiliki dasar pertanggungjawaban, padahal dalam perspektif negara hukum modern, semua tindakan pejabat administrasi negara dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan harus memiliki sumber-sumber kewenangan yang jelas dalam rangka memenuhi asas legalitas. Selain itu, semua tindakan pejabat administrasi negara juga harus dapat dipertanggungjawabkan menurut akal sehat atau dapat diterima akal sehat sesuai dengan asas motivasi dalam penetapan keputusan.

Dalam rangka penyelidikan tentang sumber kewenangan pejabat administrasi negara dalam membentuk peraturan kebijakan, dengan sendirinya akan bersinggungan dengan teori-teori ketatanegaraan modern khususnya teori pendistribusian kekuasaan negara. Dalam teori ketatanegaraan modern, ada beberapa macam teori tentang pendistribusian kekuasaan. Salah satu di antaranya adalah teori *Trias Politica* yang sering disebut *Teori Pemisahan Kekuasaan*. Teori ini dikemukakan oleh Montesquieu, seorang berkebangsaan Prancis yang merupakan ahli hukum, filsuf, pengarang umum, dan penulis politik (Suseno, 1998: 225).

Montesquieu (2001: 191) mengemukakan bahwa pada dasarnya dalam setiap pemerintahan ada tiga jenis kekuasaan, yaitu legislatif, eksekutif, dan yudisial. Kekuasaan legislatif merupakan kekuasaan untuk membentuk undang-undang. Kekuasaan eksekutif adalah kekuasaan untuk menjalankan undang-undang. Kekuasaan yudisial merupakan kekuasaan yang bertugas menindak setiap perbuatan yang melanggar (perintah) undang-undang. Ketiga cabang kekuasaan tersebut perlu dibagi atas tiga badan kekuasaan yang berbeda sehingga masing-masing kekuasaan dijalankan oleh lembaga

yang terpisah. Hal itu juga dilakukan untuk menghindari kemungkinan buruk yang bisa saja terjadi, seperti pemerintahan tirani yang mengancam kebebasan individu. Dalam hubungan dengan hal itu, Franz Magnis Suseno (1998: 225) mengemukakan, “Hal itu (pemisahan kekuasaan) perlu untuk mencegah jangan sampai seseorang, badan, atau jawatan menjadi terlalu kuat dan menghancurkan kebebasan masyarakat.”

Jika bertitik tolak dari pendapat Montesquieu yang dikemukakan di atas, dapat diketahui bahwa ruang lingkup kewenangan legislatif pada zaman klasik (zaman Montesquieu), sebagai salah satu cabang kekuasaan negara, melulu hanya membentuk peraturan perundang-undangan yang berlaku secara umum dan bersifat abstrak yang disebut undang-undang (dalam arti formal). Hal itu sesuai dengan pengertian kata *leges* atau *lege* yang berarti undang-undang. Dalam hubungan dengan kekuasaan legislatif tersebut, C.F. Strong (1966: 8) mengemukakan, “*The legislature is that department of government concerned with the making laws, in so far as the law requires statutory force* (Kekuasaan legislatif adalah cabang pemerintah yang berkenaan dengan pembentukan hukum, sepanjang hukum itu membutuhkan kekuasaan undang-undang).

Hans Kelsen (1966: 255) mengemukakan, “*Legislation (legis latio of Roman Law) is the creation of laws (leges)*.” Untuk menegaskan pandangannya mengenai kekuasaan legislatif sebagai kekuasaan pembentuk undang-undang, Hans Kelsen lebih jauh mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“If we speak of execution, we must ask what is executed. There is no answer but the statement that it is the general norms, constitutions, and laws created by the legislative power which are executed (Jika kita bicara tentang eksekusi, kita harus bertanya apa yang dieksekusi. Tidak ada jawaban selain penyataan bahwa norma-norma umum, konstitusi, dan undang-undang yang diciptakan kekuasaan legislatif itulah yang dieksekusi).”

Kekuasaan legislatif ternyata tidak mencakup segenap kewenangan untuk menciptakan norma-norma hukum sebab, dalam hubungan dengan ruang lingkup kekuasaan legislatif, Hans Kelsen membuat batasan yang spesifik sehingga menambah pemahaman mengenai fungsi kekuasaan legislatif sebagai pencipta norma-norma hukum umum. Hans Kelsen (1966: 255) lebih jauh mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“By legislature power or legislation, one does not understand the entire function of creating law but special aspect of this function, the creation of general norms.”
(Dengan istilah kekuasaan legislatif atau legislasi, seseorang tidak memahami keseluruhan fungsi penciptaan hukum selain hanya aspek khusus dari fungsi legislatif yaitu penciptaan norma-norma umum).”

Ruang lingkup kewenangan badan legislatif sebagai kekuasaan pembentukan undang-undang sebagai norma-norma yang berlaku umum, seperti dikemukakan Hans Kelsen di atas, sejak zaman Montesquieu sampai sekarang pada hakikatnya tidak banyak mengalami perubahan yang mendasar. Jika demikian dapat disimpulkan bahwa kewenangan pembentukan peraturan kebijakan oleh pejabat administrasi negara tidak mungkin berasal dari kekuasaan legislatif sebab, sebagaimana dikemukakan di atas, tugas badan legislatif bukan untuk membuat suatu garis kebijakan dalam hubungan dengan penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan, tetapi untuk membentuk aturan-aturan yang berlaku umum (*general norm*) sebagai pedoman bagi organ pemerintah dan pejabat-pejabat administrasi negara dalam penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan.

Bagaimana dengan kekuasaan kehakiman atau kekuasaan yudisial? Apakah mungkin kekuasaan pejabat administrasi negara dalam membentuk peraturan kebijakan bersumber dari kekuasaan yudisial? Dalam teori Trias Politica Montesquieu, ruang lingkup kekuasaan yudisial sangat sempit, yaitu menindak setiap perbuatan yang melanggar undang-undang. Hal itu mengandung arti bahwa tugas kekuasaan yudisial

adalah untuk melaksanakan perintah undang-undang terhadap suatu kasus atau peristiwa konkret. Menurut Maria Indrawati Soeprapto (1996: 60), mengenai ruang lingkup kekuasaan kehakiman dalam perspektif teori Montesquieu, “Kekuasaan yudisial adalah kekuasaan peradilan di mana kekuasaan ini menjaga agar undang-undang, peraturan-peraturan, atau ketentuan-ketentuan hukum lainnya benar-benar ditaati, yaitu dengan jalan menjatuhkan sanksi pidana terhadap setiap pelanggaran hukum/undang-undang.” Selanjutnya, menurut Maria Farida (1996: 60), “Kekuasaan yudikatif bertugas pula untuk memutuskan dengan adil sengketa-sengketa sipil yang diajukan ke pengadilan untuk diputuskan.”

Dalam pandangan Hans Kelsen, tugas kekuasaan kehakiman (yudisial) adalah membentuk norma-norma khusus berdasarkan norma-norma umum yang diciptakan oleh badan legislatif. Kalau kekuasaan kehakiman membentuk norma-norma yang berlaku umum, hal itu dipandang Hans Kelsen sebagai suatu pengecualian. Dalam hubungan ini, Hans Kelsen (1966) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“It is only as an exception that the organs...of the judicial powers create general norms. Their typical task is to create individual norms on the basis of general norms which are created by legislation and custom, and to put into effect the sanctions stipulated by these general and individual norms. (Hanya satu pengecualian jika organ...badan yudisial menciptakan norma-norma umum. Tugas khusus kekuasaan yudisial ialah menciptakan norma-norma individu berdasarkan norma-norma umum yang diciptakan oleh legislasi atau kebiasaan, dan menerapkan sanksi-sanksi yang dicantumkan dalam norma-norma umum dan individu tersebut).”

Meskipun bentuk pernyataan C.F. Strong berbeda dengan Hans Kelsen, berkenaan dengan ruang lingkup tugas kekuasaan kehakiman, inti kedua pendapat tersebut pada dasarnya sama. C.F. Strong juga berpandangan bahwa tugas kekuasaan kehakiman adalah menerapkan norma-norma umum berdasarkan hukum positif terhadap kasus-kasus

individual. Dalam hubungan ini, C.F. Strong (1966: 10) mengemukakan pendapat tentang tugas kekuasaan kehakiman sebagai berikut.

“The judiciary is the department concerned with the infliction of penalties upon those who infringe the law which may be either passed in the form of statutes by the legislature or permitted by it to exist. As one authority puts it, it is the existing law in individual cases. (Kekuasaan yudisial adalah cabang kekuasaan yang berkenaan dengan penerapan hukum terhadap orang-orang yang melanggar hukum yang diundangkan dalam bentuk undang-undang oleh badan legislatif atau disetujui oleh badan legislatif untuk menjadi undang-undang. Menurut suatu pernyataan yang dikeluarkan oleh pihak berwenang itu sendiri, urusan kekuasaan yudisial adalah memutuskan penerapan hukum positif terhadap kasus-kasus individu).”

Pada zaman sekarang, ruang lingkup kewenangan kekuasaan yudisial tidak hanya membentuk norma-norma individu berdasarkan norma-norma umum seperti dikemukakan diatas. Ruang lingkup kekuasaan yudisial (kekuasaan kehakiman) mengalami perkembangan yang sangat pesat. Selain menindak perbuatan yang melanggar undang-undang, kekuasaan kehakiman juga berwenang melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam hal tidak ada suatu ketentuan undang-undang yang dapat secara langsung diterapkan terhadap suatu peristiwa konkret (kasus). Selain fungsi itu, kekuasaan kehakiman juga berwenang mengawasi dan menguji tindakan hukum publik yang berbentuk keputusan (*beschikking*) yang ditetapkan oleh pemerintah (pejabat administrasi negara). Bahkan, dalam perkembangan yang terakhir, kekuasaan kehakiman juga berwenang menguji undang-undang yang dibuat oleh badan legislatif (*judicial review*), seperti di Amerika,. Di Indonesia juga berlaku hal yang sama, sesuai dengan perkembangan terakhir pasca amandemen UUD 1945.

Kedua kewenangan kekuasaan kehakiman yang disebut terakhir, yaitu kewenangan menguji keputusan pejabat administrasi negara (*beschikking*) dan undang-undang yang dibuat oleh badan legislatif (*judicial review*), menunjukkan supremasi

kekuasaan yudisial (kekuasaan kehakiman) atas cabang kekuasaan legislatif dan eksekutif. Supremasi kekuasaan yudisial (kekuasaan kehakiman) merupakan kecenderungan yang lazim terdapat pada berbagai sistem ketatanegaraan pada perkembangan yang terakhir. Jika bertitik tolak dari pendapat para ahli yang dikemukakan di atas, dapat disimpulkan bahwa kewenangan pejabat administrasi negara dalam membentuk peraturan kebijakan tidak mungkin bersumber dari kekuasaan kehakiman sebab tugas utama kekuasaan kehakiman bukan membuat kebijakan dalam rangka penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan. Ruang lingkup kekuasaan kehakiman berkaitan dengan penyelesaian kasus-kasus tertentu yang bersifat individual.

Bagaimana dengan kekuasaan eksekutif? Apakah mungkin kewenangan pembentukan peraturan kebijakan bersumber dari kekuasaan eksekutif atau kekuasaan pemerintah? Meskipun belum diuraikan penjelasannya, tentu saja secara lebih awal dapat dikemukakan bahwa kekuasaan eksekutif memang merupakan sumber kewenangan pejabat administrasi negara dalam pembentukan peraturan kebijakan. Kemungkinan ini dapat dikemukakan berdasarkan uraian tentang fungsi-fungsi kekuasaan legislatif dan yudisial yang telah diuraikan pada bagian sebelumnya sehingga tidak ada pilihan lain selain kekuasaan eksekutif.

Dalam teori *Trias Politica* Montesquieu, fungsi kekuasaan eksekutif adalah menjalankan (perintah) undang-undang yang berlaku dalam suatu negara. Fungsi kekuasaan eksekutif seperti ini pada dasarnya terdapat dalam negara hukum formal yang berdasarkan asas legalitas yang sempit (*wematigheid van bestuur*). Dalam perspektif asas legalitas yang sempit, pemerintah dapat bertindak hanya berdasarkan undang-undang yang sudah lebih dahulu ada sebelum suatu tindakan pemerintah dilakukan. Dalam

hubungan dengan ruang lingkup kekuasaan eksekutif tersebut, Hans Kelsen (1966) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“It is only as an exception that the organs of the executive...powers create general norms. Their typical task is to create individual norms on the basis of general norms which are created by legislation and custom, and to put into effect the sanction stipulated by these general and individual norms (Hanya suatu pengecualian jika eksekutif... kekuasaan menciptakan norma-norma umum. Tugas khusus kekuasaan yudisial ialah menciptakan norma-norma individu berdasarkan norma-norma umum yang diciptakan oleh legislasi atau kebiasaan dan menerapkan sanksi-sanksi yang dicantumkan dalam norma-norma umum dari norma-norma individu).”

Pendapat yang dikemukakan Hans Kelsen di atas pada dasarnya sama dengan pendapat C.F. Strong tentang fungsi kekuasaan eksekutif, meskipun dikemukakan dengan cara yang berbeda. Dalam hubungan dengan ruang lingkup kewenangan eksekutif, C.F. Strong (1966: 9) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Here we use the word executive, it means the head of government together with his ministers generally called a Cabinet or, in other words, that body in the state to which the Constitution gives authority to execute the law when it has received the sanction of legislature (Di sinilah istilah eksekutif digunakan, yang berarti kepala pemerintahan bersama dengan menteri-menteri atau yang umumnya disebut Kabinet atau, dengan istilah lain, badan negara yang diberi kekuasaan oleh Konstitusi untuk melaksanakan undang-undang ketika badan itu telah menerima mandat dari badan legislatif).”

Menurut penulis, jika ruang lingkup kekuasaan pemerintah semata-mata melaksanakan perintah undang-undang seperti dimaksudkan oleh Montesquieu, kewenangan membentuk peraturan kebijakan tidak mungkin bersumber dari kewenangan pemerintah sebagai pelaksana perintah undang-undang sebab, dalam perspektif teori Montesquieu, pemerintah tidak lain merupakan badan yang kekuasaannya dibatasi undang-undang secara ketat dalam rangka melaksanakan perintah undang-undang. Dengan perkataan lain, jika ruang lingkup kewenangan pemerintah hanya menjalankan undang-undang seperti dikemukakan Montesquieu, pemerintah atau pejabat administrasi negara tidak

perlu membentuk peraturan kebijakan untuk menjalankan perintah undang-undang tersebut.

Dalam perkembangan berikutnya, ruang lingkup kekuasaan pemerintah telah berkembang dengan pesat seiring dengan perkembangan zaman. Pada zaman sekarang, pandangan Montesquieu mengenai tugas pemerintah (eksekutif) merupakan pandangan yang sangat sempit sehingga sudah ketinggalan zaman. Dalam perspektif teori negara hukum modern (negara hukum kesejahteraan), tugas pemerintah untuk menjalankan perintah undang-undang hanya salah satu aspek dari tugas-tugas pemerintah. Selain menjalankan undang-undang sebagai tugas klasik, pemerintah juga menjalankan tugas-tugas lain seperti mengatur, kepolisian, peradilan dan sebagainya. Dalam hubungan dengan perkembangan tugas-tugas pemerintah tersebut. Prajudi Atmosudirjo (1986: 14) mengemukakan bahwa tugas pemerintah antara lain menjalankan fungsi-fungsi: (1) pengaturan; (2) pembinaan masyarakat; (3) kepolisian; dan (4) peradilan.

Kewenangan pemerintah dalam bidang pengaturan seperti dikemukakan Prajudi Atmosudirjo di atas sebenarnya bukan merupakan kewenangan asli pemerintah (eksekutif), melainkan kewenangan yang kemudian berkembang pada masa-masa berikutnya, yaitu pada masa gagasan negara huku kesejahteraan mulai berkembang sebab kewenangan asli pembentukan peraturan ada di tangan badan legislatif. Dalam hubungan ini, Jimly Asshidiqie (2006: 11) mengemukakan sebagai berikut.

“Kewenangan untuk mengatur atau membuat aturan (regeling) pada dasarnya merupakan domain kewenangan lembaga legislatif yang berdasarkan prinsip kedaulatan merupakan kewenangan eksklusif para wakil rakyat yang berdaulat untuk menentukan sesuatu peraturan yang mengikat dan membatasi kebebasan setiap individu warga negara (*preumption of liberty of the souvergin people*).”

Dalam perkembangan berikutnya, cabang-cabang kekuasaan yang lain yaitu kekuasaan yudisial dan eksekutif juga ikut memiliki kewenangan untuk mengatur atau membentuk aturan yang bersifat mengikat secara umum. Akan tetapi, hal itu hanya terjadi seperti dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie (2006), "...apabila para wakil rakyat sendiri telah memberikan persetujuannya dalam undang-undang". Pernyataan di atas dapat menjelaskan bahwa kewenangan mengatur yang dimiliki pemerintah ataupun lembaga yudisial adalah kewenangan yang bersifat pelimpahan dari badan legislatif (*delegated legislation*). Jimly Asshiddiqie (2006) lebih lanjut mengemukakan pendapat sebagai berikut.

"Karena itu, apabila mendapat pendelegasian kewenangan, cabang kekuasaan eksekutif dan yudisial juga dapat membuat peraturan sehingga dapat dikatakan bahwa kewenangan mengatur itu juga dimiliki oleh: (a) cabang kekuasaan legislatif; (b) cabang kekuasaan eksekutif; ataupun (c) oleh cabang kekuasaan yudisial."

Distribusi kekuasaan legislatif (kewenangan pembentukan peraturan) ke tangan ketiga lembaga negara seperti dikemukakan Jimly Asshiddiqie (2006) di atas menunjukkan dinamika perkembangan ruang lingkup kewenangan masing-masing lembaga negara. Secara teori, kewenangan badan yudisial dahulu hanya dianggap sebagai badan pembentuk norma-norma hukum yang bersifat individual konkret. Norma hukum dengan karakter demikian disebut vonis (putusan hakim/putusan pengadilan). Namun, sekarang bukan hanya badan legislasi yang berwenang membentuk aturan yang berlaku secara umum, tetapi juga badan yudisial. Kewenangan badan yudisial seperti itu disebut *judicial legislation* (Ashiddiqie, 2006: 12). Kewenangan legislasi lembaga yudisial atau *judicial legislation* menurut Mian Khursid A. Naim (1998: 5) mengandung pengertian sebagai

“...rule making-power of the superior courts for the regulation of their own procedure. It is a true form of legislation except that it cannot create new law by way of precedent.”

Dinamika yang sama juga terjadi dalam lingkungan kekuasaan eksekutif. Lingkungan cabang kekuasaan eksekutif juga mempunyai kewenangan regulasi yang berlaku secara umum seperti kewenangan kekuasaan yudisial yang disebut di atas. Kekuasaan legislatif yang dimiliki pemerintah dapat pula disebut sebagai *executive legislation*. Dalam hubungan dengan *executive legislation* tersebut, Mian Khursid A. Naim (1998: 5) lebih lanjut mengemukakan, “It is the legislation by the executive for conducting the administrative departments of a state.” Dalam pengertian yang sama dengan pendapat Mian Khursid di atas, Jimly Asshiddiqe (2006:12) menyebutkan, “*Executive legislation* itu merupakan peraturan yang dibuat oleh eksekutif untuk menjalankan roda pemerintahan.”

Perkembangan ruang lingkup kewenangan pemerintah pada zaman modern seperti dikemukakan di atas mengubah pandangan orang tentang ruang lingkup tugas-tugas pemerintah sebagai salah satu organ negara. Perubahan pandangan berkenaan dengan tugas dan wewenang pemerintah tersebut tercermin dari pengertian tugas pemerintah yang dikemukakan Jellinek berikut ini. Jellinek membagi kekuasaan pemerintah atas kekuasaan yang bersifat formal dan material dengan aspek masing-masing. Dalam hubungan ruang lingkup tugas pemerintah, Jellinek, seperti dikutip Abdul Hamid S. Attamimi (1990: 31-31), mengemukakan pendapat bahwa kekuasaan pemerintah (*Verwaltung*) secara formal mengandung kekuasaan mengatur dan kekuasaan mengutus (*Verordnungs und Entscheidungsgewalt*) dan secara material mengandung dua unsur

yang berkaitan, yaitu *unsur memerintah* dan *unsur menyelenggarakan* (*Element der Regierung und das der Vollziehung*).

Jika ruang lingkup pemerintah mencakup keempat unsur yang dikemukakan di atas, sekarang yang menjadi pertanyaan adalah dari tugas yang manakah kekuasaan membentuk peraturan kebijakan itu bersumber? Apakah berasal dari *kewenangan pemerintah secara material* yang meliputi unsur memerintah dan menyelenggarakan atau bersumber dari *kekuasaan formal pemerintah* yang mengandung unsur *kekuasaan mengatur dan memutuskan*?

Pertama-tama akan dibicarakan kewenangan pemerintah yang bersifat material yang menurut Jellinek meliputi kewenangan untuk memerintah dan menyelenggarakan. Apa yang dimaksud dengan memerintah dan menyelenggarakan yang dikemukakan di atas? Pertama-tama, akan dibicarakan mengenai arti kata memerintah. Kata *memerintah* berasal dari kata *perintah*. Menurut *Kamus Besar Bahasa Indonesia* (1999: 756), perintah adalah perkataan yang dimaksud menyuruh melakukan sesuatu. Kata perintah ini sepadan dengan pengertian instruksi, yaitu perintah atau suruhan (untuk melakukan suatu pekerjaan atau melaksanakan suatu tugas). (Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1999: 756). Dalam konteks hukum administrasi negara, perintah atau instruksi pada dasarnya merupakan suatu bentuk tindakan pemerintah dari pejabat administrasi negara yang lebih tinggi kepada pejabat-pejabat administrasi negara yang berkedudukan lebih rendah. Sifat suatu perintah selalu satu arah sehingga perintah selalu berasal dari pihak atasan yang lebih tinggi kedudukannya terhadap pihak bawahan yang lebih rendah kedudukannya.

Bagaimana dengan kewenangan pemerintah yang bersifat materal yang berkenaan dengan kewenangan *menyelenggarakan*? Apakah dari kewenangan menyelenggarakan dapat lahir peraturan kebijakan? Kata menyelenggarakan berasal dari kata selenggara (Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1999 : 898). Kata selenggara atau menyelenggarakan mengandung berbagai macam arti, di antaranya :

- a. mengurus dan mengusahakan sesuatu (seperti memelihara, memiara, merawat);
- b. melakukan atau melaksanakan (perintah, undang-undang, rencana, dan sebagainya);
- c. menunaikan atau menyampaikan (maksud, cita-cita, harapan, tugas, kewajiban, dan sebagainya);
- d. mengurus dan memperhatikan (kepentingan, usaha, perkara, dan sebagainya) (Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1999: 898).

Kata menyelenggarakan yang dikemukakan di atas pada dasarnya mengandung makna sebagai tindakan yang berkenaan dengan upaya untuk menyelenggarakan sesuatu tindakan pemerintahan yang bersifat (konkret). Sesungguhnya dapat dipandang sebagai kelanjutan dari tindakan pemerintah yang lain seperti mengatur, perencanaan atau terutama membuat perintah. Perintah dikeluarkan untuk menyelenggarakan suatu tugas yang aktual, yaitu tugas tertentu. Oleh karena itu, menurut penulis, kewenangan pejabat administrasi negara dalam membentuk peraturan kebijakan tidak mungkin berasal dari kewenangan materal pemerintah.

Bagaimana dengan kekuasaan pemerintah dalam arti formal yang bersifat memutus? Apakah mungkin kewenangan membentuk peraturan kebijakan berasal dari kewenangan formal pemerintah yang bersifat memutus? Menurut penulis, kewenangan memutus yang dimiliki pemerintah atau pejabat administrasi negara mengandung arti bahwa pemerintah dapat membuat keputusan berkenaan dengan kasus-kasus yang bersifat individual. Keputusan-keputusan yang dibuat oleh pejabat administrasi negara

tidak bersifat berlaku secara umum, melainkan berlaku secara khusus sehingga tidak mungkin berbentuk peraturan kebijakan karena peraturan kebijakan bersifat berlaku secara umum.

Bagaimana dengan kekuasaan pemerintah dalam arti formal yang bersifat *mengatur*? Secara harfiah istilah mengatur mengandung arti membuat aturan. Aturan selalu mengandung arti berlaku umum atau tidak bersifat individual. Oleh karena itu, kekuasaan pemerintah yang bersifat mengatur seperti dikemukakan di atas mengandung arti bahwa pemerintah berwenang membentuk aturan-aturan yang berlaku secara umum berdasarkan kewenangan legislatif yang bersifat atribusi atau delegasi. Namun, jika aturan-aturan formal yang dibuat oleh pemerintah itu bersumber dari kewenangan atribusi atau delegasi, bentuk peraturan yang dibuat pemerintah tersebut bukan peraturan kebijakan, melainkan peraturan perundang-undangan. Kemungkinan yang terakhir, yaitu bahwa kewenangan pejabat administrasi negara membentuk peraturan kebijakan bukan bersumber dari kewenangan atribusi atau delegasi melainkan kewenangan mengatur yang menghasilkan peraturan yang berlaku umum, meskipun tidak dapat disebut sebagai peraturan perundang-undangan. Peraturan yang berlaku secara umum yang demikian itulah yang disebut sebagai peraturan kebijakan.

Kesimpulan yang penulis kemukakan di atas sesuai dengan pendapat yang dikemukakan oleh beberapa penulis seperti diuraikan di bawah. Dalam hubungan dengan sumber kewenangan pembentukan peraturan kebijakan oleh pejabat-pejabat administrasi negara, Abdul Latief (2005: 85) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Selain dari peraturan perundang-undangan (*wettelijke regels*) yang bersumber pada legislatif negara yang memang diperlukan bagi penyelenggaraan kebijakan pemerintah yang terikat (*gebonden beleids*), dalam bidang penyelenggaraan kebijakan pemerintah yang tidak terikat (*vrijbeleid*) pun tentunya akan

dikeluarkan berbagai peraturan kebijakan (*beleidsregel*) yang bersumber pada fungsi eksekutif negara yang jumlah dan bentuknya tidak mudah diperkirakan dan tidak mudah diikuti.”

Makna pendapat Abdul Latief yang dikemukakan di atas pada dasarnya sama dengan pendapat Abdul Hamid S. Attamimi. Dalam hubungan dengan sumber kewenangan pejabat administrasi negara dalam membentuk peraturan kebijakan, Abdul S. Attamimi (1992: 11) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

“Apabila kita berpegang pada fungsi-fungsi negara pada umumnya, yakni fungsi perundang-undangan atau legislatif, fungsi pemerintahan dalam arti sempit berupa fungsi ketataperajaan atau eksekutif, dan fungsi ketataperajaan atau eksekutif mempunyai juga *kewenangan mengatur*.”

Dalam kesempatan yang lain, Abdul Hamid S. Attamimi menegaskan pendapatnya mengenai sumber kewenangan pembentukan peraturan kebijakan yang berasal dari kewenangan mengatur pemerintah. Bahkan, kewenangan mengatur berdasarkan peraturan kebijakan dimiliki setiap pejabat pemerintah (pejabat administrasi negara). Abdul Hamid S. Attamimi (1992: 14) mengemukakan pendapatnya berikut ini.

“Kewenangan pemerintah dalam arti sempit atau ketataperajaan (kewenangan eksekutif) mengandung juga *kewenangan pembentukan peraturan-peraturan* dalam rangka *penyelenggaraan fungsinya*. Oleh karena itu, kewenangan pembentukan *peraturan kebijakan* yang bertujuan untuk mengatur lebih lanjut penyelenggaraan pemerintahan senantiasa dapat dilakukan oleh setiap lembaga pemerintahan yang mempunyai kewenangan penyelenggaraan pemerintahan.”

Jika bertitik tolak dari pendapat Jellinek yang dikemukakan di atas, dapat disimpulkan bahwa kewenangan pembentukan peraturan kebijakan bersumber dari *kewenangan mengatur* (*Verordnungs*) yang dimiliki pemerintah. Kewenangan mengatur yang dimiliki oleh pemerintah itu sendiri termasuk dalam aspek kewenangan pemerintah yang bersifat formal (Attamimi, 1990 : 31-2. Dengan demikian, kewenangan formal pemerintah yang mencakup kewenangan mengatur meliputi dua macam aspek berikut.

1. Pemerintah berwenang melakukan pengaturan dengan membentuk peraturan perundang-undangan berdasarkan kewenangan legislatif pemerintah. Di Indonesia ada berbagai macam bentuk peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh pemerintah seperti peraturan pemerintah, peraturan presiden, peraturan menteri, peraturan gubernur, peraturan bupati, dan sebagainya.
2. Pemerintahan berwenang melakukan pengaturan dengan membentuk peraturan kebijakan berdasarkan kewenangan pemerintahan yang bersumber dari kewenangan eksekutif. Di Indonesia, ada berbagai macam bentuk peraturan kebijakan seperti peraturan pedoman, pengumuman, surat edaran, petunjuk pelaksana (juklak), petunjuk teknis (juknis), dan sebagainya.

Materi muatan kedua bentuk tindakan pemerintahan tersebut, yaitu peraturan perundang-undangan ataupun peraturan kebijakan pada hakikatnya sama, yaitu kebijakan pemerintah dalam rangka menjalankan tugas-tugas pemerintahan. Peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh pemerintah pada dasarnya mengandung kebijakan pemerintahan yang bersifat umum. Bagir Manan (1997: 123) merumuskan pengertian peraturan perundang-undangan yaitu, "Peraturan perundang-undangan adalah setiap keputusan tertulis yang dikeluarkan pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang yang berisi aturan tingkah laku yang bersifat atau mengikat secara umum." Kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan (kewenangan legislatif) juga dimiliki oleh pemerintah, meskipun bukan merupakan kewenangan asli pemerintah. Kewenangan legislatif pemerintah dapat dipandang sebagai kewenangan yang dilimpahkan kepada pemerintah oleh lembaga legislatif. Atas dasar pelimpahan kewenangan itu, pemerintah kemudian membentuk peraturan perundang-undangan.

Peraturan kebijakan pada hakikatnya juga mengandung kebijakan yang bersifat umum yang diambil pemerintah dalam rangka menjalankan tugas-tugas pemerintahan. Hanya saja kebijakan yang ditetapkan oleh pemerintah dalam wujud peraturan kebijakan itu bukan atas perintah undang-undang atau bukan atas kewenangan yang berdasar atas undang-undang. Dalam hubungan ini, Prajudi Atmosudirjo (1986: 99) mengemukakan pendapatnya bahwa peraturan kebijakan dipakai untuk menetapkan *policy* pelaksanaan undang-undang. Frasa peraturan kebijakan dipakai untuk menetapkan *policy* pelaksanaan undang-undang mengandung pengertian bahwa peraturan kebijakan adalah sarana yang dipakai oleh pemerintah dalam mewujudkan kebijakan-kebijakan pemerintah. Hal yang sama juga dapat dipandang berlaku pada peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh pemerintah karena peraturan perundang-undangan yang dibentuk pemerintah juga dapat dipandang sebagai sarana untuk mewujudkan kebijakan-kebijakan pemerintah seperti dikemukakan Prajudi Atmosudirjo di atas.

2. Kekuatan Mengikat Peraturan Kebijakan (*Beleidsregel*)

Sebagaimana dikemukakan pada bagian sebelumnya, peraturan kebijakan bersumber dari kewenangan pejabat administrasi negara yang bersifat diskresi atau *freies ermessen*. Kewenangan yang bersifat diskresi termasuk dalam ruang lingkup *kewenangan pembentukan peraturan* dalam rangka penyelenggaraan fungsi pemerintahan seperti dikemukakan oleh Abdul Hamid S. Attamimi di atas. Menurut penulis, kewenangan pembentukan peraturan-peraturan yang dimiliki pemerintah termasuk dalam ruang lingkup kewenangan formal pemerintah seperti dikemukakan Jellinek, yakni dalam aspek kewenangan mengatur. Jika peraturan kebijakan dibentuk oleh pejabat administrasi negara

atas dasar kewenangan pemerintahan (kewenangan eksekutif) yang bersifat mengatur, meskipun bukan kewenangan berdasarkan atribusi atau delegasi, apakah peraturan kebijakan mempunyai kekuatan mengikat secara hukum?

Sebagai sudah dikemukakan, kebijakan yang dibuat pejabat administrasi negara berdasarkan kewenangan bebas yang dituangkan dalam peraturan kebijakan harus dijalankan dalam suatu *garis kebijakan yang tetap* menurut istilah Indroharto atau taat asas menurut Bagir Manan dalam rangka memenuhi asas-asas pemerintahan yang layak (Manan, 1997: 137). Hal itu mengandung arti bahwa kebijakan dalam bentuk peraturan kebijakan tersebut akan berlaku sama terhadap semua warga negara. Jika kebijakan yang diwujudkan dalam peraturan kebijakan yang ditetapkan pejabat administrasi negara diberlakukan secara sama bagi semua warga negara, berarti peraturan kebijakan tersebut berlaku secara umum. Kebijakan pejabat administrasi negara yang berlaku secara umum mengandung pengertian “mengikat secara umum (*adgemeen bindend*)” menurut istilah Abdul Hamid S. Attamimi (1993: 12). Dalam hubungan ini, Abdul Hamid S. Attamimi (1993) selanjutnya mengemukakan contoh sebagai berikut.

Sebagai contoh dapat dikemukakan hal-hal berikut. Apabila suatu keputusan bupati kepala daerah tingkat II menetapkan umpamanya bahwa sejenis kredit bagi petani yang memerlukan rekomendasinya tidak dapat diberikan kecuali jika disertai tanda bukti pelunasan pajak yang terutang, meskipun tidak suatu peraturan daerah tingkat II atau suatu peraturan bank menetapkannya, tetap kredit itu tidak dapat diperolehnya tanpa dipenuhinya syarat yang ditentukan.

Sesuai dengan contoh yang dikemukakan di atas dapat disimpulkan bahwa peraturan kebijakan yang ditetapkan pejabat administrasi negara seperti dikemukakan Abdul Hamid S. Attamimi di atas sesungguhnya memiliki sifat yang berlaku secara umum. Sifat berlaku secara umum peraturan kebijakan tersebut bersumber dari prinsip (asas) penerapan kebijakan pemerintahan berdasarkan satu garis kebijakan yang tetap atau

dalam rangka memenuhi tuntutan *taat asas (konsistensi)*. Namun, apakah berarti bahwa peraturan kebijakan yang beralku secara umum seperti dikemukakan Abdul Hamid S. Attamimi di atas juga memiliki sifat yang mengikat secara umum atau mempunyai kekuatan mengikat menurut hukum?

Ada perbedaan pendapat di antara para pakar hukum administrasi negara mengenai kekuatan mengikat peraturan kebijakan. Di satu pihak ada pandangan yang mengemukakan bahwa peraturan kebijakan tidak mengikat secara hukum karena kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan. Dalam hubungan ini, Bagir Manan (1997: 170) mengemukakan pendapatnya, “Sebagai peraturan yang bukan peraturan perundang-undangan, peraturan kebijakan tidak secara langsung mengikat secara hukum tetapi mengandung relevansi hukum.” Bagir Manan (1997: 169) mengemukakan alasannya, “karena pembuat peraturan kebijakan tidak mempunyai kewenangan perundang-undangan.”

Dalam hubungan dengan sifat mengikat secara tidak langsung peraturan kebijakan tersebut, Bagir Manan (1997) lebih lanjut mengemukakan, “Peraturan kebijakan pada dasarnya ditujukan kepada badan atau pejabat administrasi negara. Jadi, yang pertamanya melaksanakan ketentuan yang termuat dalam peraturan kebijakan adalah badan atau pejabat administrasi negara.” Namun, pada sisi lain, peraturan kebijakan pada akhirnya juga akan mengikat kepada warga masyarakat karena warga masyarakat harus melakukan ketentuan peraturan kebijakan tersebut. Dalam hubungan dengan hal yang dikemukakan di atas, Bagir Manan (1997: 170) mengemukakan pendapat sebagai berikut.

Meskipun demikian, ketentuan tersebut (maksudnya ketentuan peraturan kebijakan) secara tidak langsung akan dapat mengikat masyarakat umum. Suatu juklak pelaksanaan tender hanya berisi ketentuan mengenai tata cara administrasi

negara menyelenggarakan tender. Akan tetapi, ketentuan-ketentuan tersebut secara tidak langsung akan mengenai calon peserta tender.”

Ada pendapat yang berbeda dengan pendapat Bagir Manan yang dikemukakan di atas. Menurut penulis tersebut peraturan kebijakan mengikat secara hukum walaupun tidak secara langsung sebab peraturan kebijakan merupakan suatu bentuk tindakan hukum tata usaha negara atau pejabat administrasi negara. Dalam hubungan ini, Indroharto (t.t.: 45) mengemukakan pendapatnya sebagai berikut.

“Jadi, suatu peraturan kebijakan itu bagi masyarakat lalu menimbulkan keterikatan secara langsung. Karena ia (maksudnya adalah peraturan keterikatan secara tidak langsung). Karena ia (maksudnya adalah peraturan kebijakan itu) bukan suatu peraturan perundang-undangan, melainkan suatu tindakan hukum TUN yang hanya menimbulkan suatu akibat yang tidak langsung.”

Senada dengan pendapat Indroharto di atas, Prajudi Atmosudirdjo (1986: 98) mengemukakan, “Legislasi semu ini berasal dari kata diskresi atau *freies ermessen* yang dipunyai oleh administrasi negara yang pada umumnya dipakai untuk menetapkan *policy* pelaksanaan ketentuan undang-undang.” Prajudi Admosudirdjo (1986: 100) lebih lanjut mengemukakan, “Walaupun legislasi semu bukan hukum hanya merupakan garis-garis pedoman intern departemen belaka, pengaruhnya terhadap praktik besar sekali.”

Pengaruh peraturan kebijakan yang sangat besar dalam praktik terjadi karena peraturan kebijakan mengikat dua pihak berikut.

1. Para pejabat administrasi negara, diikat secara langsung, Prajudi Atmosudirdjo (1986) mengemukakan, “Yang diikat secara langsung oleh penerbit legislasi semu adalah para pejabat administrasi berdasarkan prinsip hierarki jabatan, di mana pejabat bawahan menaati perintah dan instruksi atasan.
2. Anggota masyarakat, diikat secara tidak langsung. Prajudi Atmosudirdjo mengemukakan, “...legislasi semu itu mengikat para warga masyarakat yang bersangkutan tidak secara langsung. Walau demikian, akhirnya Prajudi

Atmosudirdjo menganggap bahwa peraturan kebijakan mempunyai kekuatan mengikat secara hukum. Prajudi Atmosudirjo (1986) mengemukakan, “Namun demikian, legislasi semu tetap merupakan perbuatan hukum daripada administrasi negara. Jadi, memang dimaksudkan untuk mempunyai akibat-akibat hukum.”

Apa artinya jika dikemukakan bahwa peraturan kebijakan mempunyai relevansi hukum atau mengikat secara tidak langsung atau mempunyai akibat-akibat hukum seperti dikemukakan para pakar di atas? Jika ditinjau dari perspektif hukum, yakni dari segi materi-muatan peraturan kebijakan, jelas bahwa peraturan kebijakan pada hakikatnya tidak mengandung norma-norma hukum sebagaimana halnya dengan peraturan perundang-undangan sebab dalam peraturan kebijakan pada dasarnya tidak terkandung substansi hukum seperti perintah, larangan, izin, perbolehan, ataupun kewenangan. Menurut teori, substansi hukum seperti hak, kewajiban, perintah, atau larangan hanya dapat dilahirkan oleh pemegang kekuasaan legislatif karena substansi hukum seperti itu menimbulkan beban (kewajiban) atau hak yang baru bagi setiap warga masyarakat. Dari perspektif teori kedaulatan rakyat, pemunculan hak dan kewajiban baru bagi warga masyarakat hanya dapat dilakukan oleh pelaksana kedaulatan rakyat, yaitu wakil-wakil rakyat yang duduk di badan legislatif. Maka, pemunculan substansi hukum baru seperti disinggung di atas semata-mata merupakan hak eksklusif badan legislatif. Oleh sebab itu, secara khusus dapat dikemukakan bahwa peraturan kebijakan tidak mungkin dapat melahirkan substansi baru karena pembentuk peraturan kebijakan tidak memiliki kewenangan (kekuasaan) legislatif yang dapat melahirkan substansi-substansi hukum baru sebagaimana dikemukakan di atas.

Jika dikatakan bahwa peraturan kebijakan tidak mengandung substansi hukum karena pembentuk peraturan kebijakan tidak memiliki kekuasaan legislatif (kekuasaan

membentuk perundang-undangan) berarti bahwa warga negara yang tidak menjalankan substansi peraturan kebijakan tidak dapat dikenai sanksi-sanksi hukum. Pelanggaran terhadap substansi peraturan kebijakan memang tidak dapat dikenai sanksi-sanksi hukum perdata atau pidana, tetapi tidak berarti bahwa pelanggaran substansi peraturan kebijakan tidak mengandung konsekuensi. Setiap perbuatan yang tidak melaksanakan substansi peraturan kebijakan tentu saja akan memiliki konsekuensi tertentu, meskipun tidak selalu harus berupa sanksi hukum atau konsekuensi hukum. Jika pejabat administrasi tersebut berwenang menerapkan sanksi atau konsekuensi terhadap setiap perbuatan yang melanggar substansi peraturan kebijakan.

pejabat administrasi negara berwenang menerapkan konsekuensi terhadap segenap perbuatan warga masyarakat yang tidak mematuhi peraturan kebijakan. Salah satu tindakan yang dapat dilakukan pejabat administrasi negara adalah tidak meladeni atau melayani warga masyarakat yang bersangkutan. Sebagai contoh, pejabat administrasi negara dapat menentukan bahwa untuk mengurus izin usaha diperlukan surat keterangan kelakuan baik dari instansi kepolisian. Warga masyarakat yang hendak mengurus izin usaha tersebut harus melampirkan surat keterangan berkelakuan baik tersebut. Jika surat keterangan berkelakuan baik itu tidak dilampirkan, pejabat administrasi negara yang bersangkutan dapat tidak melayani warga masyarakat tersebut. Dengan demikian, setiap warga masyarakat yang mengurus izin usaha terikat untuk melampirkan surat keterangan berkelakuan baik seperti dipersyaratkan peraturan kebijakan yang dibuat oleh pejabat administrasi negara yang berwenang.

3. Pengujian terhadap Peraturan Kebijakan (*Beleidsregel*)

Apakah peraturan kebijakan (*beleidsregel*) dapat diuji secara hukum (*judicial review*)? Sebelum pertanyaan di atas dijawab, terlebih dahulu perlu dikemukakan bahwa dalam perspektif negara hukum modern, tidak boleh ada kekuasaan negara yang dibiarkan tidak diawasi (tidak dikontrol). Kondisi seperti itu dapat membuka kemungkinan terjadi kesewenang-wenangan oleh para pemegang kekuasaan. Pemerintah sebagai salah satu organ negara pemegang kekuasaan juga harus berada dalam keadaan diawasi atau dikontrol. Kontrol terhadap segenap pemegang kekuasaan negara termasuk pemerintah dapat dilakukan melalui suatu mekanisme pengujian terhadap segenap tindakan yang dilakukan pemerintah atau pejabat administrasi negara. Dalam hal ini berlaku prinsip bahwa segenap tindakanyang dilakukan pemerintah (pejabat administrasi negara) harus dapat dipersoalkan ataupun diuji baik dari berbagai segi (aspek) hukum (yuridis), kepatutan (moral), atau kepantasan (akal sehat), kemanfaatan (doelmatig), dan sebagainya (Atmosudirdjo, 1986: 29).

Dalam lingkungan hukum administrasi negara, ada dua macam tindakan pemerintahan yang penting, yaitu peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan. Peraturan perundang-undangan dapat dianggap sebagai tindakan hukum pemerintahan yang paling penting karena peraturan perundang-undangan mengatur tata kehidupan masyarakat yang bersifat mendasar serta berlaku secara umum sehingga sangat sangat mempengaruhi hak dan kewajiban anggota masyarakat. Oleh sebab itu, peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh pejabat administrasi negara berdasarkan kewenangan yang bersumber dari asas legalitas sangat perlu diuji dan dipersoalkan secara hukum.

Peraturan kebijakan yang dibentuk oleh pejabat administrasi negara berdasarkan kewenangan yang bersumber dari asas kebebasan bertindak (diskresi atau freies ermesen) juga sangat berpengaruh terhadap tata kehidupan masyarakat, meskipun tidak sama dengan pengaruh peraturan perundang-undangan. Peranan peraturan kebijakan yang sangat penting dalam kehidupan bermasyarakat mengandung konsekuensi terhadap hal-hal yang harus diperhatikan dalam pembentukan peraturan kebijakan oleh pejabat administrasi negara. Peraturan kebijakan tidak dapat dibentuk tanpa memperhatikan prinsip-prinsip tertentu yang lazim dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan dalam negara hukum modern. Prinsip-prinsip itu merupakan pedoman bagi pejabat administrasi negara setiap kali akan membentuk peraturan kebijakan supaya peraturan kebijakan yang dibentuk oleh pejabat administrasi negara tersebut tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip dasar negara hukum kesejahteraan.

Secara akademik, ada berbagai prinsip penting dalam pembentukan peraturan kebijakan yang harus diperhatikan oleh pejabat administrasi negara. Prinsip-prinsip pembentukan peraturan kebijakan tersebut mencakup bidang yang sangat luas sehingga tidak hanya mencakup aspek hukum. Pada saat pembentukan peraturan kebijakan, perspektif pejabat administrasi negara juga harus bersifat luas sehingga tidak hanya mencakup aspek hukum, tetapi berbagai aspek. Indroharto (t.t.: 45-46) misalnya mengemukakan beberapa hal yang harus diperhatikan dalam pembentukan peraturan kebijakan, yakni sebagai berikut.

1. Ia (maksudnya peraturan kebijakan) tidak boleh bertentangan dengan peraturan dasar yang mengandung wewenang diskresioner yang dijabarkan itu.
2. Ia tidak boleh nyata-nyata bertentangan dengan nalar yang sehat.

3. Ia harus dipersiapkan dengan cermat, semua kepentingan, keadaan-keadaan, serta alternatif-alternatif yang ada perlu dipertimbangkan.
4. Isi kebijaksanaan harus memberikan kejelasan yang cukup mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban warga yang terkena peraturan tersebut.
5. Tujuan-tujuan dan dasar-dasar pertimbangan mengenai kebijaksanaan yang akan ditempuh harus jelas.
6. Ia harus memenuhi syarat kepastian hukum material, artinya hak-hak yang telah diperoleh dari warga masyarakat yang terkena harus dihormati, kemudian juga harapan-harapan warga yang pantas telah ditimbulkan jangan sampai diingkari.

Apa sebab peraturan kebijakan yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara perlu diuji keberadaan dan kemanfaatannya? Dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan tidak selalu peraturan kebijakan yang dibuat oleh pejabat administrasi negara dapat memenuhi persyaratan-persyaratan ideal seperti dikemukakan di atas sebab memang tidak selalu mudah untuk memperkirakan atau menilai kemungkinan peraturan kebijakan melanggar atau tidaknya prinsip-prinsip dasar penyelenggaraan pemerintahan yang harus dipatuhi pada saat pembentukan peraturan kebijakan tersebut. Oleh sebab itu, pengujian peraturan kebijakan tetap sangat diperlukan untuk mencegah kemungkinan kesewenang-wenangan atau kelalaian pejabat administrasi negara sebab jika terjadi kesewenang-wenangan atau kelalaian pejabat administrasi negara, akan timbul berbagai akibat negatif yang mungkin terjadi seperti pelanggaran hak-hak warga masyarakat, kekacauan tata tertib norma-norma hukum, ataupun penyalahgunaan kewenangan pejabat administrasi negara yang bersangkutan. Kesewenang-wenangan dan kelalaian dalam penyelenggaraan pemerintahan tidak mustahil akan terjadi jika pejabat administrasi negara yang memiliki kebebasan untuk menetapkan (menggariskan) suatu kebijakan tidak diawasi dalam membentuk peraturan kebijakan.

Dalam hubungan dengan kemungkinan kesewenang-wenangan pejabat administrasi dalam menetapkan suatu garis kebijakan seperti dikemukakan di atas, akan diberikan suatu contoh di bawah ini. Indroharto (1994: 144) mengemukakan sebagai berikut.

Dalam contoh peraturan ini (disebutkan bahwa), “Tanpa izin Walikota dilarang berjualan di jalan protokol”. Dengan peraturan itu lahirah wewenang Walikota untuk mengeluarkan izin. Apakah wewenang itu juga cukup mencabut izin yang dikeluarkan? Rasanya kita akan berkata ya. Akan tetapi, apakah pencabutan demikian dapat ia lakukan sembarang waktu tanpa melakukan prosedur apa-apa yang berarti tanpa memikirkan kepentingan si pemegang izin?

Dalam perspektif negara hukum kesejahteraan, seyogyanya walikota tersebut tidak diperbolehkan mencabut izin berjual di jalan protokol dengan alasan semata-mata karena tidak ada aturan yang melarang walikota untuk mencabut izin berjualan atau tidak ada aturan yang mengatur tentang syarat-syarat pencabutan izin tersebut. Dengan perkataan lain, walikota atau semua pejabat administrasi negara mana pun dalam kondisi seperti dikemukakan di atas tidak boleh mempergunakan kewenangannya dengan sesuka hati sehingga dapat menimbulkan kerugian bagi anggota masyarakat hanya karena alasan tidak ada undang-undang atau peraturan perundang-undangan yang mengatur hal itu. Sesuai dengan prinsip-prinsip umum dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam perspektif negara hukum modern seperti asas kepastian hukum ataupun asas-asas yang lain, pencabutan izin oleh walikota secara sembarang waktu dan tanpa syarat tentu saja tidak dapat diterima akal sehat dan merupakan tindakan yang tidak patut sehingga tidak dapat dibenarkan.

Perbuatan walikota yang demikian itu menurut akal sehat diperkirakan akan menimbulkan kerugian dan penderitaan bagi rakyat atau bahkan mungkin akan melanggar hak-hak rakyat sehingga tindakan seperti itu seyogyanya tidak dilakukan.

Dengan perkataan lain, dalam keadaan bagaimanapun dapat dikemukakan bahwa penggunaan kewenangan oleh pejabat administrasi negara harus ada rasionalitasnya sehingga tindakan itu dapat diterima keabsahannya atau dapat diterima akal. Prinsip rasionalitas dalam penggunaan kewenangan (kekuasaan) juga merupakan salah satu asas dalam penyelenggaraan negara modern (Indroharto, 1994: 45-46).

Jika dalam contoh kasus yang dikemukakan di atas walikota tersebut benar-benar melakukan pencabutan izin usaha bergadang di jalan protokol tanpa alasan dan syarat tertentu serta tanpa memikirkan kepentingan pedagang yang bersangkutan, pedagang yang bersangkutan sudah jelas akan menderita kerugian. Tindakan walikota itu dapat dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang yang tidak diperkenankan dalam perspektif negara hukum modern. Tindakan seperti itu menimbulkan penderitaan bagi warga masyarakat sehingga tidak sesuai dengan tujuan atau cita-cita negara hukum modern, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum. Untuk mencegah tindakan pejabat administrasi negara yang berpotensi aktual maupun laten menimbulkan kerugian dan penderitaan bagi rakyat, segenap peraturan kebijakan yang ditetapkan pejabat administrasi negara perlu diuji eksistensi maupun kemanfaatannya.

Selain untuk tujuan seperti dikemukakan di atas, pengujian peraturan kebijakan juga perlu dilakukan untuk tujuan yang lain, yaitu demi ketertiban norma-norma hukum (tata hukum). Ketertiban norma-norma hukum (tata hukum) merupakan salah satu sendi utama tegaknya negara hukum modern. Untuk penegakan tata hukum yang tertib, negara-negara hukum modern memiliki berbagai macam instrumen, lembaga, ataupun sistem dan mekanisme. Salah satu di antaranya adalah mekanisme hak menguji secara material (*judicial review*) yang kewenangannya ada ditangan lembaga peradilan (lembaga

yudisial). Mekanisme *judicial review* (*toetsingsrecht*) bertujuan untuk menguji norma-norma hukum yang lebih rendah terhadap norma-norma hukum yang lebih tinggi. Namun, apakah peraturan kebijakan dapat diuji secara material seperti pengujian yang dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan?

Dalam hubungan dengan upaya memelihara keutuhan tata tertib norma-norma hukum (tata hukum) tersebut, Philipus M. Hadjon (1994 : 8) mengemukakan, “Harus diberikan perhatian terhadap tata tertib norma hukum karena undang-undang menjadi tidak berguna kalau dengan leluasa dapat diterobos oleh pertauran peraturan perundang-undangan di bawahnya atau oleh peraturan kebijakan (*beleidsregel*).” Pernyataan Philipus M. Hadjon di atas bertitik tolak dari kenyataan praktik penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia. Dalam praktik di Indonesia, banyak peraturan perundang undangan yang lebih rendah dari undang-undang termasuk peraturan kebijakan menyimpang dari undang-undang. Abdul Latief (2005: 239) mengemukakan pendapat sebagai berikut, “Dalam praktik tidak jarang terjadi ditemukan suatu undang-undang diterobos oleh peraturan perundang undangan di bawah undang-undang bahkan peraturan kebijaksanaan”.

Penyimpangan yang terjadi dalam praktik tersebut tidak hanya dikemukakan oleh penulis di atas. Indroharto juga mengemukakan ada penyimpangan atau salah kaprah dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia berkenaan dengan keberadaan peraturan yang lebih rendah yang bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Indroharto mengemukakan, “Dalam praktik telah terjadi salah kaprah di mana suatu keputusan Menteri umpamanya yang sebenarnya hanya berkedudukan sebagai peraturan kebijaksanaan yang menjabarkan wewenang pemerintahan diskresionernya yang sebenarnya bertentangan dengan peraturan dasarnya, dengan begitu saja dianggap berlaku

sebagai UU.” Sebagai contoh adalah Surat Edaran Menteri Dalam Negeri Nomor: PEMDA 18/3/6 tanggal 15 Mei 1973 tentang Penyusunan Rencana Kota (Lukman, 1989: 138). Markus Lukman menengarai Surat Edaran Menteri tersebut sebagai suatu bentuk peraturan kebijakan bertentangan dengan undang-undang yang kedudukannya lebih tinggi. Oleh karena itu, Markus Lukman mengajukan pertanyaan, “Timbul pertanyaan dapatkan Surat Edaran Menteri Dalam Negeri memberlakukan SVO dan SVV yang derajatnya sama dengan undang-undang untuk SVO dan sama dengan Peraturan Pemerintah untuk SVV?”.

Ada juga penulis lain yang memandang manfaat pengujian peraturan kebijakan dari sudut pandang yang berbeda dari sudut pandang yang penulis kemukakan di atas. Penulis tersebut memandang manfaat pengujian peraturan itu dari sudut pandang alasan praktis dan teoritis. Abdul Latief (2005: 239) mengemukakan manfaat praktis dan teoritis pengujian peraturan kebijakan sebagai berikut.

Alasan praktis, didorong oleh kebutuhan baik untuk kebutuhan pemerintah maupun masyarakat untuk masyarakat. Bagi masyarakat mengharapkan akan adanya suatu jaminan perlindungan hukum dari sikap tindak badan atau pejabat pemerintah. Sebaliknya, bagi badan atau pejabat pemerintah merupakan pembatasan atau dasar untuk tidak bertindak secara bebas membentuk peraturan kebijaksanaan yang dapat bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan hukum tidak tertulis.

Alasan teoritis, didorong oleh perkembangan hukum administrasi, yaitu khususnya konsep besluit (keputusan) mendapat suatu pengertian baru yang cukup luas dan merupakan instrumen utama dalam penyelenggaraan pemerintahan suatu negara hukum.

Oleh karena itu, pengujian secara material peraturan kebijakan mutlak untuk dilakukan oleh lembaga peradilan.

Apakah peraturan kebijakan dapat diuji secara material seperti pengujian secara material (*judicial review*) yang dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan? Pertanyaan di atas dapat dikemukakan dengan cara lain, yakni apakah kriteria dalam menguji peraturan perundang-undangan secara material (*judicial review*) dapat diterapkan terhadap pengujian peraturan kebijakan?

Ada yang berpendapat bahwa pengujian peraturan kebijakan tidak dapat dilakukan seperti halnya pengujian peraturan perundang undangan. Pendapat tersebut bertitik tolak dari perbedaan materi-muatan peraturan perundang-undangan dengan materi-muatan kebijakan. Dalam hubungan ini, Abdul Hamid S. Attamimi (1992: 14) mengemukakan, "...materi muatan peraturan-perundang undangan mengatur tata kehidupan masyarakat yang jauh lebih mendasar seperti mengadakan suruhan dan larangan untuk berbuat atau tidak berbuat yang apabila disertai sanksi pidana dan sanksi pemaksa."

Jika dibandingkan dengan materi-muatan peraturan perundang-undangan seperti dikemukakan di atas, akan tampak perbedaan yang jelas antara peraturan perundang undangan tersebut dengan peraturan kebijakan. Dalam hubungan dengan materi muatan peraturan kebijakan tersebut, Abdul Hamid S. Attamimi (1992: 14) mengemukakan, "Peraturan kebijakan mengandung materi muatan yang berhubungan dengan kewenangan membentuk keputusan-keputusan dalam arti *beschikkingen*, kewenangan bertindak dalam bidang hukum privat dan kewenangan membuat rencana-rencana." Dalam pengertian yang sama, meskipun dengan pernyataan yang berbeda, Indroharto (t.t : 44)

mengemukakan pendapat mengenai materi muatan peraturan kebijakan, yaitu sebagai berikut.

“Isi muatan dari keputusan TUN demikian itu merupakan pelaksanaan atau penjabaran kebijaksanaan-kebijaksanaan lebih lanjut dari wewenang diskresioner yang dimiliki dan yang harus dilaksanakan oleh para Badan atau Jabatan TUN sebagai aparat pemerintah.”

Dengan istilah yang lain, Philipus M. Hadjon (1999: 154) mengemukakan sebagai berikut.

“Suatu perbedaan hukum lain lagi ialah bahwa peraturan perundang-undangan termasuk bidang hukum dan karena itu dapat diuji dalam kasasi, sedangkan peraturan kebijaksanaan termasuk dunia fakta dan karena itu tidak dapat berperan dalam kasasi.”

Dalam hubungan perbedaan materi muatan peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijakan yang dikemukakan di atas, dengan sendirinya terdapat perbedaan pengujian terhadap eksistensi peraturan kebijakan. Bagir Manan (1997:171) mengemukakan, “Suatu peraturan kebijakan tidak dapat diuji *wetmatigheid* karena memang tidak akan ada dasar peraturan perundang-undangan untuk keputusan membuat peraturan kebijakan.” Pernyataan yang dikemukakan Bagir Manan di atas mengandung arti bahwa peraturan kebijaksanaan tidak dapat diuji seperti halnya menguji peraturan perundang-undangan karena pembentukan peraturan kebijakan tidak berdasar pada peraturan perundang-undangan tertentu.

Alasan Bagir Manan mengenai ketidakmungkinan menguji peraturan kebijakan secara *wetmatigheid* (uji material) karena eksistensi peraturan kebijakan bukan sebagai peraturan perundang-undangan sepenuhnya dapat dimengerti dan diterima. Sebagaimana dikemukakan pada bagian sebelumnya, pejabat administrasi negara yang membentuk peraturan kebijakan tidak memiliki kewenangan legislatif sehingga dalam eksistensi

peraturan kebijakan tidak mungkin terkandung substansi norma-norma hukum seperti hak, kewajiban, perintah atau larangan seperti dikemukakan oleh Abdul Hamid S. Attamimi (1992:14) di atas. Pembentukan substansi norma-norma hukum dalam peraturan kebijakan karena alasan ketiadaan kewenangan legislatif yang dikemukakan di atas menyebabkan materi muatan peraturan kebijakan tidak dapat diuji terhadap norma-norma hukum peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi seperti undang-undang dan undang-undang dasar.

Jika peraturan kebijakan perlu diuji keabsahannya dalam rangka ketertiban tata hukum, mencegah penyalahgunaan wewenang dan mencegah pelanggaran hak-hak warga negara seperti dikemukakan di atas timbul pertanyaan, kriteria apa yang dapat dipakai untuk menguji peraturan kebijakan jika kriteria pengujian peraturan perundang-undangan tidak dapat dipakai untuk menguji peraturan kebijakan tersebut? Dalam hubungan ini, Bagir Manan (1997: 170) secara tegas mengemukakan, “Asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijakan.” Jika kriteria pengujian peraturan perundang-undangan seperti dikemukakan Bagir Manan di atas tidak dapat dipakai dalam menguji peraturan kebijakan, berarti harus dicari kriteria (ukuran-ukuran) yang lain dalam lingkungan hukum administrasi negara atau dalam perspektif yang lebih luas sebab dalam perspektif negara hukum kesejahteraan, segenap tindakan pejabat administrasi negara yang mempengaruhi nasib anggota masyarakat, baik yang dilakukan berdasarkan kewenangan yang memiliki legalitas maupun dan apalagi tindakan yang berdasarkan asas kebebasan bertindak (*freies ermessen* atau diskresi) tidak boleh dibiarkan tanpa pengujian. Selain karena tindakan tersebut dapat merupakan tindakan yang sewenang-

wenang , tindakan tersebut juga berpotensi melanggar hak-hak anggota masyarakat yang justru hendak dijamin oleh negara hukum kesejahteraan.

Peraturan kebijakan tetap dapat dan harus diuji, sekalipun bukan berdasarkan tolol ukur pengujian peraturan perundang-undangan (pengujian secara materil). Pengujian terhadap peraturan kebijakan dapat dilakukan dengan mempertanyakan segi tujuan atau kemanfaatannya. Ukuran apa yang dapat dipergunakan untuk menguji peraturan kebijakan tersebut? Dalam hubungan dengan pertanyaan tersebut, Bagir Manan (1997:171) mengemukakan, “Pengujian terhadap peraturan kebijakan lebih diarahkan pada *doelmatigheid* dan karena itu batu ujinya adalah asas-asas umum penyelenggaraan pemerintah yang layak.”

Jika peraturan kebijakan diuji dari segi *doelmatigheid* seperti dikemukakan Bagir Manan di atas, berarti bahwa peraturan kebijakan tersebut diuji dari sudut pandang kemanfaatannya. Dalam hal ini yang menjadi pertanyaan adalah bagaimana menguji kemanfaatan (*doelmatigheid*) suatu peraturan kebijakan? Dalam hal ini dapat dipertanyakan apakah suatu peraturan kebijakan sesuai atau bertentangan misalnya dengan *asas bertindak cermat, asas fair play, asas motivasi dalam suatu keputusan, asas tidak mencampuradukkan kewenangan, asas penyelenggaraan kepentingan umum*, dan sebagainya.

Pengujian terhadap peraturan kebijakan dilakukan oleh lembaga peradilan (kekuasaan yudisial). Dalam sistem hukum administrasi negara Indonesia, pengujian terhadap peraturan kebijakan merupakan kompetensi absolut peradilan administrasi negara (peradilan tata usaha negara). Dalam hubungan ini, Abdul Hamid S. Attamimi (1992:12) mengemukakan, “Dan karena keputusan pejabat Tata Usaha Negara senantiasa

menjadi objek Peradilan Tata Usaha Negara, kewenangan pembentukan peraturan kebijakan yang bersangkutan pun dapat dipersoalkan dalam Pengadilan Tata Usaha.” Hakim atau peradilan tata usaha negara akan berpedoman kepada asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam menguji kemanfaatan peraturan kebijakan yang ditetapkan pejabat administrasi negara. Jika hakim menilai bahwa suatu peraturan kebijakan bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (layak), peraturan kebijakan tersebut dapat dinyatakan batal oleh hakim.

BAB I

ASAS-ASAS UMUM PEMERINTAH YANG LAYAK SEBAGAI SARANA

PENGUJI PERATURAN KEBIJAKAN DALAM PERSPEKTIF

NEGARA HUKUM KESEJAHTERAAN

A. Pengawasan terhadap Kekuasaan Negara Dalam Rangka Perlindungan terhadap Hak-hak Individu

Perkembangan gagasan (asas) negara hukum sebagaimana sudah dikemukakan dalam bab-bab sebelumnya sesungguhnya dapat dipandang sebagai upaya manusia untuk meningkatkan perlindungan terhadap hak-hak individu. Dari perspektif negara hukum, upaya peningkatan perlindungan terhadap hak-hak individu tersebut dilakukan dengan cara membatasi kekuasaan pemerintah (penguasa). Dalam konteks pembatasan kekuasaan pemerintah (negara) dengan tujuan untuk memberikan perlindungan hak-hak individu seperti dikemukakan di atas, berlaku suatu prinsip dalam praktik penyelenggaraan negara dalam perspektif asas negara hukum modern (negara hukum kesejahteraan), yaitu bahwa tidak ada kekuasaan negara yang boleh dibiarkan bebas tanpa pembatasan dan pengawasan.

Dalam rangka pembatasan kekuasaan negara atau penguasa tersebut, ada berbagai macam cara, prosedur, asas, atau sistem yang dikembangkan dalam berbagai sistem ketatanegaraan. Sistem pemisahan kekuasaan, asas legalitas, mekanisme hak uji materi, ataupun peradilan administrasi negara merupakan contoh berbagai asas, sistem atau prosedur pembatasan kekuasaan negara (penguasa) yang dimaksud. Secara khusus, eksistensi asas-asas umum pemerintahan yang baik yang terdapat dalam lapangan hukum

administrasi negara ataupun praktik penyelenggaraan pemerintahan termasuk salah satu cara pembatasan terhadap kekuasaan negara (penguasa).di Benua Eropa, asas-asas umum pemerintahan yang baik baru berkembang pada pertengahan abad ke-20 seiring dengan peningkatan perlindungan terhadap hak-hak individu seperti dikemukakan di atas.

Dalam perspektif negara hukum modern, prinsip pembatasan kekuasaan negara (penguasa) demi perlindungan hak-hak individu berlaku dalam segenap lingkungan kekuasaan negara, baik kekuasaan legislatif, eksekutif, ataupun yudisial. Sebagai contoh, dalam lingkungan kekuasaan legislatif terdapat sistem pembatasan kekuasaan yang disebut sistem perwakilan bikameral. Dalam sistem bikameral, kekuasaan legislatif dijalankan oleh dua kamar perwakilan yang satu sama lain saling mengontrol. Dalam lingkungan kekuasaan yudisial terdapat pembatasan kekuasaan dalam bentuk pembagian kompetensi mengadili lembaga-lembaga peradilan. Sebagai contoh, MA sebagai lembaga negara yang menjalankan kekuasaan yudisial memiliki kompetensi yang berbeda dengan MK. Dalam lingkungan kekuasaan eksekutif terdapat pembatasan kekuasaan berdasarkan pembatasan masa jabatan. Sebagai contoh, Presiden Amerika Serikat mempunyai masa jabatan empat tahun dan sesudahnya hanya dipilih kembali untuk satu kali masa jabatan berikutnya.

Pembatasan kekuasaan dalam bentuk lain juga terdapat dalam lingkungan kekuasaan eksekutif. Secara khusus, asas legalitas yang termasuk dalam ruang lingkup hukum administrasi negara dapat dikemukakan sebagai suatu sistem pembatasan kekuasaan pemerintah atau pejabat administrasi negara. Dalam asas legalitas berlaku prinsip bahwa tindakan pemerintah atau pejabat administrasi negara harus berdasarkan hukum atau undang-undang yang sudah lebih dahulu ada sebelum tindakan tersebut

dilakukan (Manan, 1997: 103-104). Asas legalitas memberikan dasar kewenangan bertindak bagi pemerintah atau pejabat administrasi negara. Akan tetapi, setiap perbuatan penyelenggaraan urusan pemerintahan yang dilakukan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara yang keluar dari batas-batas dan tujuan pemberian wewenang atau melanggar asas legalitas tersebut tentu tidak akan dibenarkan oleh hukum (Indroharto, 1996: 84).

Pembatasan kekuasaan pemerintah (eksekutif) dalam lingkungan hukum administrasi negara tidak hanya dilakukan berdasarkan asas legalitas seperti dikemukakan di atas. Pembatasan kekuasaan pemerintah atau pejabat administrasi negara juga dilakukan melalui metode atau mekanisme yang lain. Hal itu misalnya tampak dalam wujud pembatasan kekuasaan pemerintah atau pejabat administrasi negara yang bersifat terikat ataupun yang bersifat bebas (diskresi). Pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah atau pejabat administrasi negara yang bersifat bebas tersebut dilakukan melalui mekanisme pengujian terhadap kebijakan yang digariskan pemerintah atau pejabat administrasi negara.

Pengujian terhadap kebijakan yang digariskan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara merupakan pemikiran baru dalam lapangan hukum administrasi negara. Pemikiran seperti itu baru berkembang pada pertengahan abad ke-20 (Purbopranoto, 1975 : 28). Pengujian terhadap kebijakan yang digariskan pemerintah atau pejabat administrasi negara oleh badan peradilan mengandung arti sebagai campur tangan badan peradilan terhadap kekuasaan pemerintah atau pejabat administrasi negara. Pemikiran tentang campur tangan salah satu cabang kekuasaan terhadap cabang kekuasaan yang lain sebelum pertengahan abad ke-20 tentu saja tidak diperbolehkan

karena pada waktu itu pemikiran yang dominan adalah pemikiran pemisahan kekuasaan di antara ketiga cabang kekuasaan negara.

Dalam teori pemisahan kekuasaan, masing-masing cabang kekuasaan negara, yaitu legislatif, eksekutif, dan yudisial berada di tangan lembaga negara yang berbeda. Kekuasaan legislatif berada di tangan badan legislatif, sedangkan kekuasaan eksekutif dan yudisial masing-masing berada di tangan badan eksekutif dan badan yudisial. Jika mau dikatakan dengan cara lain berarti bahwa dalam teori pemisahan kekuasaan, masing-masing kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudisial berjalan sendiri-sendiri tanpa koordinasi atau kerja sama dengan cabang kekuasaan lain. Oleh sebab itu, tidak ada pengawasan oleh suatu cabang kekuasaan terhadap cabang kekuasaan negara yang lain. Dengan demikian, secara fungsi dan kelembagaan, masing-masing kekuasaan negara legislatif, eksekutif, dan yudisial terpisah.

Teori pemisahan kekuasaan lazim disebut sebagai teori *Trias Politica* Montesquieu, seperti sudah dibahas sebelumnya. Namun, doktrin pemisahan kekuasaan seperti yang dibayangkan oleh Montesquieu itu dianggap oleh para ahli sebagai pandangan yang tidak realistis karena jauh dari kenyataan (Assiddiqie, 2006 : 17). Dalam kenyataan, tidak ada negara yang mempraktikkan prinsip pemisahan kekuasaan seperti dibayangkan Montesquieu, termasuk di Inggris yang dijadikan sebagai contoh. Demikian pula dengan Amerika yang tidak menerapkan prinsip pemisahan kekuasaan secara murni sebab mustahil tidak ada kerja sama diantara ketiga cabang kekuasaan negara dalam rangka mencapai tujuan negara. Apalagi, dalam praktik penyelenggaraan negara modern, hal yang demikian itu jelas tidak mungkin terjadi.

Dalam praktik penyelenggaraan negara modern, kerja sama di antara lembaga-lembaga negara justru merupakan hal yang mutlak harus ada karena tanpa kerja sama, masing-masing lembaga negara akan berjalan sendiri-sendiri sehingga tidak mustahil negara akan semakin jauh menyimpang dari tujuan negara yang hendak diwujudkan.

Pada awalnya, teori pemisahan kekuasaan Montesquieu bertitik tolak dari kekhawatiran akan terjadi kekuasaan penguasa yang bersifat absolut jika segenap kekuasaan negara berada di tangan satu orang atau satu lembaga. Kekuasaan penguasa yang bersifat absolut akan membuka peluang penindasan dan pelanggaran terhadap hak-hak individu sehingga demi perlindungan terhadap hak-hak individu, kekuasaan negara harus dipisahkan. Namun, dalam kenyataan (praktik) yang terjadi justru sebaliknya. Kekuasaan negara yang terpisah secara mutlak ternyata justru membuka peluang yang sangat lebar bagi penyalahgunaan kekuasaan sehingga mengakibatkan pelanggaran terhadap hak-hak individu. Penyalahgunaan kekuasaan terjadi karena tidak ada pengawasan terhadap masing-masing cabang kekuasaan negara. Jika mau dikatakan dengan perkataan lain, prinsip pemisahan kekuasaan seperti diajarkan Montesquieu justru membuat ketiadaan mekanisme saling mengawasi dan mengimbangi di antara ketiga cabang kekuasaan negara sehingga terjadi penyalahgunaan kekuasaan. Kekosongan pengawasan terhadap kekuasaan menjadi pemicu ke arah kemungkinan timbulnya akibat negatif terhadap kehidupan berbangsa dan bernegara karena sewaktu-waktu dapat melahirkan pemerintahan yang sewenang-wenang (*despotisme*).

Dalam perkembangan yang kemudian barulah timbul kesadaran mengenai keperluan untuk melakukan pengawasan terhadap kekuasaan negara demi mencegah kemungkinan kesewenang-wenangan dalam wujud pemerintah despotis. Kesadaran

tentang kemungkinan terjadi pemerintahan despotis mendorong manusia untuk menciptakan mekanisme pengawasan terhadap kekuasaan negara. Mekanisme pengawasan terhadap kekuasaan negara dalam berbagai sistem ketatanegaraan satu sama lain tidak selalu sama. Salah satu bentuk mekanisme pengawasan kekuasaan adalah mekanisme saling mengawasi dan mengimbangi. Mekanisme saling mengawasi dan mengimbangi dalam lingkungan ketiga cabang kekuasaan negara disebut mekanisme *check and balance*. Dalam hal ini, bangsa Amerika dapat dikemukakan sebagai pelopor gagasan mekanisme *check and balance*. Namun, pengawasan kekuasaan dalam lingkungan masing-masing cabang kekuasaan negara juga perlu diadakan. Salah satu contoh mekanisme kontrol dalam lingkungan kekuasaan legislatif seperti dikemukakan di atas adalah sistem perwakilan bikameral (Duverger, 1951: 36). Dalam sistem perwakilan bikameral, masing-masing lembaga perwakilan melakukan pengawasan terhadap kamar perwakilan yang lain untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan.

Dalam konteks mekanisme saling mengawasi dan mengimbangi di antara ketiga cabang kekuasaan negara seperti dikemukakan di atas. Kekuasaan yudisial (kekuasaan kehakiman) diberi peranan yang sangat penting. Kekuasaan yudisial diberi kewenangan untuk mengawasi tindakan (produk) cabang kekuasaan lain, baik kekuasaan legislatif ataupun eksekutif. Pemberian kewenangan kepada kekuasaan yudisial untuk menguji produk hukum badan legislatif dan eksekutif merupakan perubahan pemikiran yang sangat fundamental mengenai ruang lingkup kekuasaan yudisial sebab dari perspektif teori Trias Politica ruang lingkup kewenangan yudisial (lembaga peradilan) tidak sampai mencakup kewenangan menguji produk hukum badan legislatif dan eksekutif. Dalam perspektif Trias Politica, ruang lingkup kewenangan kekuasaan yudisial adalah

menjalankan pembentuk undang-undang terhadap suatu peristiwa konkret. Atas dasar itu, hakim sering disebut sebagai terompet undang-undang (*la bouche de la loi*). Oleh karena itu, kewenangan kekuasaan yudisial untuk menguji produk hukum badan eksekutif dan terutama menguji produk badan legislatif (undang-undang) merupakan hal yang baru berkembang pada akhir-akhir ini.

Pengawasan kekuasaan yudisial atau lembaga peradilan terhadap kekuasaan badan legislatif dilakukan melalui mekanisme pengujian terhadap produk badan legislatif yang disebut undang-undang. Mekanisme pengujian undang-undang oleh kekuasaan yudisial (lembaga peradilan) itu disebut mekanisme uji material (*judicial review*) (Capuletti, 1997: 16). Kewenangan lembaga peradilan (kekuasaan yudisial) untuk menguji undang-undang tidak selalu harus tercantum secara formal dalam undang-undang dasar atau konstitusi. Pencantuman kekuasaan masing-masing lembaga negara, termasuk kekuasaan lembaga peradilan, secara formal dalam undang-undang dasar atau konstitusi memang merupakan suatu hal yang penting. Pengaturan kewenangan lembaga-lembaga negara, berdasarkan undang-undang dasar atau konstitusi, bertujuan untuk menghindari tumpang tindih kekuasaan di antara lembaga-lembaga negara tersebut. Dalam konteks kewenangan lembaga peradilan dalam menguji undang-undang, prinsip seperti itu tidak berlaku secara mutlak sebab, dengan mengutip Kleintejes, Bagir Manan (1994: 2) mengemukakan bahwa lembaga peradilan (kekuasaan yudisial) tetap berwenang menguji undang-undang, meskipun kewenangan lembaga peradilan tersebut tidak dicantumkan secara formal dalam konstitusi atau undang-undang dasar sebab kewenangan menguji undang-undang itu merupakan kewenangan yang melekat kepada lembaga peradilan.

Mekanisme pengawasan oleh kekuasaan yudisial terhadap kekuasaan eksekutif dapat dilakukan melalui mekanisme yang sama dengan pengujian yang dilakukan terhadap kekuasaan legislatif yang disebut uji material (*judicial review*) tersebut. Akan tetapi, pengujian dengan mekanisme uji material tersebut dapat dilakukan hanya terhadap produk hukum badan eksekutif yang termasuk dalam kelompok peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, seperti peraturan pemerintah, peraturan presiden, peraturan menteri, dan lain-lain. Dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, selain badan legislatif, pemerintah, atau pejabat administrasi negara juga memiliki wewenang untuk membentuk peraturan perundang-undangan yang tingkatannya di bawah undang-undang. Kewenangan pemerintah atau pejabat administrasi negara dalam membentuk peraturan perundang-undangan seperti dikemukakan di atas di dasarkan pada wewenang pendelegasian (*delegated legislation*) (Indroharto, 1996: 91).

Pengawasan terhadap kekuasaan eksekutif oleh kekuasaan yudisial tidak hanya terbatas pada pengujian terhadap peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh badan eksekutif. Pengawasan terhadap tindakan badan eksekutif juga mencakup pengawasan terhadap tindakan pemerintahan yang dilakukan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara, yang disebut peraturan kebijakan, yang dibentuk berdasarkan kewenangan bebas. Dalam hubungan dengan pengawasan terhadap peraturan kebijakan tersebut Indroharto mengemukakan, “Kekuasaan bebas (*discretionary power, discretionare bevoegheid*) yang semula seakan-akan tidak terjamah oleh *rechtmatigheidstoetsing* sudah lama ditinggalkan.”

Pernyataan Indroharto di atas mengandung arti bahwa kekuasaan bebas pemerintah atau pejabat administrasi negara yang pada awalnya tidak dapat diuji. Akan

tetapi, dalam perkembangan berikutnya ternyata kekuasaan bebas pemerintah juga tidak terlepas dari proses pengujian. Pengujian terhadap peraturan kebijakan tersebut tentu saja dilakukan dalam rangka pengawasan kekuasaan yudisial terhadap kekuasaan pemerintah yang bersifat bebas (*freies ermessen* atau diskresi). Dengan perkataan lain, lembaga peradilan (kekuasaan yudisial) memiliki kewenangan untuk menilai dan menguji kebijakan yang digariskan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara.

Pengujian terhadap peraturan kebijakan yang dibuat oleh pejabat administrasi negara merupakan kebutuhan yang mutlak harus dilakukan demi pencegahan kemungkinan penyalahgunaan kewenangan untuk memenuhi tuntutan perkembangan zaman yang semakin memberikan perhatian dan perlindungan yang meningkat terhadap hak-hak anggota masyarakat. Namun, dalam berbagai hal, pengujian terhadap peraturan kebijakan berbeda dengan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan. Dengan perkataan lain, pengujian terhadap peraturan kebijakan yang digariskan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara dilakukan berdasarkan ukuran-ukuran (kriteria) yang berbeda dengan kriteria yang dipergunakan dalam pengujian peraturan perundang-undangan. Hal itu terjadi karena terdapat perbedaan yang hakiki antara peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijakan.

Sebagaimana dikemukakan sebelumnya, kewenangan lembaga peradilan untuk menguji undang-undang tidak selalu dicantumkan dalam undang-undang dasar atau konstitusi. Kewenangan kekuasaan yudisial (lembaga peradilan) untuk menguji peraturan kebijakan yang digariskan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara tidak selalu harus dicantumkan dalam undang-undang. Kewenangan lembaga peradilan (hakim) untuk menguji peraturan kebijakan yang digariskan oleh pemerintah atau pejabat

administrasi negara dapat dianggap sebagai kewenangan yang melekat pada kekuasaan yudisial. Walaupun kewenangan lembaga peradilan untuk menguji peraturan kebijakan tidak diatur dalam undang-undang, lembaga peradilan, tetap harus dianggap memiliki wewenang untuk menilai dan menguji peraturan kebijakan yang digariskan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara. Doktrin demikian harus diterima dalam rangka penyelenggaraan negara hukum kesejahteraan karena lembaga peradilan merupakan satu-satunya lembaga negara yang memiliki kewajiban dari segi hukum untuk menegakkan prinsip-prinsip negara hukum modern.

Dalam lapangan hukum administrasi negara dan sistem peradilan Indonesia, kewenangan lembaga peradilan (kekuasaan kehakiman) untuk menguji peraturan kebijakan yang digariskan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara juga tidak diatur dalam undang-undang. Dalam hubungan ini, Abdul Latief (2005: 233) mengemukakan pendapatnya sebagai berikut.

“Berkaitan dengan ketentuan hak menguji secara material peraturan perundang-undangan tersebut, isu hukum yang dihadapi, apakah peraturan kebijaksanaan dapat diuji secara material, peradilan manakah yang berwenang menguji secara material peraturan kebijaksanaan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau bertentangan dengan hukum yang tidak tertulis.”

Ketiadaan ketentuan dalam undang-undang ataupun Undang-undang Dasar 1945 yang mengatur secara tegas wewenang lembaga peradilan (hukum) untuk menguji peraturan kebijakan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia lebih lanjut ditegaskan oleh Abdul Latief (2005: 233) dalam pernyataan berikut ini.

“Ketentuan Pasal 31 Undang-undang No. 4 Tahun 1985 *jo* Pasal 31 (maksudnya Pasal 31 No. 5 Tahun 2004) sama sekali tidak mengatur tentang hak uji material terhadap peraturan kebijaksanaan. Pasal tersebut hanya mengatur hak uji material oleh Mahkamah Agung terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya di bawah undang-undang. Sehubungan dengan itu, untuk menjelaskan pengujian secara material peraturan kebijaksanaan dilakukan dengan

menggunakan interpretasi terhadap ketentuan rumusan Pasal 31 Undang-undang No. 4 Tahun 1985 *jo* Pasal 31 UU 254 No. 5 Tahun 2004.”

Jika mau dikemukakan secara tegas berarti bahwa secara formal kewenangan lembaga peradilan untuk menguji peraturan kebijakan yang dibentuk pemerintah atau pejabat administrasi negara tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan Indonesia. Dalam hubungan dengan hal tersebut, Abdul Latief (2005: 235) mengemukakan pendapatnya sebagai berikut.

“Dengan menerapkan interpretasi gramatikal terhadap ketentuan tersebut (maksudnya ketentuan Pasal 31 UU No. 14 Tahun 1985 dan UU No. 5 Tahun 2004) dapat dikatakan “peraturan kebijaksanaan” sebagai keputusan yang bersifat mengatur dan mengikat umum secara tidak langsung dan tingkatannya lebih rendah dari undang-undang dapat diuji secara material oleh lembaga peradilan.”

Ada beberapa perbedaan dalam pengujian peraturan kebijakan dengan pengujian peraturan perundang-undangan. Pada satu segi, peraturan perundang-undangan diuji dari segi hukum (*rechtmatic*). Dalam hal ini, peraturan perundang-undangan diuji baik dari segi prosedur maupun dari segi substansinya (Martosoewignjo, 1976: 5). Pengujian undang-undang berkenaan dengan prosedur disebut hak uji formal. Hak uji formal mengandung arti sebagai wewenanga untuk menilai apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang terjelma melalui cara-cara sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. (Martosoewignjo, 1976: 5). Pengujian dari segi materi muatan undang-undang disebut hak uji material. Dalam hubungan dengan pengertian hak uji material dapat dikemukakan bahwa hak menguji material adalah wewenanga untuk menyelidiki, kemudian menilai isi suatu peraturan perundang-undangan apakah sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu (Markosoewignjo, 1976: 56).

Peraturan kebijakan tidak diuji dari segi hukum (*rechmatig*) seperti halnya dengan peraturan perundang-undangan, tetapi dari segi kemanfaatan (*doelmatig*) peraturan kebijakan tersebut. Oleh karena itu, kriteria yang dipakai untuk menguji peraturan kebijakan tidak sama dengan pengujian undang-undang yang mempergunakan norma-norma peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Kriteria yang dipergunakan untuk menguji peraturan kebijakan adalah asas-asas umum pemerintah yang baik. Dalam hubungan ini, Indroharto mengemukakan sebagai berikut.

“Kriteria umum (*juridische criteria*) yang digunakan untuk menilai segi *rectmatigheid* kekuasaan bebas itu di Belanda disebut *algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, di Prancis disebut *principes generaux du droit publique*, di Belgia disebut *algemene rechts beginselen* dan di Jerman termasuk lingkungan *Vervassungsprinzipien*.”

Pada segi lain, pengujian terhadap peraturan perundang-undangan secara khusus dari segi material (uji material) dimaksudkan untuk menjaga dan memelihara keutuhan tata hukum. Keutuhan tata hukum dapat dijaga dan dipelihara hanya jika terdapat konsistensi di antara berbagai bentuk peraturan perundang-undangan. Dalam asas konsistensi ini berlaku prinsip bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih rendah harus tunduk dan tidak boleh menyimpang dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi sebab jika peraturan perundang-undangan yang lebih rendah menyimpang dari peraturan yang lebih tinggi, tata hukum akan rusak.

Keadaan seperti yang berlaku dalam pengujian undang-undang seperti dikemukakan di atas jelas tidak mungkin terjadi dalam pengujian peraturan kebijakan sebab dalam peraturan kebijakan tidak dikenal hierarki bentuk-bentuk peraturan kebijakan seperti hierarki peraturan perundang-undangan. Sebagai contoh, peraturan kebijakan dalam bentuk *surat edaran* tidak berarti memiliki kedudukan yang lebih tinggi

dari *pengumuman*. Demikian pula dengan peraturan kebijakan yang digariskan dalam bentuk surat edaran tidak berarti lebih rendah kedudukannya daripada peraturan kebijakan yang berbentuk keputusan Presiden. Struktur hierarki peraturan kebijakan seperti struktur hierarki peraturan perundang-undangan belum dikenal dalam lapangan hukum administrasi negara sepanjang yang penulis ketahui. Pada pengujian peraturan kebijakan, tujuan yang hendak dicapai bukan untuk memelihara keutuhan tata hukum, tetapi untuk mencegah penyalahgunaan kewenangan oleh pemerintah atau pejabat administrasi negara supaya tidak melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik dapat dibatalkan oleh hakim peradilan administrasi negara.

B. Pengertian Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik dan Perkembangannya

Menurut *Kamus Besar Bahasa Indonesia* (Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1999: 60), asas mengandung beberapa arti. Asas dapat mengandung arti sebagai dasar (sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat), dasar cita-cita (perkumpulan atau organisasi), hukum dasar. Jika bertitik tolak dari arti harfiah asas yang dikemukakan di atas, asas-asas umum pemerintahan yang baik dapat dipahami sebagai dasar umum dalam penyelenggaraan pemerintahan yang baik. Namun, penyimpulan seperti dikemukakan di atas tidak akan menambah pemahaman atau pengetahuan mengenai asas-asas umum pemerintahan yang baik. Oleh sebab itu, pengertian yang diperoleh dengan hanya bertitik tolak dari penafsiran gramatikal seperti dikemukakan di atas tidak cukup memadai. Untuk dapat lebih baik memahami pengertian dan fungsi asas-asas hukum pemerintahan yang baik dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan dan hukum administrasi negara, perlu dilakukan pendekatan yang lain. Jika mau dikemukakan

dengan perkataan lain, selain metode penafsiran gramatika seperti dikemukakan di atas, perlu ada pendekatan lain untuk menambah wawasan dan pemahaman mengenai asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut. Salah satu alternatif yang dapat dikemukakan adalah metode pendekatan historis.

Asas-asas umum pemerintahan yang baik lahir dari praktik penyelenggaraan negara dan pemerintahan sehingga bukan produk formal suatu lembaga negara seperti undang-undang. Asas-asas umum pemerintahan yang baik lahir sesuai dengan perkembangan zaman untuk meningkatkan perlindungan terhadap hak-hak individu. Fungsi asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam penyelenggaraan pemerintahan adalah sebagai pedoman atau penuntun bagi pemerintah atau pejabat administrasi negara dalam rangka pemerintahan yang baik (*good governance*). Dalam hubungan ini, Muin Fahmal (2008: 60) mengemukakan, “Asas umum pemerintahan yang layak sesungguhnya adalah rambu-rambu bagi para penyelenggara negara dalam menjalankan tugasnya. Rambu-rambu tersebut diperlukan agar tindakan-tindakannya tetap sesuai dengan tujuan hukum yang sesungguhnya.”

Sebagai rambu-rambu penyelenggaraan pemerintahan, asas-asas umum pemerintahan yang baik pada awalnya bukan merupakan sekumpulan norma-norma hukum, tetapi sekumpulan prinsip yang bertendesi (bermuatan) etis. Dengan perkataan yang lain, asas-asas umum pemerintahan yang baik pada awalnya merupakan etika penyelenggaraan pemerintahan. Wiarda, seperti dikutip Ateng Syarifuddin, (1994: 37) misalnya, mengemukakan bahwa asas-asas umum pemerintahan yang layak berlaku sebagai tendensi-tendensi etik yang menjadi dasar hukum bagi tata usaha negara baik yang tertulis ataupun yang tidak tertulis, termasuk praktik pemerintahan. Sebagai

tendensi etis, kekuatan mengikat asas-asas umum pemerintahan lemah jika dibandingkan dengan kekuatan mengikat norma-norma hukum. Etika tidak memiliki kemampuan memaksa yang kuat seperti norma-norma hukum karena etik tidak ditegakkan oleh kekuasaan negara, tetapi oleh kesadaran masing-masing individu. Namun, meskipun asas-asas umum pemerintahan yang baik hanya merupakan tendensi-tendensi etik dan bukan merupakan norma-norma hukum seperti dikemukakan Wiarda, asas-asas umum pemerintahan tetap memiliki arti dan fungsi yang penting dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan. Dengan perkataan lain, meskipun asas-asas umum pemerintahan yang baik bersifat normatif hanya secara etika, asas-asas tersebut tetap dapat berfungsi sebagai pedoman yang penting bagi pemerintah dan para pejabat administrasi negara dalam menetapkan suatu kebijakan. Dengan demikian, asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut dapat dipakai sebagai penuntun bagi penyelenggara pemerintahan (pejabat administrasi negara) dalam penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan supaya pemerintah dan pejabat administrasi negara tidak melakukan tindakan yang dapat menimbulkan kerugian terhadap warga negara. Asas-asas umum pemerintahan yang baik akan berfungsi sebagai penuntun jika pejabat administrasi negara menerapkan kebijakan yang tidak bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut.

Periode asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagai tendensi-tendensi etis seperti dikemukakan di atas, pada masa berikutnya kemudian ditinggalkan. Perkembangan zaman menuntut pemerintah atau pejabat administrasi negara untuk semakin memperhatikan aspek kepastian hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan demi ketentraman dan ketertiban kehidupan masyarakat. Aspek ketentraman dan ketertiban menjadi bagian dari aspek pelayanan pemerintah atau pejabat administrasi

negara terhadap anggota masyarakat. Salah satu pelayanan tersebut adalah penyelenggaraan kebijakan yang bersifat taat asas (konsisten). Konsistensi kebijakan merupakan suatu kebutuhan yang sangat diperlukan dalam penyelenggaraan pemerintahan, antara lain demi memenuhi tuntutan perlakuan yang sama terhadap segenap warga negara atau untuk menghindari tindakan yang sewenang-wenang. Perkembangan ini mendorong asas-asas umum pemerintahan yang baik berkembang ke arah yang lebih positif yang semakin menambah kekuatan mengikat asas-asas pemerintahan yang baik tersebut. Asas-asas umum pemerintahan yang baik yang sebelumnya merupakan tendensi-tendensi etis, kemudian berkembang menjadi asas-asas hukum pemerintah yang tidak tertulis. Dengan perkembangan ini, asas-asas umum pemerintahan yang baik semakin memiliki arti dan fungsi yang sangat penting dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan.

Perkembangan asas-asas umum pemerintahan yang baik dari sekedar tendensi etis menjadi hukum tidak tertulis dapat disebut sebagai proses positivisasi asas-asas umum pemerintahan yang baik. Di Indonesia, proses positivisasi asas-asas hukum ke arah yang lebih positif, seperti di negara-negara lain, juga terjadi. Kecenderungan proses perkembangan yang demikian sudah mulai tampak sejak Tahun 1994. Dalam salah satu diskusi yang berlangsung di Jakarta pada Tahun 1994 ditarik kesimpulan bahwa asas-asas umum pemerintahan yang baik merupakan kaidah hukum yang tidak tertulis. Dalam diskusi mengenai asas-asas umum pemerintahan yang baik yang diselenggarakan di Jakarta oleh Lembaga Penelitian dan Pengembangan Hukum Administrasi Negara pada Tahun 1994 tersebut diperoleh kesimpulan sebagai berikut (Lotulung, 1995: 14).

“Bahwa perumusan AAUPB beserta perincian asas-asasnya secara lengkap memang tidak dikumpulkan dan dituangkan secara konkret dan formal dalam

bentuk suatu peraturan perundang-undangan khusus tentang AAUPB sebab asas-asas yang bersangkutan justru merupakan kaidah hukum tidak tertulis sebagai pencerminan norma-norma etis berpemerintahan yang wajib diperhatikan dan dipatuhi di samping mendasarkan pada kaidah-kaidah hukum tertulis.”

Proses positivasi asas-asas umum pemerintahan yang baik terus berlangsung dalam perkembangan berikutnya. Oleh karena itu, perkembangan asas-asas umum pemerintahan yang baik ke arah yang lebih positif semakin memperkokok kehadiran asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam lingkungan tata hukum nasional dan praktik penyelenggaraan pemerintahan. Dalam perkembangan terakhir, asas-asas umum pemerintahan yang baik berkembang menjadi hukum positif tertulis sebab sebagian dari asas-asas umum pemerintahan yang baik kemudian dituangkan secara formal dalam undang-undang. Jadi, dahulu Wiarda mengatakan bahwa asas-asas umum pemerintahan yang baik merupakan tendensi-tendensi etis, tetapi dalam perkembangan yang terakhir pandangan demikian jelas sudah ketinggalan zaman.

Pada masa sekarang, asas-asas umum pemerintahan yang baik (layak) dipandang sebagai bagian dari hukum positif, baik sebagai hukum positif tidak tertulis ataupun hukum positif yang tertulis seperti di Jerman. Dalam hubungan dengan perkembangan asas-asas umum pemerintahan yang baik dari hukum tidak tertulis menjadi hukum, Indroharto (1996: 177) mengemukakan, “Dasar-dasar Umum Yang Baik ini semula merupakan norma-norma yang tidak tertulis. Beberapa di antara norma-norma hukum tersebut, seperti larangan *willekeur* dan larangan *de tournement de pouvoir*.” Indroharto (1996 : 178) lebih lanjut mengemukakan, “Di Jerman misalnya, norma-norma tersebut sebagian dimuat dalam perundang-undangan umum (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) dan sebagian tetap tidak tertulis.”

Peningkatan *status hukum* asas-asas umum pemerintahan yang baik, dari tendensi-tendensi etis (etika pemerintahan) menjadi hukum positif tidak tertulis atau hukum tertulis, membuat keberadaan asas-asas umum pemerintahan yang baik semakin penting dalam konteks teori ataupun praktik pemerintahan. Bahkan, di kemudian hari, sifat kepastian hukum asas-asas umum pemerintahan yang baik tidak mustahil akan semakin meningkat jika asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut dituangkan secara khusus dalam suatu undang-undang, berarti asas-asas umum pemerintahan yang baik akan mempunyai kedudukan yang semakin kuat.

Kemungkinan seperti dikemukakan di atas sangat mungkin terjadi pada masa perkembangan berikutnya. Indikasi ke arah hal itu sudah mulai tampak dan mulai berkembang sebab hal itu sudah merupakan salah satu butir kesimpulan diskusi hukum administrasi negara yang diselenggarakan di Jakarta Tahun 1994 seperti disinggung di atas. Butir kesimpulan tersebut menyebutkan (Lotulung, 1994: 14), “Namun demikian, hal ini tidak menutup kemungkinan bahwa beberapa asas di antaranya dapat disisipkan dalam berbagai ketentuan peraturan perundang-undangan sehingga asas yang bersangkutan dikonkretkan menjadi bentuk kaidah hukum tertulis.” Bahkan, Belanda sudah lebih maju daripada Indonesia mengenai hal ini karena sejak tahun 1 Januari 1994 asas-asas umum pemerintahan yang baik itu sudah dituangkan dalam suatu undang-undang. Dalam hubungan ini Muin Fahmal (2008: 23) mengemukakan sebagai berikut.

Di Belanda ketentuan perundang-undangannya telah memuat prinsip-prinsip hukum administrasinya sebagai hukum positif sehingga apa yang semula merupakan hukum yang tidak tertulis sebagian besar telah terakomodasi dalam undang-undang tentang Ketentuan Umum Hukum Administrasi (*Algemene Wet Besfuursrecht*) sejak 1 Januari 1994.

Asas-asas umum pemerintahan yang baik mulai berkembang dalam lapangan hukum administrasi negara di negeri Belanda pada sekitar tahun 1950 (1975: 28). Perkembangan pemahaman mengenai peran asas-asas umum pemerintahan yang baik meningkat di Belanda karena pada waktu itu semakin meningkat pula perhatian terhadap perlindungan terhadap hak-hak individu. Dalam hubungan dengan perkembangan asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut, S.F. Marbun dan Moh. Mahfud M.D (1987: 9) mengemukakan sebagai berikut.

“Oleh sebab itu, untuk meningkatkan perlindungan hukumnya secara lebih baik bagi warga masyarakat, pada Tahun 1950 panitia *de Monchy* di Nederland telah membuat laporan tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur* atau *the general principles of good administration*).”

Meskipun bertujuan untuk meningkatkan perlindungan terhadap hak-hak individu, gagasan mengenai asas-asas umum pemerintahan yang baik yang dikemukakan paniti *de monchy* ternyata tidak secara otomatis mendapat dukungan dari segenap lapisan masyarakat Belanda. Ada kelompok anggota masyarakat yang menolak asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut. Kelompok pejabat administrasi negara merupakan kelompok yang merasa paling keberatan terhadap konsep *de Monchy* tersebut. Keberatan itu muncul karena didorong oleh rasa kekhawatiran para pejabat administrasi negara. Jika asas-asas umum pemerintahan yang baik diterima, hal yang dikhawatirkan oleh pejabat administrasi negara adalah hakim atau peradilan administrasi akan memakai istilah asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut untuk menilai kebijakan yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara. Dalam hubungan ini, Kuntjoro Purbopranoto mengemukakan sebagai berikut.

Sebelum istilah ini (istilah asas-asas umum pemerintahan yang baik) digunakan dalam sistem perundang-undangan Nederland, ada oposisi yang besar terutama dari kalangan pegawai sebagai alat perlengkapan pemerintah (*administratieve personen*). Mereka khawatir bahwa hakim atau Badan Peradilan Administrasi yang dapat dengan bebas menggunakan istilah itu akan membuat keputusan-keputusan yang menyangkut soal politik.

Kekhawatiran seperti dikemukakan di atas ternyata dalam praktiknya tidak terbukti meskipun asas-asas umum pemerintahan yang baik sudah diterima dan menjadi bagian dari penyelenggaraan pemerintahan, badan-badan pemerintahan atau pejabat administrasi negara masih tetap mempunyai kebebasan bertindak dengan bertumpu pada asas *freies ermessen* (Purbopranoto, 1975: 29). Menurut Kuntjoro Purbopranoto (1975: 29), di Nederland asas-asas umum pemerintahan yang baik dipergunakan dalam praktik pada instansi-instansi banding. Bahkan, asas-asas umum pemerintahan yang baik itu tetap dipakai, meskipun tidak secara tegas disebutkan dalam peraturan perundang-undangan.

C. Macam-macam Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik

Sebagaimana dikemukakan pada bagian-bagian sebelumnya, pergesaran konsepsi negara penjaga malam ke negara kesejahteraan membawa konsekuensi terhadap peranan dan aktivitas pemerintah dalam penyelenggaraan pemerintah. Peranan pemerintah pada negara kesejahteraan sangat sentral diberi tugas untuk menyelenggarakan kesejahteraan rakyat. Untuk keperluan penyelenggaraan kesejahteraan itu, kepada pemerintah diberikan kewenangan untuk turut campur dalam segala aspek kehidupan bermasyarakat. Dengan kewajiban yang dibebankan di pundak pemerintah seperti dikemukakan di atas, pemerintah dituntut untuk terlibat secara aktif dalam dinamika kehidupan masyarakat.

Pada dasarnya, setiap bentuk campur tangan pemerintah dalam pergaulan sosial harus berpedoman pada peraturan perundang-undangan sesuai dengan tuntutan asas

legalitas sebagai konsekuensi dari asas negara hukum. Akan tetapi, kelemahan asas legalitas yang sangat mengutamakan kepastian hukum mengakibatkan asas ini cenderung membuat pemerintah menjadi lamban dalam bertindak. Oleh karena itu, pemerintah diberi kewenangan untuk bertindak atas inisiatif sendiri untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang pada dasarnya belum ada aturannya. Dengan demikian, Markus Lukman (1989: 205) mengemukakan bahwa *freies ermessen* merupakan salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus mengikat sepenuhnya kepada undang-undang.

Kebebasan bertindak pejabat administrasi negara tanpa harus terikat secara sepenuhnya kepada undang-undang seperti disebut di atas secara teoritis ataupun dalam kenyataan praktik pemerintahan ternyata membuka peluang bagi penyalahgunaan kewenangan. Penyalahgunaan kewenangan akan membuka kemungkinan benturan kepentingan antara pejabat administrasi negara dengan rakyat yang merasa dirugikan akibat penyalahgunaan kewenangan tersebut. Oleh karena itu, untuk menilai apakah tindakan pemerintah sejalan dengan asas negara hukum atau tidak, dapat menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik. (H.R., 2008: 242).

Asas-asas umum pemerintahan yang baik sejak dahulu sudah dikenal di beberapa negara (Fahmal, 2008: 68). Namun, perhatian terhadap asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut baru mulai meningkat pada pertengahan abad ke-20. Di Belanda, asas-asas umum pemerintahan yang baik disebut dengan istilah *Algemene Beginselen van Berhooklyk Bestuur*, sedangkan di Prancis dikenal dengan nama *les principes du droit constumier publique* (Fahmal, 2008: 68).

Crinice Le Roy mengemukakan sebelas asas umum pemerintahan yang baik dalam lapangan hukum administrasi dan praktik penyelenggaraan pemerintahan di Belanda. asas-asas umum pemerintahan yang baik dikemukakan oleh Crinice Le Roy tersebut meliputi:

1. asas kepastian hukum (*principle of legal security*);
2. asas keseimbangan (*principle of proportionality*);
3. asas kesamaan dalam mengambil keputusan (*principle of equality*);
4. asas bertindak cermat (*principle of carefulness*);
5. asas motivasi dalam setiap keputusan (*principle of motivation*);
6. asas larangan mencampuradukkan kewenangan (*principle of non-misuse of competence*);
7. asas permainan yang layak (*principle of fair play*);
8. asas keadilan atau kewajaran (*principle of reasonable of prohibition of arbitrariness*);
9. asas menanggapi penghargaan yang wajar (*principle of meeting raised expectation*);
10. asas meniadakan akibat keputusan yang batal (*principle of undoing the consequence of unnullled decision*);
11. asas perlindungan atas pandangan (cara) hidup pribadi (*principle of protecting the personal way of life*).

Kuntjoro Purbopranoto (1975: 23-30) melengkapi asas-asas umum pemerintahan yang baik yang dikemukakan di atas dengan menambah asas lain dalam rangka mengadaptasi asas-asas umum pemerintahan yang baik itu dalam konteks Indonesia. Kedua asas tambahan tersebut adalah asas kebijaksanaan (*principle of sapiently*) dan asas penyelenggaraan kepentingan umum (*principle of public servive*).

Asas kepastian hukum (*principle of legal securiy*) adalah asas yang bertujuan untuk menghormati hak-hak yang telah dimiliki oleh seseorang berdasarkan keputusan

badan atau pejabat administrasi negara. Dalam rangka kepastian hukum, keputusan pemerintah atau pejabat administrasi negara yang telah memberikan hak kepada seseorang warga negara tidak akan dicabut kembali oleh badan atau pejabat administrasi negara yang bersangkutan, meskipun keputusan itu memiliki cacat atau kekurangan. Jika hak yang dimiliki seseorang sewaktu-waktu dapat dicabut oleh badan atau pejabat yang memberikan hak itu, ada berbagai kerugian yang mungkin timbul. *Pertama*, pemilik hak, yang bersangkutan tidak dapat menikmati haknya secara aman dan tentram. *Kedua*, pemilik hak akan mengalami kerugian jika haknya sewaktu-waktu dapat dicabut karena tidak ada kepastian hukum. *Ketiga*, kepercayaan masyarakat terhadap pemerintah akan hilang karena tidak ada konsistensi dalam tindakan pemerintah atau pejabat administrasi negara.

Asas kepastian hukum memiliki dua macam aspek, yaitu aspek material dan aspek formal (H.R., 2008: 258). Aspek material berkaitan dengan asas kepercayaan, sedangkan aspek formal berkenaan dengan cara merumuskan isi keputusan. Dalam kaitan ini, isi keputusan baik yang memberatkan ataupun yang menguntungkan harus dirumuskan dengan kata-kata yang jelas. Kejelasan isi keputusan sangat penting supaya setiap orang dapat mengetahui hak atau kewajibannya sehingga tidak lahir berbagai macam penafsiran. Aspek formal ini sangat menonjol dalam pemberian surat kuasa atau surat perintah. Dalam hukum administrasi negara, ada asas yang mengatakan *presumptio justea causa* yang mengandung arti bahwa setiap keputusan badan atau pejabat administrasi negara selalu dianggap benar menurut hukum sampai kemudian hakim administrasi negara mengatakan hal yang berbeda.

Asas keseimbangan (*principle of proportionality*) berkenaan dengan keseimbangan antara hukuman yang dapat dikenakan terhadap seorang pegawai dengan kelalaian pegawai yang bersangkutan (Purbopranoto, 1975: 31). Dalam hubungan dengan asas keseimbangan ini, ada beberapa hal yang perlu diperhatikan, yaitu sebagai berikut.

1. Perlu ada kriteria yang jelas mengenai macam-macam pelanggaran atau kealpaan yang dilakukan seorang pegawai, supaya perbuatan yang sama yang dilakukan oleh orang berbeda dikenai hukuman yang sama sehingga keadilan dapat diselenggarakan.
2. Pegawai yang bersangkutan harus diberikan kesempatan untuk membela diri.
3. Penegakan hukum dan penjatuhan hukuman perlu dilaksanakan oleh suatu instansi yang tidak memihak, misalnya oleh badan peradilan.

Asas kesamaan dalam mengambil keputusan (*principle of equality*) mengandung arti bahwa pejabat administrasi negara pada hakikatnya harus mengambil tindakan yang sama atas kasus-kasus yang faktanya sama. Dalam kenyataan, memang tidak ada kasus yang faktanya sama dalam segala hal karena setiap kasus bersifat individu. Namun, dalam hal ini yang dimaksud terutama adalah jangan sampai terjadi bahwa dalam kasus-kasus yang faktanya memiliki persamaan, tetapi diperlakukan dengan tindakan yang berlawanan. Dengan perkataan lain, jangan sampai terjadi bahwa tindakan yang dilakukan pejabat administrasi negara terhadap seseorang bertentangan dengan tindakan yang dilakukan terhadap orang lain, meskipun pada dasarnya terdapat persamaan pada kedua kasus.

Asas bertindak cermat (*principle of carefulness*) menghendaki supaya badan atau pejabat administrasi negara senantiasa bertindak secara hati-hati agar tidak menimbulkan kerugian warga masyarakat (Marbun, 1997: 360). Kerugian warga masyarakat dapat terjadi karena alasan berikut.

1. Kerugian dapat timbul karena badan atau pejabat administrasi negara melakukan suatu tindakan tertentu.
2. Kerugian dapat timbul karena badan atau pejabat administrasi negara tidak melakukan sesuatu tindakan yang seharusnya dilakukannya.

Sebagai contoh, jika peraturan perundang-undangan mewajibkan pemerintah untuk memasang lampu di pinggir jalan, berarti pemerintah atau pejabat administrasi negara berkewajiban untuk memasang lampu penerangan jalan tersebut. Namun, jika lampu penerangan jalan tidak dipasang oleh pemerintah, kemudian terjadi kecelakaan, berarti telah timbul kerugian bagi anggota masyarakat karena pemerintah tidak melakukan suatu kewajiban yang seharusnya dilakukannya. Dalam hal ini, pemerintah atau pejabat administrasi negara yang bertanggung jawab mengenai hal itu dapat digugat untuk mengganti kerugian (Muchsan, 1982: 81).

Asas motivasi dalam setiap keputusan (*principle of motivation*) mengandung arti bahwa setiap keputusan badan atau pejabat administrasi negara harus didasari oleh suatu alasan atau motivasi yang cukup, yakni adil dan jelas S.F. Marbun (1997: 377) mengemukakan bahwa motivasi perlu disertakan supaya setiap orang dapat dengan mudah mengetahui alasan atau pertimbangan dikeluarkannya suatu keputusan terutama bagi pihak yang terkena langsung keputusan sehingga pihak yang tidak puas dapat mengajukan keberatan. Motivasi suatu keputusan badan atau pejabat administrasi negara memiliki fungsi yang lain selain fungsi yang dikemukakan di atas. Motivasi atau alasan suatu keputusan juga penting bagi hakim administrasi untuk memulai keputusan yang disengketakan. Hakim administrasi negara yang mengadili suatu sengketa dapat menilai keputusan berdasarkan motivasi atau alasan dikeluarkannya keputusan tersebut.

Asas larangan mencampuradukkan kewenangan (*principle of non-misuse of competence*) berkaitan dengan larangan bagi badan atau pejabat administrasi negara

untuk menggunakan kewenangannya untuk tujuan lain selain daripada tujuan yang telah ditetapkan untuk kewenangan tersebut. Jika wewenang badan atau pejabat administrasi negara dipergunakan untuk maksud dan tujuan yang lain yang menyimpang dari tujuan semula pemberian wewenang tersebut, penggunaan wewenang yang salah tersebut disebut dengan istilah *de tournament do pouvoir*. Jadi, suatu kewenangan yang menurut ketentuan peraturan perundang-undangan harus dipergunakan untuk kepentingan umum tidak boleh dipakai untuk kepentingan pribadi.

Asas permainan yang layak (*principle of fair play*) berkenaan dengan prinsip bahwa badan atau pejabat administrasi negara harus memberikan kesempatan yang seluas luasnya kepada setiap warga negara untuk mencari kebenaran dan keadilan. Ridwan H.R. (2008: 268) mengemukakan bahwa asas permainan yang layak menekankan perlunya kejujuran dan keterbukaan dalam proses penyelesaian sengketa tata usaha negara. Dalam hubungan dengan asas permainan yang layak, Indroharto (1994: 156) mengemukakan bahwa penguasa harus memberikan kesempatan dan jangan sampai menghalang-halangi warga masyarakat dalam membela kepentingannya.

Asas keadilan atau kewajaran (*principle of reasonable or prohibition of arbitrariness*) menghendaki supaya pejabat administrasi negara dalam mengambil keputusan atau tindakan perlu selalu memperhatikan keadilan dan kewajaran. Aspek keadilan dalam setiap tindakan atau keputusan pejabat administrasi negara mengandung arti bahwa setiap tindakan pejabat administrasi negara hendaklah dilakukan secara proporsional, sesuai, dan selaras dengan hak setiap orang (H.R., 2008: 271) Aspek kewajaran dalam setiap keputusan atau tindakan pejabat administrasi negara menghendaki supaya setiap tindakan pejabat administrasi negara harus memperhatikan

nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat seperti nilai-nilai agama, budaya, ekonomi, sosial, dan juga dapat diterima akal sehat. Asas menanggapi penghargaan yang wajar (*principle of meeting raised expectation*) menghendaki agar setiap tindakan yang dilakukan oleh pemerintah harus menimbulkan harapan bagi warga negara. Sebagai konsekuensinya, pemerintah atau pejabat administrasi negara tidak boleh menarik kembali sesuatu harapan yang sudah terlanjur diberikan kepada seseorang, meskipun bagi pemerintah tindakan pemberian harapan tersebut merupakan sesuatu hal yang merugikan. Dalam hubungan ini, Kuntjoro Purbopranoto, mengemukakan suatu contoh yang menarik sebagai berikut. Seorang pegawai meminta izin untuk menggunakan kendaraan pribadi untuk kepentingan dinas. Izin itu diberikan. Akan tetapi, kemudian ternyata pegawai yang bersangkutan tidak mendapat kompensasi biaya atas pemakaian kendaraan pribadi untuk keperluan dinas tersebut (Purbopranoto, 1975: 30). Sikap seperti ini jelas merupakan sikap yang bertentangan dengan asas menanggapi penghargaan yang wajar (*principle of meeting raised expectation*).

Asas meniadakan akibat keputusan yang batal (*principle of undoing the consequence of unnullled decision*) menghendaki supaya pejabat administrasi negara meniadakan semua akibat yang timbul dari suatu keputusan yang kemudian dinyatakan batal. Sebagai contoh, seorang pegawai dipecat karena diduga melakukan sesuatu kejahatan. Akan tetapi, kemudian pengadilan memutuskan bahwa pegawai yang bersangkutan dinyatakan tidak bersalah. Dalam hal ini, surat pemecatan tersebut harus dianggap batal sehingga pegawai yang bersangkutan harus diterima kembali bekerja dan dikembalikan pada jabatan atau posisi sebelum dipecat.

Asas perlindungan atas pandangan (cara) hidup pribadi (*principle of protecting the personal way of life*) menghendaki supaya pemerintah atau pejabat administrasi negara memberikan perlindungan terhadap setiap warga negara. Asas ini sebenarnya merupakan konsekuensi logis dari negara demokratis karena suatu negara hukum yang demokratis memiliki kewajiban untuk melindungi setiap warganya. Ridwan H.R. (2008: 275) mengemukakan suatu contoh menarik sebagai berikut. Di Belanda, seorang pegawai yang telah berkeluarga diduga telah melakukan hubungan seksual dengan seorang sekretaris wanita. Badan pemerintah kemudian menegakkan tindakan disiplin, tetapi tindakan disiplin tersebut kemudian dibatalkan oleh pengadilan banding (*Central Board of Appeal*).

Asas kebijaksanaan menghendaki supaya pemerintah dalam melaksanakan tugas dan pekerjaannya sebaiknya diberikan kebebasan dan keleluasaan untuk menerapkan kebijaksanaan tanpa harus terpacu pada peraturan perundang-undangan sebab peraturan perundang-undangan mengandung cacat bawaan, yakni tidak selalu dapat menampung segenap persoalan. Untuk itulah, pejabat administrasi negara perlu diberikan keleluasaan untuk bertindak supaya dapat menyikapi persoalan-persoalan baru yang timbul dalam masyarakat.

Asas penyelenggaraan kepentingan umum menghendaki supaya pemerintah dalam menyelenggarakan tugasnya selalu mengedepankan kepentingan umum sebagai kepentingan segenap orang. Ridwan H.R. (2008: 277) mengemukakan bahwa asas penyelenggaraan kepentingan umum merupakan konsekuensi atas asas negara hukum modern (*welfare state*) sebab sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya bahwa tugas

negara hukum kesejahteraan adalah menyelenggarakan kesejahteraan umum sebagai kepentingan segenap bangsa.

BAB VI

PENUTUP

Uraian mengenai asas negara hukum yang Penulis paparkan pada bab-bab sebelumnya telah menyajikan suatu kronologi perkembangan asas negara hukum sejak zaman Yunani Kuno sampai zaman modern. Jika ditelaah dengan seksama, sesungguhnya, kronologi azas perkembangan negara hukum tersebut mengandung makna yang perlu direnungkan. Oleh sebab itu, lalu timbul pertanyaan sebagai berikut. Makna apa yang tersirat dalam uraian perkembangan asas negara hukum tersebut? Menurut penulis, ada dua hal penting yang mengandung makna yang sangat perlu mendapat perhatian dan perlu direnungkan bersama. Kedua hal tersebut berkenaan dengan: (a) perkembangan prinsip negara hukum yang bersifat gradual, yakni dari prinsip-prinsip sederhana menuju prinsip yang semakin kompleks; dan (b) perkembangan landasan filosofi asas negara hukum.

Jika uraian yang telah dikemukakan pada bab-bab sebelumnya ditelaah secara bersama, ada suatu benang merah berkenaan dengan perkembangan gagasan (asas) negara hukum. Suatu kesimpulan yang dapat dikemukakan, yaitu perkembangan asas negara hukum bersifat gradual. Prinsip-prinsip negara hukum berkembang dari prinsip yang sederhana menuju prinsip-prinsip yang lebih rumit secara perlahan-lahan dan bertahap. Hal itu menunjukkan perkembangan pemikiran manusia yang terus-menerus bergumul untuk mengendalikan kekuasaan dan penguasa dalam rangka menata suatu bentuk kehidupan bersama yang ideal dalam konteks kehidupan bernegara sesuai dengan tuntutan zaman. Di lain pihak, perkembangan prinsip-prinsip negara hukum disertai juga dengan perkembangan dan pergeseran landasan filosofinya disadari atau tidak. Dimensi

landasan filosofi liberal individual bergerak secara perlahan menuju landasan filosofi yang berdimensi sosial seperti yang tercermin dari tujuan yang hendak dicapai konsepsi negara hukum material pada fase ketiga perkembangan negara hukum, yaitu keadilan sosial (*social welfare state*).

Fase pertama kelahiran asas hukum modern di Eropa pada abad ke-18 negara hukum mengandung prinsip-prinsip yang masih sangat sederhana, yakni prinsip pemisahan kekuasaan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Kedua prinsip negara hukum tersebut sebab secara umum, kondisi masyarakat Eropa ketika itu menghendaki pembebasan dari penindasan raja (penguasa) yang sewenang-wenang. Di lain pihak, kedua prinsip negara hukum liberal tersebut mengandung makna bahwa asas (gagasan) negara hukum pada awal kelahirannya dilandasi oleh filsafat liberallisme individualisme yang memang sedang berkembang di Eropa ketika itu. Dengan perkataan lain, semangat yang melatarbelakangi tujuan negara hukum pada masa tersebut adalah semangat untuk membebaskan manusia dari penindasan kekuasaan (penguasa). Bahkan, secara khusus dapat juga dikemukakan bahwa semangat yang melatarbelakangi perkembangan negara hukum pada masa tersebut adalah semangat sektarian (demi kepentingan golongan masyarakat yang berhaluan liberal semata-mata).

Fase kedua perkembangan negara hukum modern disebut sebagai negara hukum formal. Ada dua hal yang perlu diperhatikan berkenaan dengan perkembangan negara hukum formal tersebut. *Pertama*, prinsip-prinsip yang dikembangkan pada negara hukum formal semakin rumit. Pemisahan kekuasaan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia dirasakan masih perlu dilengkapi dengan prinsip asas legalitas dan peradilan administrasi. Perkembangan prinsip-prinsip negara hukum formal mengandung makna

bahwa kebutuhan dan tuntunan manusia juga berkembang semakin rumit sesuai dengan perkembangan zaman. *Kedua*, disadari atau tidak, filosofi atau dimensi negara hukum formal secara perlahan mulai beralih dari filosofi liberalis-individualis menuju filosofi dan dimensi sosial sebab prinsip-prinsip negara hukum formal mulai menyentuh kepentingan bersama masyarakat sungguh pun dalam kenyataan hal itu belum dapat diwujudkan.

Fase ketiga perkembangan negara hukum modern disebut sebagai negara hukum material. Sama seperti fase kedua negara hukum formal di atas, ada dua hal yang juga perlu dikemukakan dalam kaitan negara hukum material. *Pertama*, prinsip-prinsip negara hukum material jauh lebih rumit dari prinsip negara hukum formal sebab dalam negara hukum material bukan hanya perlindungan hak asasi manusia, pemisahan kekuasaan, asas legalitas dan peradilan administrasi negara yang diperlukan. Dalam konteks negara hukum material, ada tugas di pundak pemerintah (negara), yaitu mewujudkan kesejahteraan umum bagi masyarakat. Dalam rangka pelaksanaan tugas berat tersebut, penguasa perlu diberi kekuasaan yang luas. Namun, agar tidak menimbulkan penyalahgunaan kekuasaan, kekuasaan penguasa tersebut perlu dikelola dan dipandu oleh prinsip-prinsip pengorganisasian kekuasaan yang tepat dan terutama perlu diatur berdasarkan hukum (undang-undang). *Kedua*, pada fase ketiga, filosofi dan dimensi dasar negara hukum secara utuh berubah. Jika pada fase pertama negara hukum liberal (klasik) dilandasi filosofi dan dimensi liberal-individualis, negara hukum material dilandasi dimensi sosialis.

Apakah prinsip-prinsip dasar negara hukum sebagai produk pemikiran dan produk pengalaman hidup manusia dalam mengendalikan kekuasaan dengan bersandarkan hukum dalam rangka menata suatu bentuk kehidupan bersama (bernegara) yang ideal

akan berkembang di kemudian hari? Secara hipotesis, secara tegas dapat dijawab bahwa prinsip-prinsip negara hukum tersebut di kemudian hari akan semakin berkembang. Dalam arti semakin bertambah rumit karena aspek-aspek kehidupan manusia dalam konteks kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara juga akan semakin rumit sebab menurut sejarahnya, pemikiran tentang asas negara hukum lahir karena tuntutan kebutuhan manusia sesuai dengan perkembangan zaman. Oleh karena itu, jika zaman berkembang dan tuntutan kebutuhan manusia terhadap bentuk kehidupan yang layak dan bermartabat berkembang dengan sendirinya prinsip-prinsip negara hukum juga akan berkembang. Secara singkat dapat dikemukakan bahwa konsepsi manusia mengenai asas negara hukum sebagai konsepsi ideal tentang bentuk kehidupan bernegara bukan merupakan konsepsi yang sudah beku. Konsepsi negara hukum akan selalu berkembang seiring dengan perkembangan zaman. Namun, tidak mudah untuk mendeskripsikan prinsip-prinsip negara hukum yang akan berkembang di kemudian hari.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Abdul Hakim Garuda Nusantara. *Politik Hukum Indonesia*. Jakarta: Yayasan Lembaga Bantuan Hukum, 1988.
- Abdul Mukti Fajar. *Tipe Negara Hukum*. Malang: Bayu Media Publishing, 2005.
- Abu Daud Busroh. *Capita Selecta Hukum Tata Negara*. Jakarta: Rineka Cipta, 1994.
- *Ilmu Negara*. Jakarta: Bumi Aksara, 2001.
- Ahmad Suhelmi. *Pemikiran Politik Barat, Kajian Sejarah Perkembangan Pemikiran Negara, Masyarakat dan Kekuasaan*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2007.
- Alder, John. *General Principles of Constitutional and Administrative Law*. New York: PALGRAVE MACMILLAN, 2002.
- Aristoteles. *La Politica* atau Politik, Terjemah dari bahasa Inggris ke dalam Indonesia oleh Syamsur Irawan Karie, Jakarta: Visi Media, 2008.
- Azhary. *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Tentang Unsur-unsurnya*. Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1995.
- Bachsan Mustafa. *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*. Bandung: Alumni, 1979.
- Bagir Manandan Kuntana Magnar. *Peranan Peraturan Perundang-undangan Dalam Pembinaan Hukum Nasional*. Bandung: Armico, 1987.
- Barent, Eric. *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Bentham, Jeremy. "The Theory of Legislation" atau Teori Perundang-undangan, Prinsip-prinsip Legislasi, Hukum Perdatan dan Hukum Pidana. Bandung: Nusa Media dan Penerbit Nuasa, 2006.
- Bertens, Kees. *Sejarah Filsafat Yunani*, Yogyakarta: Kanisius, 1994.
- Bodenheimer, Edgar. *Jurisprudence The Philosophy and Method of The Law*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1962.
- Bur Rasuanto. *Keadilan Sosial, Pandangan Deontologis Rawls dan Hebermas, Dua Teori Filsafat Politik Modern*. Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 2005.
- Busyro Muqoddas. Salman Luthan dan Muh. Miftahudin. *Politik Pembangunan Hukum Nasional*. Yogyakarta, UII Press, 1992.
- Dardji Darmodihardjodan Shidarta. *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apadan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1995.
- , "Penjabaran Nilai-nilai Pancasila Dalam Sistem Hukum Indonesia". Jakarta: Raja Grafindo Perkasa, 1996.
- Deni Setyo Bagus Yuherawan. *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana, Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*. Malang: Setara Press, 2014.
- Djenal Hoesen Koesoemahatmadja. *Pokok-pokok Hukum Tata Usaha Negara*, Bandung, Alumni, 1983.
- Donald A. Rumokoy. "Perkembangan Tipe Negara Hukum dan Peranan Hukum Administrasi Negara Didalamnya" dalam S.F. Marbun dkk., "Dimensi-dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara." Yogyakarta: UII Press, 2001.

- Eatwell, Roger dan Wright, Anthony (ed.). *Ideologi-ideologi Politik Kontemporer*. Jakarta: Mediator, 2003.
- Ebenstein, William. *Today's Isms*. USA: Fifth Edition, Prentice-Hall New Jersey, 1967.
- Ebenstein, William dan Fogelman, Edwin. *Isme-isme Dewasa Ini atau Today's Isms*. Jakarta: Erlangga, 1985.
- S.E. Finer, Vernon Bogdanor, Bernard Rudden. *Comparing Constitutions*. Oxford: Clarendon, United State, 1996.
- F. Isjwara. *Pengantar Ilmu Politik*. Bandung: Putra A. Bardin, 1999.
- Francisco Budi Hardiman. *Filsafat Moderen Dari Machiavelli sampai Nietzsche*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2004.
- Frans Magnis Suseno. *Etika Politik, Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*. Jakarta: Gramedia, 1988.
- Friedmann, W. *Legal Theory*, London: Stevens and Sons Limited, 1960.
- Hendra Nurtjahyo. *Filsafat Demokrasi*. Jakarta: Bumi Aksara, 2006.
- Herqutanto Sosronegoro.
Beberapa Ideologi dan Implementasinya Dalam Kehidupan Kenegaraan. Yogyakarta: Liberty, 1984.
- Indroharto. *Usaha Memahami Undang-undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*. Jakarta: Sinar Harapan, 1996.
- J. H. Rapar. *Filsafat Politik Plato*. Jakarta: Rajawali Pres, 1988.
- . *Filsafat Politik Plato, Aristoteles, Agustinus, Machiavelli*. Jakarta: Rajawali Pers, 2001.
- Jimly Asshiddiqie. *Green Constitution, Nuasa Hijau Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Jakarta: Rajawali, 2010.
- . *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II*. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- Joeniarto. *Negara Hukum*. Yogyakarta: Yayasan Badan Penerbit Gadjah Mada, 1968.
- Jones, R.H. *Constitutional and Administrative Law*. London: Mac Donald & Evans Ltd., 1968.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. New York: Russell and Russell, 1973.
- Kranenburg, Roelof. *Algemene Staatsleer atau Ilmu Negara Umum*, Terjemahan Tk. B. Sabaroedin, Jakarta: Pradnya Paramita, 1986.
- Locke, John. "Two Treaties on Civil Government" dalam MDA Freeman 'Introduction to Jurisprudence'. London: Sweet & Maxwell Ltd., 2001.
- Lubis. Solly. *Ilmu Negara*. Bandung: Mandar Maju, 2014.
- Marbun, S.F. dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: Liberty, 1987.
- Marbun, S.F. dan Deno Kamelus dan Panjaitan Saut P. *Dimensi-dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: UII Press, 2001.
- Miriam Budiardjo. *Simposium Kapitalisme, Sosialisme, Demokrasi*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2002.
- Mochtar Kusumaatmadja. *Pengantar Hukum Internasional*. Jakarta: Bina Cipta, 1990.
- Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim. *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Sinar Bakti, 1983.

- Moh.KoesnardidanBintan R. Saragih.*Ilmu Negara*. (EdisiRevisi) (Jakarta: Gaya Media Pratama), 1988.
- Moh.Mahfud MD. *HukumdanPilar-pilarDemokrasi*. Gama Medya: Yogyakarta, 1999,
-----*. DemokrasidanKonstitusi di Indonesia*. Jakarta: RinekaCipta, 2000.
-----*.DemokrasidanKonstitusi di Indonesia, StudententangInteraksiPolitikdanKehidupanKetatanegaraan*. (RinekaCipta: Jakarta, 2000.
- Montesquieu. *The Spirit of Laws* (translated by Thomas Nugent, HP. NT).
- Moh.BusyroMuqqodas.Salman LuthandanMuh.Miftahudin (ed.). *Politik Pembangunan HukumNasional*.Yogyakarta: UII Press, 1992.
- MochtarKusumaatmadja. *PengantarHukumInternasional*.Jakarta: BinaCipta, 1990.
- Muhammad TahirAzhary. *Negara Hukum, SuatuStudententangPrinsip-prinsipnyaDilihtdariSegiHukum Islam, ImplementasinyapadaPeriode Negara MadinahdanMasaKini*. Jakarta: BulanBintang, 1992.
- M. SastrapratedjadanFrans M. Parera (penerjemah). *Niccolo Machiavelli Sang Penguasa, SuratSeorangNegarawankepadaPemimpinRepublik*. Jakarta: Gramedia, 1987.
- MuktiFadjar. *Tipe Negara Hukum*. Malang: Bayu Media Publishing, 2004.
- Nasution, Bahder Johan. *Negara HukumdanHakAsasiManusia*.Bandung: MandarMaju, 2014.
- Nikmatul Huda. *Ilmu Negara*. Jakarta: RajawaliPers, 2010.
- Notonagoro.*PembahasanIlmiahMengenaiSusunanPemerintahan Negara Republik Indonesia*.Yogyakarta, PengurusSenatUniversitasGadjahMada, tanpatahun.
- O. Notohamidjojo. *Makna Negara HukumBagiPembaharuan Negara danWibawaHukumBagiPembaharuanMasyarakat di Indonesia*. Jakarta: BadanPenerbit Kristen, 1967.
- PadmoWahyono.*Indonesia Negara BerdasarkanAtasHukum*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1986.
- PadmoWahyono.*Ilmu Negara*. Jakarta: Indo Hill Co. 1999.
- PengurusSenatUniversitasGadjahMada,
PembahasanIlmiahMengenaiSusunanPemerintahanNegara Republik Indonesia.Yogyakarta: UGM, tanpatahun.
- Philipus M. Hadjon.*PerlindunganHukumBagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya: BinaIlmu, 1987.
- PrajudiAtmosudirdjo.*HukumAdministrasiNegara*.Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994.
- RamdlonNaning.*GatraIlmu Negara*. Yogyakarta: Liberty, 1983.
- Ridwan H.R.*HukumAdministrasiNegara*. Jakarta: RajaGrafindo Perkasa, 2008.
- Rowe dan Schofield.*SejarahPemikiranPolitikYunanidanRomawi*. Jakarta: RajawaliPers, 2001.
- Salim HS.*PerkembanganTeoriDalamIlmuHukum*. Jakarta: RajawaliPers, 2010.
- Salman LuthandanMuh.Miftahudin.*Politik Pembangunan HukumNasional*.Yogyakarta: UII Press, 1992.
- Sargent, Lyman Tower. *IdeologiPolitikKontemporer*. Jakarta: BinaAksara, 1986.
- SartonoKartodirdjo (penyunting). *Elite DalamPerspektifSejarah*. Jakarta: LP3ES, 1983.
- Schmandt, Henry J. *FilsafatPolitik, KajianHistorisdariZamanYunaniKunoSampaiZamanModeren*. Yogyakarta: PustakaPelajar, 2009.

- Sibuea, Hotma P. *Asas Negara Hukum, PeraturanKebijakandanAsas-asasUmumPemerintahan Yang Baik*. Jakarta: Erlangga, 2010.
- IlmuNegara*. Jakarta: Erlangga, 2014.
- Snyder, Louis L. *Abad Pemikiran*. Jakarta: Bhatara, 1962.
- Soehino.*Ilmu Negara*. Yogyakarta: Liberty, 1980.
- SoerjantoPoespowardoyo.PancasilaSebagaiIdeologiDitinjau Dari SegiPandanganHidupBersama” dalam ‘PancasilaSebagaiIdeologiDalamBerbagaiBidangKehidupanBermasyarakat, BerbangsadanBernegara. Jakarta: BP-7 Pusat, 1992.
- Strong, C.F. *Modern Political Constitution*. London: Sidwick and Jackson Limited, 1966.
- Sudargo Gautama.*Pengertian tentang Negara Hukum*. Bandung, Alumni, 1983.
- Tower Seargent, Lyman. *IdeologiPolitikKontemporer*. PT, BinaAksara: Jakarta, 1986.
- Utrecht, Ernst. *PengantarHukumAdministrasi Negara Indonesia*. Bandung:FakultasHukumUniversitasNegeriPadjadjaran, 1960.
- Von Schmid, J.J. *Ahli-ahliPikirBesartentang Negara danHukum*. Jakarta: P.T. Djambatan, 1980.
- Wheare, K.C. *Modern Constitutions*. New York: Oxford University Press, 1966.

B.Jurnal, Disertasi, Tesis, PidatoIlmiah, MakalahdanHasilPenelitian

- Abdul Hamid SalehAttamimi, TeoriPerundang-undangan Indonesia, SuatuSisiIlmuPengetahuanPerundang-undangan Indonesia Yang MenjelaskandanMenjerihkanPemahaman (pidatoPengukuhanGuuBesartetapPadaFakultasHukumUniversitas Indonesia, Jakarta 25 April, 1992),
- ,“PerbedaanAntaraPeraturanPerundang-undangandanPeraturanKebijakan, SuatutanganbagiperanPolridewasainidanmenghadapi PJPT II,” (Pidato Dies Natalis PTIK Ke-46, PerguruanTinggiKepolisian, Jakarta, 17 Juni 1992).
- , *DerRechtsstaatRepublik Indonesia danPerspektifnyaMenurutPancasiladan UUD 1945*.Makalah Seminar DalamRangka Dies Natalis Ke-42 Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta, Tanggal 9 Juli 1994.
- MustaminDaengMatutu, ‘Selajang Pandang (Tentang) Perkembangan Type-type Negara Modern,’ (Pidatopada Lustrum IV FakultasHukumdanPengetahuanMasyarakatUnivesitasHasanuddin Ujung Pandang, Makassar, tanggal 3 Maret 1972).
- Suwoto.*KekuasaandanTanggungJawabPresidenRepublik Indonesia*. Disertasi, UniversitasBrawijaya, Malang, 1990.

C.KamusHukumdanKamusBahasa Indonesia

- DepartemenPendidikandanKebudayaan.*KamusBesarBahasa Indonesia*, EdisiKedua, Jakarta: BalaiPustaka, 1999.
- Termorshuizen, Marjanne. *KamusHukumBelanda-Indonesia*. Jakarta: PenerbitDjambatan, 1999.
- John M. Echols dan Hassan Shadily.*Kamus Indonesia Inggris*. GramediaPustakaUtama, Jakarta, 2014.

