

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Negara Hukum

1. Pengertian Negara Hukum

Negara hukum menurut F.R Bothlingk adalah “*De taat waarin de wilsvrijheid van gezagsdragers is beperkt door grenzen van recht*” (negara, dimana kebebasan kehendak pemegang kekuasaan dibatasi oleh suatu kehendak hukum). Lebih lanjut disebutkan bahwa dalam rangka merealisasikan pembatasan pemegang kekuasaan tersebut maka diwujudkan dengan cara, “*Enerzijds in een binding van rechter administratie aan de wet, anderzijds in een begrenzing van de bevoegdheden van de wetgever*”, (disatu sisi keterikatan hakim dan pemerintah terhadap undang-undang, dan disisi lain pembatasan kewenangan oleh pembuat undang-undang.)⁹ A.Hamid S. Attamimi dengan mengutip Burkens, mengatakan bahwa negara hukum (*rechstaat*) secara sederhana adalah negara yang menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dilakukan dibawah kekuasaan hukum.¹⁰ Menurut Philipus M. Hadjon, ide *rechstaat* cenderung ke arah positivisme hukum yang membawa konsekuensi bahwa hukum harus dibentuk secara sadar oleh

⁹ Ridwan HR, 2014, *Hukum Administasi Negara*, Jakarta, Rajawali Pers, hlm. 21.

¹⁰ A.Hamid S. Attamimi, 1992, “Teori perundang-undangan Indonesia”, makalah pada Pidato Upacara pengukuhan Guru Besar tetap di Fakultas Hukum UI, Jakarta, hlm. 8.

badan pembentuk undang-undang.¹¹ Dalam negara hukum segala sesuatu harus dilakukan menurut hukum (*everything must be done according to law*). Negara hukum menentukan bahwa pemerintah harus tunduk pada hukum, bukannya hukum yang harus tunduk pada pemerintah.¹²

2. Konsep Negara Hukum

Sejak dulu kala orang telah mencari arti negara hukum, di antaranya Plato dan Aristoteles. Plato mengemukakan konsep *nomoi* yang dapat dianggap sebagai cikal bakal tentang pemikiran negara hukum.¹³ Aristoteles mengemukakan ide negara hukum yang diartikannya dengan arti negara yang dalam perumusannya masih terkait pada “*polis*”.¹⁴ Bagi Aristoteles, yang memerintah dalam negara bukanlah manusia, melainkan pikiran yang adil, dan kesulilaanlah yang menentukan baik buruknya suatu hukum. Manusia perlu dididik menjadi warga yang baik yang bersusila, yang akhirnya akan menjelmakan manusia yang bersikap adil. Apabila keadaan seperti ini telah terwujud, maka terciptalah suatu “negara hukum”.¹⁵

Ide negara hukum menurut Aristoteles ini, nampaknya sangat erat dengan “keadilan”, bahkan negara dapat dikatakan sebagai negara hukum apabila keadilan telah tercapai. Artinya bahwa, konsepsi pemikiran tersebut mengarah pada bentuk negara hukum dalam arti “*ethis*” dan

¹¹ Philipus M. Hadjon, 1994, “Ide Negara Hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia”, makalah pada Simposium Politik, Hak Asasi Manusia, dan Pembangunan, dalam Rangka Dies natalis Universitas Airlangga Surabaya, hlm. 6.

¹² Ridwan HR, 2014, *Loc.Cit.*

¹³ SF Marbun et. al., 2001, *Dimensi-Dimensi Pemikiran/ Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta, UII Press, hlm. 1.

¹⁴ Moh.Kusnardi dan Harmmailly Ibrahim, 1980, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta, Pusat studi HTN UI dan Sinar Bakti, hlm. 142.

¹⁵ Abu Daud Busroh dan H. Abubakar Busro, 1983, *Asas-Asa Hukum Tata Negara*, Jakarta, Ghalia Indonesia, hlm. 109.

sempit. Dikarenakan tujuan negara hanya semata-mata untuk mencapai keadilan. Teori-teori yang mengajarkan hal tersebut dinamakan teori etis, sebab menurut teori ini, isi hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran etis kita mengenai apa yang adil dan apa yang tidak adil.¹⁶

Lebih lanjut para ahli yang menganut paham ini, berpendapat bahwa hukum bukanlah semata-mata apa yang secara formil diundangkan oleh badan legislatif suatu negara. Hukum (kedaulatan sebagai aspeknya) bersumberkan perasaan hukum anggota-anggota masyarakat. Perasaan hukum adalah sumber dan merupakan pencipta hukum. Negara hanya memberi bentuk pada perasaan ini. Hanya apa yang sesuai dengan perasaan hukum itulah yang benar-benar merupakan hukum.¹⁷

Menurut teori kedaulatan negara segala sesuatu dijalankan dalam setiap kebijaksanaan negara, karena negara diberi kekuasaan yang tidak terbatas. Para penganut paham ini beranggapan bahwa hukum tidak lain dari kemauan negara itu sendiri yang dikonkretkan.¹⁸ Dalam perkembangannya para ahli menganggap bahwa kedaulatan negara tidak sesuai dengan kenyataan. Pada akhirnya mereka berpaling ke supremasi hukum sebagai pemegang kedaulatan tertinggi. Aliran ini lebih memperhatikan realitas dengan kenyataan-kenyataan sejarah. Bahkan lebih ekstrim lagi kita dapat melihat prinsip negara hukum yang dikemukakan oleh Hans Kelsen, dimana beliau mengatakan bahwa pada

¹⁶ L.J Van Apeldoorn, 1983, *Pengantar Ilmu Hukum*, Terjemahan Mr. Oetarid Sadino, Jakarta, Pradnja Paramita, hlm. 24.

¹⁷ F.Isjwara, 1974, *Pengantar Ilmu Politik*, Jakarta, Bina Cipta, hlm.99

¹⁸ SF Marbun et.al., *Op.Cit.*, hlm. 2.

hakekatnya negara identik dengan hukum, maka dari itu tertib hukum tidak ada bedanya dengan tertib negara. Hukum berlaku *souverein*, hukum berlaku objektif, terlepas dari pengakuan rakyat, terlepas dari penerimaan rakyat dan terlepas dari *psychologische wortel*.¹⁹ Pandangan-pandangan Hans Kelsen di atas merupakan pandangan paling ekstrim dari beberapa pengikut paham kedaulatan hukum.

Pada dasarnya konsep negara hukum tidak terpisahkan dari pilarnya sendiri yaitu paham kedaulatan hukum. Paham ini adalah ajaran yang mengatakan bahwa kekuasaan tertinggi terletak ada hukum atau tidak ada kekuasaan lain apapun, kecuali hukum semata. Banyak rumusan yang diberikan terhadap pengertian negara hukum tetapi sulit untuk mencari rumusan yang sama, baik itu disebabkan karena perbedaan asas negara hukum yang dianut maupun karena kondisi masyarakat dan zaman saat perumusan negara hukum dicetuskan.

Konsep negara hukum berdasarkan wilayah tradisi hukumnya dapat dibedakan menjadi dua macam yaitu, konsep negara hukum *rechtsstaat* dan konsepsi negara hukum *the rule of law* yang telah mendapat dorongan dari pada *renaissance* dan *reformasi* keduanya merupakan abad XIX dan di pengaruhi paham *liberalisme* dan *indivisualisme*. Bagi konsepsi negara hukum *rechtsstaat* penegakan hukum berarti penegakan hukum yang ditulis dalam Undang-Undang sesuai dengan *pahamegisme* bahwa hukum identik dengan Undang-Undang sehingga ada “kepastian hukum”. Bagi

¹⁹ Djokosutono, 1982, *Hukum Tata Negara*, di himpun oleh Harun Alrasid, Jakarta, Ghalia Indonesia, hlm. 80.

konsepsi negara hukum *the rule of law*, penegakan hukum bukan berarti penegakan hukum tertulis, tetapi yang terpenting adalah penegakan keadilan hukum, sehingga penegakan hukum tidak berarti penegakan hukum yang ditulis. dalam undang-undang semata, bahkan hukum tertulis tersebut lebih diterima untuk disimpangi oleh hakim jika memang dirasakan tidak memenuhi rasa keadilan hukum.

Ada dua tokoh yang mengembangkan unsur negara hukum yaitu Friedrich Julius Stahl dan Albert Venn Dicey. Unsur-unsur negara hukum *rechtsstaat* ada 4 (*Friedrick Julius Stahl*) yang penting dalam sebuah negara yang taat terhadap hukum antara lain:

- a. Hak-hak asasi manusia;
- b. Pemisahan/Pembagian kekuasaan;
- c. Setiap tindakan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang telah ada;
- d. Adanya peradilan administasi yang berdiri sendiri.²⁰

Unsur negara hukum menurut Alberth Venn Dicey mewakili dari kalangan ahli hukum *Anglo Saxon*, memberikan 3 ciri utama sebagai unsur-unsur Negara hukum *the rule of law* yaitu:

- a. Supremasi hukum, dalam arti tidak boleh ada kesewenang-wenangan, sehingga seseorang akan di hukum jika melanggar hukum.
- b. Bahwa setiap orang sama didepan hukum, baik selaku pribadi maupun dalam kualifikasi pejabat negara.

²⁰ Jimly Asshiddiqie, 2007, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta, Buana Ilmu, hlm. 311.

- c. Terjaminnya hak-hak manusia oleh Undang-Undang dan keputusan-keputusan pengadilan.²¹

Sedangkan menurut Jimly Asshiddiqie, merumuskan 12 (dua belas) prinsip pokok atau pilar utama suatu negara hukum (*the rule of law* maupun *rechtsstaat*).

- a. Pertama; Supermasi hukum (*supermacy of law*), yakni adanya pengakuan normatif dan empiris akan prinsip supermasi hukum, artinya semua permasalahan diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Pada hakekatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum yang tertinggi.
- b. Kedua; Persamaan dalam hukum (*equality before the law*). Hal ini berkaitan dengan adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan yang diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empiris.
- c. Ketiga; Asas legalitas (*due process of law*). Dalam setiap negara hukum dipersyaratkan berlakunya asas legalitas, yakni segala tindakan pemerintahan harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan tertulis tsb harus ada lebih dahulu dari perbuatan atau tindakan administrasi.
- d. Keempat; Pembatasan kekuasaan. Pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dilakukan dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal dan pemisahan kekuasaan secara

²¹ *Ibid.*

horizontal. Hal ini dimaksudkan bisa terjadi *checks and balances* dan tidak terjadinya tindakan kesewenang-wenangan.

- e. Kelima; Organ-organ eksekutif independen. Dalam rangka membatasi kekuasaan, harus adanya pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat independen, seperti: bank sentral, organisasi tentara, organisasi kepolisian dll, juga lembaga- lembaga baru seperti komisi HAM, komisi pemilihan umum dll, dimana sebelumnya dianggap sepenuhnya di tangan kekuasaan eksekutif, sekarang berkembang menjadi independen.
- f. Keenam; Peradilan bebas dan tidak memihak. Peradilan bebas dan tidak memihak mutlak harus ada di dalam negara hukum. Dalam menjalankan tugas judicialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh pihak manapun baik karena kepentingan politik (jabatan) maupun kepentingan ekonomi (uang). Hakim hanya memihak kepada kebenaran dan keadilan.
- g. Ketujuh; Peradilan Tata Usaha Negara. Dalam setiap negara hukum harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara. PTUN dianggap dapat menjamin agar warga negara tidak didzalimi oleh keputusan-keputusan para pejabat administrasi negara sebagai pihak yang berkuasa.
- h. Kedelapan; *Constitutional Court* (Mahkamah Konstitusi). Disamping adanya PTUN negara hukum modern mengadopsikan gagasan adanya

Mahkamah Konstitusi. Pentingnya lembaga ini adalah dalam upaya memperkuat sistem *check and balance* antara cabang-cabang kekuasaan misalnya dengan wewenang memutus sengketa antar lembaga negara.

- i. Kesembilan; Perlindungan Hak Asasi Manusia. Setiap manusia sejak dilahirkan menyanggah hak-hak yang bersifat asasi. Negara tidak dibenarkan membatasi/mengurangi makna kebebasan dan hak-hak asasi manusia itu. Adanya perlindungan Ham merupakan pilar penting dalam setiap negara hukum.
- j. Kesepuluh; Bersifat Demokratis. Dianut dan dipraktikkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan diterapkan mencerminkan rasa keadilan yang hidup di tengah masyarakat. Hukum dan peraturan perundang-undangan tidak boleh diterapkan secara sepihak.
- k. Kesebelas; Berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfare rechtsstaat*). Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. Sebagaimana cita-cita nasional Indonesia yang dirumuskan di dalam Pembukaan UUD 1945. Negara hukum Indonesia berfungsi sebagai sarana untuk mewujudkan atau mencapai ke empat tujuan negara tersebut.
- l. Keduabelas; Transparansi dan Kontrol Sosial. Adanya transparansi dan

kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum sehingga kelemahan/kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan dapat dilengkapi secara komplementer oleh peran serta masyarakat secara langsung (partisipasi langsung). Sistem perwakilan di parlemen tidak dapat diandalkan sebagai saluran aspirasi rakyat, karena perwakilan fisik belum tentu mencerminkan perwakilan gagasan (aspirasi).

Dalam lingkup kekuasaan pemerintah, maka tipe negara hukum dapat dibedakan atas 2 tipe, yaitu hukum formal dan negara hukum material, tetapi dalam perkembangannya kemudian muncul konsep *welfare state* yang kemudian melahirkan tipe negara kesejahteraan. Negara hukum materil merupakan pengertian negara hukum dalam arti luas, yang sering disebut dengan negara hukum modern (*modern rechtsstaat*). Pada tipe negara hukum materil, lingkup tugas pemerintah bukan saja melaksanakan ketentuan undang-undang semata, melainkan juga turut membuat undang-undang atau berbagai peraturan pelaksanaannya. Negara tidak hanya bertugas sebagai penjaga malam, melainkan berkewajiban pula secara aktif untuk terlibat dalam berbagai bidang kehidupan masyarakat demi tercapainya tujuan bernegara.

Gagasan bahwa pemerintah dilarang campur tangan dalam urusan warga negara, sebagaimana yang telah dikemukakan oleh konsep *legal state* telah bergeser kearah gagasan baru, bahwa pemerintah harus bertanggung jawab atas kesejahteraan rakyat. Pemerintah tidak boleh

bersifat pasif atau berlaku sebagai penjaga malam semata melainkan harus terlibat aktif dalam melaksanakan upaya-upaya untuk membangun kesejahteraan masyarakat dengan cara mengatur kehidupan ekonomi dan sosial. Demokrasi diberikan pengertian secara luas, dalam gagasan baru ini, mencakup dimensi ekonomi dengan sistem yang dapat menguasai kekuatan-kekuatan ekonomi dan dapat memperkecil perbedaan sosial dan ekonomi, terutama dalam mengatasi ketidak merataan distribusi kekayaan di kalangan rakyat. Gagasan inilah yang selanjutnya melahirkan konsep negara hukum *welfare state* (negara kesejahteraan). Dengan merujuk pada konsep negara hukum yang diselenggarakan melalui mekanisme demokrasi. Hukum dijadikan aturan main dalam penyelenggaraan negara dan pemerintah serta untuk mengatur hubungan hukum penyelenggaraan negara dan pemerintahan Indonesia.

3. Tipe-tipe Negara hukum

Dalam berbagai tulisan telah dikemukakan adanya dua tipe negara hukum, yaitu negara hukum formil (sempit) dan negara hukum materiil (luas). Disamping istilah tersebut ditemukan juga berbagai istilah mengenai tipe negara hukum, yaitu negara penjaga malam (*nachwachkerstaat*) negara polisi (*polizeistaat*) dan negara kesejahteraan (*welfare state*).²²

Uraian berikut akan menjelaskan tipe negara hukum dimulai dengan tipe negara polisi kemudian di akhiri dengan tipe negara kesejahteraan. Kedua tipe negara hukum ini, dalam berbagai kepustakaan disebut sebagai

²² SF Marbun et.al., *Op.Cit.*, hlm. 9.

bentuk yang ekstrim dari negara hukum, karena negara polisi dianggap sebagai bentuk awal dari negara hukum, sedangkan negara kesejahteraan merupakan tipe negara hukum yang dianggap berlaku sekarang ini.²³

a. Negara Polisi (*Polizei Staat*)

Sebelum lahir negara hukum yang berpemahaman Kant dan Fichte, maka yang ada pada waktu itu adalah negara polisi (*polizei staat*) sebagai tipe negara. Aliran yang paling berpengaruh pada saat itu adalah aliran *mercantilisme* atau aliran yang menghendaki suatu neraca perdagangan yang positif.²⁴ Maksudnya adalah seluruh kegiatan perdagangan pada waktu itu dikontrol dan ditentukan oleh negara.

Aliran *mercantilisme* ini mempengaruhi cara berpikir para penguasa pada waktu itu. Sehingga kemakmuran perlu dimasukkan dalam tujuan negara dan yang melaksanakannya bukan rakyat tetapi negara.²⁵ Aliran ini muncul di Perancis pada masa pemerintahan Lodewijk XIV, karena Perancis pada waktu itu sangat memerlukan emas dan perak sebagai alat penukar dalam lalu lintas perdagangan. Untuk mencapai emas dan perak itu Perancis berusaha mendapatkan neraca perdagangan yang aktif dan positif, dengan politik ekspor

²³ *Ibid.*

²⁴ Moh. Kusnardi dan Harmmaily Ibrahim, *Op.Cit.*, hlm. 114.

²⁵ Padmo Wahjono, Diktat Standard Ilmu Negara, Himpunan Kuliah, disusun oleh T.A. Hamzah, FH-UII, hlm. 104-105.

melebihi import. Caranya ialah dengan meningkatkan industri dalam negeri untuk diekspor keluar sebanyak mungkin.²⁶

Dalam kaitannya dengan *Mercantilisme*, mula-mula bentuk pemerintahannya ialah monarki absolut, tetapi karena raja telah sadar akan kewajibannya akan rakyatnya maka terjadilah monarki yang dibatasi oleh kemauan raja sendiri (*Beperkte Monarkhi, Verlichte Despotie*), karena para despot ini telah menjadi progresif.²⁷ Asas yang berlaku dalam bentuk negara dan pemerintahan ini adalah bahwa rajalah yang menentukan segala-galanya untuk rakyatnya, tapi tidak oleh rakyatnya sendiri, dan kepentingan umum mengatasi semua undang-undang dan hukum (*prinsip legibus solutus est, solus publica suprema lex*).²⁸ Adapun tipe negaranya adalah negara polisi (*polizei staat*), yang walaupun raja mau menyelenggarakan kepentingan rakyat, tetapi rakyat tidak boleh ikut campur. Oleh karena rakyat tidak mempunyai hak terhadap raja, dan segala sesuatunya ditentukan oleh raja.²⁹

Dalam bentuk negara polisi ini kedudukan raja diatas warga negaranya. Hubungan antara raja dan warga negaranya bisa dianggap hubungan yang sepihak, karena rajalah yang menentukan segalanya.³⁰ Rakyat tidak diikutsertakan dalam urusan menentukan hubungan

²⁶ SF Marbun et.al., *Op. Cit.*, hlm.10.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, hlm.11.

kedua belah pihak.³¹ Dari segi lain, karena semuanya ditetapkan oleh raja (walaupun dalam rangka pelaksanaan kepentingan umum), tentu saja rakyat tidak dapat menuntut kepada raja apabila dalam pelaksanaan pemerintahan raja melakukan suatu perbuatan yang melanggar hukum ataupun penyalahgunaan kekuasaan.³² Pada tipe negara polisi ini, walaupun mungkin ada hukum administrasinya, barangkali masih terlalu sempit, artinya sama dengan negara berbentuk monarki absolut, dimana hukum administrasi negara hanya berbentuk intruksi-intruksi (*insrucktiefsrecht*) yang harus diindahkan oleh aparat negara dalam melaksanakan tugasnya, sekaligus merupakan aturan yang mengatur tentang cara bagaimana alat perlengkapan negara melaksanakan fungsinya.³³ Oleh karena itu dalam negara berbentuk monarki absolut ini, lapangan pekerjaan administrasi negara hanyalah sebatas mempertahankan peraturan-peraturan serta keputusan-keputusan yang dibuat oleh raja.³⁴

b. Negara Hukum Formal (*Nachwaker staat*)

Negara hukum formal seringkali disebut juga dengan negara hukum liberal ataupun *nachwachker staat* yaitu negara hukum yang menurut Kant dan Fichte merupakan negara yang juga biasa disebut dengan negara dalam arti sempit. Tipe negara ini merupakan reaksi atau *antithese* dari bentuk pertama yang dikemukakan sebelumnya.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ Muchsan, 1982, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Yogyakarta, Liberty, hlm. 52.

sebelum tiba pada bentuk hukum formal, tipe negara dinamakan negara hukum liberal. Dalam negara hukum liberal ini negara tidak dibenarkan untuk mencampuri dalam urusan penyelenggaraan kepentingan rakyat. Ini merupakan bentuk negara yang sangat berlawanan dengan bentuk negara polisi (*polizei staat*). Akan tetapi tuntutan masyarakat menghendaki faham liberalisme itu tidak dipertahankan lagi, sehingga negara pada waktu itu terpaksa harus ikut campur tangan dalam urusan kepentingan rakyat. Hanya saja campur tangan ini masih menurut saluran-saluran hukum yang sudah ditentukan oleh, sehingga lahirlah negara hukum formal.³⁵

Dikatakan sebagai negara *Nachtwakerstaat* atau negara dalam arti sempit (sebagaimana dikemukakan oleh Immanuel Kant dan Fichte) karena negara bertindak sebagai penjaga malam, artinya bahwa negara hanya menjaga keamanan saja, negara baru bertindak apabila keamanan dan ketertiban terganggu.³⁶ Dalam negara hukum yang sempit ini dipisahkan dengan tegas antara negara dan masyarakat. Negara tidak mencampuri segi-segi kehidupan masyarakat, baik dalam segi ekonomi, sosial, kebudayaan dan sebagainya, sebab dengan turut campurnya negara kedalam segi-segi kehidupan masyarakat, dapat, mengakibatkan berkurangnya kemerdekaan seorang individu. Lapangan pekerjaan administrasi negara dalam negara hukum

³⁵ SF Marbun et. al., *Op.Cit.*, hlm.12.

³⁶ Sjachran Basah, 1977, *Simposium Peradilan Tata Usaha Negara*, BPHN, binacipta, hlm.

semacam ini hanyalah membuat dan mempertahankan hukum saja.³⁷ jadi dalam negara hukum yang sempit ini hukum administrasi negara mulai muncul, meskipun masih terbatas. Oleh sebab itu maka unsur-unsur yang terdapat dalam negara hukum yang sempit ini memuat adanya peradilan administrasi negara.

c. Negara Hukum Materiil (*Welfare state*-Negara Kesejahteraan)

Tipe negara hukum ini sering juga disebut sebagai negara hukum dalam arti yang luas atau disebut pula sebagai negara hukum modern. Negara dalam pengertian ini bukan saja menjaga keamanan saja tetapi secara aktif turut serta dalam dalam urusan kemasyarakatan demi mensejahterakan rakyat. Oleh sebab itu pengertian negara hukum dalam arti luas sangat erat hubungannya dengan pengertian negara kesejahteraan atau (*welfare state*).³⁸

Dalam negara kesejahteraan sekarang ini tugas negara dalam menyelenggarakan kepentingan umum menjadi sangat luas, kemungkinan melanggar kepentingan rakyat oleh perangkat negara menjadi sangat besar. Untuk melaksanakan semua tugas tersebut, maka administrasi negara memerlukan kemerdekaan, yaitu kemerdekaan untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri terutama dalam penyelesaian soal-soal genting yang timbul secara mendadak dan peraturan penyelesaiannya belum ada, yang belum dibuat oleh badan badan

³⁷ Muchsan, *Op.Cit.* hlm. 56.

³⁸ Sjahran Basah, *Loc.it.*

kenegaraan yang disertai fungsi legislatif. Dalam hal tersebut administrasi negara, dipaksa untuk bertindak cepat tidak dapat menunggu perintah dari badan-badan kenegaraan yang disertai fungsi legislatif.³⁹

Luasnya fungsi pemerintahan dalam negara hukum modern ini, maka tentu saja makin luas pula peranan hukum administrasi didalamnya. Dengan demikian maka dalam tipe negara kesejahteraan sekarang ini peranan hukum administrasi sangat dominan.⁴⁰ Sukar untuk dibayangkan suatu negara modern saat ini tanpa adanya hukum administrasi negara didalamnya. Bahkan sebagaimana ditunjukkan W.Friedmann serta penulis-penulis lainnya juga di Inggris dan Amerika, konsep negara kesejahteraan (*welfare state*) dan perkembangan sosial telah mendesak perlunya diadakan pemikiran kembali mengenai peradilan administrasi itu.⁴¹ Padahal sebagaimana kita ketahui bahwa negara-negara tersebut pada mulanya sukar sekali menerima secara terbuka adanya peradilan administrasi.

4. Negara Hukum Indonesia

Konsep negara hukum juga ada di Indonesia yaitu pada UUD tahun 1945 sebelum amandemen yang dinyatakan dalam pasal 4 ayat (1), “Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintah menurut Undang-undang Dasar.” Tidak hanya itu keinginan *Founding Father* untuk

³⁹ E. Utrecht, 1982, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Yogyakarta, Liberty, hlm. 23.

⁴⁰ Sjahran Basah dalam SF Marbun et. al., *Hukum...*, *Op.Cit.* hlm. 14.

⁴¹ Sunarjati Haryono dalam SF Marbun et.al., *Hukum...*, hlm. 35.

menciptakan negara hukum juga tercermin dalam Pembukaan UUD Tahun 1945 yang menyatakan, “.....yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat.....”.

Kedaulatan rakyat sendiri memiliki makna bahwasanya kekuasaan penuh berada di tangan rakyat. Atau bisa dikatakan dari rakyat, oleh rakyat untuk rakyat. Rakyat dianggap berdaulat baik dibidang politik maupun bidang ekonomi dan sosial. Hal ini sejalan dengan konsep negara hukum guna menciptakan pemerintahan yang bebas dari penindasan terhadap rakyat. Bahkan menurut Jimly Asshiddiqie kedaulatan rakyat merupakan satu diantara konsep-konsep yang pertama-tama dikembangkan dalam persiapan menuju Indonesia merdeka. Permasalahan mengenai kedaulatan rakyat itu sudah menjadi polemik dikalangan intelektual pejuang kemerdekaan Indonesia pada Tahun 1930-an. Seperti pada Sidang Pertama Rapat Besar Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia pada tanggal 18 Agustus 1945, Soepomo menyatakan⁴², “Majelis Permusyawaratan Rakyat adalah suatu badan yang memegang kedaulatan rakyat, ialah suatu badan yang paling tinggi dan tidak terbatas kekuasaannya.”

Dapat diartikan bahwa kedaulatan rakyat merupakan tonggak dalam negara hukum, bahkan sebuah lembaga yang memegang kedaulatan rakyat dikatakan sebagai lembaga yang tidak terbatas kekuasaannya. Kejelasan terhadap Indonesia sebagai negara hukum terjadi Pasca Perubahan UUD Tahun 1945. Selain memberikan implikasi terhadap posisi dan kedudukan

⁴² Jimly Asshiddiqie, 2005, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta, Konstitusi Press, hlm. 16-17.

MPR, yang menurut UUD Tahun 1945 tidak ada lagi lembaga tertinggi. Juga kepastian terhadap Indonesia sebagai negara hukum tertuang pada pasal 1 ayat (3) UUD Tahun 1945 yang merupakan hasil perubahan ketiga yakni, Negara Indonesia adalah Negara Hukum. Hal ini menjelaskan bahwa Indonesia bukan berdasar atas kekuasaan belaka (*machtstaat*).

Ketentuan di atas berasal dari Penjelasan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang ”diangkat” ke dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Negara hukum yang dimaksud ialah negara yang menegakkan supremasi hukum untuk menegakkan kebenaran dan keadilan dan tidak ada kekuasaan yang tidak dipertanggungjawabkan (akuntabel). Paham negara hukum sebagaimana tercantum dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) berkaitan erat dengan paham negara kesejahteraan (*welfare state*) atau paham negara hukum materiil sesuai dengan bunyi alinea keempat Pembukaan dan ketentuan Pasal 34 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

Dengan demikian, Indonesia sebagai negara hukum memiliki ciri-ciri “*rechtsstaat*” yakni sebagai berikut:

- a. Adanya Undang-Undang Dasar atau Konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dengan rakyat.
- b. Adanya pemisahan kekuasaan negara, yang meliputi kekuasaan pembuatan undang-undang yang berada pada parlemen, kekuasaan kehakiman yang bebas dan merdeka, dan pemerintah mendasarkan

tindakannya atas undang-undang (*wetmatig bestuur*).

- c. Diakui dan dilindunginya hak-hak rakyat yang sering disebut “*vrijheidsrechten van burger*”.

B. Pemerintahan

1. Pengertian Pemerintahan

Dalam kegiatan percakapan sehari-hari penggunaan istilah “pemerintah” dan “pemerintahan” sering kali dicampur adukkan. Sepertinya kedua kata tersebut mempunyai arti yang sama, namun kenyataannya keduanya mempunyai arti yang berbeda. Jika dilihat dari pendekatan segi bahasa kata “pemerintah” atau “pemerintahan”, kedua kata tersebut berasal dari kata “perintah” yang berarti sesuatu yang harus dilaksanakan. Di dalam kata tersebut terkumpul beberapa unsur yang menjadi ciri khas dari kata “perintah”:

- a. Adanya “keharusan”, menunjukkan kewajiban untuk melaksanakan apa yang diperintahkan;
- b. Adanya dua pihak yang memberi dan yang menerima perintah;
- c. Adanya hubungan fungsional antara yang memberi dan yang menerima perintah;
- d. Adanya wewenang atau kekuasaan untuk memberi perintah;

Dari keempat ciri khas dari kata perintah diatas mempunyai makna/ pengertian yaitu: “keharusan” berarti dituangkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan; adanya “wewenang” berarti menunjukkan sahnyanya perintah yang diberikan, tanpa adanya wewenang perintah dianggap tidak

sah dan hilanglah kekuatan hukum dari perintah itu. Wewenang dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Pasal 1 angka 5 adalah hak yang dimiliki oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk mengambil keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Demikian juga kata “memerintah” diartikan sebagai menguasai atau mengurus negara atau daerah sebagai bagian dari negara. maka kata “pemerintah” berarti kekuasaan untuk memerintah suatu negara.⁴³ Dalam hukum administrasi pengertian pemerintah digunakan arti “pemerintahan umum” atau “pemerintahan negara.”⁴⁴ Pemerintah dapat dipahami dalam dua pengertian: disatu pihak dalam arti “fungsi pemerintahan” (kegiatan memerintah), dilain pihak dalam arti “organisasi pemerintahan” (kumpulan dari kesatuan-kesatuan pemerintahan).⁴⁵

Pada umumnya yang disebut dengan “pemerintah” adalah sekelompok individu yang mempunyai wewenang tertentu untuk melaksanakan kekuasaan yang dalam arti ini melaksanakan wewenang yang sah dan melindungi serta meningkatkan tarap hidup masyarakat melalui perbuatan dan pelaksanaan berbagai keputusan.⁴⁶ Sebagaimana dalam Undang-undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Pasal 1 angka 2 bahwa fungsi pemerintahan

⁴³ Bayu Surianingrat, 1992, *Mengenal Ilmu Pemerintahan*, Jakarta, PT Rineka Cipta, hlm. 9-10.

⁴⁴ Philipus M.Hadjon et. al., 2011, *Pengantar Hukum Adminisrasi Indonesia*, Yogyakarta, Gadjah Mada University Press, hlm. 6.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Bayu Surianingrat., *Op.Cit.*, hlm. 11.

adalah fungsi dalam melaksanakan administrasi Pemerintahan yang meliputi tugas pengaturan, pelayanan, pembangunan, pemberdayaan dan perlindungan.

Selanjutnya pada kata “Pemerintahan” ketika dilihat dari segi bahasa berasal dari kata “pemerintah”, merupakan subyek yang mendapat akhiran *an*. Artinya pemerintah sebagai subyek melakukan tugas/kegiatan. Sedangkan cara melakukan tugas/kegiatan itu disebut pemerintahan. Atau dengan kata lain pemerintahan disebut juga perbuatan memerintah. Sedangkan tambahan akhiran *an* dapat juga diartikan sebagai bentuk jamak atau dapat diartikan lebih dari satu pemerintahan. Selanjutnya dalam kepustakaan Inggris dijumpai perkataan “government” yang acapkalai diartikan baik sebagai “pemerintah” maupun “pemerintahan”.

Pengertian Pemerintahan yang lebih lengkap dikemukakan oleh Mariun: Istilah pemerintahan menunjuk kepada tugas pekerjaan atau fungsi. Sedangkan istilah pemerintah menunjuk kepada badan, organ, atau alat perlengkapan yang menjalankan fungsi atau bidang tugas pekerjaan. Dapat dikatakan kalau pemerintahan menunjuk kepada obyek, sedangkan istilah pemerintah menunjuk kepada subyek. Dari penjelasan tersebut dapat diketahui secara jelas perbedaan antara “pemerintah” dan “pemerintahan”.

Pemerintahan pada awalnya dibentuk untuk menghindari keadaan dimana sebuah wilayah mengalami kekacauan. Keadaan itu kemudian memaksa lahirnya seseorang dengan pengaruh yang ditimbulkannya untuk

membentuk kelompok yang terkuat bagi upaya menetralkan dan melindungi suatu kelompok dari gangguan kelompok lain. Dalam perkembangannya, kelompok inilah yang kemudian menjadi kelompok istimewa untuk melakukan apa saja bagi kepentingan perlindungan dan penyelamatan masyarakat. Kelompok tersebut pada tahap selanjutnya menjadi minoritas yang memiliki otoritas tak terbatas, dengan tujuan yang dapat mereka ciptakan atas nama kelompok mayoritas (rakyat). Atau bahkan atas dasar keinginan dan kehendak mereka sendiri. Kelompok tersebut kemudian menjadi pihak yang mengklaim diri sebagai satu-satunya yang paling berhak memerintah, atau “Pemerintah”. Pemerintah kemudian diartikan sebagai kelompok orang yang bertanggungjawab atas penggunaan kekuasaan/*exercising power*.

C.F Strong berpendapat pemerintahan dalam arti luas berarti kewenangan untuk kedamaian dan keamanan, baik ke dalam maupun ke luar. Oleh sebab itu, sebuah negara harus memiliki kekuasaan militer atau kemampuan untuk mengendalikan angkatan perang. Sebuah negara juga harus memiliki kekuasaan legislatif, dalam artian kemampuan membuat dan merancang undang-undang. Bukan itu saja, sebuah negara juga harus mempunyai kekuatan finansial atau kemampuan untuk memenuhi keuangan masyarakat dalam rangka membiayai ongkos keberadaan negara dalam penyelenggaraan peraturan.⁴⁷

⁴⁷Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, 1983, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, cet. ke-5, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 171.

R. Mac Evey berpendapat Pemerintahan adalah sebuah organisasi dari sekelompok orang-orang yang mempunyai kekuasaan. Sebagai tata usaha negara, rumah tangga negara, pemerintahan, pembangunan, dan pelestarian lingkungan hidup. Dengan kewenangan pokok yang dilakukan oleh pemerintah sebagai sebuah organisasi dari negara, W.S.Sayre meyakini bahwa pemerintah merupakan sebuah gejala yang memperlihatkan dan menjalankan kuasa negara. Kendati demikian, Wilson menganggap bahwa apa yang menjadi persyaratan awal oleh Strong tentang perlunya kekuatan militer tidaklah selalu berhubungan dengan organisasi kekuatan bersenjata, tetapi dua atau sekelompok orang dari sekian banyak yang dipersiapkan oleh suatu organisasi dalam upaya mewujudkan tujuan bersama menyangkut urusan umum masyarakatan cukuplah menjadi syarat dalam pengorganisasian kekuatan.

Dalam keseluruhan sistem tersebut, pemerintah menurut Apter merupakan satuan yang paling umum untuk melakukan tanggung jawab tertentu guna mempertahankan sistem serta melakukan monopoli praktis lewat kekuasaan secara paksa. Apter cenderung melihat kondisi tersebut sebagai suatu gejala kekuasaan semata sehingga pemerintah dipandang sah dalam melakukan intervensi secara monopoli sebagai bentuk tanggung jawab terhadap kepentingan umum. Bahkan apa pun dapat dilakukan guna mempertahankan sistem yang telah dibangun secara bersama. Jika kita melihat bagian-bagian dari partisipasi yang dapat dilakukan oleh publik atau masyarakat di atas, maka dapat disimpulkan bahwa partisipasi publik

dalam pengambilan suatu keputusan sangatlah penting. Partisipasi publik menjadi sangat penting urgensinya dalam proses pengambilan keputusan setelah dikampanyekannya *good governance* oleh Bank Dunia maupun *United Nations Development Program* (UNDP). Mengenai *good governance*, Hetifah Sj. Sumarto berpendapat:⁴⁸

“Salah satu karakteristik dari *good governance* atau tata kelola pemerintahan yang baik atau pemerintahan yang baik adalah partisipasi. Selanjutnya UNDP mengartikan partisipasi sebagai karakteristik pelaksanaan *good governance* adalah keterlibatan masyarakat dalam pembentukan keputusan baik secara langsung maupun tidak langsung melalui lembaga perwakilan yang dapat menyalurkan aspirasinya. Partisipasi tersebut dibangun atas dasar kebebasan bersosialisasi dan berbicara serta berpartisipasi secara konstruktif”.

Maka dalam arti yang luas, pemerintahan adalah perbuatan memerintah yang dilakukan oleh badan-badan legislatif, eksekutif, dan yudikatif di suatu negara dalam rangka mencapai tujuan penyelenggaraan negara. Dalam arti yang sempit, pemerintahan adalah perbuatan memerintah yang dilakukan oleh badan eksekutif beserta jajarannya dalam rangka mencapai tujuan penyelenggaraan negara. Sistem pemerintahan diartikan sebagai suatu tatanan utuh yang terdiri atas berbagai komponen pemerintahan yang bekerja saling bergantung dan memengaruhi dalam pencapaian tujuan dan fungsi pemerintahan. Kekuasaan dalam suatu negara menurut Montesquieu diklasifikasikan menjadi tiga, yaitu :

- a. Kekuasaan Eksekutif yang berarti kekuasaan menjalankan undang-undang atau kekuasaan menjalankan pemerintahan.

⁴⁸ W. S. Sayre, dalam Inu Kencana Syafii, 1998, *Ekologi Pemerintahan*, Jakarta, PT. Pertja, hlm. 4.

- b. Kekuasaan Legislatif yang berarti kekuasaan membentuk undang-undang
- c. Kekuasaan Yudikatif yang berarti kekuasaan mengadili terhadap pelanggaran atas undang-undang.

Komponen-komponen tersebut secara garis besar meliputi lembaga eksekutif, legislatif dan yudikatif. Jadi, sistem pemerintahan negara menggambarkan adanya lembaga-lembaga negara, hubungan antar lembaga negara, dan bekerjanya lembaga negara dalam mencapai tujuan pemerintahan negara yang bersangkutan.

Di negara modern yang birokratis dan sangat rumit, masyarakat industri dan teknologi maju, alat-alat pemerintahnya menjadi semakin terlibat dengan pengaturan dan pengarahan masyarakat. Orientasi utama dari negara telah bergeser dari kekuasaan dan proses kekuasaan ke pengambilan kebijakan. Suatu konfigurasi konstitusional hubungan kekuasaan dan sistem *checks and balances* membatasi kekuasaan yang dipegang oleh atau atas nama negara sebagai titik awalnya, tidak merefleksikan dampak masa kini dari aktivitas-aktivitas negara dan kompleksitas hubungan antara negara dengan masyarakat. Perubahan-perubahan struktural di dalam sifat dasar negara dan campur tangannya terhadap masyarakat telah membawa masalah-masalah khusus pengawasan, terutama di dalam hubungan eksekutif-parlementer. Bagaimanapun, sebaiknya ditekankan dimana perluasan atau perbaikan alat pengawasan konstitusional hanya dapat memberikan kontribusi, pada

luas yang terbatas, pada pemecahan masalah-masalah ini. Negara telah kehilangan monopolinya di bidang pengambilan keputusan publik. Pengamatan ini tidak hanya menunjuk pada kematian atau hilangnya kedaulatan 'internal' untuk kepentingan lingkungan internasional: sejauh produksi dan distribusi barang-barang publik diperhatikan, negara harus berbagi fungsi ini pada tingkat domestik dengan berbagai perwakilan masyarakat lainnya.

2. Wewenang Pemerintah

a. Asas Legalitas dan Wewenang Pemerintah

1) Asas Legalitas (*legaliteitsbeginsel*)

Asas legalitas merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan sebagai dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan dan kenegaraan di setiap negara hukum terutama bagi negara-negara hukum dalam sistem eropa kontinental. Pada mulanya asas legalitas dikenal dalam penarikan pajak oleh negara. Di Inggris terkenal ungkapan; "*No taxation without representation*", tidak ada pajak tanpa (persetujuan) parlemen, atau di Amerika ada ungkapan "*Taxation without representation is robbery*", pajak tanpa (persetujuan), parlemen adalah perampokan. Hal ini berarti penarikan pajak hanya boleh dilakukan setelah adanya undang-undang yang mengatur pemungutan dan penentuan pajak. Asas ini

dinamakan juga dengan kekuasaan undang-undang (*de herrschappij van de wet*).⁴⁹

Istilah asas legalitas juga dikenal dalam bidang hukum pidana; *nullum dilectum nulla poena sine pravia lege poenali* (tidak ada suatu hukuman tanpa ada undang-undang yang mengaturnya) dan dikenal pula dalam hukum islam yang bertumpu pada ayat *ma kaana mu'adzibiina hatta nab'atsa rasulla* “Kami tidak akan menjatuhkan siksaan sebelum kami mengutus seorang Rasul”, yang selanjutnya dari ayat ini melahirkan suatu kaidah hukum islam “*la hukma li af'al al al'uqola-i qobla wurud al-nash*” (tidak ada hukuman bagi orang-orang yang berakal sebelum ada ketentuan *nash*). Kemudian asas ini digunakan dalam bidang Hukum Administasi Negara yang memiliki makna “*dat het bestuur aan de wet is onderworpen*” (bahwa pemerintah tunduk pada undang-undang) atau “*het legaliteitsbeginsel houdt in dat alle (aglemene) de burgers bindende bepaligen op de wet moeten betusten*” (asas legalitas menentukan bahwa semua ketentuan yang mengikat warga negara harus didasarkan pada undang-undang). Asas legalitas ini merupakan prinsip negara hukum yang sering dirumuskan dengan ungkapan “*het beginsel van wetmatigheid van bestuur*” yakni prinsip keabsahan pemerintah.⁵⁰

⁴⁹ Ridwan HR, 2014, *Hukum...*, *Op. Cit.*, hlm. 90-91.

⁵⁰ *Ibid.*

Secara historis, asas pemerintahan yang berdasarkan undang-undang itu berasal dari pemikiran hukum sejak abad ke-19 yang dimana keberadaan negara hukum klasik atau negara hukum liberal (*de liberal rechtsstaatidee*) dan dikuasai oleh berkembangnya pemikiran hukum legalistik-positivistik, terutama pada pengaruh aliran hukum legisme, yang menganggap hukum itu hanya pada apa yang tertulis saja dalam undang-undang. Sedangkan diluar undang-undang tidak dianggap sebagai hukum atau bukan hukum. Oleh karena itu undang-undang dijadikan sebagai sendi pokok penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan, dengan kata lain asas legalitas dalam gagasan memiliki kedudukan sentral atau sebagai suatu fundamen dari negara hukum (*als een fundamente van de rechtsstaat*).

Secara normatif, prinsip bahwa setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan peraturan perundang-undangan atau berdasarkan pada kewenangan ini memang dianut di setiap negara hukum, namun dalam praktiknya penerapan prinsip tersebut berbeda-beda antara satu negara dengan negara lain. Ada negara yang sangat berpegang pada prinsip ini, ada pula negara yang tidak begitu ketat menerapkannya. Artinya bahwa untuk urusan pemerintahan yang tidak begitu fundametal maka prinsip tersebut dapat diabaikan. Berkenaan dari hal tersebut, Foulkes menyebutkan sebagai berikut.

“if the goverment has decided on certain action – to give grants and loans to firm, to encourange export, to abolish pay beds in

*hospitals, to ensure that secondary education is organised on the comprehensive principle, to hold a referendum and so on – it will have to ask itself whether it needs statutory authority to do it. **It can do many things without having to rely on such authority.** It can enter into contacts, it can conduct foreign affairs and sign treaties, ... It can, like any other employer, direct the work of employees, it can send troops to Suez and bring them back. It can create new institutions by the grant of charter or by purely administrative action. **All these can do without having to get the prior consent of parliament whether by Act or otherwise**".⁵¹*

(Jika pemerintah telah memutuskan untuk melakukan tindakan tertentu—memberikan bantuan dan pinjaman pada perusahaan, mendorong ekspor, membebaskan biaya perawatan dirumah sakit, menjamin pendidikan lanjutan yang diatur berdasarkan prinsip-prinsip umum, melaksanakan pemilihan umum dan sebagainya, ia akan menanyakan pada dirinya apakah ia memerlukan kewenangan menurut undang-undang untuk melaksanakannya. Pemerintah dapat memerlukan banyak hal tanpa harus menyadari pada kewenangan seperti itu. Pemerintah dapat membuat kontrak melaksanakan urusan luar negeri dan menandatangani perjanjian, Pemerintah dapat, seperti halnya pengusaha lainnya, mengarahkan pekerjaan para pegawai. Pemerintah dapat mengirim pasukan ke Suez dan mengembalikan mereka. Pemerintah dapat membuat institusi baru dengan jaminan anggaran dasar atau dengan melakukan tindakan administrasi belaka. Pemerintah dapat melakukan semua itu tanpa terlebih dahulu harus mendapatkan izin parlemen apakah melalui undang-undang ataupun lainnya).

Penerapan asas legalitas menurut Indarto, akan dapat menunjang berlakunya suatu kepastian hukum dan kesamaan

⁵¹ Foulkes, dalam Ridwan HR, Hukum...., *Op.Cit.*, hlm.93

perlakuan. Kesamaan perlakuan terjadi karena setiap orang berada dalam situasi yang ditentukan dalam undang-undang itu berhak dan berkewajiban untuk berbuat seperti yang ditentukan dalam undang-undang tersebut. Sedangkan kepastian hukum akan terjadi karena suatu peraturan dapat membuat semua tindakan yang akan dilakukan pemerintah itu dapat diramalkan atau diperkirakan lebih dahulu, dengan melihat kepada peraturan-peraturan yang berlaku maka pada dasarnya dapat dilihat atau diharapkan apa yang dilakukan oleh aparat pemerintahan yang bersangkutan. Dengan demikian warga masyarakat dapat menyesuaikan dengan keadaan tersebut.⁵² Disamping itu, menurut H.D Stout *“Het legaliteitsbeginsel beoogt de rechtpositie van de burger jogens de overheid te waarborgen”*⁵³ (asas legalitas dimaksudkan untuk memberikan jaminan kedudukan hukum warga negara terhadap pemerintah). Pemerintah hanya dapat melakukan suatu perbuatan hukum jika memiliki legalitas atau didasarkan pada undang-undang yang merupakan perwujudan aspirasi warga negara.

2) Wewenang Pemerintah

Walaupun dalam asas legalitas masih mengandung kelemahan didalamnya, akan tetapi asas legalitas tetap menjadi prinsip yang utama dalam setiap negara hukum. Telah diketahui bahwa asas legalitas merupakan dasar dalam setiap penyelenggaraan kenegaraan

⁵² Indaroharto, 1993, *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, buku I, Jakarta, Pustaka Sinar Harapan, hlm. 83-84.

⁵³ HD, Stout, dalam Ridwan HR, *Hukum...., Op. Cit.*, hlm. 98.

dan pemerintahan. Dengan kata lain dalam setiap penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan harus memiliki legitimasi, yaitu kewenangan yang diberikan oleh undang-undang. Dengan demikian, substansi asas legalitas adalah wewenang yakni "*Het vermogen tot het verrichten van bepaalde rechtshanddelingen*" Yaitu kemampuan untuk melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu.

Dalam literatur ilmu politik, ilmu pemerintahan, dan ilmu hukum sering ditemukan istilah kekuasaan, kewenangan, dan wewenang. Kekuasaan sering disamakan begitu saja dengan kewenangan, dan kekuasaan sering dipertukarkan dengan istilah kewenangan, demikian pula sebaliknya. Bahkan kewenangan sering disamakan juga dengan wewenang. Kekuasaan biasanya berbentuk hubungan dalam arti bahwa "ada satu pihak yang memerintah dan pihak lain yang diperintah" (*the rule and the ruled*).

Berdasarkan pengertian tersebut diatas, dapat terjadi kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum. Kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum oleh Henc van Maarseven disebut sebagai "*blote macht*", sedangkan kekuasaan yang berkaitan dengan hukum oleh Max Weber disebut sebagai wewenang rasional atau legal, yakni wewenang yang berdasarkan suatu sistem hukum ini dipahami sebagai suatu kaidah-kaidah yang telah diakui serta dipatuhi oleh masyarakat dan bahkan yang diperkuat oleh Negara. Dalam hukum publik, wewenang berkaitan dengan kekuasaan. Kekuasaan memiliki

makna yang sama dengan wewenang karena kekuasaan yang dimiliki oleh eksekutif, legislatif dan yudikatif adalah kekuasaan formal. Kekuasaan merupakan unsur esensial dari suatu Negara dalam proses penyelenggaraan pemerintahan di samping unsur-unsur lainnya, yaitu:

- a) hukum;
- b) kewenangan (wewenang);
- c) keadilan;
- d) kejujuran;
- e) kebijakbestarian; dan
- f) kebajikan.⁵⁴

Kekuasaan merupakan inti dari penyelenggaraan negara agar negara dalam keadaan bergerak (*de staat in beweging*) sehingga negara itu dapat berkiprah, bekerja, berkapasitas, berprestasi, dan berkinerja melayani warganya. Oleh karena itu negara harus diberi kekuasaan. Kekuasaan menurut Miriam Budiardjo adalah kemampuan seseorang atau sekelompok orang manusia untuk mempengaruhi tingkah laku seseorang atau kelompok lain sedemikian rupa sehingga tingkah laku itu sesuai dengan keinginan dan tujuan dari orang atau negara. Agar kekuasaan dapat dijalankan maka dibutuhkan penguasa atau organ sehingga negara itu

⁵⁴Suwoto Mulyosudarmo, 1990, *Kekuasaan dan Tanggung Jawab Presiden Republik Indonesia, Suatu Penelitian Segi-Segi Teoritik dan Yuridis Pertanggungjawaban Kekuasaan*, Surabaya, Universitas Airlangga, hlm. 30.

dikonsepkan sebagai himpunan jabatan-jabatan (*een ambten complex*) dimana jabatan-jabatan itu diisi oleh sejumlah pejabat yang mendukung hak dan kewajiban tertentu berdasarkan konstruksi subyek-kewajiban. Dengan demikian kekuasaan mempunyai dua aspek, yaitu aspek politik dan aspek hukum, sedangkan kewenangan hanya beraspek hukum semata. Artinya, kekuasaan itu dapat bersumber dari konstitusi, juga dapat bersumber dari luar konstitusi (*inkonstitusional*), misalnya melalui kudeta atau perang, sedangkan kewenangan jelas bersumber dari konstitusi.⁵⁵

Ateng Syafrudin berpendapat ada perbedaan antara pengertian kewenangan dan wewenang. Kita harus membedakan antara kewenangan (*authority, gezag*) dengan wewenang (*competence, bevoegheid*). Kewenangan adalah apa yang disebut kekuasaan formal, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang, sedangkan wewenang hanya mengenai suatu “*onderdeel*” (bagian) tertentu saja dari kewenangan. Didalam kewenangan terdapat wewenang-wewenang (*rechtsbe voegdheden*). Wewenang merupakan lingkup tindakan hukum publik, lingkup wewenang pemerintahan, tidak hanya meliputi wewenang membuat keputusan pemerintah (*bestuur*), tetapi meliputi wewenang dalam rangka pelaksanaan tugas, dan memberikan wewenang serta

⁵⁵A. Gunawan Setiardja, 1990, *Dialektika Hukum dan Moral dalam Pembangunan Masyarakat Indonesia*, Yogyakarta, Kanisius, hlm. 52,

distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Secara yuridis, pengertian wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum, *evoegheid wet kan worden omscreven als het geheel van bestuurechtelijke bevoegdheden door publiekrechtelijke rechtssubjecten in het bestuurechtelijke rechtsverkeer* (wewenang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintah oleh subjek hukum publik dalam hukum publik). Dari berbagai pengertian kewenangan sebagaimana tersebut di atas, penulis berkesimpulan bahwa kewenangan (*authority*) memiliki pengertian yang berbeda dengan wewenang (*competence*). Kewenangan merupakan kekuasaan formal yang berasal dari undang-undang, sedangkan wewenang adalah suatu spesifikasi dari kewenangan, artinya barang siapa (subyek hukum) yang diberikan kewenangan oleh undang-undang, maka ia berwenang untuk melakukan sesuatu yang tersebut dalam kewenangan itu.⁵⁶

b. Sumber dan Cara Memperoleh Wewenang Pemerintah

Seiring dengan pilar utama negara hukum bahwa wewenang pemerintah berasal dari peraturan perundang-undangan, artinya sumber wewenang bagi pemerintah adalah peraturan perundang-undangan.

⁵⁶Rusadi Kantaprawira, 1998 "Hukum dan Kekuasaan", Makalah, Yogyakarta, Universitas Islam Indonesia, hlm. 37-38.

Secara teoritik kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diperoleh melalui tiga cara yaitu atribusi, delegasi, dan mandat.⁵⁷ Indrohato mengemukakan bahwa dalam atribusi terjadi pemberian wewenang pemerintah yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan. Disini diciptakan suatu wewenang baru. Lebih lanjut bahwa legislator yang kompeten untuk memberikan atribusi wewenang pemerintah itu dibedakan antara:

- 1) Yang berkedudukan sebagai *original legislator*; di negara kita ditingkat pusat adalah MPR sebagai pembentuk konstitusi dan DPR bersama dengan pemerintah sebagai yang melahirkan suatu undang-undang, dan di tingkat daerah adalah DPRD dan pemerintah Daerah yang melahirkan peraturan.
- 2) Yang bertindak sebagai *delegated legislator*, seperti Presiden yang berdasar pada suatu ketentuan undang-undang mengeluarkan Peraturan Pemerintah dimana diciptakan wewenang-wewenang pemerintahan kepada badan atau Jabatan Tata Usaha Negara tertentu.

Pada delegasi terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh badan atau Jabatan Tata Usaha Negara yang telah memperoleh wewenang pemerintah secara atributif kepada Badan atau

⁵⁷ Ridwan HR, *Hukum...., Op. Cit.*, hlm. 101.

jabatan Tata Usaha Negara lainnya. Jadi, suatu delegasi selalu didahului oleh adanya suatu atribusi wewenang.⁵⁸

Dalam kaitan dengan konsep atribusi, delegasi, ataupun mandat, J.G. Brouwer dan A.E. Schilder, mengatakan:⁵⁹

- 1) *with attribution, power is granted to an administrative authority by an independent legislative body. The power is initial (originair), which is to say that is not derived from a previously existing power. The legislative body creates independent and previously non existent powers and assigns them to an authority.*
- 2) *Delegation is a transfer of an acquired attribution of power from one administrative authority to another, so that the delegate (the body that the acquired the power) can exercise power in its own name.*
- 3) *With mandate, there is not transfer, but the mandate giver (mandans) assigns power to the body (mandataris) to make decision or take action in its name.*

Delegasi adalah kewenangan yang dialihkan dari kewenangan atribusi dari suatu organ (institusi) pemerintahan kepada organ lainnya sehingga delegator (organ yang telah memberi kewenangan) dapat menguji kewenangan tersebut atas namanya, sedangkan pada mandat, tidak terdapat suatu pemindahan kewenangan tetapi pemberi mandat (mandator) memberikan kewenangan kepada organ lain (mandataris) untuk membuat keputusan atau mengambil suatu tindakan atas namanya. Adanya perbedaan mendasar antara kewenangan atribusi dan

⁵⁸ Indroharto, *Op. Cit.*, hlm. 91.

⁵⁹ J.G. Brouwer dan Schilder, 1998, *A Survey of Dutch Administrative Law*, Nijmegen, Ars Aequilibrari, hlm.16-17.

delegasi. Pada atribusi, kewenangan yang ada siap dilimpahkan, tetapi tidak demikian pada delegasi. Berkaitan dengan asas legalitas, kewenangan tidak dapat didelegasikan secara besar-besaran, tetapi hanya mungkin dibawah kondisi bahwa peraturan hukum menentukan mengenai kemungkinan delegasi tersebut.

Delegasi harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:⁶⁰

- 1) delegasi harus definitif, artinya delegasi tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;
- 2) delegasi harus berdasarkan ketentuan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan jika ada ketentuan yang memungkinkan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;
- 3) delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;
- 4) kewajiban memberi keterangan (penjelasan), artinya delegans berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut
- 5) peraturan kebijakan (*beleidsregel*), artinya delegans memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.

Kewenangan harus dilandasi oleh ketentuan hukum yang ada (konstitusi), sehingga kewenangan tersebut merupakan kewenangan yang sah. Dengan demikian, pejabat (organ) dalam mengeluarkan keputusan didukung oleh sumber kewenangan tersebut. Stroink menjelaskan bahwa sumber kewenangan dapat diperoleh bagi pejabat atau organ (institusi) pemerintahan dengan cara atribusi, delegasi dan mandat. Kewenangan organ (institusi) pemerintah adalah suatu

⁶⁰Philipus M. Hadjon, "Tentang wewenang", Surabaya, Majalah Fakultas Hukum Unair No. 5 & 6 Tahun XXI, Edisi September-Desember, hlm.5

kewenangan yang dikuatkan oleh hukum positif guna mengatur dan mempertahankannya. Tanpa kewenangan tidak dapat dikeluarkan suatu keputusan yuridis yang benar.⁶¹

c. Tindakan Pemerintah

Pemerintah melakukan berbagai tindakan untuk dapat menjalankan tugas dan fungsi pemerintahan yang disebut dengan tindakan pemerintah (*bestuurshandeling*, jamak=*bestuurshandelingen*). Tindakan pemerintah adalah setiap tindakan atau perbuatan yang dilakukan oleh alat perlengkapan pemerintahan (*bestuursorgan*) dalam menjalankan fungsi pemerintahan (*bestuursfunctie*).⁶² Dalam negara hukum modern (*welfarestate*), pemerintah memiliki tugas yang lebih luas daripada hanya menjalankan undang-undang sebab lapangan pekerjaan pemerintah meliputi tugas penyelenggaraan kesejahteraan umum (*bestuurszorg*).

Terdapat dua bentuk tindakan pemerintah (*bestuurshandeling*) yang dilakukan dalam melaksanakan tugas dan fungsi pemerintahan, yakni tindakan berdasarkan hukum (*rechthandeling*) dan tindakan berdasarkan fakta, bukan berdasarkan hukum (*feitelijkehendeling*).⁶³ E. Utrecht mengartikan dengan “perbuatan pemerintah” serta menyebutkan dua bentuk tindakan pemerintah ini (*rechshandeling* dan

⁶¹ F.A.M. Stroink dalam Abdul Rasyid Thalib, 2006, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Aplikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 219.

⁶² Sadjijono, 2011, *Bab-Bab Pokok Hukum Administrasi*, Yogyakarta, Laksbang Pressindo, hlm. 84.

⁶³ *Ibid.*

feitelijekehandeling) sebagai dua golongan besar perbuatan pemerintah.⁶⁴

1) Tindakan berdasarkan hukum (*rechtshandeling*)

Menurut R.J.H.M. Huisman (sebagaimana dikutip oleh Ridwan H.R), tindakan hukum adalah tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya menimbulkan akibat hukum tertentu.⁶⁵ Tindakan berdasarkan hukum dari pemerintah berarti tindakan yang dilakukan oleh pemerintah yang menimbulkan akibat hukum tertentu berupa hak dan kewajiban, seperti tercipta atau hapusnya hak dan kewajiban tertentu. Menurut H.D. van Wijk/Williem Konijnenbelt (sebagaimana dikutip oleh Sadjijono), akibat hukum tindakan pemerintah tersebut dapat berupa :

- a) menimbulkan beberapa perubahan hak, kewajiban atau kewenangan yang ada;
- b) menimbulkan perubahan kedudukan hukum bagi seseorang atau obyek yang ada;
- c) terdapat hak-hak, kewajiban, kewenangan ataupun status tertentu yang ditetapkan.⁶⁶

Ada dua bentuk tindakan hukum pemerintah, yaitu tindakan hukum pemerintah berdasarkan hukum publik (*publiekrechtelijke handeling*) dan tindakan hukum pemerintah berdasarkan hukum privat (*privatrechtelijke handeling*). Dua bentuk tindakan hukum pemerintah ini berkaitan dengan kedudukan pemerintah sebagai institusi pemegang jabatan pemerintahan (*ambtsdrager*) dan

⁶⁴ E. Utrecht, 1960, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Cet. IV, Jakarta, Ichtiar, hlm. 62-63.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Sadjijono, *Op. Cit.*, hlm. 85.

sebagai badan hukum. Perbedaan antara tindakan hukum publik dan tindakan hukum privat akan melahirkan akibat hukum yang berbeda pula.

Tindakan hukum publik (*publiekrechtshandeling*) berarti bahwa tindakan hukum yang dilakukan oleh pemerintah didasarkan pada hukum publik dalam kedudukannya sebagai pemegang jabatan pemerintahan yang dilakukan berdasarkan kewenangan pemerintah yang bersifat hukum publik yang hanya dapat lahir dari kewenangan yang bersifat hukum publik pula.⁶⁷ Tindakan hukum publik dibagi menjadi dua bentuk, yakni tindakan hukum publik bersifat sepihak (*eenzijdig publiekrechtelijke handeling*) dan tindakan hukum publik yang bersifat berbagai pihak, yakni dua atau lebih (*meerzijdig publiekrechtelijke handeling*) atau menurut E. Utrecht disebut dengan tindakan hukum publik bersegi satu (*eenzijdige publiekrechtelijke handeling*) dan tindakan hukum publik bersegi dua (*tweenzijdige publiekrechtelijke handeling*).⁶⁸

Dikatakan sebagai tindakan hukum publik bersegi satu (bersifat sepihak) karena alat-alat perlengkapan pemerintah memiliki kekuasaan istimewa dalam melakukan atau tidak melakukan tindakan tergantung kehendak sepihak dari badan atau pejabat Tata Usaha Negara yang memiliki wewenang pemerintahan untuk berbuat demikian. Oleh karena merupakan suatu pernyataan

⁶⁷ Ibid., hlm. 86.

⁶⁸ E. Utrech, *Op. Cit.*, hlm. 65.

kehendak secara sepihak dari organ pemerintahan, maka tindakan hukum pemerintah yang bersegi satu ini tidak boleh mengandung unsur kecacatan seperti kekhilafan (*dwaling*), penipuan (*bedrog*), dan paksaan (*dwang*) serta hal-hal lain yang menimbulkan akibat hukum tidak sah.⁶⁹ hukum publik yang bersifat sepihak (bersegi satu) ini disebut dengan “*beschikking*” atau dalam Bahasa Indonesia disebut dengan istilah “keputusan” atau “ketetapan”.⁷⁰

Sedangkan tindakan hukum privat adalah tindakan hukum yang dilakukan oleh pemerintah yang didasarkan pada hukum privat dalam kedudukannya sebagai badan hukum dan bukan tugas untuk kepentingan umum sehingga tindakannya didasarkan pada ketentuan hukum privat.⁷¹ Tindakan pemerintah dalam hukum privat misalnya jual beli tanah dan jual beli barang yang dilakukan pemerintah dalam hubungan hukum perdata.

2) Tindakan berdasarkan fakta (*feitelijkehandeling*)

Tindakan berdasarkan fakta adalah tindakan-tindakan yang tidak ada relevansinya dengan hukum dan oleh karenanya tidak menimbulkan akibat hukum.⁷² Menurut Kuntjoro Probopranoto, tindakan berdasarkan fakta (*feitelijkehandeling*) ini tidak relevan, karena tidak mempunyai hubungan langsung dengan kewenangannya. Tindakan berdasarkan fakta yang dilakukan oleh

⁶⁹ Ridwan HR, *Op. Cit.*, hlm. 111.

⁷⁰ Sadjijono, *Op. Cit.*, hlm. 87.

⁷¹ Sadjijono, *Op. Cit.*, hlm. 90.

⁷² Ridwan HR, *Op. Cit.* hlm. 109.

pemerintah misalnya tindakan meresmikan gedung-gedung dan menyelenggarakan upacara-upacara, serta kegiatan lainnya yang tidak menimbulkan akibat hukum.

1) Unsur-Unsur Tindakan Hukum Pemerintah

Menurut E. Utrecht tindakan hukum pemerintah merupakan tindakan pemerintah yang terpenting dalam hal pelaksanaan tugas pemerintahan.⁷³ Adapun unsur-unsur tindakan pemerintah yaitu:

- a) tindakan tersebut dilakukan oleh aparat pemerintah dalam kedudukannya sebagai penguasa maupun sebagai alat perlengkapan pemerintahan (*bestuursorgan*);
- b) tindakan dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan (*bestuursfunctie*);
- c) tindakan dimaksudkan sebagai sarana untuk menimbulkan akibat hukum (*rechtsgevolgen*) di bidang hukum administrasi;
- d) tindakan yang dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan umum;
- e) tindakan dilakukan berdasarkan norma wewenang pemerintah;
- f) tindakan tersebut berorientasi pada tujuan tertentu berdasarkan hukum.⁷⁴

Sedangkan menurut Ridwan HR, sebagaimana mengutip pendapat Mucsan yang menyebutkan unsur-unsur dari tindakan hukum pemerintah adalah sebagai berikut:

- a) perbuatan itu dilakukan oleh aparat pemerintah dalam kedudukannya sebagai penguasa maupun sebagai alat perlengkapan pemerintahan (*bestuursorgan*) dengan prakarsa dan tanggung jawab sendiri;
- b) perbuatan tersebut dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan;
- c) perbuatan tersebut dimaksudkan sebagai sarana untuk

⁷³ E. Utrech, *Op. Cit.*, hlm. 63.

⁷⁴ Sadjijono, *Op. Cit.*, hlm. 86.

menimbulkan akibat hukum di bidang Hukum Administrasi Negara;

- d) perbuatan yang bersangkutan dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat;
- e) perbuatan hukum administrasi harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku (mengedepankan asas legalitas atau *wetmatigheid van bestuur*).

Perlunya asas legalitas dalam setiap tindakan hukum pemerintah mengingat bahwa wewenang sebagai dasar pemerintah dalam melakukan berbagai tindakan bersumber pada peraturan perundang-undangan.

2) Alat Ukur Keabsahan Tindakan Pemerintah

Asas legalitas menjadi unsur utama dalam setiap tindakan pemerintah. Asas legalitas bermakna bahwa setiap tindakan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku dan apabila tindakan pemerintah dilakukan tidak didasarkan pada peraturan perundang-undangan maka tindakan tersebut merupakan tindakan sewenang-wenang (*wilekeur*) atau penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) yang berakibat cacat yuridis pada tindakan hukum yang dilakukan.⁷⁵

Untuk mengukur keabsahan tindakan pemerintah dapat menggunakan dua alat ukur, yaitu peraturan perundang-undangan dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB).⁷⁶

Peraturan perundang-undangan berkaitan dengan dasar hukum

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 107.

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 109-113.

yang memberi wewenang bagi pemerintah untuk bertindak (legitimasi pemerintah), sedangkan asas-asas umum pemerintahan yang baik berkaitan dengan dasar-dasar dan pedoman bertindak bagi pemerintah diluar aturan yang bersifat normatif. Asas-asas umum pemerintahan yang baik dijadikan sebagai penilaian terhadap moralitas setiap tindakan pemerintah.