

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Indonesia adalah negara hukum, hal ini telah dijelaskan di dalam Pasal 1 ayat (3) Undang Undang Dasar (UUD) 1945 yang menyebutkan : Negara Indonesia adalah negara hukum. hal ini mendasarkan pada penjelasan UUD 1945 bahwa negara Indonesia berdasar atas hukum (*rechtstaat*) dan tidak berdasar atas kekuasaan semata (*machstaat*). Negara tidak boleh melaksanakan aktivitasnya atas dasar kekuasaan belaka, tetapi harus berdasar pada hukum,¹ di Indonesia pengaturan kepada rakyat yang dilakukan oleh pemerintah mendasarkan pada Hukum Administrasi Negara².

Dalam pergaulan hukum di masyarakat, pemerintah dapat menempatkan dirinya sebagai subjek hukum yang melakukan hubungan hukum dengan warga negara baik di dalam hukum publik maupun hukum privat. Kedudukan

¹ C S T Kansil, *Hukum Tata Negara Republik Indonesia*, Bina Aksara, Jakarta, 1986, halaman 86. Dalam melakukan suatu hubungan hukum (*rechtsbetrekking*), subjek hukum selaku pemilik hak dan kewajiban (*de drager van de rechten en plichten*), baik itu manusia (*naturlijke persoon*), badan hukum (*rechtspersoon*), maupun jabatan (*ambt*), dapat melakukan tindakan-tindakan hukum berdasarkan kemampuan (*bekwaan*) atau kewenangan (*bevoegdheid*) yang dimilikinya. Dalam pergaulan di tengah masyarakat, banyak terjadi hubungan hukum yang muncul sebagai akibat adanya tindakan hukum dari subjek hukum itu. Tindakan hukum ini merupakan awal lahirnya hubungan hukum (*rechtsbetrekking*), yakni interaksi antar subjek hukum yang memiliki relevansi hukum atau mempunyai akibat hukum. Agar hubungan hukum antar subjek hukum itu berjalan secara harmonis, seimbang dan adil, dalam arti setiap subjek hukum mendapatkan apa yang menjadi haknya dan menjalankan kewajiban yang dibebankan kepadanya, maka hukum tampil sebagai aturan main dalam mengatur hubungan hukum tersebut. Ridwan H R, *Hukum Administrasi Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, halaman 265.

² Hukum Administrasi Negara adalah seperangkat peraturan yang memungkinkan administrasi negara menjalankan fungsinya, yang sekaligus melindungi warga terhadap sikap tindak administrasi negara, dan melindungi administrasi negara itu sendiri. Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, 1992, halaman 4.

pemerintah dalam hukum privat adalah sebagai wakil dari badan hukum publik, sedangkan kedudukan hukum pemerintah berdasarkan hukum publik adalah sebagai wakil (*vertegenwoordiger*) dari jabatan pemerintahan.

Negara Indonesia adalah negara hukum yang bertujuan mewujudkan tata kehidupan negara dan bangsa yang sejahtera, aman, tentram, serta tertib.³ Dalam usaha mewujudkan tujuan tersebut di atas, sesuai dengan sistem pemerintahan negara yang dianut dalam UUD 1945, melalui aparturnya, pemerintah harus berperan aktif dan positif. Negara merupakan organisasi tertinggi di antara satu atau beberapa kelompok masyarakat yang mempunyai cita untuk bersatu hidup dalam daerah tertentu, dan mempunyai pemerintahan berdaulat.⁴ Mengenai tugas negara dibagi menjadi tiga kelompok, yakni :

Pertama, negara harus memberikan perlindungan kepada penduduk dalam wilayah tertentu. *Kedua*, negara mendukung atau langsung menyediakan berbagai pelayanan kehidupan masyarakat di bidang sosial, ekonomi, dan

³ Indonesia sebagai negara hukum dengan tujuan mencapai kesejahteraan masyarakatnya membutuhkan suatu hukum yang digunakan oleh pemerintah untuk mengatur masyarakat tersebut agar tercipta suatu kesejahteraan yang dikehendaki. hukum tersebut yaitu Hukum Administrasi Negara, suatu hukum yang mengatur hubungan hukum antara perangkat-perangkat negara dengan warga negara. Soehino, *Asas-asas Hukum Tata Pemerintahan*, Liberty, Yogyakarta, 1984, halaman 2. Sebagai konsekuensi logis dari tekad pemerintah untuk mengisi kemerdekaan dengan pembangunan nasional, pemerintah berupaya keras melaksanakan pembangunan di segala bidang, termasuk bidang hukum sebagai salah satu sarana penegakan keadilan bagi anggota masyarakat. Pembangunan dan pembinaan bidang hukum seperti ditetapkan dalam beberapa ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat diarahkan agar hukum mampu memenuhi kebutuhan sesuai dengan tingkat kemajuan pembangunan di segala bidang, sehingga dapat diciptakan ketertiban dan kepastian hukum bagi memperlancar pelaksanaan pembangunan. Hukum diciptakan sebagai suatu sarana atau instrumen untuk mengatur hak dan kewajiban subjek hukum, agar subjek hukum dapat menjalankan kewajibannya dengan baik dan mendapatkan haknya secara wajar. Di samping itu, hukum juga berfungsi sebagai instrumen perlindungan bagi subjek hukum. hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Pelanggaran hukum terjadi ketika subjek hukum tertentu tidak menjalankan kewajiban yang seharusnya dijalankan atau karena melanggar hak subjek hukum lain. Subjek hukum yang dilanggar haknya harus mendapatkan perlindungan hukum. Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, halaman 140.

⁴ M Mahfud M D, *Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, halaman 64.

kebudayaan. *Ketiga*, negara menjadi wasit yang tidak memihak antara pihak-pihak yang berkonflik dalam masyarakat serta menyediakan suatu sistem yudisial yang menjamin keadilan dasar dalam hubungan kemasyarakatan.⁵

Tugas negara dalam suatu negara kesejahteraan atau *social service state*⁶, adalah menyelenggarakan kepentingan umum untuk memberikan kemakmuran dan kesejahteraan yang sebesar-besarnya berdasarkan keadilan dalam suatu negara hukum.⁷ Dalam mencapai tujuan dari negara dan menjalankan negara, dilaksanakan oleh pemerintah. Mengenai pemerintah, terdapat dua pengertian, yaitu pemerintah dalam arti luas dan pemerintah dalam arti sempit⁸.

Meskipun administrasi negara memiliki kebebasan, namun dalam

⁵ Y Sri Pudyatmoko, *Perizinan, Problem dan Upaya Pembinaan*, Gramedia Widiasana Indonesia, Jakarta, 2009, halaman 1.

⁶ Pembahasan mengenai pengertian negara hukum dapat dilihat dari pengertian dari negara hukum dalam arti yang sempit (formil) dan negara hukum dalam arti yang luas (materil). Terlepas dari berbagai pandangan di atas, melihat pada negara Indonesia dikenal sebagai negara hukum dalam arti materil atau *welfare state*, yakni suatu negara yang secara intensif mencampuri seluruh perikehidupan individu warga negaranya, dengan tujuan agar para individu yang hidup dalam negara tersebut mencapai derajat hidup yang sejahtera. Joeniarto, *Negara Hukum*, Yayasan Badan Penerbit Gadjah Mada, Yogyakarta, 1968, halaman 18.

⁷ Amrah Muslimin, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*, Alumni, Bandung, 1985, halaman 110. Indonesia ialah negara hukum yang menganut konsepsi *welfare state* (negara kesejahteraan), sebagaimana diisyaratkan dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945, yang merupakan tujuan negara. Dalam konsepsi *welfare state*, pemerintah diberi wewenang yang luas untuk campur tangan (*staatsbemoeienis*) di segala lapangan kehidupan masyarakat dalam rangka *bestuurszorg*, mewujudkan kesejahteraan umum. Campur tangan tersebut tertuang dalam ketentuan perundang-undangan, baik dalam bentuk undang-undang, maupun peraturan pelaksanaan lainnya yang dilaksanakan oleh administrasi negara, selaku alat perlengkapan negara yang menyelenggarakan tugas servis publik. Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1985, halaman 3. Lihat Lembaga Administrasi Negara, *Sistem Administrasi Negara Republik Indonesia*, Toko Gunung Agung, Jakarta, 1997, halaman 192.

⁸ Pemerintah dalam arti luas (*regering*) adalah pelaksanaan tugas seluruh badan, lembaga dan petugas yang disertai wewenang mencapai tujuan negara. Sedangkan, pemerintah dalam arti sempit (*bestuur*) mencakup organisasi, fungsi yang menjalankan tugas pemerintahan. Kuntjoro Purbopranoto, *Perkembangan Hukum Administrasi Indonesia*, Binacipta, Bandung, 1981, halaman 1. Mengenai pembagian pengertian dari pemerintah ini, juga terdapat dalam buku S F Marbun dan M Mahfud M D yang berjudul *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, namun terdapat sedikit perbedaan rumusan mengenai arti pemerintah dalam arti luas maupun dalam arti sempit. Pengertian pemerintah dalam arti sempit adalah organ/alat perlengkapan negara yang disertai tugas pemerintahan atau melaksanakan undang-undang. Dalam pengertian ini pemerintah hanya berfungsi sebagai badan eksekutif (*bestuur*). Pemerintah dalam arti luas adalah semua badan yang menyelenggarakan semua kekuasaan di dalam negara baik kekuasaan eksekutif maupun kekuasaan legislatif dan yudikatif. S F Marbun dan M Mahfud M D, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Liberty, Yogyakarta, 2006, halaman 8.

pelaksanaan harus berdasarkan kepada hukum. Sebagai konsekuensi negara hukum, segala sikap tindak administrasi negara tidak boleh bertentangan dengan hukum⁹. Hukum yang mengatur hubungan antara pemerintah dengan dengan warga negara adalah Hukum Administrasi Negara atau Hukum Perdata, tergantung sifat dan kedudukan pemerintah dalam melakukan tindakan hukum. Telah disebutkan bahwa pemerintah memiliki dua kedudukan hukum yaitu sebagai wakil dari badan hukum publik (*publiek rechtspersoon, public legal entity*) dan sebagai pejabat (*ambtsdrager*) dari jabatan pemerintahan. Ketika pemerintah melakukan tindakan hukum dalam kapasitasnya sebagai wakil dari badan hukum, maka tindakan tersebut diatur dan tunduk pada ketentuan hukum keperdataan, sedangkan ketika pemerintah bertindak dalam kapasitasnya sebagai pejabat, maka tindakan itu diatur dan tunduk pada Hukum Administrasi Negara.¹⁰

Hukum Administrasi Negara adalah seperangkat peraturan yang

⁹ Fungsi hukum sebagai instrumen pengatur dan instrumen perlindungan ini, di samping fungsi lainnya sebagaimana akan disebutkan di bawah, diarahkan pada suatu tujuan, yaitu untuk menciptakan suasana hubungan hukum antar subjek hukum secara harmonis, seimbang, damai, dan adil. Ada pula yang mengatakan bahwa *Doel van het recht is een vreedzame ordening van samenleving. Het recht wil de vrede, den vrede onder de mensen, bewaart het recht door bepalde menselijk belangen (materiele zowel als ideele), eer vrijheid, leven, vermogen enz. Tegen benaling te beschermen* (tujuan hukum adalah mengatur masyarakat secara damai. Hukum menghendaki perdamaian. Perdamaian di antara manusia dipertahankan oleh hukum dengan melindungi kepentingan manusia tertentu {baik material maupun ideal}, kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta benda, dan sebagainya terhadap yang merugikannya). Tujuan hukum itu akan tercapai jika masing-masing subjek hukum mendapatkan haknya secara wajar dan menjalankan kewajibannya sesuai dengan aturan hukum yang berlaku. Van Apeldoorn, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, W E J Tjeenk Willink, Zwolle, 1966, halaman 9.

¹⁰ Ridwan H R, *Op, Cit*, halaman 112. Baik tindakan hukum keperdataan maupun publik dari pemerintah dapat menjadi peluang munculnya perbuatan yang bertentangan dengan hukum, yang melanggar hak warga negara. Oleh karena itu, hukum harus memberikan perlindungan hukum bagi warga negara. F H van Der Burg dan kawan-kawan mengatakan bahwa *De mogelijkheden van rechtsbescherming zijn van belang wanneer de overheid iets heeft gedaan of nagelaten of voornemens is bepaalde handelingen te verrichten en bepaalde personen of groepen zich daardoor gegriefd achten* (Kemungkinan untuk memberikan perlindungan hukum adalah penting ketika pemerintah bermaksud untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu terhadap sesuatu, yang oleh karena tindakan atau kelalaiannya itu melanggar hak orang atau kelompok tertentu). Van der Burg, *Rechtsbescherming Tegen de Overheid*, Nijmegen, 1985, halaman 2.

memungkinkan administrasi negara menjalankan fungsinya, sekaligus melindungi warga terhadap sikap tindak administrasi negara, dan melindungi administrasi negara itu sendiri.¹¹ Dalam lingkup hukum administrasi terdapat asas-asas umum pemerintahan yang baik yang apabila diterapkan dalam segala aspek kegiatan pemerintahan, maka apa yang menjadi krisis di negara ini kemungkinan tidak akan terjadi.

Asas-asas umum pemerintahan yang baik ini secara historis berasal dari negeri Belanda. Di Indonesia sendiri, asas-asas umum pemerintahan yang baik diperkenalkan oleh Kuntjoro Purbopranoto.

Mengenai pengertian *good governance*, terdapat beberapa istilah, yaitu : *Pertama*, Panitia Seminar Hukum Nasional ke VII menggunakan istilah Sistem Permainan Layak.¹² *Kedua*, Soewoto Mulyosudarmo, yang mengistilahkan *good governance* sebagai pemerintahan yang baik dengan argumentasi bahwa di dalam peraturan perundang-undangan yang ada dalam hal ini Undang-Undang Nomor 5

¹¹ Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum Terhadap Sikap-Tindak Administrasi Negara Op, Cit*, halaman 4. Hukum diciptakan sebagai suatu sarana atau instrumen untuk mengatur hak dan kewajiban subjek hukum, agar masing-masing subjek hukum dapat menjalankan kewajibannya dengan baik dan mendapatkan haknya secara wajar. Di samping itu, hukum juga berfungsi sebagai instrumen perlindungan bagi subjek hukum. Hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Pelanggaran hukum terjadi ketika subjek hukum tertentu tidak menjalankan kewajiban yang seharusnya dijalankan atau karena melanggar hak-hak subjek hukum lain. Subjek hukum yang dilanggar hak-haknya harus mendapatkan perlindungan hukum. Hukum yang mengatur hubungan hukum antara pemerintah dengan dengan warga negara adalah Hukum Administrasi Negara atau hukum perdata, tergantung dari sifat dan kedudukan pemerintah dalam melakukan tindakan hukum tersebut. Telah disebutkan bahwa pemerintah memiliki dua kedudukan hukum yaitu sebagai wakil dari badan hukum publik (*publiek rechtspersoon, public legal entity*) dan sebagai pejabat (*ambtsdrager*) dari jabatan pemerintahan. Ketika pemerintah melakukan tindakan hukum dalam kapasitasnya sebagai wakil dari badan hukum, maka tindakan tersebut diatur dan tunduk pada ketentuan hukum keperdataan, sedangkan ketika pemerintah bertindak dalam kapasitasnya sebagai pejabat, maka tindakan itu diatur dan tunduk pada Hukum Administrasi Negara.

¹² I Gusti Ngurah Wairocana, *Good Governance (Kepemerintahan yang Baik) dan Implementasinya Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah di Bali*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, halaman 4.

Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara,¹³ yang kemudian diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004, dan terakhir dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara yang merupakan salah satu topik yang menjadi pembahasan dalam tulisan ini. Dari peristilahan tersebut dalam tulisan ini mengikuti pendapat dari Soewoto Mulyosudarmo, yang mengistilahkan *good governance* sebagai pemerintahan yang baik.

Dengan pemerintahan yang baik diharapkan tercapai perbaikan di segala bidang, terutama dalam bidang pemerintahan. Pemerintah dalam menjalankan pemerintahannya harus bertindak secara tepat dan cermat. Pemerintah juga harus berhati-hati dalam mengeluarkan keputusan atau dalam membuat peraturan.

Dalam negara hukum, setiap tindakan pemerintah dalam menjalankan tugas-tugas pemerintahan dan pembangunan atau dalam rangka merealisasi tujuan

¹³ Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menegaskan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum. Sebagai salah satu wujud Indonesia adalah negara yang berdasarkan hukum dibentuk 4 (empat) lingkungan peradilan sebagaimana tercantum dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 jo. Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 jo. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dalam sejarahnya PERATUN mengalami berbagai kendala sebelum menjadi PERATUN seperti yang sekarang, meskipun masih banyak kekurangan pengaturan disana sini. Akan tetapi hal demikian itu masih lebih baik daripada saat menunggu kelahiran PERATUN yang banyak dinantikan kehadirannya oleh masyarakat pencari keadilan. Salah satu usaha pemerintah untuk menjamin perlindungan keadilan bagi anggota masyarakat ialah dengan cara diwujudkan PERATUN berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986. Perwujudan PERATUN dimaksudkan bukan hanya untuk perlindungan serta kepastian hukum bagi anggota masyarakat, tetapi untuk kepentingan administrasi negarapun akan mendapatkan tempat secara wajar sehingga benturan yang timbul akibat keputusan administrasi negara mendapat penyelesaian yang adil dan menyatu. Eddy Purnama, *Upaya Hukum Pihak Ketiga Terhadap Putusan Peradilan Tata Usaha Negara dan Proses Pemeriksaannya*, Kanun Jurnal Ilmu Hukum Nomor 20, Edisi Agustus, Fakultas Hukum Unsyiah Darussalam, Banda Aceh, 1998, halaman 47. Lihat juga Supandi, *Permasalahan Hukum Acara Termasuk Schorsing/Penangguhan*, Makalah Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung, Bandung, 2003, halaman 11. bahwa dalam banyak kasus yang terjadi di PERATUN di Indonesia bahwa eksistensi PERATUN berikut putusan dan perintah dalam penetapannya sudah diakui keberadaannya. Tetapi dalam pelaksanaan dan kepatuhannya masih bervariasi, bahkan yang menjadi penggunjingan publik adalah sikap aparaturnya secara formil patuh terhadap perintah Hakim PERATUN, tetapi secara esensi tidak patuh.

negara tadi, harus memiliki dasar hukum atau dasar kewenangan. Dalam kepastakaan hukum administrasi negara, setiap aktifitas pemerintah harus berdasarkan hukum ini dikenal dengan istilah asas legalitas¹⁴ (*legaliteitsbeginsel* atau *wetmatigheid van bestuur*). Artinya setiap aktifitas pemerintah harus memiliki dasar pada peraturan perundang-undangan yang berlaku. Tanpa adanya dasar wewenang yang diberikan oleh suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka aparat pemerintah tidak memiliki wewenang yang dapat mempengaruhi atau mengubah keadaan atau posisi hukum warga masyarakatnya.¹⁵ Asas legalitas menjadi sendi utama dalam suatu negara hukum.

Pemerintah dalam menjalankan pemerintahan mempergunakan alat hukum

¹⁴ Bahwa ketika asas legalitas itu dijadikan dasar bagi setiap tindakan pemerintahan untuk menjalankan dimensi servis publik (*bestuurszorg*), asas legalitas mengalami kendala internal, karena secara alami terdapat perbedaan gerak antara pembuatan undang-undang dengan gerak perubahan masyarakat. Menurut Bagir Manan, pembuatan undang-undang ibarat deret hitung, sedangkan perubahan masyarakat bertambah seperti deret ukur. Selain itu, masih menurut Bagir, peraturan perundang-undangan tidak fleksibel. Tidak mudah menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan perkembangan masyarakat. Peraturan perundang-undangan juga tidak pernah lengkap untuk memenuhi segala peristiwa hukum atau tuntutan hukum, Bagir Manan, *Peranan Hukum Administrasi Negara Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, Makalah pada Penataran Nasional Hukum Administrasi Negara, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Ujung Pandang, 31 Agustus 1996, halaman 1. Meskipun asas legalitas menjadi sendi utama dalam negara hukum, akan tetapi keberadaan asas legalitas bukan tanpa masalah. Sebab sering terjadi kesenjangan antara perubahan masyarakat yang cepat dengan peraturan perundang-undangan tertentu. Seringkali pemerintah dituntut untuk memberikan pelayanan terhadap masyarakat, sementara peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar bagi tindakan pemerintahan tersebut belum ada. Menurut Bagir Manan, sebagai ketentuan tertulis (*written rule*) atau hukum tertulis (*written law*), peraturan perundang-undangan mempunyai jangkauan yang terbatas, sekadar *moment opname* dari unsur-unsur politik, ekonomi, sosial, budaya, dan hankam yang paling berpengaruh pada saat pembentukan, karena itu mudah sekali aus (*out of date*) bila dibandingkan dengan perubahan masyarakat yang semakin menyempit atau dipercepat. Oleh karena itu, dalam kondisi tertentu dapat terjadi kontradiksi internal bagi pemerintah. Di satu sisi pemerintah dituntut untuk memberikan pelayanan umum bagi masyarakat yang berkembang pesat, di sisi lain pemerintah harus memiliki dasar hukum dalam melakukan tindakan.

¹⁵ Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Buku I*, Sinar Harapan, Jakarta, 1993, halaman 83. Lihat Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalamania Indonesia, Jakarta, 1994, halaman 12, menyebutkan bahwa studi Hukum Administrasi Negara harus dimulai dengan Hukum Administrasi Pemerintahan atau Hukum Tata Pemerintahan. Nilai-nilai, norma, prinsip, dan teori hukum tata pemerintahan berlaku bagi seluruh bidang Hukum Administrasi, terutama yang menyangkut kekuasaan, kewenangan, wewenang, dan tanggung jawab jabatan dalam segala seginya.

dalam hal ini salah satunya adalah Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN). Dalam proses pembentukan dan pelaksanaan dari keputusan itu pemerintah harus hati-hati dalam bertindak, karena apabila terjadi kesalahan yang merugikan masyarakat, maka dapat timbul tanggung gugat pemerintah. Ini adalah suatu upaya yang dapat dilakukan oleh masyarakat yang merasa dirugikan oleh tindakan pemerintah.

Dalam pembentukan KTUN, pemerintah harus memperhatikan syarat pembentukan suatu keputusan agar keputusan itu lahir menjadi suatu keputusan yang sah, akan tetapi tentu saja kemungkinan dapat terjadi suatu kekurangan yuridis dalam proses pembentukannya. Kekurangan yuridis dalam pembentukan kehendak organ administrasi negara dapat timbul karena adanya kehilafan, paksaan atau penipuan.¹⁶

Dalam suatu negara hukum, kedudukan warga negara, demikian pula para pejabat pemerintahan adalah sama di depan hukum, yang membedakan hanyalah fungsinya.¹⁷ Pemerintah berfungsi mengatur sedangkan rakyat yang diatur. Apabila salah satu ada yang melanggar hukum, maka ia dapat dituntut di muka pengadilan.¹⁸ Mengingat tugas pemerintah tidak hanya melaksanakan tugas pemerintahan saja, tetapi harus melaksanakan tugas kesejahteraan sosial melalui

¹⁶ Philipus M Hadjon, *Pengertian Dasar tentang Tindak Pemerintahan (Bestuurshandeling)*, Djumali, Surabaya, 1985, halaman 17.

¹⁷ Dalam melakukan suatu hubungan hukum (*rechtsbetrekking*), subjek hukum selaku pemilik hak dan kewajiban (*de drager van de rechten en plichten*), baik itu manusia (*naturlijke persoon*), badan hukum (*rechtspersoon*), maupun jabatan (*ambt*), dapat melakukan tindakan hukum berdasarkan kemampuan (*bekwaan*) atau kewenangan (*bevoegdheid*) yang dimilikinya. Dalam pergaulan di tengah masyarakat, banyak terjadi hubungan hukum yang muncul sebagai akibat adanya tindakan hukum dari subjek hukum itu. Tindakan hukum ini merupakan awal lahirnya hubungan hukum (*rechtsbetrekking*), yakni interaksi antar subjek hukum yang memiliki relevansi hukum atau mempunyai akibat hukum. Agar hubungan hukum antar subjek hukum itu berjalan secara harmonis, seimbang dan adil, dalam arti setiap subjek hukum mendapatkan apa yang menjadi haknya dan menjalankan kewajiban yang dibebankan kepadanya, maka hukum tampil sebagai aturan main dalam mengatur hubungan-hubungan hukum tersebut

¹⁸ Mahdi Syahbandir, *Ruang Lingkup dan Peranan Hakim Peradilan Tata Usaha Negara dalam Memeriksa dan Memutus Sengketa Tata Usaha Negara*, Kanun Jurnal Ilmu Hukum Nomor 20 Edisi Agustus 1998, Fakultas Hukum, Universitas Syiah Kuala Darussalam Banda Aceh, halaman 34.

pembangunan. Dalam melaksanakan tugas pembangunan timbul konsekuensi bagi pemerintah (pejabat TUN) melakukan *freies ermessen*, yaitu bertindak atas inisiatif sendiri.¹⁹ Tindakan *freies ermessen* ini didasarkan pada atribusi, delegasi dan mandat yang biasanya dikeluarkan dalam bentuk keputusan.

Dari sejumlah keputusan yang dikeluarkan oleh pejabat tata usaha negara ada kemungkinan diantaranya menimbulkan kerugian di pihak yang dikenakan keputusan, yaitu warga masyarakat. Kemungkinan ini dapat saja disebabkan pemerintah merasa mempunyai kedudukan yang lebih kuat terhadap rakyat yang dikuasainya²⁰, sehingga dalam melaksanakan tugasnya melampaui batas wewenang (*detournement de puvoir*) atau salah menerapkan peraturan perundang-

¹⁹ Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, Op, Cit, halaman 5. Lihat Tarmizi, *Fungsi Freies Ermessen dan Peraturan Kebijakan Dalam Penyelenggaraan Pemerintah di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Syiah Kuala, Banda Aceh, 2002, halaman 556. *Freies Ermessen* ini bertolak dari kewajiban pemerintah dalam *welfare state*, dimana tugas pemerintah yang utama adalah memberikan pelayanan umum atau mengusahakan kesejahteraan bagi warga negara, di samping memberikan perlindungan bagi warga negara. Apabila dibandingkan dengan negara kita, *freies ermessen* muncul persamaan dengan pemberian tugas kepada pemerintah untuk merealisasikan tujuan negara seperti yang tercantum dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945. Oleh karena tugas utama pemerintah dalam konsepsi *welfare state* itu memberikan pelayanan bagi warga negara, maka muncul prinsip *Pemerintah tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat dengan alasan tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya*. Sebelum ada peraturan perundang-undangan, pemerintah diberi ruang kebebasan mempertimbangkan (*beoordelingsruimte*) guna mengambil langkah-langkah tertentu. Dalam praktek terdapat dua macam ruang kebebasan mempertimbangkan ini : *Pertama*, kebebasan menafsirkan mengenai ruang lingkup wewenang yang dirumuskan dalam peraturan dasar wewenangnya. Aspek pertama ini lazim dikenal dengan kebebasan menilai yang bersifat obyektif (*objective beoordelingsruimte*); *Kedua*, kebebasan untuk menentukan sendiri dengan cara bagaimana dan kapan wewenang yang dimiliki administrasi negara itu dilaksanakan. Lihat Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1993, halaman 152. bahwa ketika hasil kebebasan mempertimbangkan ini diwujudkan dalam bentuk tertulis, jadilah ia sebagai peraturan kebijaksanaan, yang bertujuan : *Naar buiten gebrect schricftelijk beleid* yaitu menampakkan keluar suatu kebijakan tertulis, atau sebagai *algemene bekenmaking van het beleid*, pengumuman yang dibuat dalam rangka melaksanakan kebijakan.

²⁰ Rachmat Soemitro, *Peradilan Tata Usaha Negara*, Eresco, Bandung, 1987, halaman 3. Lihat M Nata Saputra, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali, Jakarta, 1988, halaman 45. mengatakan pembentukan aturan hukum *in-concreto* berdasarkan wewenang yang diberikan oleh aturan hukum *in-abstracto* pada alat administrasi ini oleh van Der Pot dinamakan *besehikking* atau ketetapan. Ketetapan itu sering dikualifikasikan sebagai suatu pernyataan kehendak dari alat pemerintahan (*bestuurorgan*).

undangan (*abus de droit*).

Sebagai jaminan adanya kepastian hukum, dalam setiap tindakan administrasi negara harus dituangkan dalam suatu perbuatan Hukum Administrasi Negara yang berwujud suatu ketetapan (*beschikking*). Namun dalam kenyataannya sering terjadi bahwa ketetapan yang dikeluarkan administrasi negara dianggap bertentangan dengan hukum atau merugikan kepentingan warga negara atau badan hukum perdata. Dengan demikian tata cara yang benar demi perlindungan hukum dan keadilan adalah dengan menggugat badan atau pejabat administrasi negara yang mengeluarkan ketetapan itu di muka pengadilan.²¹

Pasal 53 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 menyebutkan bahwa : Seseorang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu KTUN dapat mengajukan gugatan tertulis kepada Pengadilan yang berwenang berisi tuntutan agar KTUN yang disengketakan itu dinyatakan batal atau tidak sah, dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan/atau rehabilitasi.

Mereka yang mengajukan gugatan ialah orang atau badan hukum perdata, yang merasa kepentingannya dirugikan akibat dikeluarkannya suatu keputusan (*berschikking*) oleh badan atau pejabat TUN baik di pusat maupun di daerah. Adapun dasar atau alasan gugatan menbatalkan suatu KTUN adalah :²²

1. Bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, baik bersifat prosedural/formal dan bersifat materil/substansial, maupun karena dikeluarkan oleh badan/pejabat Tata Usaha Negara yang tidak berwenang berkaitan dengan *ratione materiae* atau *ratione loci* atau *ratione temporis*;
2. Bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

²¹ Secara filosofis bahwa dengan adanya peradilan tata usaha negara mengingat kompetensi peradilan umum lebih banyak diarahkan pada tertib antar masyarakat di dalam hubungannya dengan keadilan semata-mata, sedangkan peradilan tata usaha negara merupakan salah satu tonggak utama untuk menghidupkan fungsi kontrol sosial masyarakat terhadap jalannya pemerintahan. Supandi, *Karakteristik dan Asas-Asas Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara serta Perbedaannya Dengan Hukum Acara Perdata*, Makalah disampaikan pada In-House Legal Training Hukum Administrasi Negara dan Peradilan Tata Usaha Negara bagi pegawai di Lingkungan Bank Indonesia, LPP-HAN, Jakarta, 19 – 29 Juli 2004, halaman 2.

²² S F Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Press, Yogyakarta, 2011, halaman 254.

Dalam gugatan hanya satu tuntutan pokok saja, yaitu agar KTUN yang disengketakan dinyatakan batal atau tidak sah dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan atau rehabilitasi. Tuntutan ganti rugi dan atau rehabilitasi harus nyata dimuat dalam *posita* dan *petitum*. Tuntutan ganti rugi merupakan tuntutan tambahan setelah dikabulkannya tuntutan pokok berupa pernyataan batal atau tidak sah keputusan yang digugat, sehingga tuntutan ganti rugi ini tidak bersifat mutlak (*affirmative*)²³ Jadi, tuntutan tambahan tidak berdiri sendiri, tapi sangat tergantung apakah tuntutan pokoknya dikabulkan atau tidak.

Mengenai tata cara pembayaran ganti rugi pada peradilan administrasi menurut ketentuan Pasal 120 ayat (3) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 bahwa: ... tata cara pelaksanaan ketentuan Pasal 97 ayat (10) diatur lebih lanjut dengan peraturan pemerintah. Dalam Pasal 3 Pemerintah Nomor 43 Tahun 1991 tentang Ganti Rugi dan Tata Cara Pelaksanaannya pada Peradilan Tata Usaha Negara besarnya ganti rugi ditentukan secara limitatif antara Rp. 250. 000,- (dua ratus lima puluh ribu rupiah) sampai dengan Rp. 5.000.000,- (lima juta rupiah).

Penetapan besarnya jumlah tersebut tidak ditegaskan dalam undang-undang maupun peraturan pemerintah untuk berapa orang penggugat, sehingga secara normatif bahwa besarnya jumlah tersebut tidak perlu mempertimbangkan banyak sedikitnya penggugat. Ketentuan tentang ganti rugi bagi Penggugat yang diatur dalam Pasal 53 ayat (1), Pasal 97 ayat (10) dan Pasal 120 jo Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 1991 selain prosedurnya sangat rumit dan berlaku juga hanya dibatasi hanya sampai jumlah maksimal Rp. 5.000.000,- (lima juta rupiah).²⁴

²³ Dalam sebuah gugatan tuntutan ganti rugi tersebut dapat dicantumkan atau tidak dicantumkan. Namun demikian, apabila penggugat mencantumkan tuntutan ganti rugi, maka pengadilan akan mempertimbangkannya setelah dikabulkan tuntutan pokok. Maftuh Efendi, *Tuntutan Ganti Rugi Pada Peradilan Administrasi*, Jurnal Perspektif, Edisi Oktober Volume XV Nomor 4 Tahun 2010, halaman 412.

²⁴ Priyatmanto Abdoellah, *Revitalisasi Kewenangan PTUN : Gagasan Perluasan Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2016, halaman 136.

Terkait ganti kerugian terhadap penerbitan KTUN, dalam putusan PTUN Jayapura Nomor 06 /G.TUN/2002, dalam pertimbangan hukumnya menyatakan bahwa*Pengadilan menilai tuntutan ganti riil terhadap hal tersebut apabila dipandang perlu dapat dituntut ke Peradilan Umum.....* hal ini menurut penulis bertentangan dengan asas peradilan, cepat, sederhana dan biaya ringan. Namun terkait ganti kerugian terhadap penerbitan KTUN melalui Peradilan Umum, putusan Pengadilan Negeri Purwokerto Nomor 73/Pdt.G/2013/PN.Pwt, dalam putusannya menyatakan bahwa Pengadilan Negeri Purwokerto tidak berwenang mengedili perkara *a-quo*.

Kompetensi peradilan dalam mengadili sengketa gugatan ganti kerugian terhadap penerbitan KTUN perlu dipertegas, dan penetapan besarnya ganti rugi perlu dilakukan rekonstruksi, karena pembayaran ganti rugi tidak memenuhi rasa keadilan dan kebutuhan hukum masyarakat.

B. Rumusan Masalah

Masalah adalah kejadian atau keadaan yang menimbulkan pertanyaan, yang tidak puas hanya dengan melihat saja, melainkan ingin mengetahui lebih dalam.²⁵

Rumusan masalah²⁶ yang akan dibahas di dalam penelitian ini adalah:

²⁵ Mohammad Hatta, *Pengantar ke Jalan Ilmu Pengetahuan*, Mutiara, Jakarta, 1990, halaman 14.

²⁶ Rumusan masalah jelas, singkat, termasuk konsep yang digunakan. Batas atas limitasi masalah. Pentingnya atau signifikansi masalah antara lain : (1) memberi sumbangan kepada perkembangan ilmu pengetahuan, (2) mengandung implikasi yang luas bagi masalah-masalah praktis, (3) melengkapi penelitian yang telah ada, (4) menghasilkan generalisasi atau prinsip-prinsip tentang interaksi sosial, (5) berkenaan dengan masalah yang penting pada masa ini, (6) berkenaan dengan populasi, dan (7) mempertajam konsep yang penting. Lihat S. Nasution, *Metode Research (Penelitian Ilmiah)*, Bumi Aksara, Jakarta, 2000, halaman 11.

1. Bagaimana konstruksi hukum gugatan ganti kerugian terhadap KTUN ?
2. Bagaimana penerapan ganti kerugian dalam sengketa TUN ?
3. Bagaimana rekonstruksi hukum terhadap ganti kerugian dalam sengketa TUN berbasis nilai keadilan ?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian menunjukkan adanya sesuatu hal yang diperoleh setelah penelitian selesai.²⁷ Adapun tujuan dari penelitian pada penelitian ini adalah :

1. Untuk mengetahui konstruksi hukum gugatan ganti kerugian terhadap KTUN.
2. Untuk mengetahui penerapan ganti kerugian dalam sengketa TUN.
3. Untuk merumuskan rekonstruksi hukum terhadap ganti kerugian dalam sengketa TUN berbasis nilai keadilan.

D. Kegunaan Penelitian

Melalui penelitian ini diharapkan memberikan kegunaan, baik secara teoritis, dan praktis, yaitu :

1. Secara teoritis sebagai bahan masukan akademis, dan juga diharapkan dapat memberikan masukan bagi penyempurnaan peraturan hukum dalam mengenai rekonstruksi hukum ganti kerugian dalam sengketa TUN.
2. Secara praktis penelitian ini dijadikan masukan bagi pihak terkait mengenai rekonstruksi hukum terhadap ganti kerugian dalam sengketa TUN.

²⁷ Suharsimi Arikunto, *Metode Penelitian*, Angkasa, Jakarta, 1998, halaman 52.

E. Kerangka Teori

Kerangka teori merupakan pemikiran atau butir pendapat mengenai suatu permasalahan yang dapat menjadi bahan perbandingan dan pegangan teoritis. Hal ini dapat menjadi masukan eksternal bagi penulis.²⁸ Kerangka teori merupakan pendukung dalam membangun atau berupa penjelasan dari permasalahan yang dianalisis. Teori memberikan penjelasan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakan.²⁹

1. *Grand Theory* : Teori Keadilan

Keadilan adalah salah satu topik dalam filsafat yang paling banyak dikaji. Teori hukum alam yang mengutamakan *the search for justice* sejak Socrates hingga Francois Geny mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum.³⁰ Masalah keadilan menarik ditelaah karena banyak hal terkait di dalamnya, baik moralitas, sistem kenegaraan, dan kehidupan bermasyarakat.

²⁸ M Solly Lubis, *Filsafat Hukum dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994, halaman 80. Lihat juga Soerjono Soekanto, *Beberapa Aspek Sosio Yuridis dan masyarakat*, Alumni, Bandung, 1991, halaman 111. Kegunaan teori yaitu: *Pertama*, teori berguna mempertajam atau lebih mengkhhususkan fakta yang hendak diteliti atau diuji. *Kedua*, teori berguna dalam mengembangkan sistem klasifikasi fakta, membina struktur konsep serta memperkembangkan definisi. *Ketiga*, teori biasanya merupakan suatu ikhtisar dari pada hal yang telah diketahui serta diuji kebenarannya menyangkut objek yang diteliti. *Keempat*, teori memberikan kemungkinan pada prediksi fakta mendatang, oleh karena telah diketahui sebab terjadinya fakta tersebut dan kemungkinan faktor tersebut akan timbul lagi pada masa mendatang. *Kelima*, teori memberikan petunjuk terhadap kekurangan pada pengetahuan penelitian.

²⁹ Satjipto Rahardjo, *Mengejar Keteraturan Menemukan Ketidakteraturan (Teaching Order Finding Disorder)*, Pidato mengakhiri masa jabatan sebagai guru besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 15 Desember 2000, halaman 8. Lihat juga Laurence W Friedman, *Teori dan Filsafat Hukum Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum*, Grafindo Persada, Jakarta, 1996, halaman 157. Teori dimaksud disini adalah penjelasan mengenai gejala yang terdapat dunia fisik tersebut tetapi merupakan suatu abstraksi intelektual dimana pendekatan secara rasional digabungkan dengan pengalaman empiris. Artinya teori ilmu merupakan suatu penjelasan rasional yang berkesesuaian dengan objek yang dijelaskannya. Suatu penjelasan bagaimanapun meyakinkan tetapi harus didukung oleh fakta empiris untuk dapat dinyatakan benar.

³⁰ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, halaman 196.

Keadilan menjadi pembicaraan serius sejak awal munculnya filsafat Yunani. Bahkan dalam Islam, keadilan mendapat porsi kajian penting diantara kajian lainnya. Islam sebagai agama diharapkan perannya dalam menegakkan keadilan dan mengembangkan etika keadilan.³¹ Pembicaraan keadilan memiliki cakupan yang luas bagi setiap pribadi manusia, sejak lahir hingga akhir hayatnya. Banyak orang yang berpikir bertindak adil tergantung pada kekuatan yang dimiliki, untuk menjadi adil cukup terlihat mudah, namun tidak begitu halnya penerapannya dalam kehidupan manusia.

Siapa saja dapat menganggap keadilan sebagai gagasan atau realitas absolut dan mengasumsikan pengetahuan dan pemahaman tentunya hanya bisa didapatkan secara parsial dan melalui upaya filosofis yang sulit. Orang juga dapat menganggap keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama atau filsafat tentang dunia secara umum. Hingga saat ini diskursus tentang keadilan begitu panjang dalam lintasan sejarah filsafat.

Hal yang sama terjadi dalam perdebatan diantara pemikir Islam, seperti dalam teori maslaha yang menjadi topik yang tidak hentinya dikaji para ahli filsafat dan agamawan terutama saat membahas *maqasid tasyir* atau *maqasid syari'ah*. Bahkan persoalan keadilan juga masuk dalam ranah teologi, terutama terkait masalah keadilan Ilahiyah dan tanggung jawab manusia.

Keadilan hakikatnya memperlakukan seseorang sesuai haknya. Yang menjadi hak setiap orang adalah diakui dan diperlakukan sesuai dengan harkat dan martabatnya, sama derajatnya, dan sama hak dan kewajibannya,

³¹ Musa Asya'rie dkk, *Agama, Kebudayaan dan Pembangunan Menyongsong Era Industrialisasi*, IAIN Sunan Kalijaga Press, Yogyakarta, 1994, halaman 99.

tanpa membedakan suku, keturunan, dan agamanya. Plato membagi keadilan menjadi keadilan individual dan keadilan bernegara. Menurutnya keadilan individual adalah kemampuan seseorang menguasai diri dengan cara menggunakan rasio.³² Menurut Aristoteles, keadilan dibagi dalam lima bentuk, yaitu 1) keadilan komutatif, yaitu perlakuan terhadap seseorang tanpa melihat jasa yang dilakukannya, 2) keadilan distributif, yaitu perlakuan terhadap seseorang sesuai dengan jasa yang telah dibuatnya, 3) keadilan kodrat alam, yaitu memberi sesuatu sesuai dengan yang diberikan orang lain kepada kita, 4) keadilan konvensional, yaitu seseorang yang telah mentaati segala peraturan perundang-undangan yang telah diwajibkan, 5) keadilan menurut teori perbaikan adalah seseorang yang telah berusaha memulihkan nama baik orang lain yang telah tercemar.

Thomas Aquinas (filsuf hukum alam) membedakan keadilan dalam dua kelompok, yaitu keadilan umum atau keadilan menurut kehendak undang-undang demi kepentingan umum dan keadilan khusus yang didasarkan atas kesamaan atau proporsionalitas.

Adil adalah keadaan seimbang. Keadilan adalah persamaan dan penahan diskriminasi. Dikatakan seseorang berbuat adil, bahwa orang itu memandang semua individu secara sama, setara, tanpa melakukan perbedaan dan pengutamaan. Dalam pengertian ini, keadilan sama dengan persamaan.

Keadilan ialah pemeliharaan hak individu dan pemberian hak kepada setiap objek yang layak menerimanya. Dalam artian ini, kezaliman adalah

³² Jan Hendrik Raper, *Filsafat Politik Plato*, Rajawali, Jakarta, 1991, halaman 81.

pelenyapan dan pelanggaran terhadap hak pihak lain. Pengertian keadilan ini, yaitu keadilan sosial, adalah keadilan yang harus dihormati dalam hukum manusia dan setiap individu harus berjuang menegakkannya. Keadilan dalam pengertian ini bersandar pada dua hal

Keadilan ialah tindakan memelihara kelayakan dalam pelimpahan wujud, dan tidak mencegah limpahan dan rahmat pada saat kemungkinan mewujudkan dan menyempurnakan pada itu telah tersedia. Semua *maujud*, pada tingkatan wujud yang mana pun, memiliki keletakan khas terkait kemampuannya menerima emanasi tersebut. Mengingat Zat Ilahi adalah kesempurnaan mutlak dan kebaikan mutlak yang senantiasa memberi emanasi, maka Dia pasti akan memberikan wujud atau kesempurnaan wujud kepada setiap *maujud* sesuai dengan yang mungkin diterimanya.

Ini merupakan akibat wajar bahwa keadilan Allah tergantung pada pengetahuan objektif tentang baik dan buruk, sebagaimana ditetapkan oleh nalar, apakah sang pembuat hukum menyatakannya atau tidak. Dengan kata lain, golongan Mu'tazilah menyatakan kemujaraban nalar naluri sebagai sumber pengetahuan etika dan spiritual, dengan demikian menegakkan bentuk objektivisme rasionalis.³³

Keadilan Tuhan adalah rahmat dan pemberian menyeluruh kepada segala sesuatu yang memiliki kapasitas mendapatkan kesempurnaan tanpa pernah menahan atau mengutamakan satu atas yang lain. Ihwal faktor utama di balik perbedaan kapasitas dan kelayakan itu dan bagaimana menafsirkan dan memahami perbedaan kapasitas dan kelayakan berdasarkan fakta bahwa segala sesuatu itu pada esensinya berbeda dari segi kapasitas dan kelayakan.

³³ Mumtaz Ahmad, *Masalah-Masalah Teori Politik Islam*, Mizan, Bandung, 1994, halaman 154.

Untuk mengetahui bagaimana teori keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls, filsaf kenamaan dari Amerika, penulis akan mencoba mengeksplorasinya guna mendapatkan pemahaman yang jelas mengenai gagasannya tentang teori kontrak sosial konvensional yang pernah digagas oleh John Locke, J J Rousseau, dan Immanuel Kant.

Keadilan menurut John Rawls adalah ukuran yang harus diberikan untuk mencapai keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama. Menurutnya ada tiga prinsip keadilan yaitu: (1) kebebasan yang sama yang sebesar-besarnya, (2) perbedaan, (3) persamaan yang adil atas kesempatan. Pada kenyataannya, ketiga prinsip itu tidak dapat diwujudkan secara bersama-sama karena dapat terjadi prinsip yang satu berbenturan dengan prinsip yang lain.³⁴

John Rawls memprioritaskan bahwa prinsip kebebasan yang sama yang sebesar-besarnya secara leksikal berlaku terlebih dahulu dari pada prinsip kedua dan ketiga.

A Theory of Justice dianggap sebagai karya besarnya tentang etika yang membahas tentang keadilan sosial. Buku ini, sejak terbit pertama tahun 1971 sampai 1997, telah cetak ulang sebanyak lebih dari 22 kali. Dalam kata pengantarnya, John Rawls mengemukakan tujuan tentang penulisan buku tersebut dengan menjelaskan posisi sosio etikanya dan sebuah pembelaan mengenai pandangan dan ruang lingkup moral bagi individu-individu dalam masyarakat. Rawls mengemukakan idenya bahwa institusi-institusi sosio politik merupakan target yang sesuai bagi penilaian moral. Teori yang dibangunnya menawarkan sebuah metode yang cocok untuk memecahkan sebuah problem yang berkaitan dengan moralitas.³⁵

Rawls bagi kaum liberal adalah *The Founding Father*, Amartya Sen, seorang pemenang Nobel bidang ekonomi mengatakan Rawls adalah tokoh besar filsafat politik di era sekarang. Teorinya seperti kitab baru dalam politik, ekonomi, dan hukum. Teori keadilan Rawls di dalamnya memuat

³⁴ John Rawls, *A Theory of Justice*, Massachuset: Harvard University Press, Cambridge, 1997, halaman 61.

³⁵ *Ibid.*

original kontrak dan *original position* adalah dasar baru yang mengajak orang untuk melihat prinsip keadilan sebagai tujuan (objek) bukan sekedar sebagai alat masuk. Rawls ingin membawa teorinya dalam penerapannya di dunia politik, hukum, dan ekonomi sebagai *ultimate understanding*.

Kritik Rawls terhadap utilitarianisme klasik dan intuisiisme merupakan salah satu titik berangkat utamanya dalam menyusun sebuah teori keadilan secara menyeluruh. Keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.³⁶

Untuk mewujudkan gagasannya John Rawls menganjurkan agar dapat memikirkan posisi asal (*original position*), sebagai kontrak untuk ke dalam sebuah masyarakat khusus atau membangun sebuah bentuk pemerintahan tertentu. Ide utamanya adalah bahwa prinsip keadilan bagi struktur dasar masyarakat adalah objek dari kesepakatan pertama (*original agreement*).

Prinsip itulah yang diperhatikan oleh orang yang bebas dan rasional untuk kepentingan mereka, Prinsip ini untuk mengatur kesepakatan selanjutnya, prinsip tersebut menentukan jenis kerjasama sosial apa yang bisa dimasuki dan bentuk pemerintahan yang bisa dibangun. Cara yang berkaitan dengan ini oleh John Rawls disebut dengan *justice as fairness*.³⁷

John Rawls lebih menekankan pada keadilan sosial, hal ini terkait munculnya pertentangan antara kepentingan individu dan negara pada saat itu. Rawls melihat kepentingan utama keadilan adalah jaminan stabilitas hidup manusia dan keseimbangan antara kehidupan pribadi dan kehidupan

³⁶ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004, halaman 239.

³⁷ Frank N Mc Gill, *Masterpiece of World Philosophy*, Harper CP, New York, 1990, halaman 679.

bersama.³⁸ Rawls percaya bahwa struktur masyarakat ideal yang adil adalah struktur dasar masyarakat yang asli, yang hak dasar, kebebasan, kekuasaan, kewibawaan, kesempatan, pendapatan, dan kesejahteraan terpenuhi.

Paling tidak ada tiga syarat supaya manusia dapat sampai pada posisi asli, yaitu, pertama, diandaikan bahwa tidak diketahui, manakah posisi yang akan diraih seorang pribadi tertentu di kemudian hari. Tidak diketahui manakah bakatnya, intelegensinya, kesehatannya, kekayaannya, dan aspek sosial yang lain, kedua, diandaikan bahwa prinsip keadilan dipilih secara konsisten untuk memegang pilihannya tersebut, dan ketiga, diandaikan bahwa tiap orang suka mengejar kepentingan individu dan baru kemudian kepentingan umum. Yang terakhir ini adalah kecenderungan alami manusia yang harus diperhatikan dalam menemukan prinsip keadilan.³⁹

Ada beberapa pengkritik pemikiran John Rawls, misalnya Mutson, dalam *What Rawls Calls Justice*, mengatakan, selain redaksi judulnya, buku Rawls tidak ada kaitan dengan keadilan.⁴⁰ Mutson tidak sependapat dengan Rawls tentang keadilan, dimana ada kesepakatan, yang tidak membuat perbedaan secara arbiter antara orang dalam penentuan hak dan tugas dasar, serta penentuan keseimbangan di antara klaim dalam kehidupan sosial.

Bila membandingkan teori keadilan John Rawls dengan pandangan Islam, dapat dikatakan substansinya sama namun tidak serupa. Kesamaannya terletak pada perjuangan menegakkan keadilan. Tidak serupa bila melihat kalau dalam Islam terlihat unsur keadilan justru dipengaruhi oleh semangat ilahiyah, bahwa manusia harus memperjuangkan keadilan, karena Allah memberikan porsi yang maksimal dalam al-Qur'an dalam menyuruh manusia berbuat adil dalam kondisi apapun.

³⁸ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, International Law Book Review, Kuala Lumpur, 1994, halaman 278.

³⁹ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995, halaman 146.

⁴⁰ Frank N McGill, *Op, Cit*, halaman 683.

Dalam Islam keadilan selalu seiring dengan ketidakadilan (*dzulm*) yang mengikutinya. Masalah ketidakadilan sejalan dengan apa yang dianggap sebagai kemajuan, khususnya kemajuan material, yang sering dicapai justru dengan tata sosial yang mengandung unsur kezaliman,⁴¹ tapi justru untuk kebaikan bersama (*maslaha*).

Teori *maslaha* menurut Masdar F Masudi sama dengan teori keadilan sosial dalam filsafat hukum.⁴² Bahkan al-Qur'an menyebut istilah keadilan dengan *al-adl* dan *al Qist* yang berarti suatu yang benar, tidak memihak, penjagaan hak seseorang dan cara yang tepat dalam mengambil keputusan dalam jumlah yang cukup banyak.⁴³ Pengertian ini terdapat pada surat an-Nisa': 58-59, al-Maidah: 8, 42, al-An'am: 152, al-'A'raf: 29, al-Anbiya': 112, al-Hujarat: 9, dan al-Mumtahanah: 8.⁴⁴ Karena itu, Al-Qur'an memberikan pengertian yang beragam dan sarat makna terhadap keadilan, yang orientasinya tercipta keseimbangan hidup manusia tanpa membedakan status atau golongan.

2. ***Middle Theory* : Teori Negara Hukum**

Hukum adalah peraturan yang dibuat oleh suatu kekuasaan (pemerintah) atau adat yang berlaku bagi semua orang (negara) atau diartikan pula sebagai undang-undang (peraturan) untuk mengatur pergaulan hidup

⁴¹ M Dawam Raharjo, *Zalim*, Jurnal Ulumul Qur'an, Nomor 4 Volume V, 1994, halaman 23.

⁴² Masdar F. Mas'udi, *Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah*, Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an, Nomor 3 Volume VI, 1995, halaman. 97.

⁴³ Budhy Munawar Rahma, *Konstekstualisasi Dokrin Islam Dalam Sejarah*, Yayasan Paramadina, Jakarta, 1994, halaman 99.

⁴⁴ M Dawam Raharjo, *Ensiklopedia Al Quran*, Yayasan Paramadina, Jakarta, 1997, halaman 373.

masyarakat.⁴⁵ Dalam khazanah pemikiran Islam, hukum disebut syari'ah yang meliputi seluruh dimensi kehidupan manusia; pribadi, sosial, politik, ekonomi dan lain-lain termasuk dimensi agama yang kesemuanya dibangun atas paradigma aqidah (tauhid).⁴⁶

Sebelum menguraikan teori negara hukum, maka diuraikan pengertian negara menurut para sarjana sebagaimana dikutip oleh Max Boli Sabon, dkk sebagai berikut:⁴⁷

- a. Aristoteles
Negara (polis) adalah persekutuan dari keluarga dan desa guna memperoleh hidup yang sebaik-baiknya⁴⁸.
- b. Jean Bodin
Suatu persekutuan keluarga-keluarga dengan segala kepentingannya yang dipimpin oleh akal dari suatu kuasa yang berdaulat.
- c. Hugo Grotius
Negara adalah suatu persekutuan yang sempurna dari orang-orang yang merdeka untuk memperoleh perlindungan hukum.
- d. Bluntschi
Negara adalah diri rakyat yang disusun dalam suatu organisasi politik di suatu daerah tertentu.
- e. Hans Kelsen
Negara adalah suatu susunan pergaulan hidup bersama dengan tata paksa.
- f. Woodrow Wilson
Negara adalah rakyat yang terorganisir untuk hukum dalam wilayah tertentu.
- g. Diponolo

⁴⁵ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1995, halaman 314.

⁴⁶ Ziauddin Sardar, *Masa Depan Islam*, Mizan, Bandung, 1995, halaman 107, lihat Wagar Ahmad Husain, *Sistim Pembinaan Masyarakat Islam*, Pustaka, Bandung, 1993, halaman 241, Bandingkan dengan A Rahman Zainuddin, *Kekuasaan dan Negara : Pemikiran Politik Ibnu Khaldun*, Gramedia, Jakarta, 1992, halaman 154.

⁴⁷ Max Boli Sabon, dkk, *Ilmu Negara Buku Panduan Mahasiswa*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1992, halaman 25.

⁴⁸ Negara hukum menurut Aristoteles dalam perumusannya masih terkait dengan polis, menurutnya pengertian negara hukum timbul dari polis yang mempunyai wilayah negara kecil, seperti kota yang berpenduduk sedikit, tidak seperti negara sekarang ini yang mempunyai negara luas dan berpenduduk banyak (*vlakte staat*); dalam polis itu segala urusan negara dilakukan dengan musyawarah dimana seluruh warga negaranya yang ikut serta dalam urusan penyelenggaraan negara. M Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Studi HTN-FHUI, Jakarta, 1988, halaman 153. Bandingkan dengan Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, halaman 163.

Negara adalah suatu organisasi kekuasaan yang berdaulat yang dengan tata pemerintahan melaksanakan tata tertib atau suatu umat di suatu daerah tertentu. Bagaimana bentuk dan coraknya, negara selalu merupakan organisasi kekuasaan. Organisasi kekuasaan ini selalu mempunyai tata pemerintahan. Dan tata pemerintahan ini selalu melaksanakan tata tertib atas suatu umat di daerah tertentu.

Pendapat tentang negara juga dapat dijumpai pada tulisan Miriam Budiardjo yang mengutip beberapa pemikiran sarjana, seperti :⁴⁹

- a. Rogel H. Soltau, mengemukakan negara adalah alat (*agency*) atau wewenang (*authority*) yang mengatur atau mengendalikan persoalan-persoalan bersama atas nama masyarakat.
- b. Harold J. Laski, mengemukakan negara adalah suatu masyarakat yang diintergrasikan karena mempunyai wewenang yang bersifat memaksa dan yang secara sah lebih agung daripada individu atau kelompok yang merupakan bagian dari masyarakat itu. Masyarakat adalah suatu kelompok manusia yang hidup dan bekerja sama untuk mencapai terkabulnya keinginan-keinginan mereka bersama. Masyarakat merupakan negara kalau cara hidup yang harus ditaati baik oleh individu maupun oleh asosiasi-asosiasi ditentukan oleh suatu wewenang yang bersifat memaksa dan mengikat.
- c. Max Weber, mengemukakan negara adalah suatu asosiasi yang mempunyai monopoli dalam penggunaan kekerasan fisik secara sah dalam sesuatu wilayah.
- d. Robert M. MacIver, berpendapat bahwa negara adalah asosiasi yang menyelenggarakan penertiban di dalam suatu masyarakat dalam suatu wilayah dengan berdasarkan sistem hukum yang diselenggarakan oleh suatu pemerintah yang untuk suatu pemerintah yang untuk maksud tersebut diberi kekuasaan memaksa.

Wirjono Projodikoro memberikan pengertian negara.⁵⁰ Negara diartikan sebagai suatu organisasi di antara sekelompok atau beberapa kelompok manusia yang bersama-sama mendiami suatu wilayah (*teritoir*) tertentu dengan mengakui adanya suatu pemerintahan yang mengurus tata tertib dan keselamatan sekelompok atau beberapa kelompok manusia tadi.

Pengertian negara menurut Diponolo memberikan uraian yang

⁴⁹ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1977, halaman 39.

⁵⁰ Wirjono Projodikoro, *Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia*, Dian Rakyat, Jakarta, 1974, halaman 2.

sederhana, jelas, dan terperinci. Negara selalu merupakan organisasi kekuasaan, mempunyai tata pemerintahan, dan tata pemerintahan yang ada selalu melaksanakan tata tertib atas suatu umat di daerah tertentu.

Jika diamati pengertian di atas, maka polis (negara-kota) dengan jumlah dan luas wilayah yang relatif kecil melibatkan warga masyarakat untuk ikut serta dalam pelaksanaan pemerintahan negara.

Negara hukum mempunyai kesamaan dengan demokrasi, dimana demokrasi didefinisikan bentuk pemerintahan dari, oleh dan untuk rakyat. Pemerintahan demokratis Yunani kuno, sudah ditinggalkan karena tidak mungkin melibatkan seluruh warga secara langsung dalam urusan kenegaraan. Sistem perwakilan menjadi solusi di tengah perkembangan zaman dan semakin meningkatkan jumlah masyarakat. Dalam hal negara hukum ini, Aristoteles berpendapat bahwa suatu negara yang baik ialah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum.⁵¹

Negara hukum adalah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warganya. Keadilan merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan.⁵² Demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.

Mengenai istilah negara hukum, sering disamakan dengan konsep *rechtsstaat* dan negara hukum adalah terjemahan dari *rechtsstaat*.⁵³ Negara hukum ialah negara dimana pemerintah dan semua pejabat mulai dari Presiden, Hakim, Jaksa, anggota legislatif, semuanya dalam menjalankan

⁵¹ Dahlan Thaib, *Kedaulan Rakyat, Negara Hukum dan Konstitusi*, Liberty, Yogyakarta, 1999, halaman 22.

⁵² M Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Op, Cit*, halaman 165.

⁵³ Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*, Peradaban, Surabaya, 2007, halaman 66.

tugasnya di dalam dan di luar jam kantornya taat kepada hukum. Taat kepada hukum berarti menjunjung tinggi hukum, dalam mengambil keputusan-keputusan jabatan menurut hati nuraninya, sesuai dengan hukum.⁵⁴ Negara hukum ialah negara yang seluruh aksinya didasarkan dan diatur oleh undang-undang yang telah ditetapkan semula dengan bantuan dari badan pemberi suara rakyat.⁵⁵

Selain itu, konsep negara hukum (*rule of law*) juga di sampaikan oleh A V Dicey, yang lahir dalam naungan sistem hukum Anglo Saxon. Dicey mengemukakan unsur *the rule of law* sebagai berikut :⁵⁶

1. Supremasi aturan hukum (*supremacy of the law*); tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), dalam arti seseorang hanya boleh dihukum kalau melanggar hukum.
2. Kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum (*equality before the law*). Dalil ini berlaku baik untuk orang biasa maupun pejabat.
3. Terjaminnya hak manusia oleh undang-undang (di negara lain oleh undang-undang dasar) serta keputusan pengadilan.

Sebagai bangsa merdeka dan berdaulat, perencanaan dan penetapan konsep pengelolaan kehidupan berbangsa diserahkan sepenuhnya kepada sebuah bangsa sesuai dengan cita-cita kehidupan kebangsaan yang bebas, merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur.⁵⁷

Secara teoritis semua bangsa menuangkan pokok pandangan, pendirian, prinsip konseptual, mengenai pengelolaan kehidupannya di dalam konstitusi, baik tertulis maupun tidak tertulis. undang-undang dasar sebagai konstitusi tertulis umumnya mengemukakan latar belakang hasrat bernegara, landasan filosofi kenegaraan, tujuan negara, struktur organisasi

⁵⁴ O Notohamidjojo, *Makna Negara Hukum*, Badan Penerbit Kristen, Jakarta, 1970, halaman 36.

⁵⁵ Sudargo Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1973, halaman 13.

⁵⁶ *Ibid*, halaman 59.

⁵⁷ M Solly Lubis, *Politik dan Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 1999, halaman 2.

dan mekanisme pemerintahan negara yang diinginkan oleh bangsa yang mendirikan dan mempertahankan negara itu.⁵⁸

Tipe negara hukum ini sering disebut negara hukum dalam arti luas atau disebut negara hukum modern. Negara dalam pengertian ini bukan saja menjaga keamanan semata-mata tetapi secara aktif turut serta dalam urusan kemasyarakatan demi kesejahteraan rakyat. Negara hukum dalam arti materiel atau luas erat hubungannya dengan pengertian negara kesejahteraan atau *welfare state*.

Dalam perkembangannya negara hukum memiliki unsur yang dikemukakan Julius Stahl, antara lain sebagai berikut :⁵⁹

1. Sistem pemerintahan negara yang didasarkan atas kedaulatan rakyat;
2. Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan;
3. Adanya jaminan terhadap hak asasi manusia (warga negara);
4. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara;
5. Adanya pengawasan dari badan peradilan yang bebas dan mandiri, dalam arti lembaga peradilan tersebut tidak memihak dan tidak berada di bawah pengaruh eksekutif;
6. Adanya peran yang nyata dari anggota masyarakat atau warga negara untuk turut serta mengawasi perbuatan dan pelaksanaan kebijaksanaan yang dilakukan oleh pemerintah;
7. Adanya sistem perekonomian yang dapat menjamin pembagian yang merata sumber daya yang diperlukan bagi kemakmuran warga negara.

Setelah menguraikan mengenai pengertian negara, mengenai makna negara hukum sendiri, dalam konsep Eropa Kontinental dinamakan *rechtsstaat*, sedangkan dalam konsep Anglo Saxon dinamakan *rule of law*.

⁵⁸ Ridwan H R, *Hukum Administrasi Negara*, Universitas Islam Indonesia Press, Yogyakarta, 2003, halaman 4.

⁵⁹ *Ibid*, halaman 4. lihat juga Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1992, halaman 29, lihat juga Abdul Hakim G Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1988, halaman 12, lihat juga Frans Magnis Suseno, *Mencari Sosok Demokrasi, Sebuah Telaah Filosofis*, Gramedia, Jakarta, 1997, halaman 58.

Penegasan Indonesia sebagai negara hukum dinormativisasi pada Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 perubahan ke-4 yang menegaskan bahwa : Negara Indonesia adalah negara hukum (*rechtsstaat*).

Dengan penegasan itu, mekanisme kehidupan perorangan, masyarakat, dan negara diatur hukum (tertulis maupun tidak tertulis). Artinya baik anggota masyarakat maupun pemerintah wajib mematuhi hukum.⁶⁰ Negara hukum yang dianut oleh Indonesia tidaklah dalam artian formal namun negara hukum dalam artian material yang juga diistilahkan dengan negara kesejahteraan (*welfare state*) atau negara kemakmuran.

Tindakan yang sewenang-wenang tanpa mengindahkan hukum, tidak boleh dilakukan. Hukum yang berlaku hendaknya dibuat sedemikian rupa sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.⁶¹ Indonesia sebagai negara hukum atau *rechtsstaat* yang mengutamakan kesejahteraan seluruh rakyat, dalam pengertian *welfare state* tidak hanya mengutamakan kesejahteraan rakyat tetapi juga membentuk manusia Indonesia seutuhnya dalam mencapai masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila

Dalam negara hukum modern tugas pokok negara tidak saja terletak pada pelaksanaan hukum, tetapi juga mencapai keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Sebagai negara berdasar atas hukum, negara Indonesia didirikan untuk melindungi segenap bangsa dan tumpah darah Indonesia. Selain itu adalah untuk memajukan kesejahteraan umum yang membuat Indonesia terkategori

⁶⁰ Baharudin Lopa, *Permasalahan Pembinaan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, Bulan Bintang, Jakarta, 1987, halaman 101.

⁶¹ Mashuri Maschab, *Sistem Pemerintahan Indonesia (Menurut UUD 1945)*, Bina Aksara, Jakarta, 1988, halaman 4.

sebagai negara hukum modern ataupun bercorak *welfare state* ditujukan untuk merealisasikan suatu masyarakat adil dan makmur yang merata materiil dan spiritual.⁶² Terkandung makna negara atau pemerintah mempunyai kewajiban yang mutlak untuk menyelenggarakan kesejahteraan rakyat.

Pengertian ini memandang negara hukum untuk menjamin keadilan bagi warga negara. Keadilan merupakan syarat terciptanya kebahagiaan bagi warga negara dalam berbangsa dan bernegara. Salah satu dasar daripada keadilan adalah adanya rasa susila kepada manusia dan menganggap bahwa peraturan perundang-undangan hanya ada, jika peraturan itu mencerminkan rasa keadilan. Hal ini sesuai dengan pendapat Gustav Rebruch tentang tiga ide dasar hukum yaitu : keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.⁶³

Dalam beberapa hal, negara hukum sulit dibedakan dengan demokrasi sekalipun tidak dapat dipersamakan. Keduanya ibarat dua sisi dari sekeping mata uang yang sulit dipisahkan satu dengan yang lainnya. Negara hukum tidak harus demokratis, pemerintahan *monarchis* atau *paternalistik* sekalipun dapat saja taat kepada hukum tanpa tunduk kepada kaedah-kaedah demokrasi. Tetapi demokrasi yang bukan negara hukum bukanlah demokrasi dalam arti sesungguhnya.⁶⁴

M Mahfud M D menilai demokrasi tanpa hukum tidak akan terbangun dengan baik bahkan mungkin menimbulkan anarki, sebaliknya hukum tanpa sistem politik yang demokratis hanya akan menjadi hukum yang elastis dan represif.⁶⁵ Bagaimanapun baiknya suatu hukum tanpa ditopang demokrasi maka hukum itu akan lumpuh, bagaimanapun baiknya suatu sistem yang

⁶² Tjip Ismail, *Pengaturan Pajak Daerah Indonesia*, Yellow Printing, Jakarta, 2007, halaman 12.

⁶³ Ketiga ide dasar hukum dikenal pula sebagai tujuan dari pada hukum, yakni : Aliran etis yang menganggap bahwa tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan keadilan, Aliran utilitis yang menganggap tujuan hukum adalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan warga, aliran normatif dogmatik yang menganggap bahwa tujuan hukum adalah untuk menciptakan kepastian hukum. Lihat Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum : Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996, halaman 84. Lihat pula Roscou Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, Barata, Jakarta, 1989, halaman 27.

⁶⁴ Franz Magnis Suseno, *Op, Cit*, halaman 58.

⁶⁵ M Mahfud M D, *Hukum Dari Pilar-Pilar Demokrasi*, Gama Media, Yogyakarta, 1999, halaman 1.

demokratis tetapi tidak ditopang oleh hukum maka akan muncul kesewenang-wenangan. Tidaklah berlebihan Franz Magnis Suseno mengutip pendapat Lobkowics, menyatakan demokrasi merupakan cara yang paling aman dalam mempertahankan kontrol atas negara hukum.⁶⁶ Prinsipnya negara hukum adalah suatu sistem pemerintahan yang dikendalikan oleh rakyat dan dijalankan berdasarkan atas hukum.

Istilah negara hukum merupakan terjemahan konsep *rechtsstaat* dan *the rule of law*, sekalipun beberapa pakar hukum berbeda pendapat dengan dua istilah tersebut tetapi ada yang mempersamakannya. Azhary misalnya, dengan *rechtsstaat* atau *rule of law*, mempunyai arah yang sama, yaitu mencegah kekuasaan absolut demi pengakuan dan perlindungan hak asasi.⁶⁷ Perbedaannya terletak pada arti materil atau isi dari kedua istilah tersebut yang disebabkan latar belakang sejarah dan pandangan hidup suatu bangsa.⁶⁸

Rechtstaat berkembang di Jerman dan negara Eropa kontinental lain, dan *rule of law* berkembang di Inggris atau negara Anglo Saxon. Perbedaan yang antara keduanya terletak pada keberadaan peradilan administrasi (tata usaha) negara pada konsep (*rechtsstaat*) sedangkan pada negara yang menganut konsep *rule of law* tidak terdapat dalam sistem peradilan administratif, sebab negara Anglo Saxon pada umumnya lebih menekankan prinsip persamaan kedudukan dihadapan hukum (*equality before the law*). Dengan prinsip itu, diharapkan agar setiap orang dipandang memiliki

⁶⁶ Franz Magnis Soseno, *Op. Cit*, halaman 60.

⁶⁷ Azhary, *Negara Hukum Indonesia : Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1995, halaman 33.

⁶⁸ *Ibid.*

kedudukan yang sama dihadapan hukum atau dihadapan pengadilan, tidak terkecuali para pejabat publik (administrasi) maupun pejabat militer. Dengan demikian tidak merasa perlu memiliki peradilan administrasi.

Sunaryanti Hartono lebih memilih istilah *rule of law* bagi negara hukum agar tercipta suatu negara yang berkeadilan bagi seluruh rakyat, penegasan *rule of law* harus diartikan dalam arti yang materi.⁶⁹ Memang, negara hukum mengalami persepsi yang berbeda dilihat dari segi perkembangannya.

Negara hukum pada abad ke XIX diartikan secara formil, keberadannya menjadi pelaksana (tunduk pada) keinginan rakyat yang diperjuangkan secara liberal menjadi keputusan parlemen atau diistilahkan sebagai negara penjaga malam (*nacht wacterstaat*),⁷⁰ dengan tugas menjamin dan melindungi kedudukan ekonomi dari mereka yang menguasai adat, pemerintah yakni *ruling class* yang merupakan golongan eksklusif, sedangkan yang bukan golongan *ruling class* tidak dihiraukan.⁷¹ Dengan peran negara hukum (formil) seperti itu memunculkan gejolak di masyarakat yang kemudian melahirkan negara hukum dalam arti materil pada pertengahan abad XX tepatnya setelah perang dunia II dengan memberi peran yang lebih luas kepada negara (pemerintah). Pemerintah tidak boleh berlaku sebagai penjaga malam melainkan harus aktif melaksanakan upaya membangun kesejahteraan rakyat dengan cara mengatur kehidupan ekonomi dan sosial agar rakyat dapat menikmatinya secara adil dan demokratis.

⁶⁹ Sunaryati Hartono, *Apakah The Rule of Law*, Alumni, Bandung, 1996, halaman 35

⁷⁰ M Mahfud M D, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, halaman 26.

⁷¹ E Utrech, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, FH PM Unpad, Bandung, 1960, halaman 21.

Pada masa ini muncul teori negara kesejahteraan (*welfare state*) oleh Miriam Budiardjo, bahwa munculnya gugatan terhadap negara hukum formal diakibatkan dampak dari industrialisasi dan sistem kapitalis, tersebarnya paham sosialisme yang menginginkan pembagian kekuasaan secara merata serta kemenangan partai sosialisasi di Eropa.⁷² Sudardjo Gautama senada dengan Sunaryanti Hartono menyamakan *rule of law* bagi negara hukum, bahwa dalam suatu negara hukum, terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan. Negara tidak maha kuasa, tidak bertindak sewenang-wenang terhadap warganya dibatasi oleh hukum inilah apa yang oleh ahli hukum Inggris dikenal sebagai *the rule of law*.⁷³ Pandangan di atas memberi ketegasan bahwa dalam konsep *rule of law* kekuasaan bukanlah kekuasaan absolut, melainkan kekuasaan dibatasi oleh hukum dan perundang-undangan.

Padmo Wahjono menilai negara hukum dalam istilah *rechtsstaat* dan *rule of law* tidak menunjukkan perbedaan mendasar, di lingkungan Anglo Saxon (Inggris, Amerika dan negara lain yang mengikuti pola bernegaranya) menolak adanya pengadilan khusus seperti pengadilan administrasi dalam negara hukum (liberal). Mereka mengutamakan persamaan dalam hukum sehingga tidak perlu ada perbedaan dalam forum pengadilan konsepsi mereka dikenal *rule of law*.⁷⁴ Dari pendapat di atas, di negara Anglo Saxon tidak terdapat pengadilan khusus atau peradilan administrasi negara yang mengadili secara khusus pelanggaran di bidang administrasi pemerintahan tetapi secara

⁷² Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 2012, halaman 59.

⁷³ Sudarjo Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1993, halaman 8.

⁷⁴ Padmo Wahjono, *Membudayakan Undang-Undang Dasar 1945*, Ind-Hild Co, Jakarta, 1991, halaman 74.

teknis menitikberatkan pada persamaan warga di depan hukum sehingga semua orang dapat diadili pada pengadilan yang sama, hukum yang sama, baik sebagai kapasitas pejabat pemerintahan maupun warga biasa.

Dalam penjelasan UUD NRI Tahun 1945 dan keputusan Indonesia negara hukum diterjemahkan dari kata (*rechtsstaat*). Sekalipun dalam praktiknya tidak dilaksanakan secara murni dan konsekuen karena pengaruh konsep *rule of law* dan nilai budaya bangsa sendiri yang telah dianut dan berlaku di dalamnya.

Philipus M. Hadjon tidak menyetujui istilah negara hukum disamakan antara *rechtsstaat* dengan *rule of law*, terlebih jika dikaitkan dengan pengakuan akan harkat dan martabat manusia, ia membedakan *rechtsstaat* dengan *the rule of law* dengan melihat latar belakang sejarah dengan sistem hukum yang menopang kedua istilah tersebut. Konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, konsep *the rule of law* berkembang secara evolusioner. Hal ini tampak dari kriteria *rechtsstaat* dan *the rule of law*. Konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem hukum kontinental *civil law, modern roman law*, konsep *the rule of law* bertumpu pada sistem hukum *common law*.⁷⁵

Cita negara hukum untuk pertama kali dikemukakan Plato dan kemudian dipertegas oleh Aristoteles dalam *Republic*-nya. Plato menyatakan negara paling ideal adalah negara yang dipimpin oleh para filosof.⁷⁶

Guna mewujudkan negara ideal, Plato membagi struktur sosial sebuah negara menjadi tiga bagian. *Pertama*, kelompok filosofis yang diberi amanah memerintah, karena, mereka mempunyai pengertian tentang yang baik sehingga akan lebih aktif dalam memimpin negara. *Kedua*, golongan ksatria atau prajurit, mereka sebagai penjaga keamanan negara yang mengawasi warga negara agar segala tindak pada para filosof. *Ketiga*, golongan rakyat biasa yakni para petani, tentang yang menopang kehidupan ekonomi rakyat.⁷⁷

⁷⁵ Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1997, halaman 72.

⁷⁶ A Rahman Zainuddin, *Op, Cit*, halaman 187.

⁷⁷ M Hatta, *Alam Pikiran Yunani*, Tinta Mas, Jakarta, 1990, halaman 112. Lihat K Bertens, *Sejarah Filsafat Yunani*, Kanisius, Yogyakarta, 1993, halaman 119.

Plato maupun Aristoteles tidak mendukung tipe negara berlandaskan demokrasi, karena hanya mengandalkan keinginan tidak perlu yang dapat membahayakan warga dan tidak praktis. Mereka mendambakan suatu negara yang dipimpin para filosof karena kelebihan, keutamaan dan pandangan jauh ke depan.⁷⁸ Plato mengembangkan pikiran menggunakan dengan metode deduktif. Aristoteles memakai metode *induktif* dengan cara terlebih dahulu mengadakan penyelidikan terhadap 158 konstitusi yang berlaku dalam polis (negara-kota) di Yunani dituangkan dalam bukunya yang berjudul *Politica*.⁷⁹

Dalam bukunya itu ia membedakan tiga bentuk negara, yakni *monarkhi* yang dipimpin seorang *aristokrasi* oleh sejumlah kecil orang dan *politeia* yang dipimpin banyak orang. Sedang bentuk negara yang tidak sempurna terdiri dari, yakni : Despotie, Tirani, Oligarki, Platokrasi serta Demokrasi disampaikannya pemerintah berdasarkan konstitusi memiliki tiga unsur, yaitu: pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum; pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasar ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang menyampingkan konvensi dan konstitusi, dan kehendak rakyat. Pada tahap ini, pemikiran negara hukum disebut *fase Yunani Kuno*.⁸⁰

Pasca keruntuhan Yunani Kuno, Romawi membentuk pemerintahan imperium, yang merupakan bentuk negara yang memiliki daerah kekuasaan luas tanpa memperhatikan perbedaan antara rakyat dari segi kebangsaan agama, bahasa, warna kulit dan sebagainya.⁸¹ Di bidang kenegaraan, Romawi hampir tidak memberikan kontribusi baru dari segi pemikiran filosofis tetapi mengarahkan pada pembentukan istitusi negara sentralistik memperkuat

⁷⁸ Harsja W Bachtiar, *Empat Masalah Filsafat*, Jambatan, Jakarta, 1990, halaman 46. Bandingkan, Mumtas Ahmad, *Op, Cit*, halaman 61.

⁷⁹ Deliar Noer, *Pemikiran Politik di Negeri Barat*, Mizan, Bandung, 1997, halaman 35.

⁸⁰ M Kusnardi dan Bintang R Saragih, *Ilmu Negara*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1997, halaman 17.

⁸¹ Muhammad Azhar, *Filsafat Politik : Perbandingan Antara Islam dan Barat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, halaman 28.

sistem pemerintahan dimana Roma sebagai pusatnya. Pembentukan konsul, senat dan dewan atau majelis (*assembly*) dengan pola kekeluargaan kebapakan (*patriarchal family*) untuk mengukuhkan kekuasaan negara.⁸² Pemerintah Romawi mengutamakan kewenangan dan kewibawaan penguasa (*authority*) dan sistem keamanan negara (*stability*) ketimbang kebebasan (*liberty*) dan pemerintahan demokratis (*democracy*). Di sini negara hukum menjadi terkubur oleh kekuasaan.⁸³

Thomas Aquinas, pikirannya tentang negara dan hukum dihimpun dalam *de Regimine Principum* (pemerintahan raja) dan *Summa Theologica* yang memuat ketuhanan. Thomas Aquinas dipengaruhi ajaran Aristoteles oleh karena interaksinya dengan timur tengah (dunia Islam) saat berkunjung ke tempat suci agama Kristen dimana dunia Islam mengkaji pikiran Aristoteles dan filosof Yunani lain, penguasa negara adalah penguasa yang menjalankan pemerintahan negara sesuai dengan kepentingan umum untuk mencapai tujuan bersama.⁸⁴ yang menjadi tujuan hidup manusia, maka itu pula tujuan negara. Kemudian dikemukakan bahwa tujuan manusia adalah mencapai kemuliaan abadi dan kemuliaan abadi dapat dicapai jika menuruti tuntutan gereja. Di sini terlihat betapa ajaran teo sentris ikut serta mempelajarinya.

Ajaran Thomas Aquinas tentang pemerintahan negara terlihat pengaruh Aristoteles yang menurut sifatnya terbagi dalam tiga macam, yaitu, *pertama*, pemerintahan satu orang, yang baik disebut monarki yang jelek disebut tirani, *kedua*, pemerintahan oleh beberapa orang, yang baik disebut

⁸² Edward Mc Nall Burns, *Western Civilization*, NW. Norton and Company Inc, New York, 1988, halaman 202.

⁸³ Marsama Windhu, *Kekuasaan dan Kekerasan Menurut Johan Galtung*, Kanisius, Yogyakarta, 1992, halaman 33.

⁸⁴ Soehino, *Hukum Tata Negara Perkembangan Sistem Demokrasi di Indonesia*, BPF, Yogyakarta, 2010, halaman 58.

Aristokrasi, yang jelek disebut oligarki; *ketiga*, pemerintahan oleh seluruh rakyat yang disebut *politeia* dan yang jelek adalah demokrasi. Dalam melaksanakan pemerintahan negara, penguasa harus menjadikan undang-undang dasar atau konstitusi untuk mengatur dan membatasi tindakan-tindakan pemerintah yang dapat mencegah pemerintahan tirani.⁸⁵

Fase pertengahan Eropa mengalami kegelapan, sementara dibelahan dunia Islam melahirkan pemikir politik kenegaraan brilian misalnya, Ibnu Abi Rabi (833-842), Al-Farabi (870-950), Al-Mawardi (975-1059), Al-Ghazali (1058-1111), Ibn Taimiyah (1262-1328) dan Ibnu Khaldun (1332-1406).⁸⁶ Jadi pemikiran cita negara hukum sebenarnya tidak pernah dilupakan orang,⁸⁷ hanya pemikiran negara hukum beralih ke dunia Islam. Ibnu Abi Rabi' ilmuwan Islam menghimpun pemikiran politik kenegaraannya dalam buku berjudul *Suluk al-Malik fi-Tadbir al-Mamalik* (Perilaku Raja dalam Pengelolaan Kerajaan) dipersebelikan kepada pemerintahan Mu'tazma, Khalifah Abbasiyah VII yang memerintah pada abad IX M.⁸⁸

Buku itu sebagai penuntun raja melaksanakan tugas pemerintahan, seperti halnya Niccolo Machiavelli menulis buku *In Principe* atau *The Prince* (Sang Pangeran) dan dipesembahkan kepada Lorenzo di Medici, penguasa di Florence, Italia sebagaimana Thomas Aquinas, Ibnu Abi Rabi' pun banyak dipengaruhi oleh pemikir Plato dan Aristoteles. Sistem pemerintahan yang telah dikategorisasi dalam sistem monarki, aristokrasi, oligarki, demokrasi dan demagogi merupakan sistem pemerintahan Demagogi Ibnu Abi Rabi' pun memilih monarki sebagai pemerintahan yang diideakan awal oleh Aristoteles, bedanya hanya pada sistem pemerintahan Demagogi.⁸⁹

⁸⁵ Pemerintahan Tirani adalah pemerintahan yang berindak sesuai dengan bahwa nafsunya (*unlawful desire*) dan seorang tiran tidak mempunyai kontrol atas dirinya. Keadilan dalam pemerintahan ini sama sekali tidak terwujud dalam rezim ini, lihat Rahman Surbakti, *Memahami Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1992, halaman 24.

⁸⁶ Pemikiran Politik kenegaraan keenam tokoh Islam ini dapat dilihat dalam Munawir Sjadzali, *Islam dan Tata Negara: Ajaran Sejarah dan Pemikiran*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1993, halaman 42, lihat pula, Muhammad Azhar, *Op, Cit*, halaman 76.

⁸⁷ Azhary, *Op, Cit*, halaman 21.

⁸⁸ Munawir Sjadzali, *Op, Cit*, halaman 42.

⁸⁹ Pemerintahan yang apabila hak politik rakyat dipergunakan secara tidak bertanggung jawab yang kemudian melahirkan pemerintah anarki.

Ibnu Abi Rabi memilih monarki sebagai bentuk pemerintahan terbaik sekaligus bukti legalitasnya dinasti Abbasiyah yang dipimpin seorang raja. Al-Farabi (870-950)⁹⁰ dalam buku *al-Madinah al-Fadilah* (negara utama). Al-Farabi mengilustrasikan negara utama itu bagaikan anggota-anggota badan, apabila salah satu menderita, yang lainnya ikut merasakannya.

Tiap-tiap anggota badan mempunyai fungsi dan peranan berbeda. Kebahagiaan masyarakat tidak akan terwujud tanpa pendistribusian kerja yang sesuai dengan kecakapan dan kemampuan anggota sebagai manifestasi interaksi sosial. Kepala negara ibarat jantung bagi badan, kedudukannya sangat strategis berbagai sumber koordinasi, pengendali dari segala kekuasaan. Seorang kepala negara harus memenuhi kualitas sebagai pimpinan yang arif dan bijaksana kriteria itu yakni; (1). lengkap anggota badannya; (2) baik intelegensinya; (3) tinggi intelektualitasnya; (4) pandai mengemukakan pendapat dan mudah dimengerti uraiannya; (5). pencinta pendidikan dan gemar mengajar (6) tidak rakus; (7). pencinta kejujuran; (8) berjiwa besar dan berbudi luhur. (9) tidak utamakan keduniaan; (10) bersifat adil; (11) optimis dan besar hati; dan (12) kuat pendirian dan penuh keberanian, antusias dan tidak berjiwa kerdil.⁹¹

Al-Gazali,⁹² berpendapat kepemimpinan suatu negara harus berdasarkan agama dan penguasa harus ditaati agar dapat mengamankan jiwa dan harta warganya sehingga agama dan penguasa dianggap saudara kembar. Dunia hanyalah tempat mengumpulkan bekal akhirat, dunia sebagai wahana mencari ridha Allah. Kepala negara yang shaleh merupakan bayangan Allah di bumi, maka ia adalah suci dan kekuasaannya suci dari Allah.

⁹⁰ Nama lengkapnya, Abu Nasr Muhammad al-Farabi (870-950). Lahir di Wasij, desa di Farab. Ia berasal dari turki, pernah menjadi hakim dan menetap di Baghdad sebagai pusat ilmu pengetahuan saat itu. Ia belajar pada Bishr Matta Ibn Yunus dan menetap selama 20 tahun disana lalu pindah ke Aleppo dan tinggal di istana Saif al-Daulah, berkonsentrasi pada ilmu pengetahuan dan filsafat. Ia terbenam dalam ilmu pengetahuan sehingga tidak dekat dengan pemerintahan khalifah Abbasiyah oleh karena dilanda kekacauan, pemberontakan dan perang yang berkepanjangan.

⁹¹ Munawir Sjadzali, *Op, Cit*, halaman 56 dan Muhammad Azhar, *Op, Cit*, halaman 79.

⁹² Nama lengkapnya Abu Hamid Muhammad al-Gazali (450-1058 H atau 505-1111 M) karyanya yang terkenal : *Ihya 'Ulum al-din*, *al-Ijtihad wa al-I'tiqad* dan *Tibn al Masbuk fi Nashihat al- Maluk*. Lihat Muhammad Jalal Syaraf dan Ali Abd al-Mut'hi Muhammad, *al-Fikr al-Siyasah fi al-Islam*, Iskandariyat, Dar al-Ma'arif, 1997, halaman 107.

Setelah dinasti Abbasiyah jatuh ke tangan bangsa Tartar. Ibnu Taimiyah⁹³ memandang teori khalifah tidak mampu memenuhi tujuan pemerintahan dalam Islam, ia bahkan meragukan validitas kekhalfahan berasal dari al-Qur'an dan al-Hadits. Ibn Taimiyah memaknai pentingnya pemerintahan sebab tidak ada manusia yang mampu meraih kesejahteraan sempurna baik di dunia maupun di akhirat tanpa tergabung dalam sebuah *ijtima* yang mewujudkan kerjasama dan tolong menolong dalam rangkaian menggapai manfaat dan menolak apapun yang membahayakan.⁹⁴

Manusia sebagai makhluk politik yang dibentuk secara natural seyogyanya mampu mengatur *ijtima* dengan pelbagai aturan dan mematuhi pemimpin terpilih demi tercapainya cita bersama. Kebutuhan manusia terhadap pemerintahan tidak hanya didasarkan pada wahyu tetapi juga diperkuat oleh hukum alam yang melibatkan manusia untuk bergabung dan menjadi kerja sama. Dan yang terakhir, gagasan Ibnu Khaldun⁹⁵ tentang negara hukum pada awalnya dibangun atas relasi manusia dan masyarakat. dan dalam kerangka itu ia berbicara mengenai kekuasaan dan negara. Baginya negara sangat penting bagi manusia untuk memenuhi kebutuhan hidupnya, menjamin keamanan jiwa dari ancaman luar dan perlunya saling membantu satu dengan lainnya.

⁹³ Nama lengkapnya, Taqiyuddin Abu al-Abbas Bin Taimiyah (661-1262 H atau 728 1238 M) Gagasan politik-kenegaraan terdapat dalam karyanya : al-Siyasay al-Syari'at, dan Minhaj al-Sunnah, atau dalam Qamaruddin Khan, *Thepolitical Thought of ibn Taimiyah* diterjemahkan oleh Anas Mahyuddin dengan judul *Pemikiran Politik Ibnu Taimiyah*, Pustaka, Bandung, 1983, halaman 324. dan Khalid Ibrahim Jaidan, *Teori Politik Islam : Telaah Kritis Ibn Taimiyah tentang Pemerintahan*, Risalah Gusti, Surabaya, 1995, halaman 232.

⁹⁴ *Ibid*, halaman 47.

⁹⁵ Nama lengkapnya, Abd Rahman bin Khaldun (732-1332 H atau 808-1406 M) pemikirannya tertuang dalam karyanya yang terkenal al-Muqaddirat. Lihat pula. Deliar Noer, *Op, Cit*, halaman 76.

Negara tidak akan kuat tanpa dukungan persatuan dan solidaritas. Keberadaan agama berperan dan diperlukan untuk menegakkan negara. Hubungan antara pemerintah dan masyarakat bersifat relasional dan seimbang. Pemerintah memiliki rakyat dan rakyat membutuhkan pemerintah⁹⁶ untuk menghindari kesewenangan pemerintah (negara) maka dibuat hukum dan kebijakan politik yang harus ditaati. Peraturan tersebut menurut Ibnu Khaldun berasal dari hasil musyawarah para cendekiawan, negarawan ulama maupun aturan yang bersumberkan ajaran agama.

Islam sangat menghormati dan melindungi manusia tanpa melihat asal-usul agama, ras dan lainnya; mengakui pluralitas golongan artinya Islam sangat menghormati adanya kelompok yang berkembang dalam masyarakat; mencegah kesewenangan dan usaha meluruskannya dan, undang-undang di atas segala-galanya. Artinya legalitas kekuasaan tegak dan berlangsung dengan usaha mengimplementasikan sistem hukum dan keberlakuannya tanpa membedakan antara penguasa dan rakyat.⁹⁷

Islam mempraktekkan negara berlandaskan hukum dan kedaulatan rakyat jauh sebelumnya yakni pada masa Nabi Muhammad SAW, dengan sebutan Piagam Madinah atau konstitusi Madinah. Piagam Madinah merupakan perjanjian sosial masyarakat Madinah yang heterogen di dalamnya ada bangsa Arab, suku Aus dan Khazraj, Yahudi dan Arab pengemis (*nomaden*). Banyak peneliti sejarah, pakar politik dan hukum bahkan ilmuwan barat seperti Philip K. Hitti dan W. Montgomery Watt menyebutkan konstitusi pertama di dunia.⁹⁸

⁹⁶ A Rahman Zaenuddin, *Politik Ibnu Khaldun*, Gramedia, Jakarta, 1992, halaman 191.

⁹⁷ Fahmi Hummidy, *al-Islam wa-al-Dimukratyah*, diterjemahkan oleh Abd. Gaffar M, dengan judul *Demokrasi dan Masyarakat Madinah; Issu-isu Besar Politik Islam*, Mizan, Bandung, 1993, halaman 177.

⁹⁸ J Suyuti Pulungan, *Prinsip-Prinsip Pemerintahan Dalam Piagam Madinah Ditinjau Dari Pandangan Al-Quran*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, halaman 8. lihat pula Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum : Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992, halaman 12.

Pemikiran negara hukum terus berkembang antar bangsa dan peradaban. Sejak runtuhnya peradaban Islam, dan Barat mengalami masa transisi dari fase pertengahan, dimana pikiran dan praktek pemerintah dikuasai otoritas gereja ke fase modern. Ciri utama fase *renaissance* ialah munculnya individualisme

Secara politis era *renaissance* merupakan simbol dari adanya sebuah revolusi individualisme dan humanisme menentang dominasi dan kolektivisme gereja di abad pertengahan.⁹⁹

Fase ini ditandai dengan kebangkitan kembali ilmu pengetahuan, seni dan kebudayaan. Melahirkan liberalisme, kapitalisme hingga kolonialisme. Pada fase transisi ini, Nicolo Machiavelli (1469-1527) menulis buku *The Prince* atau *Il Principe* (Sang Pangerang) sebagai pedoman raja dalam memerintah, dalam menyusun bukunya ia membuang jauh-jauh pandangan bernegara dari masa pertengahan yang menjauhi dominasi kristen dan melihat pada kenyataan sejarah kejadian yang dialaminya sendiri. Bangsa Italia waktu itu hidup dalam kecemasan peperangan antar kelompok, perebutan kekuasaan tidak ada satupun yang menaklukkan semuanya. Dari realitas itulah, Machiavelli sangat prihatin dengan menginginkan tampilnya kekuasaan *super power* yang dapat mempersatukan bangsa tanpa harus mempertimbangkan moral, etika dan kesusilaan lainnya.¹⁰⁰

Hubungan antara raja dan rakyat didasarkan atas perjanjian yang mengikat kedua belah pihak, raja diberi kekuasaan menyelenggarakan pemerintahan dan menciptakan suasana yang memungkinkan rakyat menikmati hak-haknya. Thomas Hobbes (1588-1679) dalam karyanya, *Leviathan* bahwa *Lex Naturalis* yang termuat dalam perjanjian masyarakat oleh raja harus diimplementasikan dan raja dibatasi dengan perjanjian itu dikemudian hari melahirkan sistem pemerintahan *Constitutional Monarchi*.

⁹⁹ Muhammad Azhar, *Op, Cit*, halaman 37.

¹⁰⁰ Azhary, *Op, Cit*, halaman 22.

Jhon Locke (1632-1704) mengemukakan bahwa hak-hak politik rakyat mencakup atas hak-hak hidup, kebebasan dan hak memiliki (*right for live, liberty, property*) Montesquie (1689-1755) mengemukakan sistem pokok yang menurutnya dapat menjamin hak-hak politik tersebut melalui konsep *trias poilitika*-nya, yakni suatu sistem pemisahan kekuasaan negara ke dalam kekuasaan legislatif, eksekutif dan Yudikatif yang masing kekuasaan itu merdeka dan tidak boleh dikuasai oleh seorang raja.¹⁰¹

Hal sama disampaikan oleh J J Rousseu (1712-1778) bahwa keberadaan negara dan penyelenggaraan pemerintahan didasari atas kesepakatan bersama dan dalam mengambil keputusan berdasarkan suara banyak atau berdasarkan hukum. pemikiran negara hukum merambah kemana-kemana sesuai dengan sejarah budaya dan latar belakang suatu bangsa. Di negara-negara Eropa seperti Perancis, Jerman, Belanda dan lain-lain (*Rechtsstaat*). Inggris, Amerika dan pengikut lainnya (*Rule of Law*) serta negara-negara sosialis komunis pun mengklaim diri sebagai negara hukum.

Teori negara hukum ini dipergunakan untuk melihat keterkaitan antara keputusan yang dibuat oleh Badan atau Pejabat TUN kepada seseorang atau badan hukum perdata. Dengan adanya unsur peradilan administrasi negara, maka apabila Badan atau Pejabat TUN mengeluarkan suatu KTUN yang merugikan atau melanggar hak asasi seseorang, badan hukum perdata, maka dapat diajukan ke PTUN. Adapun syarat dari *rechtsstaat* adalah:¹⁰²

- a. Asas Legalitas
- b. Setiap tindak pemerintahan harus didasarkan atas dasar peraturan perundang-undangan (*wetleijke grondslag*). Dengan landasan ini, Undang-Undang dalam arti formal dan UUD merupakan tumpuan dasar tindakan pemerintahan. Dalam hubungan ini, pembentukan undang-undang merupakan bagian penting negara hukum.
- c. Pembagian kekuasaan, mengandung makna kekuasaan negara tidak boleh

¹⁰¹ Azhary, *Op, Cit*, halaman 28, dan M Mahfud M D, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia, Op, Cit*, halaman 25.

¹⁰² *Ibid*, halaman 275.

hanya bertumpu pada satu tangan.

- d. Hak dasar (*grondrechten*), merupakan sasaran perlindungan hukum bagi rakyat dan sekaligus membatasi kekuasaan pembentukan undang-undang.
- e. Pengawasan pengadilan, bagi rakyat tersedia saluran melalui pengadilan yang bebas untuk menguji keabsahan tindak pemerintahan (*rechtmatigheids toetsing*).

Bila mengkaji negara Indonesia, maka negara Indonesia merupakan negara hukum Pancasila. Menurut Sri Soemantri Martosoewignjo, unsur negara hukum Pancasila, yaitu :¹⁰³

- a. Adanya pengakuan jaminan hak asasi manusia dan warga negara;
- b. Adanya pembagian kekuasaan;
- c. Dalam melaksanakan tugas dan kewajiban, pemerintah berdasarkan hukum yang berlaku, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis;
- d. Adanya kekuasaan kehakiman yang dalam menjalankan kekuasaannya merdeka, artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah, sedang khusus Mahkamah Agung harus merdeka dari pengaruh lainnya.

Ciri negara hukum Pancasila menurut Philipus M Hadjon adalah :¹⁰⁴

- a. Keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan;
- b. Hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan negara;
- c. Prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir;
- d. Keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Apabila diperbandingkan pendapat kedua guru besar tersebut, seakan terdapat perbedaan signifikan, akan tetapi bila disimak secara saksama, maka terlihat Sri Soemantri melihat negara hukum Pancasila dari sudut yuridis formal yang diatur di dalam UUD 1945, sedangkan Philipus M Hadjon, mengkaji negara hukum Pancasila dari sisi jiwa atau roh negara hukum Pancasila. Philipus M Hadjon mengkaji negara hukum Pancasila dari aspek material atau isi dari apa yang dicirikan oleh Sri Soemantri.

¹⁰³ *Ibid*, halaman 277.

¹⁰⁴ Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, halaman 90.

Unsur terpenting dari negara hukum terdiri dari:¹⁰⁵

- a. Ada UUD sebagai peraturan tertulis yang mengatur hubungan antara pemerintah dan warganya.
- b. Ada pembagian kekuasaan (*machtenscheiding*) yang secara khusus menjamin suatu kekuasaan kehakiman yang merdeka.
- c. Ada pemencaran kekuasaan negara atau pemerintah (*spreiding van de staatsmacht*).
- d. Ada jaminan terhadap hak asasi manusia.
- e. Ada jaminan persamaan di muka hukum dan jaminan perlindungan hukum.
- f. Ada asas legalitas, pelaksanaan kekuasaan pemerintah harus didasarkan atas hukum (undang-undang).

Adanya unsur asas legalitas mengamanatkan agar setiap tindakan pemerintah harus berdasar atas hukum. Dalam unsur negara hukum Pancasila. Pemerintah melaksanakan kewenangannya yang dituangkan melalui KTUN pertama-tama harus memiliki legalitas sehingga perbuatan atau tindakan pemerintah tidak melanggar hak asasi manusia dan/atau tidak menyebabkan seseorang atau sekelompok orang tidak mendapat perlindungan hukum.

3. *Middle Theory* : Teori Penegakan Hukum

Penegakan hukum merupakan suatu proses berlangsungnya perwujudan konsep yang abstrak menjadi kenyataan. Penegakan hukum adalah kegiatan menyeraskan hubungan nilai yang terjabarkan di dalam kaedah yang mantap dan mengejawantah dan sikap tindak sebagai rangkain penjabaran nilai tahap akhir.¹⁰⁶ Penegakan hukum sebagai suatu proses, pada hakikatnya merupakan penerapan diskresi yang menyangkut membuat keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaedah hukum, tetapi mempunyai unsur penilaian pribadi.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Bagir Manan, *Hubungan Antara Pusat Dan Daerah Menurut UUD 1945*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994, halaman 35.

¹⁰⁶ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2008, halaman 8

¹⁰⁷ *Ibid.*

Menurut Soerjono Soekanto bahwa faktor tersebut ada lima, yaitu :¹⁰⁸

- a. Hukumnya sendiri, dibatasi pada undang-undang saja;
- b. Penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum;
- c. Sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
- d. Masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;
- e. Kebudayaan, yakni hasil karya, cipta, dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup;

4. *Applied Theory* : Teori Kepastian Hukum

Sebelum membahas kepastian hukum, perlu mengetahui pengertian hukum. Pengertian hukum menurut para sarjana adalah :¹⁰⁹

- a. E. Utrecht mengemukakan hukum adalah himpunan petunjuk hidup yang mengatur tata tertib dalam suatu masyarakat dan seharusnya ditaati oleh anggota masyarakat yang bersangkutan, oleh karena pelanggaran terhadap petunjuk hidup itu dapat menimbulkan tindakan dari pemerintah masyarakat itu.
- b. Immanuel Kant mengartikan hukum sebagai keseluruhan syarat yang dengan ini kehendak bebas dari orang yang satu dapat menyesuaikan diri dengan kehendak bebas dari orang lain, menuruti peraturan hukum tentang kemerdekaan.
- c. J Van Apeldoorn mengemukakan bahwa tidak mungkin memberikan definisi kepada hukum karena begitu luas yang diaturinya. Hanya pada tujuan hukum mengatur pergaulan hidup secara damai.

Hukum adalah suatu aturan atau norma yang mengatur tingkah laku masyarakat dalam pergaulan hidup. Tujuan hukum mengatur pergaulan hidup secara damai.¹¹⁰ Mengenai tujuan hukum, terdapat beberapa teori, yaitu :¹¹¹

- a. Teori Etis,
Tujuan hukum semata-mata mewujudkan keadilan. Aristoteles mengajarkan dua macam keadilan, yaitu keadilan distributif dan keadilan

¹⁰⁸ *Ibid*, halaman 10.

¹⁰⁹ Yulies Tiena Masriani, *Pengantar Hukum Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, halaman 6.

¹¹⁰ L J Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2000, halaman 10.

¹¹¹ Dudu Duswara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum, Sebuah Sketsa*, Refika Aditama, Bandung, 2003, halaman 24.

komutatif. Keadilan distributif ialah keadilan yang memberikan kepada tiap orang jatah menurut jasanya. Keadilan komutatif adalah keadilan yang memberikan jatah kepada setiap orang sama banyaknya tanpa harus mengingat jasa peseorangan.

b. Teori Utilitas

Menurut Bentham bahwa hukum bertujuan mewujudkan apa yang berfaedah atau yang sesuai dengan daya guna (efektif). Adagiumnya yang terkenal adalah *The greatest happiness for the greatest number* artinya, kebahagiaan yang terbesar untuk jumlah yang terbanyak. Ajaran Bentham disebut juga sebagai *eudaemonisme* atau *utilitarisme*.

c. Teori Pengayoman

Mengemukakan tujuan hukum mengayomi manusia, baik secara aktif maupun secara pasif. Secara aktif dimaksudkan sebagai upaya untuk menciptakan suatu kondisi kemasyarakatan yang manusiawi dalam proses yang berlangsung secara wajar. Sedangkan yang dimaksud secara pasif adalah mengupayakan pencegahan atas tindakan yang sewenang-wenang dan penyalahgunaan hak. Usaha mewujudkan pengayoman tersebut termasuk di dalamnya adalah :

- 1) Mewujudkan ketertiban dan keteraturan;
- 2) Mewujudkan kedamaian sejati;
- 3) Mewujudkan keadilan;
- 4) Mewujudkan kesejahteraan dan keadilan sosial.

Gustav Radbruch mengembangkan berlakunya hukum secara sempurna

harus memenuhi tiga nilai dasar, meliputi :¹¹²

- a. *Juridical doctrine*, nilai kepastian hukum, dimana kekuatan mengikatnya didasarkan pada aturan hukum yang lebih tinggi.
- b. *Sociological doctrine*, nilai sosiologis, artinya aturan hukum mengikat karena diakui dan diterima dalam masyarakat (teori pengakuan) atau dapat dipaksakan sekalipun masyarakat menolaknya (teori paksaan).
- c. *Philosophical doctrine*, nilai filosofis, artinya aturan hukum mengikat karena sesuai dengan cita hukum, keadilan sebagai nilai positif yang tertinggi.

Agar hukum dapat berlaku sempurna, harus memenuhi tiga nilai dasar tersebut. Adanya unsur kepastian hukum, hal ini erat kaitannya dalam hal membahas adanya unsur kepastian hukum dalam suatu KTUN akan dapat

¹¹² I Dewa Gede Atmadja, *Manfaat Filsafat Hukum Dalam Studi Ilmu Hukum*, dalam *Kerta Patrika*, Nomor 62-63 Tahun XIX Maret-Juni 1993, Fakultas Hukum Universitas Udayana, Denpasar, halaman 68. Lihat juga Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Op, Cit*, halaman 19, yang mengemukakan bahwa nilai dasar hukum menurut Radbruch yaitu keadilan, kegunaan (*zweckmaszigkeit*) dan kepastian hukum.

memberikan jaminan perlindungan hukum bagi masyarakat maupun aparat pemerintah, mengingat kepastian hukum itu sendiri adalah alat atau syarat untuk memberikan jaminan perlindungan bagi yang berhak (termasuk terkait dengan lahirnya suatu KTUN).

5. *Applied Theory* : Teori Kesadaran dan Kepatuhan Hukum

Selanjutnya teori pendukung adalah *teori kesadaran hukum*,¹¹³ maka dalam bahasa Belanda mengenal misalnya istilah *rechtsopvatting*, *rechtsovertuiging*, *rechtgevoel*, *rechtsbewustzijn*. Sedangkan dalam bahasa Inggris antara lain dikenal *adherence to law (public)*, *image of law*, *legal consciousness*, *legal knowledge*, *legal opinion*, *legal sentiments*, *legal awareness*, *public sense of justice*. Kesadaran hukum dalam uraian ini dalam arti kesadaran pada masyarakat menerima dan menjalankan hukum sesuai dengan rasio pembentukannya.¹¹⁴ Hal tersebut merupakan salah satu aspek dari kesadaran hukum, aspek lainnya adalah kesadaran hukum dikaitkan dengan pentaraan hukum, pembentukan hukum, dan efektivitas hukum.

Kesadaran hukum, termasuk ruang lingkup persoalan hukum dan nilai sosial. Dari teori modern tentang hukum timbul bermacam permasalahan. Salah satu persoalan yang timbul mengenai adanya suatu jurang pemisah antara asumsi tentang dasar keabsahan hukum tertulis, serta kenyataan dipatuhinya hukum. Terdapat pendapat mengikatnya hukum tergantung keyakinan seseorang yang dinamakan teori *rechtbewustzijn*.¹¹⁵

¹¹³ Satjipto Rahadjo, *Pemanfaatan Ilmu-Ilmu Sosial Bagi Pengembangan Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1987, halaman. 133.

¹¹⁴ Koentjoroningrat, *Metode-Metode Penelitian Masyarakat*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1997, halaman 10. Teori adalah alat yang terpenting dari suatu ilmu pengetahuan. Teori juga sebagai kerangka penelitian.

¹¹⁵ R Otje Salman, *Beberapa Aspek Sosiologi Hukum*, Alumni, Bandung, 1989, halaman 49. Lihat juga Nurmadjito, *Meningkatkan Kesadaran Hukum Untuk Pemberdayaan Aparatur*, Makalah yang disampaikan pada Forum Konsultasi Nasional, BPHN dan Depkeh dan HAN, Batam, 2004, halaman 2. Lihat Satjipto Rahardjo, *Pemanfaatan Ilmu-Ilmu Sosial Bagi Pengembangan Ilmu Hukum*, Op, Cit, halaman 41.

Pada umumnya bertitik tolak pada suatu anggapan hukum secara jelas merumuskan perikelakuan yang dilarang dan atau yang diperbolehkan. Hukum tersebut dengan sendirinya dipatuhi oleh sebagian besar dari warga masyarakat. Ajaran ini terkenal dengan nama *covarianve theory*, yang berasumsi bahwa kecocokan antara hukum dengan pola perikelakuan hukum.¹¹⁶ Ajaran lain menyatakan hukum hanya efektif apabila didasarkan pada *volksgeist* atau *rechtsbewustzijn*.

Bahwa ajaran atau teori tersebut mempermasalahkan kesadaran hukum yang dianggap sebagai mediator antara hukum dengan pola perikelakuan manusia dalam masyarakat baik individu maupun kolektif. kesadaran hukum banyak sekali menyangkut aspek kognitif dan perasaan yang seringkali dianggap sebagai faktor yang mempengaruhi hubungan antara hukum dengan pola perikelakuan manusia dalam masyarakat.¹¹⁷

Bahwa sumber satu-satunya dari hukum dan kekuatan mengikatnya adalah kesadaran hukum masyarakat.

Perasaan hukum dan keyakinan hukum individu di dalam masyarakat merupakan pangkal kesadaran hukum masyarakat. Kesadaran hukum masyarakat adalah jumlah terbanyak daripada kesadaran hukum individu mengenai peristiwa tertentu. Hukum adalah sesuatu yang memenuhi kesadaran hukum rakyat terbanyak. Hukum ditentukan dan tergantung praktek sehari-hari daripada pejabat hukum seperti hukum dan ketertiban umum, kepastian hukum dan ketertiban umum selalu menuntut agar ketentuan-ketentuan hukum tertulis ditaati.¹¹⁸

Satjipto Rahardjo mengatakan kesadaran hukum adalah :¹¹⁹

¹¹⁶ Berl Kutchinsky, *The Legal Consciousness: A Survey of Reasearch on Knowledge and Opinion About Law*, Martin Robinson, London, 1973, halaman 102.

¹¹⁷ R Otje Salman, *Op, Cit*, halaman 50. lihat Yusril Ihza Mahendra, *Pola Pemberdayaan Peningkatan Kesadaran Hukum Aparatur Negara*, Makalah disampaikan pada Forum Konsultasi Nasional, BPHN dan Depkeh dan HAM, Batam, 2004, halaman 9.

¹¹⁸ Soerjono Soekanto, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, halaman 146.

¹¹⁹ Satjipto Rahardjo, *Pemanfaatan Ilmu-Ilmu Sosial Bagi Pengembangan Ilmu Hukum*, *Op, Cit*, halaman 117. Lihat Abdur Rahman Saleh, *Membangun Kesadaran Hukum Untuk Meningkatkan Manajemen Administrasi Peradilan*, Makalah yang disampaikan pada Forum Konsultasi Nasional, BPHN dan Depkeh dan HAM, Batam, 2004, halaman 2.

- a. Kesadaran berpemerintahan;
- b. Kesadaran akan kewajiban taat pada undang-undang/peraturan negara;
- c. Kesadaran untuk melakukan partisipasi dalam aktivitas kenegaraan;
- d. Kesadaran untuk menempatkan kepentingan golongan, daerah, di bawah kepentingan negara.

Konsepsi lain yang erat kaitan dengan kesadaran hukum adalah kebudayaan hukum (*legal culture*). Konsepsi ini salah satu kegunaannya untuk mengetahui nilai prosedur hukum maupun substansinya.

Apabila kesadaran hukum dibandingkan dengan kebudayaan hukum, konsepsi kebudayaan hukum lebih luas ruang lingkupnya. Disebabkan hukum terdapat di dalam setiap masyarakat manusia, betapa pun sederhana dan kecilnya masyarakat tersebut. Oleh karena hukum tersebut merupakan bagian dari kebudayaan, maka hukum tidak dapat dipisahkan dari jiwa dan cara berpikir dari masyarakat yang mendukung kebudayaan tersebut. Bahkan, lebih jauh lagi, dapat dikatakan bahwa hukum merupakan penjelmaan dari jiwa dan cara berpikir masyarakat yang bersangkutan.¹²⁰

Masalah kesadaran hukum mendapat tempat yang sangat penting di dalam politik hukum nasional. Sebab pelaksanaan hukum (*law enforcement*) merupakan salah satu aspek dari politik hukum, karena politik hukum adalah mencakup segi pengadaan hukum (*law making*), pelaksanaan hukum termasuk penegakan dan pembinaan kesadaran hukum dan pengawasan atas jalannya hukum.¹²¹ Khusus di bidang penegakan hukum, selain aspek pembaharuan dan pembinaan hukum nasional sebagai suatu upaya pengadaan sarana pengadilan, adalah merupakan kepentingan pelaksanaan hukum, cita-cita perlindungan harkat dan martabat manusia dan peningkatan mutu kerja penegak hukum semakin minta perhatian.¹²²

¹²⁰ R Otje Salman, *Op, Cit*, halaman 51.

¹²¹ M Solly Lubis, *Serba-Serbi Politik Hukum*, Bandung: Mandar Maju, Bandung, 1989, halaman 187.

¹²² M Solly Lubis, *Sistem Nasional Sebuah Pengantar Studi dengan Pendekatan Sistem dan Pandangan Konseptual Strategis*, USU Press, Medan, 1988, halaman 113.

Hukum terdiri atas berbagai kaidah yang berbeda. Banyak dari kaidah hukum yang oleh pembentuk undang-undang dirumuskan dalam aturan perundang-undangan. Kadang-kadang kaidah hukum itu oleh hakim sendiri dalam putusannya diletakkan ke dalam aturan hukum. Proses pemosisifan kaidah hukum itu ke dalam aturan hukum terus menerus terjadi berulang-ulang. Demikianlah, hukum itu selalu dalam keadaan bergerak.

Perubahan yang berlangsung terus menerus itu memunculkan pertanyaan apakah tidak dapat ditentukan lebih jauh, pada kaidah hukum yang mana pada suatu saat tertentu harus berpegangan. Itu adalah pertanyaan tentang keberlakuan hukum. Problematika tentang keberlakuan hukum sering dibahas dalam teori-teori tentang kaidah hukum.¹²³

Hukum seolah-olah membentuk kerangka masyarakat dan ketertiban sosial, hal ini tergantung dari pemeliharaan aturan hukum. Adakalanya hukum diartikan sebagai alat mengendalikan masyarakat (*social engineering*).

Berfungsinya hukum sebagai sumbangan yang diberikan aturan hukum, kepada berfungsinya dalam suatu masyarakat: fungsi pertama aturan hukum adalah ia merupakan suatu alat untuk membagikan hak dan kewajiban di antara para anggota suatu masyarakat, memberikan suatu petunjuk arah kepada tuntutan yang dapat dilaksanakan oleh anggota masyarakat. Kedua, fungsi aturan adalah mendistribusikan wewenang, untuk mengambil keputusan mengenai soal publik, soal umum. Dalam tiap-tiap masyarakat harus diambil keputusan yang terkena semua anggota masyarakat, wewenang untuk membentuk aturan hukum dan memaksanya. Adanya suatu organisasi tersendiri yang mempunyai tugas khusus untuk memaksakan pentaatan peraturan. Ketiga, fungsi aturan hukum untuk menunjukkan suatu jalan bagi penyelesaian pertentangan. Oleh karena hukum itu menunjukkan lembaga yang dapat memberikan keputusan yang dapat dipaksakan dalam penyelesaian pertentangan antara para anggota masyarakat, memberikan ketentuan bagaimana lembaga tersebut bekerja untuk menyelesaikan perselisihan itu (hukum formal) maka hukum itu bekerja sebagai suatu mekanisme bagi penyelesaian perselisihan.¹²⁴

¹²³ J J H Brugginjk, *Refleksi Tentang Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, halaman 141.

¹²⁴ Satjipto Raharjo, *Hukum dan Masyarakat*, Garis Aksara, Bandung, 1980, halaman 379.

Jika membicarakan hukum dan masyarakat mengarah kepada berfungsinya hukum dalam suatu masyarakat. Menurut teori hukum masalah berlakunya hukum (*gelding*) dalam masyarakat dibedakan menjadi tiga macam, yaitu :¹²⁵

- a. Kaedah hukum berlaku secara yuridis, apabila penentuannya didasarkan pada kaedah yang lebih tinggi tingkatnya (Hans Kelsen) atau dibentuk menurut cara-cara yang telah ditetapkan (W. Zevenbergen).
- b. Kaedah hukum berlaku secara sosiologis, apabila kaedah tersebut berlakunya oleh penguasa meskipun tidak diterima oleh masyarakat (teori kekuasaan) atau karena diterima dan diikuti oleh anggota masyarakat (teori pengakuan)
- c. Kaedah hukum tersebut berlaku secara filosofis karena sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi.

Dalam suatu masyarakat terdapat aturan tingkah laku. Mereka menyesuaikan diri dengan kelompok dan diterima dalam kelompok tersebut. Seorang yang hidup dalam masyarakat akan menyesuaikan diri dengan aturan sosial itu, aturan mana dipertahankan dan ditaati karena dorongan atau desakan dari luar. Apabila mengingkari membawa akibat yang tidak baik.

Adakalanya seseorang mengikuti aturan karena memilih jalan yang paling sedikit hambatan dan tidak ingin disusahkan apabila tidak mengikutinya atau mentaatinya maka ia akan mendapatkan teguran atau sanksinya. Di samping itu seseorang mengikuti suatu aturan hukum berdasarkan pilihan sendiri, hal ini karena aturan itu benar, adanya suatu penilaian pribadi terhadap aturan itu dan dianggap sebagai pedoman tingkah laku.¹²⁶

Mengikutinya suatu aturan terdapat suatu ikatan ganda, yaitu tekanan sosial dari suatu masyarakat dan merasakan sebagai suatu kewajiban untuk mematuhi aturan itu.

¹²⁵ Soerjono Soekanto dan Mustafa Abdullah, *Sosiologi Hukum Dalam Masyarakat*, Rajawali, Jakarta, 1982, halaman 13.

¹²⁶ N E Algra, *Mula Hukum, Beberapa Bab Mengenai Hukum dan Ilmu untuk Pendidikan*, Bina Cipta, 1981, halaman 55.

Mengenai hal ini secara umum dapat diterima bahwa yang diberikan kebebasan untuk memilih mentaati hanya terhadap ketentuan yang bersifat pengatur atau pelengkap (hukum privat), yaitu ketentuan yang mengatur kepentingan antar perorangan. Sedangkan ketentuan yang sifatnya memaksa (hukum publik), yaitu ketentuan yang mengatur kepentingan umum, tidak diberikan kebebasan tersebut, sehingga ditaatinya karena adanya paksaan dari penguasa atau karena ada sanksinya.¹²⁷

Kandungan dari rumusan ini tidak berbeda dengan yang ditulis Friederich Julius Stahl tahun 1878 dalam karyanya *Philosophie des Rechts*,¹²⁸ H D van Wijk yang ditulis tahun 1984 dalam *Hoodstukken van Administratief Recht*,¹²⁹ dan masih dipertahankan oleh Ten Berge tahun 1996 dalam *Bestuuren door de Overheid*.¹³⁰ Karena itu walaupun dikemukakan pertama kali tahun 1878, tetapi masih relevan saat ini. Dapat dikatakan bahwa unsur ini yang merupakan inti dari negara hukum.

Unsur *pertama* dikenal dengan asas legalitas, yaitu pemerintahan menurut undang-undang (*wetmatigheid van bestuur*). Unsur *kedua* mengharuskan adanya jaminan hak asasi manusia atau warga negara dicantumkan dalam undang-undang dasar. Unsur *ketiga* keharusan adanya pembagian kekuasaan negara. Unsur ini adalah perkembangan lebih lanjut dari pemikiran John Locke yang membagi kekuasaan kepada : 1) kekuasaan membentuk undang-undang (*legislative power*), 2) kekuasaan melaksanakan undang-undangan (*executive power*), dan 3) kekuasaan federatif (*federative*

¹²⁷ Muzakkir Abubakar, *Memahami Hukum Sebagai Suatu Ilmu Yang Bernilai (Suatu Tinjauan Secara Filosofis dan Sosiologi)*, Kanun Jurnal Ilmu Hukum Nomor 7 Edisi April 1994, Fakultas Hukum Unsyiah, Darussalam - Banda Aceh, halaman 46.

¹²⁸ Padmo Wahjono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Indonesia. Hill Co, Jakarta, 1989, halaman 151.

¹²⁹ H D van Wijk, *Hoodsstukken van Administratief Recht*, S Gravenhage, Vuga, 1984, halaman 34.

¹³⁰ J B J M Ten Berge, *Bestuuren door de Overheid*, W E J Tjeenk Willink Deventer, Nederlands Algemeen Bestuursrecht, 1996, halaman 34.

power).¹³¹ Dilanjutkan oleh Montesquieu yang mengemukakan konsep pemisahan kekuasaan negara kepada tiga elemen : 1) *ia puissance legislative*, kekuasaan pembentuk undang-undang, 2) *ia puissance executive*, pelaksana undang-undang, 3) *ia puissance de juger*, pelaksana kekuasaan kehakiman.¹³² Tujuannya menjamin kebebasan warga masyarakat dan mencegah tindakan sewenang-wenang oleh penguasa, dengan mencegah adanya pemusatan kekuasaan negara pada satu tangan atau badan.

Dengan demikian antara masing-masing badan itu dapat saling mengendalikan (*check and balances*), khusus kekuasaan kehakiman yang merdeka tetap dipertahankan terlepas dari pengaruh badan kekuasaan lain.¹³³ Menurut Hamilton kekuasaan kehakiman yang merdeka sangat esensial, karena kekuasaan ini dianggap dapat mencegah pelanggaran pembatasan kekuasaan dari kekuasaan legislatif dari kekuasaan pemerintah.¹³⁴ Unsur *keempat* adalah adanya badan peradilan yang dapat menyelesaikan sengketa administrasi antara anggota masyarakat dan pemerintah.

Hukum di samping menjalankan nilai keadilan juga menjalankan nilai keserasian dan kepastian hukum. Aliran positivisme mengatakan bahwa memutus suatu perkara bukanlah mencari keputusan yang adil bagi kejadian yang konkrit, melainkan menemukan aturan hukum yang akan memerlukan subyek hukum itu sedapat mungkin sama, yang penting menjaga supaya mereka tahu pada tempat mana harus berpegang. Dengan demikian hukum bekerja secara tidak adil dalam keadaan yang konkrit.¹³⁵

¹³¹ E Utrecht, *Op, Cit*, halaman 2.

¹³² Kuntjoro Purbopranoto, *Sistem Pemerintahan Demokrasi*, Eresco, Bandung, 1987, halaman 23.

¹³³ Bagir Manan, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, Pusat Penerbitan Univeristas LPPM – Universitas Islam Bandung, 1995, halaman 3.

¹³⁴ *Ibid*, halaman 4.

¹³⁵ L J van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1981, halaman 154.

Hukum mengandung nilai-nilai dasar yang perlu diwujudkan. Nilai-nilai dasar itu antara lain adalah keadilan, kegunaan dan kepastian hukum. Namun ketiga-tiganya mengandung potensi yang berlainan, bahkan antara keadilan dan kepastian hukum satu sama lain sering bertentangan serta menimbulkan perselisihan yang tidak dapat dihindarkan.

Walaupun semuanya dibutuhkan agar hukum dapat melaksanakan tugasnya dengan baik serta dapat mencapai maksud/tujuannya. Kepastian hukum merupakan syarat mutlak apabila dikehendaki supaya hukum dapat menjalankan tugasnya dengan sebaik-baiknya, sedangkan keadilan merupakan pedoman bagi kebenaran isi hukum.¹³⁶

Apabila Hakim dalam menyelesaikan perkara lebih mengutamakan keadilan, maka kepastian hukum dikorbankan, demikian sebaliknya. Karena kedua hal itu tidak mungkin dilaksanakan sepenuhnya sekaligus. Dalam hukum selalu terdapat bentrokan yang tidak dapat dihindarkan antara tuntutan keadilan dan tuntutan kepastian hukum. Makin banyak ditonjolkan kepastian hukum maka makin terdesaklah keadilan, maka :¹³⁷

- a. Bila suatu kaedah hukum hanya berlaku secara yuridis, maka kemungkinan besar kaedah tersebut merupakan kaedah mati;
- b. Apabila kalau berlaku secara sosiologi, maka keadaan tersebut menjadi aturan yang memaksa;
- c. Apabila hanya berlaku secara filosofis, maka mungkin kaedah hanya merupakan hukum yang dicita-citakan;

Warga masyarakat akan memahami hukum, apabila dia mengetahui dan memahami hukum yang berlaku di dalam masyarakat. Pengetahuan dan

¹³⁶ Marhainis Abdul Hay, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1981, halaman 15. Lihat Soerjono Soekanto, *Suatu Tinjauan Sosiologi Hukum Terhadap Masalah-Masalah Sosial*, Alumni, Bandung, 1982, halaman. 21. Bagi kepastian hukum yang penting adalah adanya peraturan dan dilaksanakan peraturan itu sebagaimana yang ditentukan. Apakah peraturan itu harus adil dan mempunyai kegunaan bagi masyarakat adalah di luar pengutamaan kepastian hukum. Dengan demikian kepastian hukum sebagai suatu nilai ia selalu menggeser nilai-nilai keadilan dan kegunaan ke samping.

¹³⁷ Soerjono Soekanto, *Efektivitas Hukum dan Saksi*, Remaja Karya, Jakarta, 1983, halaman 14.

pemahaman atau pengertian tersebut biasanya diikuti dengan suatu penghargaan terhadap hukum apabila warga masyarakat menghayati manfaat hukum bagi kehidupan bersama di dalam masyarakat yang bersangkutan.¹³⁸

Keserasian proporsional antara pengendalian sosial oleh penguasa, kesadaran warga masyarakat dan kenyataan dipatuhinya positif merupakan suatu keadaan yang dicita-citakan demi terciptanya suatu kehidupan yang tertib dan damai. Korelasi hukum dan penerapan yang tidak serasi merupakan salah satu sebab kegagalan terciptanya kesadaran hukum masyarakat.

Kesadaran hukum, sebetulnya berkisar pada diri warga masyarakat itu sendiri, hal ini merupakan faktor yang menentukan bagi sahnya hukum. Pada awalnya, masalah kesadaran hukum ini timbul dalam proses penerapan dari hukum positif yang tertulis. Di dalam prosesnya timbul masalah karena adanya ketidaksesuaian dasar sahnya hukum (pengendalian sosial dari penguasa dan kesadaran warga masyarakat) dengan kenyataan dipatuhi atau tidak dipatuhinya hukum positif tertulis.¹³⁹

Ide kesadaran warga masyarakat sebagai dasar sahnya hukum tersebut berdasarkan anggapan tidak ada hukum yang mengikat, kecuali atas dasar kesadaran hukumnya. Pada prinsipnya, pembentukan hukum harus didasarkan pada tata kelakuan yang ada agar hukum tersebut mempunyai kekuatan.

Hukum diciptakan oleh manusia dan hukum hanya berjalan melalui manusia. Tetapi, seringkali manusia itu sendiri yang tidak melaksanakannya. Oleh karena itu, pemahaman tentang ketentuan hukum yang berlaku bagi masyarakat itu sangat tergantung kepada kebudayaan dan pengertian dari warga masyarakatnya. Pound beranggapan bahwa supaya hukum dapat berfungsi sebagai alat memperbaharui (merekayasa) masyarakat, maka hukum harus melindungi tiga macam kepentingan yang ada di masyarakat yaitu kepentingan umum, kepentingan sosial dan kepentingan pribadi.¹⁴⁰

¹³⁸ Soerjono Soekanto, *Beberapa Cara dan Mekanisme Penyuluhan Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1987, halaman 13.

¹³⁹ Wahyu Afandi, *Hakim dan Penegakan Hukum*, Alumni, Bandung, 1981, halaman 6.

¹⁴⁰ Roscoe Pound, *A Survey of Social Interest*, *Harvard Law Review*, 1959, halaman 347.

Kalau dikatakan kepentingan umum ditujukan melalui hukum, diandaikan pula bahwa kepentingan lain sudah diperhatikan secukupnya oleh manusia pribadi, yakni kepentingan individual. Namun hal ini berarti juga hukum yang menjamin kepentingan umum tidak boleh merugikan kepentingan individual, tetapi harus melindunginya. Karena itu oleh hukum tidak hanya menjamin kepentingan umum, tetapi mengimbangi kepentingan umum dengan kepentingan individual.¹⁴¹

Kesadaran hukum, ketaatan hukum dan efektivitas perundang-undangan adalah tiga unsur berhubungan. Sering orang mencampuradukkan kesadaran hukum dan ketetapan hukum, padahal kedua hal itu tidak persis sama. Kedua unsur itu memang menentukan efektif atau tidaknya pelaksanaan perundangan di masyarakat.¹⁴² M. Solly Lubis mengatakan kesadaran hukum adalah paduan sikap mental dan tingkah laku terhadap masalah yang mempunyai segi hukum meliputi : a) pengetahuan mengenai seluk beluk hukum, b) penghayatan atau internalisasi terhadap nilai-nilai keadilan, dan c) ketaatan dan kepatuhan (*obidience*) terhadap aturan hukum yang berlaku.¹⁴³

Dalam konteks sistem hubungan manusiawi, mereka menjelmakan budaya dan peradaban, mutu dan martabat kemanusiaan dan kebangsaannya.

Pada dirinya terdapat suatu kekuatan batin dan semangat untuk menghadapi perjuangan hidup dan untuk memenuhi kebutuhan dan kepentingannya, yang harus dipenuhi dan dipertahankannya. Secara strategis, sebagai suatu bangsa pengelolaan hidupnya demi kelangsungan hidup sebagai bangsa di tengah pergaulan bangsa yang penuh gejolak. Dengan sikap rohaniah dan mental, dan dengan mempergunakan potensi alam yang relatif terbatas, serta dengan kemampuan ilmu pengetahuan dan teknologi yang dimilikinya, mereka berkembang dan menjadi (*developing and becoming nation*) serta ingin bertumbuh sebagai bangsa yang kuat.¹⁴⁴

¹⁴¹ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Konisius, Yogyakarta, 1982, halaman 286.

¹⁴² Achmad Ali, *Menjelajahi Kajian Empiris Terhadap Hukum*, Yarsif Watampone, Jakarta, 1998, halaman 191.

¹⁴³ M Solly Lubis, *Politik dan Hukum di Era Reformasi*, Mandar Maju, Bandung, 2000, halaman 31.

¹⁴⁴ M Solly Lubis, *Sistem Hukum Nasional*, Mandar Maju, Bandung, 2002, halaman 86.

Selanjutnya teori pendukung penelitian disertasi ini adalah teori kepatuhan hukum¹⁴⁵ R. Bierstedt, sebagaimana dikutip Soerjono Soekanto, bahwa dasar kepatuhan hukum adalah :¹⁴⁶

a. *Indoctrination*

Sebab pertama mengapa warga masyarakat mematuhi kaedah-kaedah adalah karena dia diindoktrinir untuk berbuat demikian. Sejak kecil manusia telah dididik agar mematuhi kaedah-kaedah yang berlaku dalam masyarakat. Sebagaimana halnya dengan unsur-unsur kebudayaan lainnya, maka kaedah-kaedah telah ada waktu seseorang dilahirkan, dan semula manusia menerimanya secara tidak sadar. Melalui proses sosialisasi manusia dididik untuk mengenal mengetahui serta mematuhi kaedah-kaedah tersebut.

b. *Habituation*

Oleh karena sejak kecil mengalami proses sosialisasi, maka lama kelamaan menjadi suatu kebiasaan untuk mematuhi kaedah-kaedah yang berlaku. Memang pada mulanya adalah sukar sekali untuk mematuhi kaedah-kaedah tadi yang seolah-olah mengekang kebebasan. Akan tetapi, apabila hal itu setiap hari ditemui, maka lama kelamaan menjadi suatu kebiasaan untuk mematuhinya terutama apabila manusia sudah mulai mengulangi perbuatan-perbuatan.

c. *Utility*

Pada dasarnya manusia mempunyai kecenderungan untuk hidup pantas dan teratur. Akan tetapi apa yang pantas dan teratur untuk seseorang, belum tentu pantas dan teratur bagi orang lain. Oleh karena itu diperlukan suatu patokan tentang kepantasan dan keteraturan tersebut; patokan-patokan tadi merupakan pedoman-pedoman atau takaran-takaran tentang tingkah laku dan dinamakan kaedah. Dengan demikian, maka salah satu faktor yang menyebabkan orang taat pada kaedah adalah karena kegunaan dari pada kaedah tersebut. Manusia menyadari, bahwa kalau dia hendak hidup pantas dan teratur maka diperlukan kaedah-kaedah.

d. *Group identification*

Salah satu sebab mengapa seseorang patuh pada kaedah, adalah karena kepatuhan tersebut merupakan salah satu sarana untuk mengadakan identifikasi dengan kelompok. Seseorang mematuhi kaedah-kaedah yang berlaku dalam kelompoknya bukan karena dia menganggap kelompoknya lebih dominan dari kelompok-kelompok lainnya, akan tetapi justru karena ingin mengadakan identifikasi dengan kelompoknya tadi. Bahkan kadang-

¹⁴⁵ Soerjono Soekanto, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum (Suatu Percobaan Penerapan Metode Yuridis-Empiris untuk Mengukur Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum Mahasiswa Hukum Terhadap Peraturan Lalu Lintas*, Rajawali, Jakarta, 1982, halaman 225.

¹⁴⁶ *Ibid.*, halaman 225, lihat Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Perihalaman Kaedah Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989, halaman 12, lihat Mulyana W Kusumah, *Perspektif Teori dan Kebijakan Hukum*, Rajawali, Bandung, 1986, halaman 3.

kadang seseorang mematuhi kaedah-kaedah kelompok lain, karena ingin mengadakan identifikasi dengan kelompok lain tersebut.

Masalah kepatuhan hukum menyangkut proses internalisasi dari hukum tersebut. Proses internalisasi dimulai pada saat seseorang dihadapkan pada pola perikelakuan baru sebagaimana diharapkan hukum.

Kerangka kognitif yang terbentuk dalam pikiran warga didasarkan pada pengalamannya dalam proses interaksi sosial dinamis. Kerangka merupakan sistem nilai yang merupakan bagian daripada suatu etos kebudayaan, sifat nasional ataupun struktur kepribadian. Sistem nilai tersebut merupakan dasar merumuskan kebutuhan utama masyarakat dan merupakan suatu kriteria untuk mematuhi kaedah hukum tertentu.¹⁴⁷

Selanjutnya ada bermacam derajat kepatuhan hukum, yaitu :¹⁴⁸

- a. Seseorang berperikelakuan sebagaimana diharapkan oleh hukum dan menyetujuinya halmana sesuai dengan sistem nilai-nilai dari mereka yang berwenang;
- b. Seseorang berperikelakuan sebagaimana diharapkan oleh hukum dan menyetujuinya, akan tetapi dia tidak setuju dengan penilaian yang diberikan oleh yang berwenang terhadap hukum yang bersangkutan;
- c. Seseorang mematuhi hukum, akan tetapi dia tidak setuju dengan kaedah-kaedah tersebut maupun pada nilai-nilai dari penguasa;
- d. Seseorang tidak patuh pada hukum, akan tetapi dia menyetujui hukum tersebut dan nilai-nilai daripada mereka yang mempunyai wewenang;
- e. Seseorang sama sekali tidak menyetujui kesemuanya dan diapun tidak patuh pada hukum (melakukan protes).

¹⁴⁷ Soerjono Soekanto, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum (Suatu Percobaan Penerapan Metode Yuridis-Empiris untuk Mengukur Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum Mahasiswa Hukum Terhadap Peraturan Lalu Lintas, Op, Cit*, halaman 227, Proses belajar tidak sebagai konsekuensi kekuatan super ego dan dari penggunaan sistem imbalan secara sistematis. Seseorang individu taat pada kaedah karena mempunyai perasaan keadilan bersifat timbal balik. Kaedah yang berlaku dalam kelompok merupakan konfigurasi kebudayaan yang diabsorbir oleh anggota kelompok yang sekaligus menganggapnya sebagai referensi. Referensi sangat penting baginya, karena merupakan suatu sarana berasimilasi dengan realitas sosial yang menolungnya mengadakan akomodasi terhadap peri kelakuannya. Di satu pihak diperlukan sanksi negatif dan positif penerapan kaedah, akan tetapi di lain pihak juga diperlukan suatu perasaan keadilan agar manusia mentaati kaedah tersebut.

¹⁴⁸ *Ibid*, halaman 234. Dalam sosiologi hukum teori tentang kepatuhan hukum dapat digolongkan ke dalam teori paksaan (*dwang theorie*) dan teori konsensus (*consensus theorie*). Salah seorang tokoh dari teori paksaan adalah Max Weber yang bertitik tolak pada asumsi, bahwa penguasa mempunyai monopoli terhadap sarana paksaan secara fisik yang merupakan dasar bagi tujuan hukum untuk mencapai tata tertib atau ketertiban. Paksaan tersebut hanya dapat dilakukan oleh kelompok orang yang memang mempunyai wewenang untuk berbuat demikian.

Kepatuhan hukum senantiasa tergantung pada kesadaran hukum. seorang dapat mematuhi hukum, kesanggupan memahami hukum secara logis diikuti kemampuan untuk menilainya. Di sinilah hubungan kesadaran hukum dengan kepatuhan hukum terlepas dari adil tidaknya hukum tersebut.¹⁴⁹

Konsep negara hukum atau berdasarkan hukum (*rechtstaat* atau *the rule of law*), yang mengandung prinsip asas legalitas, asas pemisahan (pembagian) kekuasaan, dan asas kekuasaan kehakiman yang merdeka, bertujuan mengendalikan negara atau pemerintah dari kemungkinan bertindak sewenang-wenang atau penyalahgunaan kekuasaan.¹⁵⁰ Negara sebagai penjaga ketertiban umum dan keamanan semata-mata, kemudian terjadi perubahan konsepsi tentang negara, dari *nachtwakersstaat* kepada konsepsi negara kesejahteraan atau *welvaartsstaat*.¹⁵¹ De Haan mengungkapkan negara hukum modern bukan saja dalam pengertian abad ke 19, juga *verzorgingsstaat* (negara kesejahteraan), atau *sociale rechtsstaat* (negara hukum sosial).¹⁵²

Dalam pengertian modern menuntut pemerintah mewujudkan kesejahteraan sosial. Negara tidak hanya menjaga keamanan dan ketertiban umum, tetapi memikul tanggungjawab mewujudkan kesejahteraan dan keadilan sosial. Negara atau pemerintah (arti luas) harus menjamin tertib hukum, menjamin tegaknya hukum, dan menjamin tercapainya tujuan hukum. Tertib hukum (*rechtsorde*) dimaksudkan suatu kekuasaan negara yang didasarkan pada hukum, dan keadaan masyarakat yang sesuai dengan hukum yang berlaku.¹⁵³

¹⁴⁹ Roni Hanitijo, *Metodologi Penelitian Hukum*, Ghalamania, Jakarta, 1987, halaman 19.

¹⁵⁰ Menurut Meuwissen, arti *sociale rechtstaat* sama dengan *welvaartstaat* dalam kata-kata: "...de moderne sociale rechtsstaat of welvaartsstaat...", lihat D H M Meuwissen, *Elementen van Staatsrecht*, Tjoenk Willink, Zwolle, 1975, halaman 139. Couvenbeg juga mengatakan "...in de democratische sociale rechtsstaat in de politicologische literatuur angeduid als welvaartsstaat of verzorgingsstaat. Lihat S W Couwenberg, *Modern Constitutioneel Recht en Emancipatie van den Mens*, Deel I, van Grocum, Assen, 1981, halaman 41.

¹⁵¹ Faisal A Rani, *Kedudukan dan Fungsi Mahkamah Agung Menurut UUD 1945*, Disertasi, PPs Unpad, Bandung, 2002, halaman 21.

¹⁵² P de Haan, Th G Drupssteen, en R Fernhout, *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat*, Deel I, Kluwer-Deventer, 1986, halaman 15.

¹⁵³ N E Algra, *Op, Cit*, halaman 449.

Tertib hukum adalah suatu kesatuan hukum objektif, yang keluar tidak tergantung pada hukum lain, dan ke dalam menentukan semua pembentukan hukum dalam kesatuan tertib hukum. Rumusan ini penting bagi menentukan ada atau tidak adanya kesatuan yuridis suatu tertib hukum.¹⁵⁴ Sama seperti tertib masyarakat, yang merupakan suatu keseluruhan saling berkaitan, juga hukum positif, jalan mengabstrakkan dari suatu keseluruhan, suatu pertalian norma ialah suatu tertib hukum.¹⁵⁵ Dengan demikian dalam hukum positif tidak terdapat norma yang saling bertentangan.¹⁵⁶ tertib hukum tercipta, jika:

1. Suatu produk peraturan perundang-undangan tidak saling bertentangan, baik secara vertikal maupun secara horizontal;
2. Perilaku anggota masyarakat sesuai dengan aturan hukum yang berlaku.

Konsep lain negara hukum adanya jaminan penegakan hukum. Dalam penegakan hukum ada tiga unsur yang mendapat perhatian, yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum.¹⁵⁷ Tujuan pokok dari hukum adalah ketertiban. Kebutuhan atas ketertiban syarat pokok suatu masyarakat teratur. Tujuan lain dari hukum adalah tercapainya keadilan. Untuk mencapai ketertiban dibutuhkan kepastian hukum dalam pergaulan antar manusia dalam masyarakat.¹⁵⁸

Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Setiap orang mengharapkan ditetapkannya hukum dalam hal terjadinya peristiwa konkrit. Kepastian

¹⁵⁴ A Hamid S Attamini, *Pancasila Cita Hukum Dalam Kehidupan Hukum Bangsa Indonesia*, dalam Oetoyo Oesman dan Alfian, *Pancasila Sebagai Dasar Negara.*, BP-7 Pusat, Jakarta, 1992, halaman 71.

¹⁵⁵ J H Logemann, *Orde de Theorle van een Stellig Staatsrecht*, Universitaire Pers, Leiden, 1948, terjemahan Makkatutu dan J C Pangkerego, *Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif*, Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta, 1975, halaman 31.

¹⁵⁶ *Ibid*, halaman 61.

¹⁵⁷ Sudikno Mertokusumo dan A.Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, halaman 1.

¹⁵⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Binacipta, tt, halaman. 2.

hukum merupakan perlindungan *justisiabele* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti seseorang akan memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian, karena akan lebih tertib. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan ketertiban masyarakat. Penegakan hukum harus memberi manfaat pada masyarakat, di samping bertujuan menciptakan keadilan.¹⁵⁹

F. Kerangka Konseptual

1. Tata Usaha Negara adalah Administrasi Negara yang melaksanakan fungsi untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan¹⁶⁰ baik di pusat maupun di daerah.
2. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara adalah Badan atau Pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan¹⁶¹ yang berlaku.
3. Keputusan Tata Usaha Negara adalah suatu penetapan tertulis¹⁶² yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara¹⁶³ yang berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara¹⁶⁴ yang berdasarkan peraturan

¹⁵⁹ Sudikno Mertokusumo, *Op, Cit*, halaman 2.

¹⁶⁰ Urusan pemerintahan ialah kegiatan yang bersifat eksekutif.

¹⁶¹ Peraturan perundang-undangan ini ialah semua peraturan yang bersifat mengikat secara umum yang dikeluarkan oleh Badan Perwakilan Rakyat bersama Pemerintah baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah, serta semua Keputusan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara, baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah, yang juga bersifat mengikat secara umum.

¹⁶² Penetapan tertulis terutama menunjuk kepada isi dan bukan kepada bentuk keputusan yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara. Keputusan itu memang diharuskan tertulis, namun yang disyaratkan tertulis bukanlah bentuk formalnya seperti surat keputusan pengangkatan dan sebagainya. Persyaratan tertulis itu diharuskan untuk kemudahan segi pembuktian. Oleh karena itu sebuah memo atau nota dapat memenuhi syarat tertulis tersebut dan akan merupakan suatu Keputusan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara menurut Undang-undang ini apabila sudah jelas : a. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara mana yang mengeluarkannya; b. maksud serta mengenai hal apa isi tulisan itu; c. kepada siapa tulisan itu ditujukan dan apa yang ditetapkan di dalamnya.

¹⁶³ Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara adalah Badan atau Pejabat di pusat dan daerah yang melakukan kegiatan yang bersifat eksekutif.

¹⁶⁴ Tindakan hukum Tata Usaha Negara adalah perbuatan hukum Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang bersumber pada suatu ketentuan hukum Tata Usaha Negara yang dapat menimbulkan hak atau kewajiban pada orang lain.

perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret¹⁶⁵, individual¹⁶⁶, dan final¹⁶⁷, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

4. Sengketa Tata Usaha Negara adalah sengketa yang timbul dalam bidang Tata Usaha Negara antara orang atau badan hukum perdata dengan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara¹⁶⁸, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya Keputusan Tata Usaha Negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
5. Gugatan adalah permohonan yang berisi tuntutan terhadap Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dan diajukan ke Pengadilan untuk mendapatkan putusan.¹⁶⁹
6. Tergugat adalah Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang mengeluarkan Keputusan berdasarkan wewenang yang ada padanya atau yang dilimpahkan kepadanya, yang digugat oleh orang atau badan hukum perdata;

¹⁶⁵ Bersifat konkret, artinya objek yang diputuskan dalam Keputusan Tata Usaha Negara itu tidak abstrak, tetapi berwujud, tertentu atau dapat ditentukan.

¹⁶⁶ Bersifat individual artinya Keputusan Tata Usaha Negara itu tidak ditujukan untuk umum, tetapi tertentu baik alamat maupun hal yang dituju. Kalau yang dituju itu lebih dari seorang, tiap-tiap nama orang yang terkena keputusan itu disebutkan.

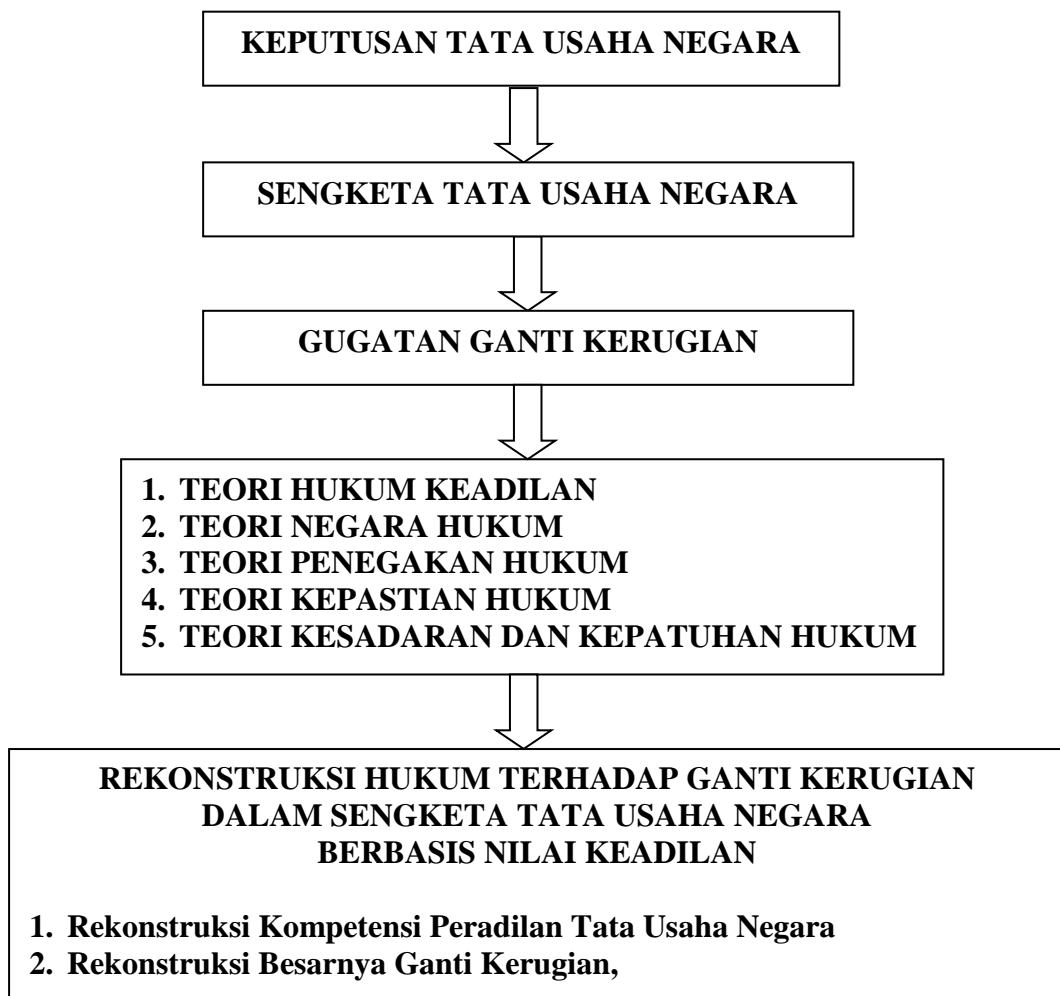
¹⁶⁷ Bersifat final artinya sudah definitif dan karenanya dapat menimbulkan akibat hukum. Keputusan yang masih memerlukan persetujuan instansi atasan atau instansi lain belum bersifat final karenanya belum dapat menimbulkan suatu hak atau kewajiban pada pihak yang bersangkutan.

¹⁶⁸ Sengketa yang dimaksudkan di sini mempunyai arti khusus sesuai dengan fungsi Peradilan Tata Usaha Negara yaitu menilai perbedaan pendapat mengenai penerapan hukum. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dalam mengambil keputusan pada dasarnya mengemban kepentingan umum dan masyarakat, tetapi dalam hal atau kasus tertentu dapat saja keputusan itu dirasakan mengakibatkan kerugian bagi orang atau badan hukum perdata tertentu; dalam asas Hukum Tata Usaha Negara kepada yang bersangkutan harus diberikan kesempatan untuk mengajukan gugatan Pengadilan

¹⁶⁹ Istilah gugatan yang dimaksudkan di sini mempunyai arti khusus sesuai dengan fungsi Peradilan Tata Usaha Negara. Dalam Administrasi Negara Pemerintah banyak mengurus hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat. Tidak jarang dalam kasus tertentu Keputusan Tata Usaha Negara mengakibatkan kerugian bagi seseorang atau badan hukum perdata tertentu dan karenanya memerlukan koreksi serta pelurusan dalam segi penerapan hukumnya. Untuk keperluan ini diciptakan lembaga gugatan terhadap Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara.

7. Ganti Rugi adalah pembayaran sejumlah uang kepada orang atau badan hukum perdata atas beban Badan Tata Usaha Negara berdasarkan putusan Pengadilan Tata Usaha Negara karena adanya kerugian materiil yang diderita oleh Penggugat.
8. Pengadilan adalah pengadilan tata usaha negara dan pengadilan tinggi tata usaha negara di lingkungan peradilan tata usaha negara negara;
9. Hakim adalah hakim pada pengadilan tata usaha negara dan hakim pada pengadilan tinggi tata usaha negara.

G. Kerangka Pemikiran



H. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan penelitian dan penelusuran kepustakaan, terdapat beberapa penelitian yang menganalisa mengenai sengketa tata usaha negara, yaitu :

1. Supandi, *Kepatuhan Hukum Pejabat Dalam Mentaati Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Medan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 2014.

Hasil penelitian menunjukkan putusan PTUN sebagai lembaga kontrol yuridis ada yang dipatuhi dan ada yang tidak dipatuhi pejabat (tergugat), tetapi lebih banyak yang tidak dipatuhi karena kurang efektif, dan juga disebabkan tidak adanya lembaga saksi bagi pejabat yang tidak melaksanakannya. Jabatan yang disandang oleh pejabat publik adalah amanah dari rakyat sebagai pemilik asli kekuasaan. Tetapi dalam melaksanakan wewenang jabatannya tidak amanah dalam mempertanggung-jawabkan secara hukum dan moral. Di sisi lain putusan PTUN salah ditafsirkan oleh Pejabat TUN bahwa putusan PTUN hanya dilihat dari aspek kalah-menang bukan aspek pelurusan suatu putusan PTUN. Akibat ketidakpatuhan aparaturnegara terhadap praktek penegakan hukum, maka terjadilah eksekusi putusan PTUN melalui upaya paksa berupa pembayaran uang paksa dan/atau sanksi administrasi maupun pengumuman ketidakpatuhan tersebut di mass media berupa realisasi dengan gugatan dikabulkan yang berisi kewajiban-kewajiban yang harus dilaksanakan tergugat berupa pencabutan KTUN. Penyelesaian yang ditempuh guna menghilangkan sikap ketidakpatuhan aparaturnegara dapat dilakukan upaya mengefektifkan eksekusi putusan PTUN terhadap Pejabat TUN, dan pembatalan atau pernyataan tidak sah sebuah KTUN oleh PTUN sebagai upaya mekanisme kontrol yuridis, sedangkan sanksi administrasi secara maksimal yang dapat diterapkan berupa pemberhentian dari jabatan demi memperhatikan asas-asas pemerintahan yang baik Disarankan kepada pihak eksekutif dan legislatif supaya secara normatif perlu diatur dalam peraturan perundang-undangan tentang setiap orang yang akan menyandang jabatan publik untuk mendapatkan rekomendasi dari peradiln administrasi bahwa orang tersebut patuh dan konsisten dalam penegakan hukum. Selanjutnya perlu dikenakan sanksi maksimal yang dapat dijatuhkan terhadap Pejabat TUN, termasuk sanksi menanggalkan jabatan yang dipangkunya. Perlunya pendayagunaan Pejabat TUN, agar terciptanya aparaturnegara yang bersih dan berwibawa, sehingga dapat menghindari timbulnya gugatan dari warga masyarakat.

2. Yusida Wahyu Rezek B, *Penerapan Uang Paksa (Dwangsom) Dalam Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara*, Skripsi, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makasar, 2014.

Hasil Penelitian : Bahwa penerapan uang paksa di PTUN tidak dapat dilaksanakan secara efektif meskipun telah ada dalam Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009, namun ada beberapa kendala yang ditemui dalam

penerapannya yaitu ketiadaan peraturan pelaksanaannya, tidak adanya partisipasi aktif dari tergugat dan kurangnya pengawasan pelaksanaan putusan oleh PTUN. Sehingga uang paksa yang diharapkan sebagai upaya untuk memaksa tergugat mematuhi amar putusan sama sekali tidak dapat dilaksanakan, oleh sebab itu pemerintah diharapkan segera membuat peraturan pelaksanaan Pasal 116 Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009

3. Arman, *Analisis Yuridis Terhadap Sengketa Tata Usaha Negara Pada Kasus Pembatalan Pendaftaran Hak Guna Bangunan*, Skripsi, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makasar, 2013.

Hasil Penelitian : Hakim di PTUN dalam putusannya membatalkan Surat Keputusan Kepala Kantor Badan Pertanahan Provinsi Sulawesi Selatan mengambil pertimbangan dengan metode penerapan/ penemuan hukum dan putusan hakim adalah : mempersalahkan tergugat karena mengambil sepihak keputusan yang mendasarkan keputusannya pada keberatan yang dilakukan pihak tergugat II intervensi tanpa melibatkan pihak penggugat. Tergugat melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik dan asas-asas umum pemerintahan yang layak, terutama asas bertindak cermat (*principle of carefulness*), asas jangan mencampuradukkan kewenangan (*principle of non misuse of competence*), asas keadilan atau kewajaran, asas perlindungan atas pandangan (cara) hidup pribadi (*principle of protecting the personal way of life*), asas kecermatan formal, asas larangan *detournement de procedure*, asas kepastian hukum formal, asas larangan *detournement de pouvoir*, asas larangan *willekeur*.

Berdasarkan uraian di atas, penelitian disertasi mengenai **Rekonstruksi Hukum Terhadap Ganti Kerugian Dalam Sengketa Tata Usaha Negara Yang Berbasis Nilai Keadilan**, memiliki perbedaan dengan penelitian yang telah dilakukan oleh peneliti sebelumnya, baik dari segi waktu, lokasi dan objek permasalahan yang akan diteliti. Oleh karena itu orisinalitas penelitian ini dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.

I. Metode Penelitian

Penelitian merupakan suatu proses rangkaian terencana dan sistematis untuk memperoleh pemecahan masalah atau mendapatkan suatu jawaban atas suatu pertanyaan tertentu. Langkah yang satu dengan yang lain harus sesuai dan

saling mendukung agar penelitian mempunyai nilai ilmiah dan menghasilkan kesimpulan yang tidak diragukan lagi.

Penelitian sebagai suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisis dan konstruksi yang dilakukan secara metodologi sistematis dan konsisten. Metodologi berarti sesuai dengan metode atau cara tertentu. Sistematis adalah berdasarkan suatu sistem, sedangkan konsisten berarti tidak adanya hal yang bertentangan dalam suatu kerangka tertentu.¹⁷⁰

Penelitian merupakan suatu usaha menemukan, mengembangkan dan menguji suatu pengetahuan. Sebelum seseorang melakukan penelitian ia dituntut untuk dapat menguasai dan menerapkan metodologi dengan baik.

Metodologi berasal dari kata *metodos* dan *logos* yang berarti jalan ke. Seorang peneliti tanpa menggunakan metodologi tidak mungkin mampu menemukan, merumuskan, menganalisis masalah untuk menggunakan suatu kebenaran. Karena metode pada prinsipnya memberikan pedoman tentang cara para ilmuwan mempelajari, menganalisis serta memahami permasalahan yang dihadapinya. Penelitian merupakan suatu usaha yang dilakukan manusia secara sadar yang diarahkan untuk mengetahui/mempelajari fakta.¹⁷¹

Koentjaraningrat menyatakan bahwa metodologi adalah cara atau jalan yang berhubungan dengan upaya ilmiah maka metode menyangkut cara kerja untuk memahami objek yang menjadi sasaran ilmu yang bersangkutan.¹⁷² Dengan demikian dapat ditarik kesimpulan metodologi penelitian adalah ilmu pengetahuan yang membicarakan penelitian yang metodis, sistematis dan ilmiah dengan tujuan menemukan serta menguji kebenaran suatu ilmu pengetahuan. Adapun tujuan umum dari penelitian adalah sebagai berikut:¹⁷³

1. Mendapat pengetahuan tentang suatu gejala sehingga dapat merumuskan masalah, memperoleh pengetahuan yang lebih mendalam tentang suatu

¹⁷⁰ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1991, halaman 89.

¹⁷¹ M Soeparmoko, *Metode Penelitian Praktis*, BPFE, Yogyakarta, 1991, halaman 1.

¹⁷² Koentjaraningrat, *Metode Penelitian Masyarakat*, Gramedia, Jakarta, 1984, halaman 17.

¹⁷³ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum, Op, Cit*, halaman 9.

- gejala sehingga dapat merumuskan hipotesa.
2. Untuk menggambarkan secara lengkap karakteristik atau ciri-ciri dari:
 - a. Suatu keadaan;
 - b. Perilaku pribadi;
 - c. Perilaku kelompok; (tanpa didahului hipotesa tetapi harus ada masalah)
 3. Mendapat keterangan tentang frekuensi peristiwa, memperoleh data mengenai suatu gejala dengan gejala lain (berlandaskan hipotesa).
 4. Menguji hipotesa yang berisikan hubungan-hubungan sebab akibat (harus didasarkan pada hipotesa).

Penelitian hukum merupakan kegiatan ilmiah, yang didasarkan metode, sistematika dan pemikiran tertentu, bertujuan mempelajari suatu gejala hukum tertentu, dengan jalan menganalisisnya.¹⁷⁴ Inti dari penelitian hukum adalah menguraikan bagaimana suatu penelitian hukum itu harus dilakukan.¹⁷⁵ Segala upaya yang digunakan untuk mencapai tujuan penelitian harus dilandasi dengan suatu yang dapat memberikan arah yang cermat dan syarat yang ketat sehingga metode penelitian mutlak diperlukan dalam pelaksanaan suatu penelitian.

Adapun metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah:

1. Jenis Pendekatan

Secara sederhana, penelitian hukum dapat diklarifikasikan dalam dua jenis yaitu: penelitian normatif/doktrinal dan empiris/sosiologis. penelitian hukum normatif/doktrinal mempergunakan data sekunder, sedangkan penelitian hukum empiris/sosiologis menggunakan data primer.¹⁷⁶ Bambang Sunggono berpendapat bahwa penelitian hukum dapat dibagi dalam:¹⁷⁷

- a. Penelitian Normatif yang terdiri dari :

¹⁷⁴ Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta, 1991, halaman 6.

¹⁷⁵ *Ibid*, halaman 7.

¹⁷⁶ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1998, halaman 10.

¹⁷⁷ Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, halaman 42.

- 1) Penelitian terhadap asas-asas hukum;
 - 2) Penelitian terhadap sistematika hukum;
 - 3) Penelitian terhadap taraf sinkronisasi hukum;
 - 4) Penelitian sejarah hukum; dan
 - 5) Penelitian perbandingan hukum.
- b. Penelitian Hukum Sosiologis atau empiris, yang terdiri dari :
- 1) Penelitian terhadap identifikasi;
 - 2) Penelitian terhadap efektivitas hukum.

Metode penelitian yang digunakan dalam penulisan ini adalah penelitian yuridis normatif¹⁷⁸. Pendekatan yuridis normatif meliputi :

a. Pendekatan Perundang-Undangan (*Statute Approach*)

Suatu penelitian normatif tentu harus menggunakan pendekatan perundang-undangan, karena yang akan diteliti adalah berbagai aturan hukum yang menjadi fokus sekaligus tema sentral suatu penelitian. Untuk itu peneliti harus melihat hukum sebagai sistem tertutup yang mempunyai sifat-sifat sebagai berikut:

- 1) *Comprehensive* artinya norma-norma hukum yang ada di dalamnya terkait antara satu dengan lain secara logis.

¹⁷⁸ Menurut Jhony Ibrahim, metode pendekatan yuridis normatif adalah suatu prosedur ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dan sisi normatifnya. Logika keilmuan yang ajeg dalam penelitian hukum normatif dibangun berdasarkan disiplin ilmiah dan cara-cara kerja ilmu normatif, yaitu ilmu hukum yang obyeknya hukum itu sendiri. Jhony Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Banyumedia Publishing, Malang, 2006, halaman 57. Penelitian hukum normatif yaitu penelitian yang dilakukan dengan cara terlebih dahulu bahan-bahan kepustakaan hukum yang sehubungan dengan permasalahan. Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1995, halaman 33. Lihat C F C Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia pada Akhir Abad ke 20*, Alumni, Bandung, 1994, halaman 68, menyatakan bahwa di antaranya adalah penelitian perundang-undangan secara analitis, meneliti putusan hakim dan studi kepustakaan. Lihat juga Bambang Sunggono, *Op, Cit*, halaman 42, bahwa penelitian hukum normatif terdiri dari penelitian terhadap asas-asas hukum, penelitian terhadap sistematika hukum, penelitian terhadap sinkronisasi hukum, penelitian sejarah hukum, dan penelitian perbandingan hukum. Metode yuridis normatif, dengan mengkonsepsikan hukum sebagai kaidah norma yang merupakan patokan perilaku manusia, dengan menekankan pada sumber data sekunder. Amirudin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Radja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, halaman 118. Data sekunder yang digunakan dalam penelitian ini dikumpulkan dari sumber primer berupa perundang-undangan. Ronny Hanitijo Soemitro, *Op, Cit*, halaman 35.

- 2) *All-inclusive* bahwa kumpulan norma hukum tersebut cukup mampu menampung permasalahan hukum yang ada, sehingga tidak akan ada kekurangan hukum.
- 3) *Systematic* bahwa di samping bertautan antara satu dengan yang lain, norma-norma hukum tersebut juga tersusun secara hierarkis.

b. Pendekatan Konsep (*Conceptual Approach*)

Konsep memiliki banyak pengertian yang diantaranya adalah unsur abstrak yang mewakili kelas fenomena dalam suatu bidang studi yang kadangkala merujuk pada hal yang universal yang diabstraksikan dari hal yang partikular.¹⁷⁹

Pendekatan ini berfungsi untuk memunculkan suatu objek yang menarik perhatian dari sudut pandang praktis dan sudut pengetahuan dalam pikiran dan atribut-atribut tertentu. Dalam menggunakan pendekatan ini, peneliti perlu merujuk pada prinsip hukum. Prinsip ini dapat diketemukan dalam undang-undang maupun pandangan (doktrin) para sarjana.¹⁸⁰

Dalam penelitian ini juga dilakukan pendekatan *comparative law* dengan beberapa negara lain dalam kaitan dengan perbandingan hukum mengenai peradilan administrasi di beberapa negara, yaitu peradilan administrasi di Prancis, peradilan administrasi di Belanda, dan peradilan administrasi di Thailand.

Menurut Soerjono Soekanto, dalam penelitian hukum normatif perbandingan hukum merupakan suatu metode.¹⁸¹ Pendekatan komparatif juga dibutuhkan agar mampu mengembangkan hukum yang lebih baik,

¹⁷⁹ *Ibid*, halaman 306.

¹⁸⁰ *Ibid*, halaman 318.

¹⁸¹ Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, Radja Grafindo Persada, Jakarta, 2008, halaman 8.

menurut Rene David dan Brierley, salah satu manfaat dan arti penting dari perbandingan hukum adalah dapat lebih baik memahami dan mengembangkan hukum nasional.¹⁸²

Penggunaan bermacam-macam pendekatan yang demikian merupakan ciri penelitian masa kini, banyak penelitian (termasuk penelitian hukum) tidak lagi dapat menggunakan hanya satu pendekatan atau metode penelitian. Akan tetapi, sering sudah dibutuhkan kombinasi dari berbagai metode penelitian untuk meneliti hanya satu fenomena sosial.¹⁸³

2. Metode Pendekatan

Dalam penelitian hukum terdapat beberapa pendekatan, yaitu pendekatan undang-undang (*statute approach*), kasus (*case approach*), historis (*historical approach*), komparatif (*comparative approach*), dan konseptual (*conceptual approach*).¹⁸⁴ Pendekatan perundang-undangan merupakan cara pendekatan dengan melihat peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan permasalahan yang dibahas. Penelitian untuk praktik hukum tidak dapat melepaskan diri dari pendekatan perundang-undangan. Pendekatan kasus digunakan apabila dalam membahas permasalahan menggunakan contoh kasus untuk mendapatkan gambaran yang jelas mengenai permasalahan yang dibahas.

Pendekatan historis dilakukan dalam kerangka pelacakan sejarah hukum dari waktu ke waktu. Pendekatan ini sangat membantu peneliti untuk

¹⁸² *Ibid*, hlm.18

¹⁸³ C F C Sunaryati Hartono, *Op, Cit*, halaman 124.

¹⁸⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2005, halaman 93.

memahami filosofi dari aturan hukum dari waktu ke waktu.¹⁸⁵ Pendekatan perbandingan dilakukan dengan mengadakan studi perbandingan hukum.¹⁸⁶

Pendekatan konseptual dilakukan manakala peneliti tidak beranjak dari aturan hukum yang ada, dikarenakan belum atau tidak ada aturan hukum untuk masalah yang dihadapi.¹⁸⁷

3. Sumber dan Teknik Pengumpulan Data

Dalam penelitian pada umumnya dibedakan antara data yang diperoleh secara langsung dari masyarakat dan dari bahan-bahan pustaka.¹⁸⁸ Sementara itu, dalam penelitian hukum mengadakan perbedaan mengenai sumber hukumnya, yakni :¹⁸⁹

- a. Bahan hukum primer (*primary sources or authorities*), seperti undang-undang dan putusan pengadilan, dan
- b. Bahan hukum sekunder (*secondary sources or authorities*), misalnya makalah dan buku-buku yang ditulis oleh para ahli, karangan berbagai panitia pembentukan hukum (*law reform organization*), dan lain-lain.

Selain bahan hukum primer dan sekunder, oleh Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji mengemukakan bahan hukum ketiga, yaitu bahan hukum tertier. Bahan hukum tertier yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder; contohnya adalah kamus, ensiklopedia, indeks kumulatif, dan seterusnya.¹⁹⁰

Pada penelitian normatif, data sekunder merupakan data pokok yang bersumber dari peraturan perundangan, buku literatur maupun surat-surat

¹⁸⁵ *Ibid*, halaman 126.

¹⁸⁶ *Ibid*, halaman 132.

¹⁸⁷ *Ibid*, halaman 137.

¹⁸⁸ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op, Cit*, halaman 14.

¹⁸⁹ C F G. Sunaryati Hartono, *Op, Cit*, halaman 134.

¹⁹⁰ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op, Cit*, halaman 15.

resmi yang ada hubungannya dengan objek penelitian. Menurut Soerjono dan Sri Mamudji, data sekunder (bahan pustaka) terdiri dari bahan hukum primer, sekunder, dan tersier.¹⁹¹ Diantaranya dapat dijabarkan sebagai berikut :

a. Bahan Hukum Primer, yakni bahan hukum yang terdiri atas peraturan perundang-undangan yang diurutkan berdasarkan hierarki Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah, dan Peraturan Bupati. Peraturan perundang-undangan yang digunakan penulis sebagai bahan hukum primer yaitu :

- 1) Undang-Undang Dasar 1945;
- 2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 diperbarui dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Peradilan Tata Usaha Negara;
- 3) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 diperbarui dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;
- 4) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 diperbarui dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 dan diperbarui kembali dengan Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Peradilan Umum;
- 5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 diperbarui dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 dan diperbarui kembali dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Peradilan Tata Usaha Negara;

b. Bahan Hukum Sekunder, yakni bahan hukum yang terdiri atas buku teks yang ditulis ahli hukum, jurnal hukum, kasus hukum, dan yurisprudensi. Dalam penulisan ini, bahan hukum sekunder yang digunakan berupa buku

¹⁹¹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op, Cit*, halaman 14.

teks yang berkaitan dengan Hukum Administrasi Negara dari berbagai para ahli Hukum Administrasi Negara.

- c. Bahan Hukum Tersier, adalah bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder seperti kamus hukum, ensiklopedia, dan lain-lain.¹⁹² Dalam penelitian ini, bahan hukum tersier yang digunakan adalah kamus umum bahasa Indonesia.

Data Sekunder yang berupa bahan hukum primer (Peraturan Perundang-undangan, bahan hukum yang dikodifikasikan, yurisprudensi, traktat dan bahan hukum lainnya), bahan hukum sekunder (hasil penelitian, buku-buku hukum, dan hasil karya ilmiah di bidang hukum) dan bahan hukum tersier (Kamus Besar Bahasa Indonesia, kamus hukum, ensiklopedia) dipelajari guna mendapatkan landasan teori berupa pendapat atau tulisan-tulisan para ahli dan juga untuk memperoleh informasi yang ada relevansinya dengan penulis dengan cara mengutip baik itu mengutip peraturan perundang-undangan, buku, doktrin para ahli, serta dari sumber bahan hukum lainnya.

Bahan hukum berupa data sekunder (primer, sekunder, dan tersier) yang didapat oleh penulis kemudian dilakukan klasifikasi dan inventarisasi. Data yang diperoleh akan disusun secara sistematis dan logis. Sehingga antara bahan hukum yang satu dengan yang lain memiliki hubungan yang dapat menjawab permasalahan hukum yang ada pada penelitian ini. Peneliti akan menggunakan sistem kartu, dimana bahan hukum yang berhubungan dengan

¹⁹² Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum, Op, Cit*, halaman 296.

masalah yang dipaparkan, disistematiskan, kemudian dilakukan analisis untuk menemukan jawaban permasalahan yang ada dan penelitian ini dapat menjawab dan mengungkap kebenaran yang ada.¹⁹³

Mengingat penelitian ini memusatkan perhatian pada data sekunder, maka pengumpulan data ditempuh dengan melakukan penelitian kepustakaan dan studi dokumen.

4. **Analisa Data**

Bahan hukum yang telah dikumpulkan dan disistematiskan kemudian dianalisis. Analisis data dalam penelitian hukum mempergunakan metode pendekatan kualitatif, karena tanpa menggunakan rumusan statistik.

Analisis dilakukan dalam rangka untuk memecahkan permasalahan yang ada dengan menggambarkan apa yang menjadi masalah (deskripsi), menjelaskan masalah (eksplanasi), mengkaji permasalahan dari bahan-bahan hukum yang terkait (evaluasi) dan memberikan argumentasi dari hasil evaluasi tersebut, sehingga didapat kesimpulan mengenai Rekonstruksi Hukum Terhadap Gugatan Ganti Dalam Sengketa Tata Usaha Negara.

J. Sistematika Penulisan

Penulisan disertasi ini direncanakan terdiri dari enam bab, dengan sistematika penulisan sebagai berikut:

Bab pertama, merupakan Pendahuluan yang berisikan Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Tinjauan

¹⁹³ Jhony Ibrahim, *Op, Cit*, halaman 296.

Pustaka, Kerangka Teori, Kerangka Pemikiran, Metode Penelitian, Orisinalitas Penelitian, dan diakhiri dengan Sistematika Penulisan.

Bab kedua merupakan bab mengenai Tinjauan Pustaka. Bab ketiga merupakan bab yang menguraikan tentang permasalahan pertama yaitu Konstruksi hukum gugatan ganti kerugian terhadap keputusan tata usaha negara. Bab keempat, menguraikan permasalahan kedua yaitu penerapan hukum terhadap ganti kerugian dalam sengketa tata usaha negara. Bab kelima menguraikan permasalahan yang ketiga yaitu rekonstruksi hukum terhadap ganti kerugian dalam sengketa tata usaha negara yang berbasis nilai keadilan. Bab keenam, merupakan bab penutup yang akan menyimpulkan hasil penelitian, yang kemudian akan diikuti dengan pemberian saran-saran atau rekomendasi terhadap hasil-hasil penemuan penelitian disertasi ini.