

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian "Sengketa Pilkada".

Sengketa terjadi karena adanya benturan kepentingan. Oleh karena itu seiring dengan perkembangan masyarakat muncul hukum yang berusaha untuk meminimalisir berbagai benturan kepentingan dalam masyarakat. Beberapa abad yang lalu seorang ahli filsafat yang bernama Cicero mengatakan, "*Ubi Societas Ibi Ius*" artinya, dimana ada masyarakat maka di situ ada hukum. Pernyataan ini sangat tepat sekali karena adanya hukum itu adalah berfungsi sebagai kaidah atau norma dalam masyarakat. Kaidah atau norma itu adalah patokan-patokan mengenai perilaku yang dianggap pantas.³³ Kaidah berguna untuk menyelaraskan tiap kepentingan anggota masyarakat. Sehingga di masyarakat tidak akan terjadi benturan kepentingan antara anggota masyarakat yang satu dengan yang lainnya.

Menurut Van Kan,³⁴ kepentingan-kepentingan manusia bisa saling bertumbukan kalau tidak dikendalikan oleh kaidah, sehingga lahirlah kaidah agama, kaidah kesusilaan dan kaidah kesopanan sebagai usaha manusia untuk menyelaraskan kepentingan-kepentingan itu. Tetapi, ketiga kaidah di atas ternyata mempunyai kelemahan:

³³ Soerjono Soekanto, *Mengenal Sosiologi Hukum* (Bandung : Alumni, 1986) hlm. 9.

³⁴ J. Van Kan dan J.H. Beekhuis, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta : PT Pembangunan Ghalia Indonesia, 1982) hlm. 7-17.

1. Kaidah agama, kaidah kesusilaan dan kaidah kesopanan belum cukup melindungi kepentingan-kepentingan manusia dalam masyarakat sebab ketiga kaidah ini tidak mempunyai sanksi yang tegas dan dapat dipaksakan.
2. Kaidah agama, kaidah kesusilaan dan kaidah kesopanan belum mengatur secara keseluruhan kepentingan-kepentingan manusia seperti kepentingan manusia dalam bidang pertanahan, kehutanan, kelautan, udara dan lain-lain.

Oleh karena itu, diperlukan satu kaidah lagi yang dapat menjawab dua kelemahan di atas. Kaidah tersebut adalah kaidah hukum. Kaidah hukum mempunyai sifat pemaksa artinya kalau seseorang melanggar kepentingan orang lain maka dia akan dipaksa oleh hukum untuk mengganti rugi atau bahkan dicabut hak kebebasannya dengan jalan dimasukkan ke penjara agar kepentingan orang lain itu tidak terganggu. Lain dengan ketiga kaidah sebelumnya yang tidak mempunyai sanksi yang dapat dipaksakan.

Kaidah hukum juga mengisi kelemahan ketiga kaidah tadi yaitu dengan jalan berusaha mengatur seluruh peri kehidupan yang berhubungan dengan manusia sebagai anggota masyarakat maupun sebagai individu. Contohnya, hukum mulai mengatur dari manusia itu dilahirkan sampai meninggal dunia. Hukum juga mengatur tentang kepentingan manusia/masyarakat terhadap tanahnya, kepentingan dari segi administrasinya, hak-hak dan lain-lain. Sehingga di dalam masyarakat yang kompleks kepentingannya, maka hukum pun akan turut mengimbangnya.

Berdasarkan Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2005 Tentang Pemilihan, Pengesahan, Pengangkatan Dan Pemberhentian Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah, yang dimaksud dengan pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah yang selanjutnya disebut pemilihan adalah sarana pelaksanaan kedaulatan rakyat di wilayah provinsi dan/atau kabupaten/kota berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 untuk memilih kepala daerah dan wakil kepala daerah.

Dasar hukum adalah Undang-undang No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah. Dengan ditetapkannya Undang-undang ini, Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah mempunyai peran yang sangat strategis dalam rangka pengembangan kehidupan demokrasi, keadilan, pemerataan, kesejahteraan masyarakat, memelihara hubungan yang serasi antara Pemerintah dan Daerah serta antar Daerah untuk menjaga keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Berdasarkan Pasal 106 ayat (1) Undang-undang No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah, keberatan terhadap penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah hanya dapat diajukan oleh pasangan calon kepada Mahkamah Agung dalam waktu paling lambat 3 (tiga) hari setelah penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah. Kemudian ayat (2) menyatakan: Keberatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya berkenaan dengan hasil perhitungan suara yang mempengaruhi terpilihnya pasangan calon. Ayat (3) menyatakan: Pengajuan keberatan kepada Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disampaikan kepada pengadilan tinggi untuk pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah provinsi dan kepada pengadilan negeri

untuk pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah kabupaten/kota. Ayat (4) menyatakan: Mahkamah Agung memutus sengketa hasil penghitungan suara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) paling lambat 14 (empat belas) hari sejak diterimanya permohonan keberatan oleh Pengadilan Negeri/Pengadilan Tinggi/Mahkamah Agung. Ayat (5) menyatakan: Putusan Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud pada ayat (4) bersifat final dan mengikat. Ayat (6) menyatakan: Mahkamah Agung dalam melaksanakan kewenangannya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat mendelegasikan kepada Pengadilan Tinggi untuk memutus sengketa perhitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah kabupaten dan kota. Ayat (7) menyatakan: Putusan Pengadilan Tinggi sebagaimana dimaksud pada ayat (6) bersifat final.

Selanjutnya ketentuan Pasal 106 di atas diulang secara utuh dalam Pasal 94 Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2005 tentang Pemilihan, Pengesahan, Pengangkatan dan Pemberhentian Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah. Pasal 94 selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

- (1) keberatan terhadap penetapan hasil pemilihan hanya dapat diajukan oleh pasangan calon kepada Mahkamah Agung dalam waktu paling lambat 3 (tiga) hari setelah penetapan hasil pemilihan.
- (2) Keberatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya berkenaan dengan hasil perhitungan suara yang mempengaruhi terpilihnya pasangan calon.
- (3) Pengajuan keberatan kepada Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dapat disampaikan kepada pengadilan tinggi untuk pemilihan Gubernur dan Wakil Gubernur dan Pengadilan Negeri untuk pemilihan Bupati/Wakil Bupati dan Walikota/Wakil Walikota.
- (4) Mahkamah Agung memutus sengketa hasil penghitungan suara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) paling lambat 14 (empat belas) hari sejak diterimanya permohonan keberatan oleh Pengadilan Negeri/Pengadilan Tinggi/Mahkamah Agung.
- (5) Putusan Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud pada ayat (4) bersifat final dan mengikat.
- (6) Mahkamah Agung dalam melaksanakan kewenangannya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat mendelegasikan kepada Pengadilan Tinggi

- untuk memutus sengketa hasil perhitungan suara pemilihan Bupati/Wakil Bupati dan Walikota/Wakil Walikota.
- (7) Putusan Pengadilan Tinggi sebagaimana dimaksud pada ayat (6) bersifat final dan mengikat.

Dasar hukum yang terakhir adalah Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Penetapan Hasil Pilkada dan Pilwakada Dari KPUD Provinsi dan KPUD Kabupaten/Kota.

Pangkal sengketa adalah objek atau wilayah kompetensi yang dapat dikategorikan sebagai sengketa Pilkada. Pangkal sengketa ini kerap disalah artikan oleh para penegak hukum. Berdasarkan UU No. 32 Tahun 2004, bentuk-bentuk pelanggaran pemilu seperti kecurangan, tidak terdaftar sebagai pemilih dan bentuk kecurangan lainnya di laporkan ke Komite Pengawas Pemilu yang dilanjutkan ke tingkat kepolisian.

Pasal 106 ayat (2) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah menyebutkan "Keberatan sebagaimana dimaksud pada ayat 1 (satu) hanya berkenaan dengan hasil perhitungan suara yang mempengaruhi terpilihnya pasangan calon". Hal serupa juga terlihat pada Pasal 94 Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2005 Pemilihan, Pengesahan, Pengangkatan dan Pemberhentian Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah dan juga Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Penetapan Hasil Pilkada dan Pilwakada Dari KPUD Provinsi dan KPUD Kabupaten/Kota. Ayat tersebut jelas dan tegas menyatakan bahwa yang jadi pokok keberatan yang akan dilayani adalah mengenai hasil perhitungan suara yang berarti proses akhir dari Pilkada.

B. Pemilihan Umum

Demokrasi, pada mulanya merupakan satu gagasan tentang pola kehidupan yang muncul sebagai reaksi terhadap kenyataan sosial politik yang tidak manusiawi di tengah-tengah masyarakat. Reaksi tersebut tentu datangnya dari orang-orang yang berpikir idealis dan bijaksana. Mereka terusik dan tergugah melihat adanya pengekangan dan pemerkosaan terhadap hak-hak asasi manusia.

Ada tiga nilai ideal yang mendukung demokrasi sebagai satu gagasan kehidupan yaitu kemerdekaan (*freedom*), persamaan (*ekuality*), dan keadilan (*justice*). Dalam kenyataan hidup, ide tersebut direalisasikan melalui perwujudan symbol-simbol dan hakekat dari nilai-nilai dasar demokrasi sungguh-sungguh mewakili atau diangkat dari kenyataan hidup yang sepadan dengan nilai-nilai itu sendiri³⁵.

Sejalan dengan makin mendunianya demokrasi, pemikiran tentang demokrasi pun semakin berkembang. Tapi pada umumnya pemikiran itu berintikan tentang kekuasaan dalam Negara. Dalam Negara demokrasi, rakyatlah yang memiliki dan mengendalikan kekuasaan dan kekuasaan itu dijalankan demi kepentingan rakyat. Abraham Lincoln pernah mengatakan bahwa demokrasi adalah pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat, dan untuk rakyat.

Suatu pemerintahan itu dapat disebut demokratis apabila pemerintahan tersebut dapat memberikan kesempatan konstitusional yang teratur bagi persaingan damai untuk memperoleh kekuasaan politik untuk berbagai kelompok yang berbeda, tanpa menyisihkan bagian penting dari penduduk manapun dengan kekerasan.

³⁵ Arbi Sanit, *Perwakilan Politik Indonesia*, (CV. Rajawali. Yogyakarta.1985) hlm. 83

Rezim-rezim demokratis dibedakan oleh kekerasan, legalitas, dan legitimasi berbagai organisasi dan himpunan yang relatif bebas dalam hubungannya dengan pemerintah dan dengan dirinya satu sama lain. Salah satu hal penting untuk memenuhi prasyarat tersebut diatas yaitu dengan melaksanakan pemilihan umum, karena tidak ada demokrasi tanpa diikuti pemilihan umum yang merupakan wujud yang paling nyata dari demokrasi.

Melihat struktur kepartaian yang demikian, konflik-konflik antara partai-partai politik di Indonesia pada dasarnya merupakan konflik antar sosial kultural berdasarkan perbedaan-perbedaan suku-bangsa, agama, daerah dan stratifikasi sosial. Tentu saja tidak dapat disangkal bahwa perilaku politik dari berbagai partai politik di Indonesia di dalam hubungannya satu sama lain jauh lebih kompleks daripada sekedar bersumber dari dalam perbedaan-perbedaan suku-bangsa, agama, daerah dan stratifikasi sosial. Kompleksitas itulah yang telah membuka kemungkinan membuka pola bagaimana cara melihat pola kepartaian dan perilaku politik yang diwujudkan oleh berbagai partai di Indonesia. Herbert Feith menyatakan konflik-konflik politik di Indonesia sebagai konflik ideologi yang bersumber di dalam ketegangan-ketegangan yang terjadi antara pandangan dunia tradisional di satu pihak, dengan pandangan dunia modern di pihak lainnya³⁶. Sementara itu Donald Hindley menyatakan keragaman pola kepartaian di Indonesia bersifat saling menyilang, yaitu golongan yang bersifat keagamaan di satu pihak dan penggolongan atas penganut pandangan dunia tradisional dan dunia modern di pihak lain³⁷.

³⁶ Jacobus Ranjabar, *Sistem Sosial Budaya Indonesia suatu pengantar*. (Ghalia Indonesia. Jakarta, 1998). hlm. 71

³⁷ *Ibid*, hlm. 72

1. Arti Pemilihan Umum

Pada hakikatnya pemilu di Negara manapun mempunyai esensi yang sama. Pemilu berarti rakyat melakukan kegiatan memilih orang atau sekelompok orang yang menjadi pemimpin rakyat atau pemimpin Negara. Pemimpin yang terpilih akan menjalankan kehendak rakyat yang memilihnya.

Pemilihan umum merupakan salah satu sarana utama untuk menegakkan tatanan politik yang demokratis. Fungsinya sebagai alat menyetatkan dan menyempurnakan demokrasi. Esensinya sebagai sarana demokrasi untuk membentuk suatu sistem kekuasaan Negara yang pada dasarnya lahir dari bawah menurut kehendak rakyat sehingga terbentuk kekuasaan Negara yang benar-benar memancarkan kebawah sebagai suatu kewibawaan sesuai dengan keinginan rakyat, oleh rakyat, menurut sistem permusyawaratan perwakilan³⁸.

Pemilihan Umum pada hakikatnya merupakan pengakuan dan perwujudan dari hak-hak politik rakyat dan sekaligus merupakan pendelegasian hak-hak politik rakyat pada wakil-wakilnya untuk menjalankan pemerintahan. Untuk mewujudkan hal tersebut dibutuhkan kendaraan politik, partai politik kemudian hadir dan menawarkan kader-kadernya untuk mewakili hak-hak politik rakyat dalam negara. Tetapi untuk memperjuangkan hak-hak politik rakyat partai politik terlebih dahulu harus memperoleh eksistensi yang dapat dilihat dari perolehan suara dalam pemilihan umum.

³⁸ Rusli Karim M, *Perjalanan Partai Politik di Indonesia : Sebuah Potret Pasang Surut*, (CV. Rajawali. Jakarta.1991) hlm. 120

Pemilihan umum adalah suatu sarana atau cara untuk menentukan orang-orang yang akan mewakili rakyat dalam menjalankan roda pemerintahan, kepentingan rakyat perlu diwakali. Karena pada saat sekarang ini tidak mungkin melibatkan rakyat secara langsung dalam kegiatan tersebut mengingat jumlah penduduk sangat besar. Maka dari itu partai politik menawarkan calon-calon untuk mewakili kepentingan rakyat. Pemilihan umum merupakan saat dimana partai politik bertarung untuk memperoleh eksistensi di lembaga legislatif.

2. Fungsi Pemilihan Umum

Dalam negara demokratis (pemerintah dari, oleh, dan untuk rakyat) maka salah satu ciri utamanya adalah pemilihan umum untuk memilih partai politik yang akan mendapat kepercayaan rakyat. Pemilihan umum merupakan gambaran yang ideal bagi suatu pemerintahan yang demokratis. Menurut Seymour Martin Lipset demokrasi yang stabil membutuhkan konflik atau pemisahan sehingga akan terjadi perebutan jabatan politik, oposisi terhadap partai yang berkuasa dan pergantian partai-partai berkuasa³⁹. Karena itu pemilu bukan hanya untuk menentukan partai yang berkuasa secara sah, namun jauh lebih penting dari adalah sebagai bukti bahwa demokrasi yang berjalan dengan stabil, dimana terjadi pergantian partai-partai politik yang berkuasa.

C. Pemilihan Kepala Daerah

Pemilu Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah adalah Pemilu untuk memilih Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah secara langsung dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara

³⁹ Seymour Martin Lipset, *Political Man : Basis Sosial Tentang Politik*, (Pustaka Pelajar. Yogyakarta.1960) hlm. 1

Republik Indonesia Tahun 1945⁴⁰. Sebelum diberlakukannya Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah dipilih oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD). Namun sejak Juni 2005 Indonesia menganut sistem pemilihan Kepala Daerah secara langsung.

Pada dasarnya daerah merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dengan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Hal ini berkaitan dengan pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah yang seharusnya sinkron dengan pemilihan presiden dan wakil presiden, yaitu pemilihan secara langsung. Menurut Rozali Abdullah, beberapa alasan mengapa diharuskan pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah secara langsung⁴¹, adalah:

1. Mengembalikan kedaulatan ke tangan rakyat

Warga masyarakat di daerah merupakan bagian yang tak terpisahkan dari warga masyarakat Indonesia secara keseluruhan, yang mereka juga berhak atas kedaulatan yang merupakan hak asasi mereka, yang hak tersebut dijamin dalam konstitusi kita Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945. Oleh karena itu, warga masyarakat di daerah, berdasarkan kedaulatan yang mereka punya, diberikan hak untuk menentukan nasib daerahnya masing-masing, antara lain dengan memilih Kepala Daerah secara langsung.

⁴⁰ Pasal 1 ayat 4 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007.

⁴¹ Lihat: Rozali Abdullah, *pelaksanaan Otonomi Luas dengan Pemilihan Kepala Daerah secara Langsung*, PT Raja Grafindo, 2005, hlm 53-55

2. Legitimasi yang sama antar Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah dengan DPRD

Sejak Pemilu legislatif 5 april 2004, anggota DPRD dipilih secara langsung oleh rakyat melalui sistem proporsional dengan daftar calon terbuka. Apabila Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah tetap dipilih oleh DPRD, bukan dipilih langsung oleh rakyat, maka tingkat legitimasi yang dimiliki DPRD jauh lebih tinggi dari tingkat legitimasi yang dimiliki oleh Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah.

3. Kedudukan yang sejajar antara Kepala Daerah dan wakil daerah dengan DPRD

Pasal 16 ayat (2) UU No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah menjelaskan bahwa DPRD, sebagai Badan Legislatif Daerah, berkedudukan sejajar dan menjadi mitra pemerintah daerah. Sementara itu, menurut Pasal 34 ayat (1) Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999, Kepala Daerah dipilih oleh DPRD dan menurut Pasal 32 ayat (2) jo Pasal 32 ayat (3) Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999, Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah bertanggung jawab kepada DPRD. Logikanya apabila Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah bertanggung jawab kepada DPRD maka kedudukan DPRD lebih tinggi daripada Kepala Daerah. Oleh karena itu, untuk memberikan mitra sejajar dan kedudukan sejajar antar Kepala Daerah dan DPRD maka keduanya harus sama-sama dipilih oleh rakyat.

4. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2003 tentang Susduk MPR, DPR, DPD, dan DPRD.

Dalam UU diatas, kewenangan DPRD untuk memilih Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah sudah dicabut.

5. Mencegah politik uang

Sering kita mendengar isu politik uang dalam proses pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah oleh DPRD. Masalah politik uang ini terjadi karena begitu besarnya wewenang yang dimiliki oleh DPRD dalam proses pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah. Oleh karena itu, apabila dilakukan pemilihan Kepala Daerah secara langsung kemungkinan terjadinya politik uang bisa dicegah atau setidaknya dikurangi.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum, mengamanatkan bahwa Pilkada dibawa kedalam ranah Pemilihan umum. Sehingga secara resmi dinamakan Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah. Pilkada yang pertama kali diselenggarakan berdasarkan undang-undang ini adalah Pilkada DKI Jakarta. Pilkada diselenggarakan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU) Provinsi dan KPU Kabupaten/Kota dengan diawasi oleh Panitia Pengawas Pemilihan Umum (Panwaslu) Provinsi dan Panwaslu Kabupaten/Kota. Khusus di Nangroe Aceh Darussalam, Pilkada diselenggarakan oleh Komisi Independen Pemilihan (KIP) dengan diawasi oleh Panitia Pengawas Pemilihan Aceh (Panwaslih Aceh).

Berdasarkan Pasal 56 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, peserta Pilkada adalah pasangan calon yang diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik. Ketentuan ini diubah dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 yang menyatakan bahwa peserta Pilkada juga dapat berasal dari pasangan calon perseorangan yang didukung oleh sejumlah orang. Undang-undang ini menindaklanjuti keputusan Mahkamah Konstitusi yang membatalkan beberapa

pasal menyangkut peserta Pilkada dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004. Khusus di Nanggroe Aceh Darussalam, peserta Pilkada juga dapat diusulkan oleh partai politik lokal.

Pilkada langsung sebagai pengejawantahan dari demokratisasi lokal telah dilaksanakan di berbagai daerah di Indonesia. Banyak evaluasi dan analisa mengenai pelaksanaannya menyimpulkan suatu kondisi yang sama, yaitu bahwa penyelenggaraan Pilkada langsung belum sepenuhnya berjalan sesuai yang diharapkan. Penerapan di lapangan masih menyisakan masalah yang mendasar. Pilkada langsung masih didominasi kelompok elitis tertentu melalui oligarki politik, sehingga Pilkada langsung menjadi proses demokratisasi semu.⁴² Partisipasi masyarakat lebih bersifat di mobilisasi. Hal ini sama halnya dengan proses politik sebagai suatu penguatan demokrasi lokal masih belum terjadi, justru konflik-konflik horizontal yang mengarah kepada anarkisme cenderung sering terjadi, yang disinyalir sebagai akibat dari adanya berbagai kelemahan dalam tata peraturan penyelenggaraannya, dan munculnya berbagai manipulasi dan kecurangan.

D. Demokratisasi Lokal

Demokratisasi lokal adalah implikasi dari desentralisasi yang dijalankan di daerah-daerah sebagai perwujudan dari proses demokrasi di Indonesia. Konsepnya mengandaikan pemerintahan itu dari, oleh dan untuk rakyat. Hal paling mendasar dalam demokrasi adalah keikutsertaan rakyat, serta kesepakatan bersama atau konsensus untuk mencapai tujuan yang dirumuskan bersama. Perkembangan

⁴² Silahuddin, Edah Jubaedah, dan Wawan Dharma S, *Evaluasi Pelaksanaan Pemilihan Kepala Daerah Langsung*, 2007, hlm iii

desentralisasi menuntut adanya proses demokrasi bukan hanya di tingkat regional tetapi di tingkat lokal.

Demokrasi di Indonesia pasca Orde Baru hampir selalu dibicarakan secara berkaitan dengan pembentukan sistem politik yang mencerminkan prinsip keterwakilan, partisipasi, dan kontrol. Oleh karenanya, pemerintahan yang demokratis mengandaikan pemisahan kekuasaan dalam tiga wilayah institusi yaitu eksekutif, legislatif dan yudikatif. Suatu pemerintahan dikatakan demokratis jika terdapat indikator utama yaitu keterwakilan, partisipasi dan kontrol terhadap penyelenggaraan pemerintahan oleh ketiga institusi tersebut. Prinsip partisipasi menjamin aspek keikutsertaan rakyat dalam proses perencanaan pembangunan daerah; atau keikutsertaan rakyat dalam proses pemilihan wakil dalam lembaga politik; sedangkan prinsip kontrol menekankan pada aspek akuntabilitas pemerintahan. Dalam demokrasi, aspek kelembagaan merupakan keutamaan dari berlangsungnya praktik politik yang demokratis, sehingga, terdapat partai politik, pemilihan umum dan pers bebas. Sedangkan, istilah ‘ lokal’ mengacu kepada ‘arena’ tempat praktek demokrasi itu berlangsung.

E. Peradilan Administrasi Negara (PTUN) dan Perlindungan Hukum bagi Masyarakat di Indonesia

Tujuan pembentukan dan kedudukan suatu peradilan administrasi negara (PTUN) dalam suatu negara, terkait dengan falsafah negara yang dianutnya. Negara Kesatuan Republik Indonesia merupakan negara hukum berdasarkan Pancasila dan UUD 1945, oleh karenanya hak dan kepentingan perseorangan dijunjung tinggi disamping juga hak masyarakatnya. Kepentingan perseorangan adalah

seimbang dengan kepentingan masyarakat atau kepentingan umum. Karena itu, menurut S.F Marbun⁴³ secara filosofis tujuan pembentukan peradilan administrasi negara (PTUN) adalah untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak perseorangan dan hak-hak masyarakat, sehingga tercapai keserasian, keseimbangan dan keselarasan antara kepentingan perseorangan dengan kepentingan masyarakat atau kepentingan umum.

Selain itu, menurut Prajudi Atmosudirdjo,⁴⁴ tujuan dibentuknya peradilan administrasi negara (PTUN) adalah untuk mengembangkan dan memelihara administrasi negara yang tepat menurut hukum (*rechtmatic*) atau tepat menurut undang-undang (*wetmatig*) atau tepat secara fungsional (efektif) atau berfungsi secara efisien. Sedangkan Sjachran Basah⁴⁵ secara gamblang mengemukakan bahwa tujuan pengadilan administrasi negara (PTUN) ialah memberikan pengayoman hukum dan kepastian hukum, tidak hanya untuk rakyat semata-mata melainkan juga bagi administrasi negara dalam arti menjaga dan memelihara keseimbangan kepentingan masyarakat dengan kepentingan individu. Untuk administrasi negara akan terjaga ketertiban, ketentraman dan keamanan dalam melaksanakan tugas-tugasnya demi terwujudnya pemerintahan yang kuat bersih dan berwibawa dalam negara hukum berdasarkan Pancasila.

Dengan demikian lembaga pengadilan administrasi negara (PTUN) adalah sebagai salah satu badan peradilan yang melaksanakan kekuasaan kehakiman, merupakan kekuasaan yang merdeka yang berada di bawah Mahkamah Agung dalam rangka

⁴³ SF. Marbun, *Peradilan Administrasi Dan Upaya Administratif di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1997, hlm. 27.

⁴⁴ *Ibid*, hlm. 28.

⁴⁵ *Ibid*, hlm. 28.

menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Penegakan hukum dan keadilan ini merupakan bagian dari perlindungan hukum bagi rakyat atas perbuatan hukum publik oleh pejabat administrasi negara yang melanggar hukum.

Berdasarkan hal tersebut, maka peradilan administrasi negara (PTUN) diadakan dalam rangka memberikan perlindungan (berdasarkan keadilan, kebenaran dan ketertiban dan kepastian hukum) kepada rakyat pencari keadilan (*justiciabellen*) yang merasa dirinya dirugikan akibat suatu perbuatan hukum publik oleh pejabat administrasi negara, melalui pemeriksaan, pemutusan dan penyelesaian sengketa dalam bidang administrasi negara. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa meskipun segala bentuk tindakan pejabat administrasi negara telah diatur dalam norma-norma hukum administrasi negara akan tetapi bila tidak ada lembaga penegak hukum dari hukum administrasi negara itu sendiri, maka norma-norma tersebut tidak mempunyai arti apa-apa. Oleh sebab itu eksistensi pengadilan administrasi negara (PTUN) sesuatu yang wajib, dengan maksud selain sebagai sarana kontrol yuridis terhadap pelaksana administrasi negara juga sebagai suatu bentuk atau wadah perlindungan hukum bagi masyarakat karena dari segi kedudukan hukumnya berada pada posisi yang lemah.

Berkenaan dengan konsep perlindungan hukum bagi masyarakat di Indonesia, sesungguhnya beranjak dari makna Pancasila yang berarti kekeluargaan atau gotong royong, menurut Philipus M. Hadjon⁴⁶ asas berdasarkan jiwa kekeluargaan ini dapat disebut pula sebagai asas kerukunan. Asas kerukunan tersebut melandasi

⁴⁶ Philipus M. Hadjon. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 1994, hlm. 85.

hubungan antara pemerintah dengan rakyat, serta antara organ kekuasaan negara yang satu dengan lainnya yang melahirkan hubungan fungsional proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara.

Atas dasar keserasian hubungan berdasarkan asas kerukunan, maka sedapat mungkin penyelesaian sengketa dilakukan melalui cara musyawarah dan perdilan merupakan sarana terakhir. Hal itu karena musyawarah sebagai cerminan perlindungan hukum preventif berupa pemberian kesempatan kepada rakyat untuk mengajukan keberatan atau pendapatnya sebelum pemerintah memberikan keputusan yang definitif. Musyawarah sangat besar artinya ditinjau dari perbuatan pemerintahan yang didasarkan pada kebebasan bertindak karena pemerintah akan terdorong untuk mengambil sikap hati-hati, sehingga sengketa yang kemungkinan dapat terjadi dapat dicegah.

Sengketa yang dimaksud adalah berdasarkan Pasal 1 butir 4 Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004, yang menyebutkan bahwa:

“ Sengketa tata usaha negara (sengketa administrasi negara) adalah sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara (administrasi negara) antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara (pejabat administrasi negara) baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara (keputusan administrasi negara), termasuk kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.”

Pada kenyataannya, sengketa administrasi negara muncul jikalau seseorang atau badan hukum perdata merasa dirugikan, sebagai akibat dikeluarkannya suatu keputusan. Sebagaimana diketahui bahwa, pejabat administrasi negara dalam fungsi menyelenggarakan kepentingan umum tidak terlepas dari tindakan

mengeluarkan keputusan, sehingga tidak menutup kemungkinan pula keputusan tadi menimbulkan kerugian.

Kewenangan itu berupa peranan hakim pengadilan administrasi negara (PTUN) menetapkan besarnya ganti rugi dan pelaksanaan upaya paksa (termasuk *dwangsoom*) terhadap pejabat administrasi negara yang dinyatakan bersalah dan melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik yang merugikan masyarakat dan negara, serta penyelesaian sengketa administrasi negara yang berupa tindakan materiil pejabat administrasi negara (*onrechmatige overheidsdaad*) pun menjadi kompetensi absolut pengadilan administrasi negara (PTUN). Dalam kaitan dengan pengadilan administrasi negara sebagai salah satu badan peradilan yang menjalankan “*kekuasaan kehakiman yang bebas*” sederajat dengan pengadilan-pengadilan lainnya dan berfungsi memberikan pengayoman hukum akan bermanfaat sebagai:⁴⁷

1. Tindakan pembaharuan bagi perbaikan pemerintah untuk kepentingan rakyat;
2. Stabilisator hukum dalam pembangunan;
3. Pemelihara dan peningkat keadilan dalam masyarakat;
4. Penjaga keseimbangan antara kepentingan perseorangan dan kepentingan umum.

Berdasarkan kenyataan tersebut dapatlah ditarik suatu kesimpulan bahwa di samping peradilan umum, peradilan administrasi negara (PTUN) merupakan sarana perlindungan hukum represif, yang memberikan perlindungan hukum bagi rakyat dengan mengemban fungsi peradilan. Fungsi tersebut dilaksanakan sedemikian rupa sehingga senantiasa menjamin dan menjaga keserasian hubungan

⁴⁷ SF. Marbun, *Op.Cit*, hlm. 86

antara rakyat dengan pemerintah berdasarkan asas kerukunan yang tercermin dalam konsep negara hukum di Indonesia.

Indonesia sebagai penganut paham negara hukum modern, dituntut adanya peranan dan fungsi hukum yang secara stabil dan dinamis mampu mengatur berbagai kepentingan tanpa meninggalkan ide dasarnya yaitu keadilan. Hukum yang demikian juga mengandung tuntutan untuk ditegakkan atau dengan kata lain, perlindungan hukum yang diberikan merupakan suatu keharusan dalam penegakan hukum.

Maksud penegakan hukum tersebut diatas, penulis sependapat dengan apa yang diutarakan Abdulkadir Muhammad. Menurutnya, penegakan hukum dapat dirumuskan sebagai usaha melaksanakan hukum sebagaimana mestinya, mengawasi pelaksanaannya agar tidak terjadi pelanggaran, dan jika terjadi pelanggaran maka untuk memulihkannya kembali dengan penegakan hukum. Dengan demikian penegakan hukum dilakukan dengan penindakan hukum, yang menurut penulis dapat diklasifikasikan sebagai berikut:⁴⁸

1. Teguran peringatan supaya menghentikan pelanggaran dan jangan berbuat lagi.
2. Pembebanan kewajiban tertentu (ganti kerugian dan atau denda).
3. Pencabutan hak-hak tertentu (sanksi administrasi ringan, sedang, dan berat seperti: berupa pencopotan jabatan atau pemberhentian dengan tidak hormat).
4. Publikasi kepada masyarakat umum (media cetak dan atau elektronik).
5. Rekomendasi *black list* secara politis (kepada lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif terutama apabila yang bersangkutan akan menjalani *fit and proper test*).
6. Pengenaan sanksi badan (pidana penjara).

⁴⁸ Abdulkadir, Muhammad, *Kajian Hukum Ekonomi Hak Kekayaan Intelektual*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 115

Meskipun penegakan hukum administrasi negara sebagaimana tersebut di atas dalam prakteknya jarang dipatuhi, menurut hemat penulis permasalahan semua ini bermuara pada moralitas dari pejabat yang bersangkutan dan peraturan perundang-undangan yang tidak secara tegas mengatur mengenai pelaksanaan hukuman/ sanksi dari lembaga pengadilan administrasi negara (PTUN).

Permasalahan mengenai moralitas pejabat memang sangat abstrak sehingga sangat sulit dianalisa ketidak patuhan secara hukum pejabat tersebut karena berkenaan dengan kejiwaan (humanistis) dan latar belakang kehidupan pejabat yang bersangkutan. Meskipun demikian, perlu adanya alat kontrol lainnya dalam rangka penegakan hukum administrasi negara ini yaitu peraturan perundang-undangan. Celaknya sampai saat ini peraturan perundang-undangan yang ada belum memadai, yang menurut penulis permasalahan tersebut karena:

1. Sempitnya pengertian objek sengketa administrasi negara yang dapat diselesaikan di PTUN. Dengan kata lain, arti ketentuan Pasal 1 angka 3 UU No. 9 Tahun 2004 menyimpang dari pengertian sengketa administrasi negara secara luas yang secara teoritis mencakup seluruh perbuatan hukum publik.
2. Hukum administrasi negara formil (hukum acara PTUN) sudah terwujud akan tetapi hukum administrasi negara materiil belum terbentuk.
3. Pelaksanaan eksekusi pengadilan administrasi negara (PTUN) sebagaimana diatur dalam Pasal 116 UU No. 9 Tahun 2004 belum ditindak lanjuti oleh peraturan pelaksana sehingga tidak ada kejelasan mengenai prosedur dan penerapan hukuman administrasi negaranya.

4. Banyaknya dibentuk lembaga-lembaga peradilan khusus akan tetapi wewenang didalamnya ada yang meliputi penyelesaian sengketa administrasi sehingga menjadi overlap dengan wewenang pengadilan administrasi negara (PTUN), seperti: penyelesaian sengketa perburuhan yang berkaitan dengan keputusan depnakertrans, sengketa HAKI yang bersifat administratif, sengketa pajak, dll.

Permasalahan-permasalahan ini muncul, menurut penulis disebabkan karena tidak adanya harmonisasi dan sinkronisasi peraturan perundang-undangan yang ada. Seharusnya sebelum membuat undang-undang para pembentuk undang-undang (DPR dan Pemerintah) membahas dengan cermat dan seksama serta mengikut sertakan para pakar hukum (terutama pakar hukum administrasi negara), apabila perlu disosialisasikan kepada publik (masyarakat/akademisi/LSM) sebelum disahkan untuk menghindari tumpang tindihnya materi muatan antara undang-undang satu dengan lainnya.

Adanya keterbatasan hukum formil peradilan administrasi negara (PTUN), tidak berarti pula bahwa para penegak hukum harus mengabaikan atau meremehkan kesadaran-hukum mereka sendiri. Hal ini pun berdasarkan suatu teori yang mengira dapat hidup tanpa perasaan-hukum (*rechtsgevoel*) tiap-tiap individu terutama penegak hukum, tak mungkin akan mampu memberi tafsiran yang tepat tentang hukum, dan apabila teori serupa itu diterapkan dalam bidang peradilan yang bebas, sering akan menyebabkan diambilnya keputusan-keputusan yang tidak adil, juga bertentangan dengan tujuan hukum, sebab tujuan hukum adalah pada dasarnya menegakkan keadilan.

Untuk merealisasikan keadilan dalam penegakan hukum administrasi negara, yaitu apabila hakim pengadilan administrasi negara (PTUN) tidak dapat menemukan peraturan dalam undang-undang, maka ia harus mengambil keputusan berdasarkan hukum tidak tertulis yang dalam hukum administrasi negara dikenal dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Asas-asas ini menurut penulis bisa ditemukan dalam Pancasila, UUD 1945, dan kebiasaan dalam pemerintahan (konvensi).

Adanya perlindungan hukum bagi masyarakat terhadap perbuatan hukum publik pejabat administrasi yang melanggar hukum dikaitkan dengan keberadaan pengadilan administrasi negara (PTUN) sebagai lembaga penegak hukum dan keadilan, menurut hemat penulis keadaan seperti ini sebagai wujud dari suatu pemerintahan yang baik dan berwibawa. Penyelenggaraan pemerintahan yang baik secara teoritis dikenal dengan apa yang disebut *good governance*. Konsep *good governance* mengacu pada pengelolaan sistem pemerintahan yang menempatkan transparansi, kontrol, dan *accountability* yang dijadikan sebagai nilai-nilai yang sentral. Dalam implementasi *good governance* ini hukum harus menjadi dasar, acuan, dan rambu-rambu bagi penerapan konsep tersebut. Artinya, perlu suatu upaya bagaimana *rule of law* itu sendiri di dalam menentukan suatu *good governance*.

Makna *good* dalam *good governance* disini menurut Sjahrudin Rasul⁴⁹ mengandung dua pengertian; *pertama*, nilai-nilai yang menjunjung tinggi keinginan/kehendak rakyat dan nilai-nilai yang dapat meningkatkan kemampuan

⁴⁹ Rasul, Sjahrudin. *Penerapan Good Governance di Indonesia dalam Upaya Pencegahan Tindak Pidana Korupsi*. Mimbar Hukum, Vol 21 No. 3. 2009, hlm. 121.

rakyat dalam pencapaian tujuan (nasional) kemandirian, pembangunan berkelanjutan dan keadilan sosial; *kedua*, aspek-aspek fungsional dari pemerintahan yang efektif dan efisien dalam pelaksanaan tugasnya untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut. Selain itupun beliau memaknai *governance* sebagai institusi yang terdiri dari tiga *domain*, yaitu *state* (negara atau pemerintahan), *private sector* (sektor swasta atau dunia usaha), dan *society* (masyarakat). Dengan demikian ketiga *domain* ini dalam upaya mewujudkan *good governance* saling berinteraksi dan terkoordinasi serta dapat menjalankan peran dan fungsinya masing-masing dengan baik.

Beranjak dari ketiga *domain* tersebut, sektor negara atau pemerintah dalam arti luas merupakan sektor yang sangat kuat, lain dengan sektor swasta dan masyarakat yang posisinya lebih lemah karena segala kebijakan ditentukan oleh sektor negara tersebut. Oleh karena itu, sektor swasta dan masyarakat ini mendapat perlindungan hukum dari pengadilan administrasi negara (PTUN) apabila ada perbuatan hukum publik dari pejabat administrasi yang merugikan hak-haknya. Perlindungan hukum ini disebutkan dalam Pasal 53 ayat (1) Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 yang menyatakan bahwa :

“ Orang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu keputusan tata usaha negara dapat mengajukan gugatan tertulis kepada pengadilan yang berwenang yang berisi agar keputusan tata usaha negara yang disengketakan itu dinyatakan batal atau tidak sah, dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan/ atau direhabilitasi.”

Berdasarkan ketentuan tersebut, terlihat adanya unsur penegakan hukum dan perlindungan hukum bagi rakyat Indonesia dalam undang-undang peradilan administrasi negara (PTUN) ini. Hal ini sesuai dengan prinsip ke-4 dan ke-5 dari

lima prinsip *good governance*, sedangkan prinsip akuntabilitas, transparansi dan keterbukaan juga merupakan unsur penting dalam hal penyelenggaraan pemerintahan.

Menurut Sjahrudin Rasul,⁵⁰ akuntabilitas merupakan suatu perwujudan kewajiban untuk mempertanggungjawabkan keberhasilan atau kegagalan pelaksanaan misi organisasi dalam mencapai tujuan-tujuan yang telah ditetapkan. Dalam pemerintahan, akuntabilitas merupakan perwujudan kewajiban dari suatu instansi pemerintah untuk mempertanggungjawabkan keberhasilan atau kegagalan pelaksanaan misinya. Berdasarkan hal tersebut menurut penulis, pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugasnya pun dimintai pertanggungjawabannya ketika melakukan perbuatan hukum publik, terlebih apabila perbuatannya itu melanggar hukum. Pertanggungjawaban ini secara hukum dapat diajukan ke pengadilan administrasi negara (PTUN) sebagai lembaga hukum yang melaksanakan fungsi *judicial control*.

Adapun unsur transparansi dan keterbukaan dalam konsep *good governance* merupakan dua hal yang tidak terpisahkan. Transparansi dan keterbukaan perbuatan hukum publik oleh badan atau pejabat administrasi negara merupakan bentuk perlindungan hukum bagi rakyat. Dikatakan demikian, karena dalam hal badan atau pejabat administrasi negara membuat suatu kebijakan atau keputusan administrasi negara maka rakyat yang mempunyai kepentingan atas kebijakan atau keputusan tersebut harus mengetahui secara transparan atau terbuka. Misalnya dalam perekrutan pegawai negeri sipil atau penerimaan mahasiswa ke

⁵⁰ *Ibid*, hlm. 122

perguruan tinggi negeri harus dibuat dalam suatu keputusan administrasi yang sifatnya transparan dan terbuka bagi publik untuk mengetahui proses dan hasil perekrutan tersebut. Hal ini pun nantinya ada suatu pertanggung jawaban secara hukum, bila ada pihak yang merasa dirugikan atas keputusan administrasi negara tentang hasil penerimaan tadi.

F. Negara Hukum dan Kepastian Hukum

Dalam rangka perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka dalam Perubahan Keempat pada tahun 2002, konsepsi Negara Hukum atau "*Rechtsstaat*" yang sebelumnya hanya tercantum dalam Penjelasan UUD 1945, dirumuskan dengan tegas dalam Pasal 1 ayat (3) yang menyatakan, "Negara Indonesia adalah Negara Hukum." Dalam konsep Negara Hukum itu, diidealkan bahwa yang harus dijadikan panglima dalam dinamika kehidupan kenegaraan adalah hukum, bukan politik ataupun ekonomi. Karena itu, jargon yang biasa digunakan dalam bahasa Inggris untuk menyebut prinsip Negara Hukum adalah '*the rule of law, not of man*'. Yang disebut pemerintahan pada pokoknya adalah hukum sebagai sistem, bukan orang per orang yang hanya bertindak sebagai 'wayang' dari skenario sistem yang mengaturnya.

Gagasan Negara Hukum itu dibangun dengan mengembangkan perangkat hukum itu sendiri sebagai suatu sistem yang fungsional dan berkeadilan, dikembangkan dengan menata supra struktur dan infra struktur kelembagaan politik, ekonomi dan sosial yang tertib dan teratur, serta dibina dengan membangun budaya dan kesadaran hukum yang rasional dan impersonal dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Untuk itu, sistem hukum itu perlu dibangun (*law*

making) dan ditegakkan (*law enforcing*) sebagaimana mestinya, dimulai dengan konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi kedudukannya. Untuk menjamin tegaknya konstitusi itu sebagai hukum dasar yang berkedudukan tertinggi (*the supreme law of the land*), dibentuk pula sebuah Mahkamah Konstitusi yang berfungsi sebagai '*the guardian*' dan sekaligus '*the ultimate interpreter of the constitution*'.

Gagasan, cita, atau ide Negara Hukum, selain terkait dengan konsep '*rechtsstaat*' dan '*the rule of law*', juga berkaitan dengan konsep '*nomocracy*' yang berasal dari perkataan '*nomos*' dan '*cratos*'. Perkataan nomokrasi itu dapat dibandingkan dengan '*demos*' dan '*cratos*' atau '*kratien*' dalam demokrasi. '*Nomos*' berarti norma, sedangkan '*cratos*' adalah kekuasaan. Yang dibayangkan sebagai faktor penentu dalam penyelenggaraan kekuasaan adalah norma atau hukum. Karena itu, istilah nomokrasi itu berkaitan erat dengan ide kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi. Dalam istilah Inggris yang dikembangkan oleh A.V. Dicey, hal itu dapat dikaitkan dengan prinsip "*rule of law*" yang berkembang di Amerika Serikat menjadi jargon "*the Rule of Law, and not of Man*". Yang sesungguhnya dianggap sebagai pemimpin adalah hukum itu sendiri, bukan orang. Dalam buku Plato berjudul "*Nomoi*" yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris dengan judul "*The Laws*"⁵¹, jelas tergambar bagaimana ide nomokrasi itu sesungguhnya telah sejak lama dikembangkan dari zaman Yunani Kuno.

⁵¹ Lihat Plato: *The Laws*, Penguin Classics, edisi tahun 1986. Diterjemahkan dan diberi kata pengantar oleh Trevor J. Saunders.

Utrecht membedakan antara Negara Hukum Formil atau Negara Hukum Klasik, dan Negara Hukum Materiel atau Negara Hukum Modern.⁵² Negara Hukum Formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Sedangkan yang kedua, yaitu Negara Hukum Materiel yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan di dalamnya. Karena itu, Wolfgang Friedman dalam bukunya *'Law in a Changing Society'* membedakan antara *'rule of law'* dalam arti formil yaitu dalam arti *'organized public power'*, dan *'rule of law'* dalam arti materiel yaitu *'the rule of just law'*.

Pembedaan ini dimaksudkan untuk menegaskan bahwa dalam konsepsi negara hukum itu, keadilan tidak serta-merta akan terwujud secara substantif, terutama karena pengertian orang mengenai hukum itu sendiri dapat dipengaruhi oleh aliran pengertian hukum formil dan dapat pula dipengaruhi oleh aliran pikiran hukum materiel. Jika hukum dipahami secara kaku dan sempit dalam arti peraturan perundang-undangan semata, niscaya pengertian negara hukum yang dikembangkan juga bersifat sempit dan terbatas serta belum tentu menjamin keadilan substantive. Karena itu, di samping istilah *'the rule of law'* oleh Friedman juga dikembangkan istilah *'the rule of just law'* untuk memastikan bahwa dalam pengertian kita tentang *'the rule of law'* tercakup pengertian keadilan yang lebih esensial daripada sekedar memfungsikan peraturan perundang-undangan dalam arti sempit. Kalaupun istilah yang digunakan tetap *'the rule of law'*, pengertian yang bersifat luas itulah yang diharapkan dicakup

⁵² Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Ichtiar, Jakarta, 1962, hlm. 9.

dalam istilah *'the rule of law'* yang digunakan untuk menyebut konsepsi tentang Negara Hukum di zaman sekarang.

Menurut Arief Sidharta,⁵³ Scheltema, merumuskan pandangannya tentang unsur-unsur dan asas-asas Negara Hukum itu secara baru, yaitu meliputi 5 (lima) hal sebagai berikut:

1. Pengakuan, penghormatan, dan perlindungan Hak Asasi Manusia yang berakar dalam penghormatan atas martabat manusia (*human dignity*).
2. Berlakunya asas kepastian hukum. Negara Hukum untuk bertujuan menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian hukum dan prediktabilitas yang tinggi, sehingga dinamika kehidupan bersama dalam masyarakat bersifat *'predictable'*. Asas-asas yang terkandung dalam atau terkait dengan asas kepastian hukum itu adalah:
 - a. Asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum;
 - b. Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat peraturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan;
 - c. Asas non-retroaktif perundang-undangan, sebelum mengikat undang-undang harus lebih dulu diundangkan dan diumumkan secara layak;
 - d. Asas peradilan bebas, independent, imparial, dan objektif, rasional, adil dan manusiawi;
 - e. Asas non-liquet, hakim tidak boleh menolak perkara karena alasan undang-undangnya tidak ada atau tidak jelas;
 - f. Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang atau UUD.
3. Berlakunya Persamaan (*Similia Similius* atau *Equality before the Law*) Dalam Negara Hukum, Pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang atau kelompok orang tertentu, atau memdiskriminasikan orang atau kelompok orang tertentu. Di dalam prinsip ini, terkandung (a) adanya jaminan persamaan bagi semua orang di hadapan hukum dan pemerintahan, dan (b) tersedianya mekanisme untuk menuntut perlakuan yang sama bagi semua warga Negara.
4. Asas demokrasi dimana setiap orang mempunyai hak dan kesempatan yang sama untuk turut serta dalam pemerintahan atau untuk mempengaruhi tindakan-tindakan pemerintahan. Untuk itu asas demokrasi itu diwujudkan melalui beberapa prinsip, yaitu:
 - a. Adanya mekanisme pemilihan pejabat-pejabat publik tertentu yang bersifat langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil yang diselenggarakan secara berkala;

⁵³ B. Arief Sidharta, "Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum", dalam Jentera (Jurnal Hukum), "Rule of Law", Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Jakarta, edisi 3 Tahun II, November 2004, hlm.124-125.

- b. Pemerintah bertanggungjawab dan dapat dimintai pertanggungjawaban oleh badan perwakilan rakyat;
 - c. Semua warga Negara memiliki kemungkinan dan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan politik dan mengontrol pemerintah;
 - d. Semua tindakan pemerintahan terbuka bagi kritik dan kajian rasional oleh semua pihak;
 - e. Kebebasan berpendapat/berkeyakinan dan menyatakan pendapat;
 - f. Kebebasan pers dan lalu lintas informasi;
 - g. Rancangan undang-undang harus dipublikasikan untuk memungkinkan partisipasi rakyat secara efektif.
5. Pemerintah dan Pejabat mengemban amanat sebagai pelayan masyarakat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan tujuan bernegara yang bersangkutan. Dalam asas ini terkandung hal-hal sebagai berikut:
- a. Asas-asas umum pemerintahan yang layak;
 - b. Syarat-syarat fundamental bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan perundang-undangan, khususnya dalam konstitusi;
 - c. Pemerintah harus secara rasional menata tiap tindakannya, memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (*doelmatig*). Artinya, pemerintahan itu harus diselenggarakan secara efektif dan efisien.

Muhammad Tahir Azhary,⁵⁴ dengan mengambil inspirasi dari sistem hukum Islam, mengajukan pandangan bahwa ciri-ciri nomokrasi atau Negara Hukum yang baik itu mengandung 9 (sembilan) prinsip, yaitu:

1. Prinsip kekuasaan sebagai amanah;
2. Prinsip musyawarah;
3. Prinsip keadilan;
4. Prinsip persamaan;
5. Prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia;
6. Prinsip peradilan yang bebas;
7. Prinsip perdamaian;
8. Prinsip kesejahteraan;
9. Prinsip ketaatan rakyat.

Brian Tamanaha, seperti dikutip oleh Marjanne Termoshuizen-Artz dalam Jurnal Hukum Jentera,⁵⁵ membagi konsep ‘*rule of law*’ dalam dua kategori, “*formal and*

⁵⁴ 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, hlm. 64.

substantive". Setiap kategori, yaitu "*rule of law*" dalam arti formal dan "*rule of law*" dalam arti substantif, masing-masing mempunyai tiga bentuk, sehingga konsep Negara Hukum atau "*Rule of Law*" itu sendiri menurutnya mempunyai 6 bentuk sebagai berikut:

1. *Rule by Law* (bukan *rule of law*), dimana hukum hanya difungsikan sebagai "*instrument of government action*". Hukum hanya dipahami dan difungsikan sebagai alat kekuasaan belaka, tetapi derajat kepastian dan prediktabilitasnya sangat tinggi, serta sangat disukai oleh para penguasa sendiri, baik yang menguasai modal maupun yang menguasai proses-proses pengambilan keputusan politik.
2. *Formal Legality*, yang mencakup ciri-ciri yang bersifat (i) prinsip prospektivitas (*rule written in advance*) dan tidak boleh bersifat retroaktif, (ii) bersifat umum dalam arti berlaku untuk semua orang, (iii) jelas (*clear*), (iv) public, dan (v) relative stabil. Artinya, dalam bentuk yang '*formal legality*' itu, diidealkan bahwa prediktabilitas hukum sangat diutamakan.
3. *Democracy and Legality*. Demokrasi yang dinamis diimbangi oleh hukum yang menjamin kepastian. Tetapi, menurut Brian Tamanaha, sebagai "*a procedural mode of legitimation*" demokrasi juga mengandung keterbatasan-keterbatasan yang serupa dengan "*formal legality*".⁵⁵ Seperti dalam "*formal legality*", rezim demokrasi juga dapat menghasilkan hukum yang buruk dan tidak adil. Karena itu, dalam suatu sistem demokrasi yang berdasar atas hukum dalam arti formal atau *rule of law* dalam arti formal sekali pun, tetap dapat juga timbul ketidakpastian hukum. Jika nilai kepastian dan prediktabilitas itulah yang diutamakan, maka praktek demokrasi itu dapat saja dianggap menjadi lebih buruk daripada rezim otoriter yang lebih menjamin stabilitas dan kepastian.
4. "*Substantive Views*" yang menjamin "*Individual Rights*".
5. *Rights of Dignity and/or Justice*
6. *Social Welfare, substantive equality, welfare, preservation of community*.

⁵⁵ Brian Tamanaha (Cambridge University Press, 2004), lihat Marjanne Termoshuizen-Artz, "*The Concept of Rule of Law*", Jurnal Hukum Jentera, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK) Jakarta, edisi 3-Tahun II, November 2004, hlm. 83-92.

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 86.