

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Negara Hukum

1. Sekilas Tentang Negara Hukum

Negara hukum pada dasarnya terutama bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum bagi rakyat. Oleh karenanya menurut Philips M Hadjon bahwa perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindak pemerintahan dilandasi oleh dua prinsip; prinsip hak asasi manusia dan prinsip negara hukum. Pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikatakan sebagai tujuan daripada negara hukum. Sebaliknya dalam negara totaliter tidak ada tempat bagi hak asasi manusia¹.

Gagasan negara hukum tersebut masih bersifat samar-samar dan tenggelam dalam waktu yang sangat panjang, kemudian kembali secara lebih eksplisit pada abad ke-19, yaitu dengan munculnya konsep *Rechtsstaat* dari Freidrich Julius Stahl, yang diilhami oleh pemikiran Immanuel Kant. Menurut Stahl, unsur-unsur negara hukum (*Rechtsstaat*) adalah sebagai berikut :

- a. Perlindungan hak-hak asasi manusia;
- b. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu;
- c. Pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan; dan
- d. Peradilan administrasi dalam perselisihan².

1 Philips M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, (Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987), hlm. 71.

2 Ridwan HR, *Hukum Administrasi Indonesia*, cet. 7, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2011), hlm.2.

Negara hukum adalah negara yang berdasarkan atas hukum (*Rechtsstaat*), tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*), dan pemerintahannya berdasarkan atas sistem konstitusi (hukum dasar), dan tidak bersifat absolutisme (kekuasaan tak terbatas). Adapun ciri – ciri negara hukum :

- a. Adanya Undang Undang Dasar atau Konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dan rakyat;
- b. Adanya pembagian kekuasaan negara;
- c. Diakui dan dilindungi hak – hak kebebasan rakyat.

Dari ciri – ciri diatas menunjukkan bahwa ide pokok negara hukum adalah pengakuan terhadap hak asasi manusia yang bertumpu atas prinsip kebebasan dan persamaan. Adanya Undang-Undang Dasar akan memberikan jaminan konstutional terhadap asas kebebasan dan persamaan. Paham negara hukum tidak dapat dipisahkan dari paham kerakyatan, sebab pada akhirnya, hukum yang mengatur dan membatasi kekuasaan negara atau pemerintah diartikan sebagai hukum yang dibuat atas dasar kekuasaan atau kedaulatan rakyat³.

2. Tujuan Hukum

Di dalam ilmu hukum disebutkan bahwa tujuan hukum adalah menciptakan ketertiban dan keadilan. Dalam membahas masalah tujuan hukum, banyak pendapat dikemukakan oleh para sarjana. Namun demikian secara umum dapat dikemukakan bahwa tujuan hukum adalah sesuatu yang ingin dicapai oleh hukum. Menurut L.J. Van Apeldoorn, tujuan hukum adalah untuk mempertahankan ketertiban masyarakat.

³ https://www.academia.edu/8267109/Konsep_Negara_Hukum, diunduh 21 Desember 2015.

Dalam mempertahankan ketertiban tersebut hukum harus secara seimbang melindungi kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat⁴. Mengenai kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat ini, Roscoe Pond membedakan antara kepentingan pribadi, kepentingan publik, dan kepentingan sosial. Apabila pandangan Van Apeldoorn dikaitkan dengan pandangan Roscoe Pond tersebut, berarti dalam mempertahankan ketertiban masyarakat, hukum harus mampu menyeimbangkan kepentingan-kepentingan pribadi, publik, dan sosial. Pengaturan yang didalamnya terdapat keseimbangan antara kepentingan-kepentingan tersebut oleh Van Apeldoorn dikatakan sebagai pengaturan yang adil.

Keadilan menurut Ulpianus adalah *Justitia est perpetua et constans voluntas jus suum cuique tribuendi* yang kalau diterjemahkan secara bebas keadilan adalah suatu keinginan yang terus menerus dan tetap untuk memberikan kepada orang apa yang menjadi haknya. Ini berarti keadilan bahwa keadilan harus senantiasa mempertimbangkan kepentingan yang terlibat di dalamnya.

3. Konsep Negara Hukum

Dalam bernegara, umat manusia memang tidak mengenal adanya konsep Negara Ekonomi atau pun Negara Politik, yang ada adalah doktrin mengenai Negara Hukum. Konsep negara hukum sangat terkait dengan sistem hukum yang dianut oleh negara yang bersangkutan. Dalam literatur

4 T. Saiful Bahri, Hessel Nogi S. Tangkilisan dan Mira Subandini, *Hukum dan Kebijakan Publik*, (Michigan: Yayasan Pembaruan Administrasi Publik Indonesia, 2004), hlm. 15.

lama pada dasarnya sistem hukum di dunia ini dapat dibedakan dalam dua kelompok besar yaitu sistem hukum *Kontinental* dan sistem hukum *anglo-saxon*, sehingga kedua sistem hukum itu seolah-olah membelah dunia kita ini menjadi dua kubu⁵. Sedangkan tulisan-tulisan yang datang kemudian mengatakan selain kedua sistem tersebut terdapat juga sistem hukum lain seperti sistem hukum Islam, sistem hukum sosialis, dan lain-lain⁶.

Menurut Huda (2005:73-74), persamaan antara konsep *rechtsstaat* dengan konsep *rule of law*, yaitu: pada dasarnya kedua konsep itu mengarahkan dirinya pada satu sasaran yang utama, yakni pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Sedangkan perbedaan antara konsep *rechtsstaat* dengan konsep *rule of law*, yaitu:

- a. Konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, sebaliknya konsep *rule of law* berkembang secara evolusioner;
- b. Konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem hukum kontinental yang disebut *civil law*, sedangkan konsep *rule of law* bertumpu atas sistem hukum yang disebut *common law*. Karakteristik *civil law* adalah administratif, sedangkan karakteristik *common law* adalah *judicial*.

Menurut Mahfud MD (dalam Imamuddin, 2011), perbedaan konsepsi antara *rechtsstaat* dengan *rule of law* sebenarnya lebih terletak pada operasionalisasi atas substansi yang sama yaitu perlindungan atas hak-hak asasi manusia.

Menurut Kamar (2008), perbedaan yang menonjol antara konsep *rechtsstaat* dan *rule of law* ialah pada konsep *rechtsstaat* peradilan

⁵ Bagir Manan, *Dasar-dasar Perundang-undangan Indonesia*, (Jakarta: Ind-Hill-co, 1992), hlm. 5.

⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1986), hlm. 307-308.

administrasi negara merupakan suatu sarana yang sangat penting dan sekaligus pula ciri yang menonjol pada *rechtsstaat* itu sendiri. Sebaliknya pada *rule of law*, peradilan administrasi tidak diterapkan, karena kepercayaan masyarakat yang demikian besar kepada peradilan umum. Ciri yang menonjol pada konsep *rule of law* ialah ditegakkannya hukum yang adil dan tepat (*just law*).

Prinsip pokok negara hukum menurut Jimly Asshiddiqie adalah sebagai berikut :

1. Supremasi Hukum (*supremacy of law*)

Adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum (*supremacy of law*), pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya, bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum yang tertinggi. Pengakuan normatif mengenai supremasi hukum adalah pengakuan yang tercermin dalam perumusan hukum dan/atau konstitusi, sedangkan pengakuan empirik adalah pengakuan yang tercermin dalam perilaku sebagian terbesar masyarakatnya bahwa hukum itu memang *supreme*.

2. Persamaan dalam Hukum (*equality before the law*)

Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empirik. Dalam rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan

diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan *affirmative actions* guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju. Kelompok masyarakat tertentu yang dapat diberikan perlakuan khusus melalui *affirmative actions* yang tidak termasuk pengertian diskriminasi itu misalnya adalah kelompok masyarakat suku terasing atau kelompok masyarakat hukum adapt tertentu yang kondisinya terbelakang. Sedangkan kelompok warga masyarakat tertentu yang dapat diberi perlakuan khusus yang bukan bersifat diskriminatif, misalnya, adalah kaum wanita ataupun anak-anak terlantar.

3. Asas legalitas

Dalam setiap Negara Hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan. Dengan demikian, setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau *rules and procedures (regels)*. Prinsip normatif demikian nampaknya seperti sangat

kaku dan dapat menyebabkan birokrasi menjadi lamban. Oleh karena itu, untuk menjamin ruang gerak bagi para pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugasnya, maka sebagai pengimbang, diakui pula adanya prinsip *Freies Ermessen* yang memungkinkan para pejabat administrasi negara mengembangkan dan menetapkan sendiri *beleid-regels* atau *policy rules* yang berlaku internal secara bebas dan mandiri dalam rangka menjalankan tugas jabatan yang dibebankan oleh peraturan yang sah.

4. Pembatasan kekuasaan

Adanya pembatasan kekuasaan Negara dan organ-organ Negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. Sesuai dengan hukum besi kekuasaan, setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang, seperti dikemukakan oleh Lord Acton: "*Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*". Oleh karena itu, kekuasaan selalu harus dibatasi dengan cara memisahkan kekuasaan ke dalam cabang-cabang yang bersifat *checks and balances* dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain. Pembatasan kekuasaan juga dilakukan dengan membagi-bagi kekuasaan ke dalam beberapa organ yang tersusun secara vertikal. Dengan begitu, kekuasaan tidak tersentralisasi dan

terkonsentrasi dalam satu organ atau satu tangan yang memungkinkan terjadinya kesewenang-wenangan⁷.

B. Konsep Negara Kesejahteraan (*Welfare State*)

Negara kesejahteraan atau *Welfare State* merupakan salah satu objek studi kesejahteraan sosial. Konsep negara kesejahteraan mulai dipopulerkan di Inggris dalam tahun 1940-an. Tetapi konsep negara kesejahteraan ini bukanlah merupakan konsep yang jelas dan mempunyai arti yang sama bagi semua orang. Konsep ini membawa pengertian yang berbeda bagi orang yang berbeda. Konsep negara ini muncul sebagai reaksi atas kegagalan konsep *legal state* atau negara penjaga malam. Dalam konsepsi *legal state* terdapat prinsip *staatsonthouding* atau pembatasan peranan negara dan pemerintah dalam bidang politik yang bertumpu pada dalil “*The least government is the best government*”, dan terdapat prinsip “*laissez faire, laissez aller*” dalam bidang ekonomi yang melarang negara dan pemerintah mencampuri kehidupan ekonomi masyarakat (*staatsbemoeyenis*). Pendeknya, “*The state should intervene as little as possible in people’s lives and businesses*”⁸.

Menurut E. Utrech, sejak negara turut serta secara aktif dalam pergaulan kemasyarakatan, maka lapangan pekerjaan pemerintah makin lama makin luas. Administrasi negara disertai kewajiban untuk

7 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, ed. 2, cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 127.

8 Ridwan HR, *Hukum Administrasi Indonesia*, cet. 7, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2011), hlm. 14.

menyelenggarakan kesejahteraan umum (*bestuurszorg*)⁹. Diberinya tugas “*bestuurszorg*” itu membawa bagi administrasi negara suatu konsekuensi yang khusus, agar dapat menjalankan tugas menyelenggarakan kesejahteraan rakyat, menyelenggarakan pengajaran bagi semua warga negara, dan sebagainya secara baik, maka administrasi negara memerlukan kemerdekaan untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri, terutama dalam penyelesaian soal-soal genting yang timbul dengan sekonyong-konyong dan yang peraturan penyelenggaraannya belum ada, yaitu belum dibuat oleh badan-badan kenegaraan yang disertai fungsi legislatif¹⁰. Selanjutnya Titmuss menyarankan satu kriteria untuk definisi negara kesejahteraan, yaitu suatu masyarakat yang secara terbuka menerima tanggung jawab kebijakan untuk mendidik dan melatih warga negaranya sendiri untuk memenuhi kebutuhannya akan tenaga dokter, perawat, pekerja sosial, ilmuwan, insyiner dan lain-lain.

Ada tiga pandangan tentang negara kesejahteraan ini (dalam Midgley). Mengingat masih digunakannya istilah *welfare state* dikalangan kesejahteraan sosial dan kebijakan sosial, maka perlu dikemukakan pendapat beberapa ahli yang membuat penggolongan atas usaha-usaha kesejahteraan sosial yang dilaksanakan oleh negara berdasarkan kriteria

9 E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1998), hlm. 28-29.

10 *Ibid.*, hlm. 30-31.

mereka masing-masing, yang mempunyai implikasi pada konsep negara kesejahteraan¹¹.

C. Pemerintah Daerah

1. Pengertian Pemerintahan Daerah

Perubahan ke 4 (empat) UUD 1945 menyatakan jelas mengenai bentuk dan susunan pemerintahan daerah dalam kerangka Negara Republik Indonesia. Pasal 18 ayat (1) berbunyi “Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah propinsi dan daerah propinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap propinsi, kabupaten dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah yang diatur Undang-Undang”¹². Sedangkan Pasal 18 ayat (5) UUD 1945 menyebutkan bahwa “pemerintah daerah merupakan daerah otonom yang dapat menjalankan urusan pemerintahan dengan seluas-luasnya serta mendapat hak untuk mengatur kewenangan pemerintahan kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan pemerintahan pusat”¹³.

Definisi Pemerintahan Daerah di dalam UU No. 23 Tahun 2014 tentang pemerintahan daerah pasal 1 ayat (2), adalah sebagai berikut “Pemerintahan Daerah adalah penyelenggaraan urusan pemerintahan oleh pemerintahan daerah dan DPRD menurut asas otonomi dan tugas pembantuan dengan prinsip otonomi yang seluas-luasnya dalam sistem

11 https://www.academia.edu/8834367/BAB_IX_TEORI-TEORI_KESEJATERAAN_NEGARA, diunduh 21 Desember 2015.

12 Indonesia, UUD 1945, Ps. 18 ayat (1).

13 *Ibid*, Ps. 18 ayat (5).

dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945¹⁴.

Melihat definisi pemerintahan daerah seperti yang telah dikemukakan diatas, maka yang dimaksud pemerintahan daerah disini adalah penyelenggaraan daerah otonom oleh pemerintah daerah dan DPRD menurut asas desentralisasi dimana unsur penyelenggara pemerintah daerah adalah Gubernur, Bupati atau Walikota dan perangkat daerah.

2. Asas Pemerintahan Daerah

Dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan, khususnya pemerintahan daerah, sangat bertalian erat dengan beberapa asas dalam pemerintahan suatu negara, yakni sebagai berikut:

a. Asas sentralisasi

Asas sentralisasi adalah sistem pemerintahan dimana segala kekuasaan dipusatkan di pemerintah pusat.

b. Asas desentralisasi

Asas desentralisasi adalah penyerahan wewenang pemerintahan oleh pemerintah kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus urusan dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia.

c. Asas dekonsentrasi

Asas dekonsentrasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan oleh pemerintah kepada gubernur sebagai wakil pemerintah kepada instansi vertikal wilayah tertentu.

d. Asas tugas pembantuan

Asas tugas pembantuan adalah penugasan dari pemerintah kepada daerah dan/atau desa, dari pemerintah provinsi kepada

¹⁴ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pemerintahan Daerah*, UU No.23 tahun 2014, Ps.1 ayat (2).

pemerintah kabupaten/kota dan/atau desa, serta dari pemerintah kabupaten/kota kepada desa untuk tugas tertentu¹⁵.

Asas desentralisasi dalam pemerintahan daerah di Indonesia dapat ditanggapi sebagai hubungan hukum keperdataan, dimana terdapat penyerahan sebagian hak dari pemilik hak kepada penerima sebagai hak, dengan obyek tertentu. Pemilik hak pemerintahan adalah di tangan pemerintah, dan hak pemerintahan tersebut diberikan kepada pemerintah daerah dengan obyek hak berupa kewenangan pemerintah dalam bentuk untuk mengatur urusan pemerintahan dengan tetap dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Ditinjau dari sudut penyelenggaraan pemerintahan, desentralisasi antara lain bertujuan meringankan beban pekerjaan Pemerintah Pusat. Dengan desentralisasi tugas dan pekerjaan dialihkan kepada Daerah. Pemerintah Pusat dengan demikian dapat memusatkan perhatian pada hal-hal yang bersangkutan dengan kepentingan nasional atau Negara secara keseluruhan.

Tujuan utama yang ingin dicapai melalui kebijaksanaan desentralisasi yaitu:

- a. Tujuan Politik, yaitu tujuan yang akan memosisikan Pemerintah Daerah sebagai medium pendidikan politik bagi masyarakat di tingkat lokal dan secara *agregat* akan berkontribusi pada pendidikan politik secara nasional untuk mencapai terwujudnya *civil society*;
- b. Tujuan Administratif, yaitu tujuan yang akan memosisikan Pemerintah Daerah sebagai unit pemerintahan di tingkat lokal

¹⁵ Ni'Matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: PT.RajaGrafindo Persada, 2012), hlm. 329-336.

yang berfungsi untuk menyediakan pelayanan masyarakat secara efektif, efisien, dan ekonomis yang dalam hal ini terkait dalam pelayanan publik¹⁶.

Berdasarkan hal-hal tersebut diatas, tampak bahwa tujuan yang akan diwujudkan dengan dianutnya konsep desentralisasi adalah agar tidak terjadi penumpukan kekuasaan (*concentration of power*) pada satu pihak saja, yakni Pemerintah Pusat. Dan dengan desentralisasi diharapkan terjadi distribusi kekuasaan (*distribution of power*) maupun transfer kekuasaan (*transfer of power*) dan terciptanya pelayanan masyarakat (*public services*) yang efektif, efisien dan ekonomis serta terwujudnya pemerintahan yang demokratis (*democratic government*) sebagai model pemerintahan modern serta menghindari lahirnya pemerintahan sentralistik yang sebenarnya sudah tidak populer. Pemerintahan sentralistik menjadi tidak populer karena tidak mampu memahami dan menterjemahkan secara cepat dan tepat nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang di daerah, serta kurangnya pemahaman terhadap sentiment lokal. Salah satu alasan karena warga masyarakat merasa lebih aman dan tentram dengan badan pemerintah lokal yang lebih mengetahui keinginan, aspirasi dan kepentingan masyarakat daerah, serta lebih baik secara fisik dan juga secara psikologis¹⁷.

Kebijakan otonomi dan desentralisasi kewenangan ini dinilai sangat penting, terutama untuk menjamin agar proses integrasi nasional

16 *Ibid*, hlm. 331-332.

17 <http://dianchocho.blogspot.co.id/2013/04/pengertian-fungsi-dan-asas-pemerintahan.html>, diunduh 21 Desember 2015.

dapat dipelihara dengan sebaik-baiknya. Karena dalam sistem yang berlaku sebelumnya sangat dirasakan oleh daerah-daerah besarnya jurang ketidakadilan struktural yang tercipta dalam hubungan antara pusat dan daerah-daerah¹⁸. Kebijakan desentralisasi yang dijalankan di Indonesia sesuai dengan UU No. 23 Tahun 2014 tidak lagi merujuk pada istilah tingkatan karena hubungan provinsi dan daerah kita bersifat *coordinate* dan *independent*. Distribusi fungsi diberikan pada provinsi atau pada tingkatan pertama dalam pembagian dan kabupaten/kota setara dengan tingkatan kedua. Selain itu, UU No. 23 Tahun 2014 juga mengatur distribusi fungsi pada pemerintahan desa yang setara dengan tingkatan ketiga. Namun dalam hal pelaksanaannya, distribusi fungsi pada pemerintahan desa dijalankan dibawah subordinasi dan bergantung pada daerah kabupaten atau kota.

Sistem otonomi daerah yang memberikan sebagian wewenang yang tadinya harus diputuskan pada pemerintah pusat kini dapat di putuskan di tingkat pemerintah daerah. Kelebihan sistem ini adalah sebagian besar keputusan dan kebijakan yang berada di daerah dapat diputuskan di daerah tanpa adanya campur tangan dari pemerintahan di pusat. Namun kekurangan dari sistem desentralisasi pada otonomi khusus untuk daerah adalah euforia yang berlebihan di mana wewenang tersebut hanya mementingkan kepentingan golongan dan kelompok serta digunakan untuk mengeruk keuntungan pribadi atau oknum. Hal tersebut terjadi karena sulit

18 Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit*, hlm. 226.

untuk dikontrol oleh pemerintah di tingkat pusat. Dalam kultur masyarakat kita yang paternalistik, kebijakan desentralisasi dan otonomi daerah itu tidak akan berhasil apabila tidak dibarengi dengan upaya sadar untuk membangun keprakarsaan dan kemandirian daerah sendiri¹⁹.

Pemberian otonomi daerah sebagai perwujudan dari desentralisasi pada hakekatnya memberikan kewenangan kepada daerah untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat (UU No. 23 Tahun 2014). Desentralisasi diselenggarakan untuk mewakili kepentingan nasional. Desentralisasi diselenggarakan untuk mewakili kepentingan masyarakat setempat (lokal). Sehingga pemerintah daerah dalam hal ini harus tetap berpegang pada koridor bahwa pembangunan daerah yang ada harus dilakukan dari, untuk dan oleh pelaku-pelaku pembangunan daerah yang bersangkutan²⁰.

3. Kewenangan Pemerintah Daerah

Berdasarkan ketentuan Pasal 9 ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 tahun 2014 klasifikasi urusan pemerintahan terdiri dari 3 urusan yakni urusan pemerintahan absolut, urusan pemerintahan konkuren, dan urusan pemerintahan umum²¹. Urusan pemerintahan absolut adalah Urusan Pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan Pemerintah Pusat. Urusan pemerintahan konkuren adalah Urusan Pemerintahan yang dibagi antara Pemerintah Pusat dan Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota.

¹⁹ *Ibid*, hlm. 227.

²⁰ <http://repository.usu.ac.id/bitstream/123456789/22818/4/Chapter%20II.pdf>, diunduh 24 Desember 2015.

²¹ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pemerintahan Daerah*, UU No.23 tahun 2014, Ps.19 ayat (1).

Urusan pemerintahan umum adalah Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Presiden sebagai kepala pemerintahan²².

Berikut menggambarkan pembagian urusan pemerintahan.

Gambar 2.1 (pembagian urusan)



Untuk urusan konkuren atau urusan pemerintahan yang dibagi antara Pemerintah Pusat dan Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota dibagi menjadi urusan pemerintahan wajib dan urusan pemerintahan pilihan. Urusan Pemerintahan Wajib adalah Urusan Pemerintahan yang wajib diselenggarakan oleh semua Daerah. Sedangkan Urusan Pemerintahan Pilihan adalah Urusan Pemerintahan yang wajib

²² <http://pemerintah.net/pembagian-urusan-pemerintahan-daerah-uu-no-232014/>. Diunduh 22 Februari 2016.

diselenggarakan oleh Daerah sesuai dengan potensi yang dimiliki Daerah²³.

Urusan pemerintah wajib yang diselenggarakan oleh pemerintah daerah terbagi menjadi Urusan Pemerintahan yang berkaitan dengan Pelayanan Dasar dan Urusan Pemerintahan yang tidak berkaitan dengan Pelayanan Dasar. Berikut pembagian urusan wajib²⁴.

Gambar 2.2 (urusan wajib)



Pembagian urusan pemerintahan konkuren antara Pemerintah Pusat dan Daerah provinsi serta Daerah kabupaten/kota sebagaimana disebutkan diatas didasarkan pada prinsip akuntabilitas, efisiensi, dan eksternalitas, serta

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

kepentingan strategis nasional. Berikut kriteria-kriteria urusan pemerintahan pusat, daerah provinsi dan daerah kabupaten/kota²⁵.

D. Instrumen Pemerintahan

1. Pengertian Instrumen Pemerintahan

Instrumen pemerintahan yang dimaksud adalah yang dimaksudkan dalam hal ini adalah alat-alat atau sarana-sarana yang digunakan oleh pemerintahan dalam melaksanakan tugas-tugasnya. Dalam menjalankan tugas-tugas pemerintahan, pemerintahan atau administrasi negara melakukan berbagai tindakan hukum dengan menggunakan sarana atau instrumen seperti alat tulis menulis, sarana transportasi dan komunikasi, gedung-gedung perkantoran dan lain-lain yang masuk dalam *public domain* atau milik publik. Pemerintah juga menggunakan berbagai instrumen yuridis dalam menjalankan kegiatan mengatur dan menjalankan urusan pemerintahan dan kemasyarakatan, seperti peraturan perundang-undangan, keputusan-keputusan, peraturan-kebijaksanaan, perizinan, instrumen hukum keperdataan, dan sebagainya²⁶.

Sebelum menguraikan macam-macam instrumen hukum yang digunakan oleh pemerintah dalam menjalankan tindakan pemerintahan, terlebih dahulu perlu disampaikan mengenai struktur norma dalam hukum administrasi negara, yang dapat dijadikan sebagai alat bantu dalam memahami instrumen hukum pemerintahan²⁷. Norma hukum yang terdapat dalam hukum perdata atau pidana dapat ditemukan dengan mudah

²⁵ *Ibid.*.

²⁶ Ridwan HR, *Op.Cit*, hlm.125.

²⁷ *Ibid*, hlm. 125-126.

dalam pasal tertentu, misalnya ketentuan tentang apa itu pembunuhan atau perjanjian. Sementara itu, untuk menemukan norma dalam hukum administrasi harus dicari dalam semua peraturan perundangan-perundangan terkait sejak tingkat yang paling tinggi dan bersifat umum-abstrak sampai yang paling rendah yang bersifat individual-konkret. Menurut Indroharto, dalam suasana hukum tata usaha negara itu kita menghadapi bertingkat-tingkatnya norma-norma hukum yang harus diterapkan tidak begitu saja kita temukan dalam undang-undang, tetapi dalam kombinasi peraturan-peraturan dan keputusan-keputusan tata usaha negara yang satu dan lainnya saling berkaitan. Untuk mengetahui kualifikasi sifat keumuman (*algemeenheid*) dan kekongkretan (*concreted*) norma hukum administrasi, perlu diperhatikan mengenai objek yang dikenai norma hukum (*adressaat*) dan bentuk normanya. Dengan kata lain, kepada siapa norma hukum itu ditujukan, apakah untuk umum, atau untuk orang tertentu.²⁸

H. D van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan bahwa hukum material mengatur perbuatan manusia. Peraturan, norma didalam hukum administrasi negara memiliki struktur yang berbeda dibandingkan dengan struktur norma hukum perdata dan pidana.²⁹

Macam-macam sifat norma hukum :

- 1) Norma umum abstrak misalnya undang – undang;
- 2) Norma individual konkret misalnya keputusan tata usaha negara;
- 3) Norma umum konkret misalnya rambu – rambu lalu lintas;

²⁸ Ridwan HR, *Op.Cit*, hlm. 126-127.

²⁹ *Ibid*, hlm. 126.

- 4) Norma individual abstrak misalnya izin gangguan.³⁰

2. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Peraturan merupakan hukum yang *in abstracto* atau *general norm* yang sifatnya mengikat umum (berlaku umum) dan tugasnya adalah mengatur hal-hal yang bersifat umum (general)³¹. Secara teoritis, istilah “perundang-undangan” (*legislation, wetgeving* atau *gesetzgebung*) mempunyai dua pengertian sebagai berikut :

- 1) Perundang-undangan merupakan proses pembentukan/proses membentuk peraturan Negara, baik ditingkat pusat maupun ditingkat pusat maupun daerah;
- 2) Perundang-undangan adalah segala peraturan Negara, yang merupakan hasil pembentukan peraturan-peraturan, baik ditingkat pusat maupun daerah³².

Peraturan perundang-undangan memiliki ciri-ciri sebagai berikut :

- 1) Peraturan perundang-undangan bersifat umum dan komprehensif, yang dengan demikian merupakan kebalikan dari sifat-sifat yang khusus dan terbatas;
- 2) Peraturan perundang-undangan bersifat universal, ia diciptakan untuk menghadapi peristiwa-peristiwa yang akan datang yang belum jelas dan kongkretnya. Oleh karena itu, ia tidak dapat dirumuskan untuk mengatasi peristiwa-peristiwa tertentu saja.;
- 3) Ia memiliki kekuatan untuk mengoreksi dan memperbaiki dirinya sendiri. Pencantuman klausul yang memuat kemungkinan dilakukannya peninjauan kembali³³.

Berdasarkan kualifikasi norma hukum di atas, peraturan perundang-undangan itu bersifat umum-abstrak :

1. Waktu (tidak hanya berlaku pada saat tertentu);

30 Philipus M Hadjon, *Op.Cit.* hlm.125.

31 Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm. 129.

32 Maria Farida Indrati Soepranto, *Ilmu Perundang-undangan*, (Yogyakarta: Kanisius, 1998), hlm.3.

33 Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hlm. 83-84.

2. Tempat (tidak hanya berlaku pada tempat tertentu);
3. Orang (tidak hanya berlaku pada orang tertentu);
4. Fakta hukum (tidak hanya ditujukan pada fakta hukum tertentu, tetapi untuk berbagai fakta hukum yang dapat berulang-berulang, dengan kata lain untuk perbuatan yang berulang-ulang)³⁴.

Dalam Negara kesejahteraan, tugas pemerintah tidak hanya terbatas untuk melaksanakan undang-undang yang telah dibuat oleh lembaga legislatif. Dalam perspektif *welfare state*, pemerintah dibebani kewajiban untuk menyelenggarakan kepentingan umum (*bestuurszorg*) atau mengupayakan kesejahteraan sosial, yang dalam menyelenggarakan kewajiban itu pemerintah diberi kewenangan untuk campur tangan (*staatsbemoeyenis*) dalam kehidupan masyarakat, dalam batas-batas yang diperkenankan oleh hukum. Bersamaan dengan kewenangan untuk campur tangan tersebut, pemerintah juga diberi kewenangan untuk membuat dan menggunakan peraturan perundang-undangan. Dengan kata lain, pemerintah memiliki kewenangan dalam bidang legislasi³⁵.

Kewenangan legislasi bagi pemerintah atau administrasi negara itu ada yang bersifat mandiri dan ada yang bersifat tidak mandiri (*kolegial*). Kewenangan legislasi yang tidak mandiri, dalam arti kuat bersama-sama pihak lain, berwujud undang-undang atau peraturan daerah. Secara formal, semua produk hukum yang dibuat secara kolegial oleh pemerintah bersama-sama dengan DPR/DPRD disebut undang-undang atau peraturan

34 Ridwan HR, *Op.Cit*, hlm. 131-132.

35 *Ibid.*, hlm. 133.

daerah. Undang-undang dan peraturan daerah yang dibuat bersama-sama oleh pemerintah/pemerintah daerah dengan DPR/DPRD ini dikenal dengan istilah undang-undang dalam arti formal (*wet in formele zin*)³⁶.

Kewenangan legislasi bagi pemerintahan atau administrasi negara yang bersifat mandiri, dalam arti hanya dibentuk oleh pemerintah tanpa keterlibatan DPR, berwujud keputusan-keputusan (*besluiten van algemeen strekking*), yang merupakan atau tergolong sebagai peraturan perundang-undangan (*algemeen veerbinde voorschriften*).³⁷

3. KEPUTUSAN TATA USAHA NEGARA (KTUN)

a. Pengertian Keputusan Tata Usaha Negara

Keputusan tata usaha Negara pertama kali diperkenalkan oleh seorang sarjana Jerman, Otto Meyer, dengan istilah *verwaltungsact*, yang diperkenalkan di Belanda oleh van Vollenhoven dan C.W.van der poot dengan nama *beschikking* van Vollenhoven dan C.W.van der poot. Di Indonesia istilah *beschiking* diperkenalkan pertama kali oleh WF. Prins. Ada yang menerjemahkan istilah *beschikking* ini dengan “ketetapan”, seperti E. Utrecht, Bagir Manan, Sjahrhan Basah, Indroharto, dan lain-lain, dan dengan “keputusan” seperti WF. Prins, Philipus M. Hadjon, SF. Marbun, dan lain-lain. Djenal Hoesen dan Muchsan mengatakan bahwa penggunaan istilah keputusan barang kali akan lebih tepat untuk menghindari kesimpangsiuran pengertian dengan istilah ketetapan.

³⁶ *Ibid.*, hlm. 138.

³⁷ *Ibid.*

Menurutnya, di Indonesia istilah ketetapan sudah memiliki pengertian teknis yuridis, yaitu sebagai ketetapan MPR yang berlaku ke luar dan ke dalam³⁸.

- a) *Beschikking* adalah keputusan tertulis dari administrasi negara yang mempunyai akibat hukum;
- b) *Beschikking* adalah perbuatan hukum publik bersegi satu (yang dilakukan oleh alat-alat pemerintahan berdasarkan suatu kekuasaan istimewa);
- c) *Beschikking* adalah suatu tindakan hukum yang bersifat sepihak dalam bidang pemerintahan yang dilakukan oleh suatu badan pemerintah berdasarkan wewenang yang luar biasa³⁹.

b. Unsur - Unsur Keputusan

Berdasarkan definisi ini tampak ada enam unsur keputusan, yaitu sebagai berikut:

- a) Suatu pernyataan kehendak tertulis;
- b) Diberikan berdasarkan kewajiban atau kewenangan dari Hukum Tata Negara atau Hukum Administrasi;
- c) Bersifat sepihak;
- d) Dengan mengecualikan keputusan yang bersifat umum;
- e) Yang dimaksudkan untuk penentuan, penghapusan, atau menciptakan hubungan hukum yang sudah ada, atau menciptakan hukum baru, yang memuat penolakan sehingga terjadi penetapan, perubahan, penghapusan, atau penciptaan;
- f) Berasal dari organ pemerintahan⁴⁰.

KTUN (keputusan tata usaha negara) memiliki unsur-unsur antara lain:

³⁸ *Ibid.*, hlm. 139-140.

³⁹ *Ibid.*, hlm. 143.

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 144-145.

a) Pernyataan Kehendak Sepihak Secara Tertulis

Hubungan hukum publik berbeda halnya dengan hubungan hukum dalam bidang perdata yang selalu bersifat dua pihak (*tweezijdige*) atau lebih karena dalam hukum perdata di samping ada kesamaan kedudukan juga ada asas otonomi yang berupa kebebasan pihak yang bersangkutan untuk mengadakan hubungan hukum atau tidak serta menentukan apa isi hubungan hukum itu.

Sebagai wujud dari pernyataan kehendak sepihak, pembuatan dan penerbitan ketetapan hanya berasal dari pihak pemerintah, tidak tergantung kepada pihak lain⁴¹.

Menurut Soehardjo, keputusan TUN adalah keputusan sepihak dari organ pemerintah. Ini tidak berarti bahwa pihak kepada siapa keputusan itu ditujukan sebelumnya sama sekali tidak mengetahui akan adanya keputusan itu. Dengan kata lain, inisiatif sepenuhnya ada pada pihak pemerintah. Pernyataan kehendak sepihak dituangkan dalam bentuk tertulis ini muncul dalam dua kemungkinan, yaitu pertama di tujukan ke dalam (*naar binen gericht*), dan kedua, ditujukan ke luar (*naar buiten gericht*). Pembagian ini lalu dikenal dua jenis keputusan, yaitu keputusan intern (*interne beschikking*) dan keputusan ekstern (*externe beschikking*)⁴².

41 *Ibid.*, hlm. 145-146.

42 *Ibid.*, hlm. 146-147.

Persyaratan tertulis di haruskan untuk kemudahan segi pembuktian. Oleh karena itu, sebuah memo atau nota dapat memenuhi syarat tertulis tersebut dan akan merupakan keputusan badan atau pejabat tata usaha negara menurut undang-undang ini apabila sudah jelas :

- 1) Badan atau pejabat TUN yang mengeluarkannya;
- 2) Maksud serta mengenai hal apa isi tulisan itu;
- 3) Kepada siapa tulisan itu ditujukan dan apa yang ditetapkan didalamnya;
- 4) Dikeluarkan oleh Pemerintah⁴³.

Keputusan yang dimaksudkan disini adalah keputusan yang dikeluarkan oleh pemerintah selaku administrasi negara. Keputusan yang dikeluarkan oleh organ-organ kenegaraan tidak termasuk dalam pengertian *beschikking* berdasarkan hukum administrasi. Berdasarkan Pasal 1 angka 1 UU no. 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, tata usaha negara adalah administrasi yang melaksanakan fungsi untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan baik di pusat maupun di daerah. Dalam penjelasannya disebutkan bahwa yang dimaksud dengan “urusan pemerintahan” ialah kegiatan yang bersifat eksekutif. Dalam kepustakaan disebut bahwa “kata pemerintah diartikan sama dengan kekuasaan eksekutif, artinya pemerintah merupakan bagian

⁴³ *Ibid.*, hlm. 147-148.

dari organ dan fungsi pemerintah, selain organ dan fungsi pembuatan undang-undang peradilan”⁴⁴.

b) Bersifat Konkret, Individual, dan Final

KTUN bersifat individual artinya *niet algemeen, gerekend naar de geadresseerde van de beslissing* (tidak untuk umum, tertentu berdasarkan apa yang dituju oleh keputusan itu), dan konkret berarti *niet algemeen (niet abstract) naar object, eventueel beperkt naar plaats of tijd* (tidak bersifat umum {tidak abstrak} objeknya, yang mungkin terbatas waktu atau tempatnya). Berdasarkan Pasal 1 angka 3 UU No. 5 tahun 1986, sebagaimana disebutkan di atas, keputusan memiliki sifat konkret, individual, dan final. Dalam penjelasannya disebutkan bahwa konkret berarti objek yang diputuskan dalam KTUN itu tidak abstrak, tetapi berwujud, tertentu atau dapat ditentukan⁴⁵.

c) Menimbulkan Akibat Hukum

Secara teoritis, tindakan hukum berarti “*de handelingen die naar hun aard gericht op een bepaald rechtsgevolg*”, (tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya dapat menimbulkan akibat hukum tertentu), atau “*Een rechtshandeling is gericht op het scheppen van rechten of plichten*”, (tindakan hukum adalah tindakan yang dimaksudkan untuk menciptakan hak dan kewajiban). Dengan demikian, tindakan hukum pemerintahan

⁴⁴ *Ibid.*, hlm. 150-151.

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 153.

merupakan tindakan hukum yang dilakukan oleh organ pemerintahan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum tertentu khususnya di bidang pemerintahan atau administrasi negara⁴⁶.

d) Seseorang atau Badan Hukum Perdata

Dalam lalu lintas pergaulan hukum (*rechtsverkeer*) khususnya dalam bidang keperdataan, dikenal istilah subjek hukum yaitu “*de dragger van de rechten en plichten*” atau pendukung hak-hak dan kewajiban-kewajiban. Subjek hukum ini terdiri dari manusia (*natuurlijke person*) dan badan hukum (*rechtspersoon*). Kualifikasi untuk menentukan subjek hukum adalah mampu (*bekwaam*) atau tidak mampu (*onbekwaam*) untuk mendukung atau memikul hak dan kewajiban hukum. Badan hukum keperdataan dalam keadaan dan alasan tertentu dapat dikualifikasi sebagai jabatan pemerintahan khususnya ketika sedang menjalankan salah satu fungsi pemerintahan, dengan syarat-syarat tertentu⁴⁷.

c. Macam - Macam Keputusan

Secara teoritis, dalam hukum administrasi, dikenal ada beberapa macam dan sifat keputusan, yaitu sebagai berikut.

1) Keputusan Deklaratoir dan Keputusan Konstitutif

Keputusan *deklaratoir* adalah Keputusan yang tidak mengubah hak dan kewajiban yang telah ada, tetapi sekadar

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 154.

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 156.

menyatakan hak dan kewajiban tersebut (*rechtsvaststellende beschikking*)⁴⁸.

2) Keputusan yang Menguntungkan dan yang Memberi Beban

Keputusan bersifat menguntungkan (*begunstigende beschikking*) artinya keputusan itu memberikan hak-hak atau memberikan kemungkinan untuk memperoleh sesuatu yang tanpa adanya ketetapan itu tidak akan ada atau bila ketetapan itu memberikan keringanan beban yang ada atau mungkin ada⁴⁹.

3) Keputusan *Eenmalig* dan keputusan yang Permanen

Keputusan *eenmalig* adalah keputusan yang hanya berlaku sekali atau keputusan sepintas lalu, yang dalam istilah lain disebut keputusan yang bersifat kilat (*vluchtige beschikking*) seperti IMB atau izin untuk mengadakan rapat umum, sedangkan keputusan permanen adalah keputusan yang memiliki masa berlaku yang relatif lama⁵⁰.

4) Keputusan yang Bebas dan Keputusan yang Terikat

Keputusan yang bersifat bebas adalah keputusan yang didasarkan pada kewenangan bebas (*vrije bevoegdheid*) atau kebebasan bertindak yang dimiliki oleh pejabat tata usaha negara baik dalam bentuk kebebasan maupun kebebasan interpretasi, sementara itu, keputusan yang terikat adalah keputusan yang

⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 157.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 158.

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 159.

didasarkan pada kewenangan pemerintahan yang bersifat mengikat (*geboden bevoegheid*)⁵¹.

5) Keputusan Positif dan Keputusan Negatif

Keputusan positif adalah keputusan yang menimbulkan hak dan kewajiban bagi yang dikenai keputusan, sedangkan keputusan negatif adalah keputusan yang tidak menimbulkan perubahan keadaan hukum yang telah ada⁵².

6) Keputusan Perorangan dan Kebendaan

Keputusan perorangan (*persoonlijk beschikking*) adalah keputusan yang diterbitkan berdasarkan kualitas pribadi orang tertentu atau keputusan yang berkaitan dengan orang, seperti keputusan tentang pengangkatan atau pemberhentian seseorang sebagai pegawai negeri atau sebagai pejabat negara⁵³.

4. PERIZINAN (*vergunningen*)

a. Pengertian

Dispensasi adalah keputusan administrasi negara yang membebaskan suatu perbuatan dari kekuasaan peraturan yang menolak perbuatan tersebut⁵⁴, WF prince mengatakan bahwa dispensasi adalah tindakan pemerintahan yang menyebabkan suatu peraturan perundang-

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 160.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, hlm. 161.

⁵⁴ E. Utrecht, *Op.Cit.*, hlm. 186.

undangan menjadi tidak berlaku bagi sesuatu hal yang istimewa⁵⁵. Lisensi adalah suatu izin yang memberikan hak untuk menyelenggarakan suatu perusahaan, lisensi digunakan untuk menyatakan suatu izin yang memperkenankan seseorang untuk menjalankan suatu perusahaan dengan izin khusus atau istimewa, sedangkan *konsesi* merupakan suatu izin berhubungan dengan pekerjaan yang besar dimana kepentingan umum terlibat erat sekali sehingga sebenarnya pekerjaan itu menjadi tugas dari pemerintah, tetapi oleh pemerintah diberikan hak penyelenggaraannya kepada *konsesionario* (pemegang izin) yang bukan pejabat pemerintah⁵⁶.

Izin menurut Sjahrin Basah adalah perbuatan hukum administrasi negara bersegi satu yang mengaplikasikan peraturan dalam hal konkrit berdasarkan persyaratan dan prosedur sebagaimana ditetapkan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan⁵⁷.

b. Unsur – Unsur Perizinan

1. Instrumen Yuridis

Izin merupakan instrumen yuridis dalam bentuk keputusan yang bersifat konstitutif dan yang digunakan oleh pemerintah untuk menghadapi atau menetapkan peristiwa konkret sebagai keputusan.

55 WF. Prins dan R. Kosim Adisapoetra, *Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: Eresco, 1983), hlm. 72.

56 Ridwan HR, *Op.Cit*, hlm. 197.

57 Sjahrin Basah, "Pencabutan Izin Salah Satu Sanksi Hukum Administrasi", (Makalah pada Penataran Hukum Administrasi dan Hukum Lingkungan di Fakultas Hukum Unair, Surabaya, 1995), hlm. 3.

Izin itu dibuat dengan ketentuan dan persyaratan yang berlaku bagi keputusan pada umumnya⁵⁸.

2. Peraturan Perundang – Undangan

Pembuatan dan penerbitan ketetapan izin merupakan tindakan hukum pemerintahan, sebagai tindakan hukum maka harus ada wewenang yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan atau harus berdasarkan pada asas legalitas, tanpa dasar wewenang, tindakan hukum itu menjadi tidak sah, oleh karena itu dalam hal membuat dan menerbitkan izin haruslah didasarkan pada wewenang yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku, karena tanpa adanya dasar wewenang tersebut keputusan izin tersebut menjadi tidak sah⁵⁹.

3. Organ Pemerintah

Organ pemerintah adalah organ yang menjalankan urusan pemerintah baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah. Menurut Sjahrhan Basah dari badan tertinggi sampai dengan badan terendah berwenang memberikan izin⁶⁰.

4. Peristiwa Konkret

Izin merupakan instrumen yuridis yang berbentuk ketetapan yang digunakan oleh pemerintah dalam menghadapi peristiwa kongkret dan individual, peristiwa kongkret artinya peristiwa yang

58 Ridwan HR, *Op.Cit*, hlm. 202.

59 *Ibid*. hlm. 203.

60 Sjahrhan Basah, “Sistem Perizinan Sebagai Instrumen Pengendali Lingkungan”, (Makalah pada Seminar Hukum Lingkungan, diselenggarakan oleh KLH bekerja sama dengan Lagal Mandate Compliance and Enforcement Program dari BAPEDAL, Jakarta, 1-2 Mei 1996), hlm. 3.

terjadi pada waktu tertentu, orang tertentu, tempat tertentu dan fakta hukum tertentu⁶¹.

5. Prosedur dan Persyaratan

Pada umumnya permohonan izin harus menempuh prosedur tertentu yang ditentukan oleh pemerintah, selaku pemberi izin, selain itu pemohon juga harus memenuhi persyaratan-persyaratan tertentu yang ditentukan secara sepihak oleh pemerintah atau pemberi izin.

Prosedur dan persyaratan perizinan itu berbeda-beda tergantung jenis izin, tujuan izin, dan instansi pemberi izin⁶². Menurut Soehino, syarat-syarat dalam izin itu bersifat konstitutif dan kondisional, konstitutif, karena ditentukan suatu perbuatan atau tingkah laku tertentu yang harus (terlebih dahulu) dipenuhi, kondisional karena penilaian tersebut baru ada dan dapat dilihat serta dapat dinilai setelah perbuatan atau tingkah laku yang disyaratkan itu terjadi⁶³.

c. Fungsi dan Tujuan Perizinan

Selaku instrumen pemerintah izin berfungsi selaku ujung tombak instrumen hukum sebagai pengarah, perekayasa, dan perancang masyarakat adil dan makmur itu dijelmakan⁶⁴. Mengenai tujuan perizinan secara umum adalah sebagai berikut :

- a. Keinginan mengarahkan (mengendalikan *sturen*) aktivitas-aktivitas tertentu (misalnya izin bangunan);

61 Ridwan HR, *Op.Cit*, hlm. 206.

62 *Ibid*, hlm. 207.

63 Soehino, *Asas-asas Hukum Tata Pemerintahan*, (Yogyakarta: Liberty, 1984), hlm. 97.

64 Ridwan HR, *Op.Cit*, hlm. 208.

- b. Izin mencegah bahaya bagi lingkungan (izin-izin lingkungan);
- c. Keinginan melindungi objek-objek tertentu (izin terbang, izin membongkar pada monumen-monumen);
- d. Izin hendak membagi benda-benda yang sedikit (izin penghuni di daerah padat penduduk);
- e. Izin memberikan pengarahannya, dengan menyeleksi orang-orang dan aktivitas-aktivitas (izin berdasarkan “*drank en horecawet*” dimana pengurus harus memenuhi syarat-syarat tertentu)⁶⁵.

d. Bentuk dan Isi Izin

Sesuai dengan sifatnya, yang merupakan bagian dari keputusan, izin selalu dibuat dalam bentuk tertulis, sebagai keputusan tertulis, secara umum izin memuat hal-hal sebagai berikut⁶⁶ :

1) Organ yang berwenang

Dalam izin dinyatakan siapa yang memberikannya, biasanya dari kepala surat dan penandatanganan izin akan nyata organ mana yang memberikan izin⁶⁷.

2) Yang dialamatkan

Izin ditujukan pada pihak yang berkepentingan, biasanya izin lahir setelah yang berkepentingan mengajukan permohonan untuk itu, oleh karena itu keputusan yang memuat izin akan dialamatkan pula kepada pihak yang memohon izin⁶⁸.

3) *Dictum*

⁶⁵ *Ibid.* hlm. 209.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.* hlm. 210.

Keputusan yang memuat izin demi alasan kepastian hukum, harus memuat uraian sejelas mungkin untuk apa izin itu diberikan. Bagian keputusan ini, dimana akibat-akibat hukum yang ditimbulkan oleh keputusan dinamakan *dictum*, yang merupakan inti dari keputusan, memuat hak-hak dan kewajiban yang dituju oleh keputusan itu⁶⁹.

4) Ketentuan-ketentuan, pembatasan - pembatsan dan syarat-syarat

Ketentuan ialah kewajiban-kewajiban yang dapat dikaitkan pada keputusan yang menguntungkan. Pembatasan-pembatasan dalam izin memberi, memungkinkan untuk secara praktis melingkari lebih lanjut tindakan yang dibolehkan, pembatasan ini merujuk batas-batas dalam waktu, tempat dan cara lain. Juga terdapat syarat, dengan menetapkan syarat akibat-akibat hukum tertentu digantungkan pada timbulnya suatu peristiwa dikemudian hari yang belum pasti, dapat dimuat syarat penghapusan dan syarat penangguhan⁷⁰.

5) Pemberi alasan

Pemberian alasan dapat memuat hal-hal seperti penyebutan ketentuan UU, pertimbangan-pertimbangan hukum, dan penetapan fakta⁷¹.

6) Pemberitahuan - pemberitahuan tambahan

69 *Ibid.*

70 *Ibid.* hlm. 211.

71 *Ibid.* hlm. 212.

Pemberitahuan tambahan dapat berisi bahwa kepada yang dialamatkan ditunjukkan akibat-akibat dari pelanggaran ketentuan dalam izin, seperti sanksi-sanksi yang mungkin diberikan pada ketidakpatuhan. Mungkin saja juga merupakan petunjuk-petunjuk bagaimana sebaiknya bertidak dalam mengajukan permohonan-permohonan berikutnya atau informasi umum dari organ pemerintahan yang berhubungan dengan kebijaksanaannya sekarang atau dikemudian hari.⁷²

E. Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB)

Asas-asas umum pemerintahan adalah asas yang menjunjung tinggi norma kesesuaian, kepatutan dan aturan hukum. Asas-asas umum pemerintahan yang baik juga dapat dipahami sebagai asas-asas umum yang dijadikan sebagai dasar dan tata cara dalam penyelenggaraan pemerintahan yang layak, yang dengan cara demikian penyelenggaraan pemerintahan menjadi baik, sopan, adil, terhormat, bebas dari kezaliman, pelanggaran, peraturan, tindakan penyalahgunaan wewenang dan tindakan sewenang-wenang. Menurut Philipus M. Hadjon, asas-asas umum pemerintahan yang baik harus dipandang sebagai norma-norma hukum tidak tertulis, yang senantiasa harus ditaati oleh pemerintah, meskipun arti yang tepat dari asas-asas umum pemerintah yang baik bagi tiap keadaan tersendiri tidak selalu dapat dijabarkan dengan teliti.⁷³

Asas-asas ini tertuang pada UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas KKN. Dengan diundangkannya

⁷² *Ibid.*

⁷³ Ridwan H.R, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: UII Press, 2002), hlm. 186.

UU No. 28 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas KKN, Asas-asas umum pemerintahan yang baik di Indonesia diidentifikasi dalam Pasal 3 dirumuskan sebagai Asas umum Perpenyelenggaraan Negara, yaitu:

1. Asas Kepastian Hukum;
2. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara;
3. Asas Kepentingan Umum;
4. Asas Keterbukaan;
5. Asas Proporsionalitas;
6. Asas Profesionalitas;
7. Asas Akuntabilitas⁷⁴.

Asas Kepastian Hukum adalah asas dalam rangka negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara adalah asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara⁷⁵.

Asas Kepentingan Umum adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif dan selektif. Asas Keterbukaan adalah asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara⁷⁶.

Asas Proporsionalitas adalah asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara. Asas Profesionalitas adalah asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan

⁷⁴ Indonesia, *Undang-Undang tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme*, UU No.28 tahun 1999, Ps. 3.

⁷⁵ Ridwan HR, *Op.Cit*, hlm. 241.

⁷⁶ *Ibid.*

peraturan perundang-undangan yang berlaku. Asas Akuntabilitas adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku⁷⁷.

Sedangkan menurut Koentjoro Purbopranoto dan SF. Marbun, macam-macam asas-asas umum pemerintahan yang baik meliputi:

1. Asas kepastian hukum;
2. Asas keseimbangan;
3. Asas kesamaan dalam mengambil keputusan;
4. Asas bertindak cepat;
5. Asas motivasi untuk setiap keputusan;
6. Asas tidak mencampuradukkan kewenangan;
7. Asas pengaturan yang layak;
8. Asas keadilan dan kewajaran;
9. Asas kepercayaan dan menanggapi pengharapan yang wajar;
10. Asas meniadakan akibat suatu keputusan yang batal;
11. Asas perlindungan atas pandangan atau cara hidup pribadi ;
12. Asas kebijaksanaan;
13. Asas penyelenggaraan kepentingan umum⁷⁸.

Pada dasarnya, tujuan pembentukan suatu peradilan administrasi dalam suatu negara, selalu terkait dengan falsafah negara yang dianutnya. Dalam suatu masyarakat yang individualistis yang dibangun atas falsafah liberalistis dan demokratis, tujuan pembentukan peradilan administrasi adalah untuk memberikan perlindungan hukum terhadap berbagai kepentingan yang bersifat individualistis.

Menurut Sjahran Basah, tujuan peradilan administrasi adalah untuk memberikan pengayoman hukum dan kepastian hukum, baik bagi rakyat maupun bagi

⁷⁷ *Ibid.* hlm. 242.

⁷⁸ Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, (Bandung: Alumni, 1975), hlm. 29-39.

administrasi negara dalam arti terjaganya keseimbangan kepentingan masyarakat dengan kepentingan individu dalam pelaksanaan tugas-tugasnya demi terwujudnya pemerintahan bersih dan berwibawa dalam kaitan negara hukum berdasarkan Pancasila⁷⁹. Tujuan peradilan administrasi dapat pula dirumuskan secara preventif untuk mencegah tindakan-tindakan administrasi negara yang melawan hukum dan merugikan, sedangkan secara represif ditujukan terhadap tindakan-tindakan administrasi yang melawan hukum dan merugikan rakyat perlu dan harus dijatuhi sanksi.

Gagasan tentang penyelenggaraan kekuasaan yang baik, dari aspek historis di bawah ini, terdapat dua pendekatan; personal dan sistem. Secara personal telah dimulai pada masa Plato. Menurutnya, penyelenggaraan kekuasaan yang ideal dilakukan secara paternalistik, yakni para penguasa yang bijaksana haruslah menempatkan diri selaku ayah yang baik lagi arif yang dalam tindakannya terhadap anak-anaknya terpadulah kasih dan ketegasan demi kebahagiaan anak-anak itu sendiri⁸⁰. Pada bagian lain, Plato mengusulkan agar negara menjadi baik, harus dipimpin oleh seorang filosof, karena filosof adalah manusia yang arif bijaksana, menghargai kesusilaan, dan berpengetahuan tinggi. Murid Plato, Aristoteles, berpendapat bahwa pemegang kekuasaan haruslah orang yang takluk pada hukum, dan harus senantiasa diwarnai oleh penghargaan dan penghormatan terhadap kebebasan, kedewasaan dan kesamaan derajat⁸¹. Hanya saja tidak mudah

79 Sjahran Basah, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1985), hlm. 154.

80 Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1993), hlm. 29.

81 Muchsan, *Beberapa catatan tentang Hukum Administrasi Negara dan Peradilan Administrasi di Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1981), hlm. 32.

mencari pemimpin dengan kualitas pribadi yang sempurna. Oleh karena itu, pendekatan sistem merupakan alternatif yang paling memungkinkan. Plato sendiri, di usia tuanya terpaksa merubah gagasannya yang semula mengidealkan pemerintah itu dijalankan oleh raja-filosof menjadi pemerintahan yang dikendalikan oleh hukum.

Penyelenggaraan negara yang baik, menurut Plato ialah yang didasarkan pada pengaturan hukum yang baik. Berdasarkan pendapat Plato ini, maka penyelenggaraan pemerintahan yang didasarkan pada hukum merupakan salah satu alternatif yang baik dalam penyelenggaraan negara. HAN dapat dijadikan instrumen untuk terselenggaranya pemerintahan yang baik. Penyelenggaraan pemerintahan lebih nyata dalam HAN, karena disini akan terlihat konkrit hubungan antara pemerintah dengan masyarakat, kualitas dari hubungan pemerintah dengan masyarakat inilah setidaknya dapat dijadikan ukuran apakah penyelenggaraan pemerintahan sudah baik atau belum. Di satu sisi HAN dapat dijadikan instrumen yuridis oleh pemerintah dalam rangka melakukan pengaturan, pelayanan, dan perlindungan bagi masyarakat, disisi lain HAN memuat aturan normatif tentang bagaimana pemerintahan dijalankan, atau sebagaimana dikatakan Sjachran Basah, bahwa salah satu inti hakikat HAN adalah untuk memungkinkan administrasi negara untuk menjalankan fungsinya, dan melindungi administrasi negara dari melakukan perbuatan yang salah menurut hukum⁸².

82 Sjachran Basah, *Op.Cit*, hlm. 109.

Sebagaimana dinyatakan dalam penjelasan Undang-undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bebas dan Bersih dari Korupsi Kolusi dan Nepotisme, bahwa Penyelenggara Negara mempunyai peran penting dalam mewujudkan cita-cita perjuangan bangsa. Hal ini secara tegas dinyatakan dalam Penjelasan Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan bahwa yang sangat penting dalam pemerintahan dan dalam hal hidupnya negara ialah semangat para Penyelenggara Negara dan Pemimpin Pemerintahan. Dalam waktu lebih dari 30 (tiga puluh) tahun, Penyelenggara Negara tidak dapat menjalankan tugas dan fungsinya secara optimal, sehingga penyelenggara negara tidak berjalan sebagaimana mestinya. Hal itu terjadi karena adanya pemusatan kekuasaan, wewenang, dan tanggung jawab pada Presiden/Mandataris Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia⁸³. Di samping itu, masyarakatpun belum sepenuhnya berperan serta dalam menjalankan fungsi kontrol sosial yang efektif terhadap penyelenggaraan negara.

Pemusatan kekuasaan, wewenang, dan tanggungjawab tersebut tidak hanya berdampak negatif di bidang politik, namun juga dibidang ekonomi dan moneter, antara lain terjadinya praktek penyelenggaraan negara yang lebih menguntungkan kelompok tertentu dan memberi peluang terhadap tumbuhnya korupsi, kolusi dan nepotisme⁸⁴. Tindak pidana korupsi, kolusi, dan nepotisme tersebut tidak hanya dilakukan oleh Penyelenggara Negara, antar-Penyelenggara Negara, melainkan juga Penyelenggara Negara dengan pihak lain seperti keluarga

83 Marbun, SF dan Moh.Mahfud, *Pokok-pokok HuumAdministrasi Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 1987), hlm. 83.

84 A.Hamid S. Atamimi, *Perbedaan Antara Peraturan Peundang-Undangan dan Peraturan Kebijakan*, (Jakarta: Makalah Pidato dies Natalis PTIK ke-46, 1992), hlm. 56.

kroni, dan para pengusaha, sehingga merusak sendi-sendi kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, serta membahayakan eksistensi negara.

F. Konsep Asas Kepastian Hukum dan Asas Kepentingan Umum

1. Asas Kepastian Hukum

Menurut Sudikno Mertokusumo kepastian hukum merupakan sebuah jaminan bahwa hukum tersebut harus dijalankan dengan cara yang baik. Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati.

Lon Fuller dalam bukunya *the Morality of Law* mengajukan 8 (delapan) asas yang harus dipenuhi oleh hukum, yang apabila tidak terpenuhi, maka hukum akan gagal untuk disebut sebagai hukum, atau dengan kata lain harus terdapat kepastian hukum. Kedelapan asas tersebut adalah sebagai berikut :

1. Suatu sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan, tidak berdasarkan putusan-putusan sesat untuk hal-hal tertentu;
2. Peraturan tersebut diumumkan kepada publik
3. Tidak berlaku surut, karena akan merusak integritas sistem;
4. Dibuat dalam rumusan yang dimengerti oleh umum;
5. Tidak boleh ada peraturan yang saling bertentangan;
6. Tidak boleh menuntut suatu tindakan yang melebihi apa yang bisa dilakukan;
7. Tidak boleh sering diubah-ubah;

8. Harus ada kesesuaian antara peraturan dan pelaksanaan sehari-hari.⁸⁵

Pendapat Lon Fuller di atas dapat dikatakan bahwa harus ada kepastian antara peraturan dan pelaksanaannya, dengan demikian sudah memasuki ranah aksi, perilaku, dan faktor-faktor yang mempengaruhi bagaimana hukum positif dijalankan.

Asas kepastian hukum memiliki dua aspek, yang satu lebih bersifat hukum material, yang lain bersifat formal. Aspek hukum material terkait erat dengan asas kepercayaan. Dalam banyak keadaan asas kepastian hukum menghalangi badan pemerintahan untuk menarik kembali suatu keputusan atau mengubahnya untuk kerugian yang berkepentingan. Dengan kata lain, asas ini menghendaki dihormatinya hak yang telah diperoleh seseorang berdasarkan suatu keputusan pemerintah, meskipun keputusan itu salah. Jadi demi kepastian hukum, setiap keputusan yang telah dikeluarkan oleh pemerintah tidak untuk dicabut kembali, sampai dibuktikan sebaliknya dalam proses peradilan⁸⁶.

Adapun aspek yang bersifat formal dari asas kepastian hukum membawa serta bahwa keputusan yang memberatkan dan ketentuan yang terkait pada keputusan-keputusan yang menguntungkan, harus disusun dengan kata-kata yang jelas. Asas kepastian hukum memberikan hak kepada yang berkepentingan untuk mengetahui dengan tepat apa yang dikehendaki daripadanya⁸⁷.

⁸⁵ <http://tesishukum.com/pengertian-asas-kepastian-hukum-menurut-para-ahli/>. Diunduh 20 Januari 2016

⁸⁶ Ridwan HR, *Op.Cit*, hlm. 245.

⁸⁷ *Ibid.* hlm. 246.

2. Asas Kepentingan Umum

Asas ini menghendaki agar pemerintah dalam melaksanakan tugasnya selalu mengutamakan kepentingan umum, yakni kepentingan yang mencakup semua aspek kehidupan orang banyak. Asas ini merupakan konsekuensi dianutnya konsepsi negara hukum modern (*welfare state*), yang menempatkan pemerintah selaku pihak yang bertanggung jawab untuk mewujudkan *bestuurszorg* (kesejahteraan umum) warga negaranya. Pada dasarnya pemerintah dalam menjalankan berbagai kegiatan harus berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku (asas legalitas), akan tetapi karena ada kelemahan dan kekurangan asas legalitas seperti tersebut diatas, pemerintah dapat bertindak atas dasar kebijaksanaan untuk menyelenggarakan kepentingan umum⁸⁸.

Penyelenggaraan kepentingan umum dapat berwujud hal-hal sebagai berikut :

- 1) Memelihara kepentingan umum yang khusus mengenai kepentingan negara.
Contohnya tugas pertahanan dan keamanan.
- 2) Memelihara kepentingan umum dalam arti kepentingan bersama dari warga negara yang tidak dapat dipelihara oleh warga negara sendiri. Contohnya persediaan sandang pangan, perumahan, kesejahteraan, dan lain-lain.
- 3) Memelihara kepentingan bersama yang tidak seluruhnya dapat dilakukan oleh para warga negara sendiri, dalam bentuk bantuan negara. Contohnya pendidikan dan pengajaran, kesehatan, dan lain-lain.

⁸⁸ *Ibid.* hlm. 263.

4) Memelihara kepentingan dari warga negara perseorangan yang tidak seluruhnya dapat diselenggarakan oleh warga negara sendiri, dalam bentuk bantuan negara. Adakalanya negara memelihara seluruh kepentingan perseorangan tersebut. Contohnya pemeliharaan fakir miskin, anak yatim, anak cacat, dan lain-lain.

5) Memelihara ketertiban, keamanan, dan kemakmuran setempat. Contohnya peraturan lalu lintas, pembangunan, perumahan, dan lain-lain⁸⁹.

⁸⁹ *Ibid.*