

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Konsep Hukum Tentang Negara

Negara sebagai subjek hukum mengalami berkembang sedemikian rupa mulai dari bentuknya yang paling sederhana sampai ke yang paling kompleks di zaman sekarang. Sebagai bentuk organisasi kehidupan bersama dalam masyarakat, negara selalu menjadi pusat perhatian dan objek kajian bersamaan dengan berkembangnya ilmu pengetahuan umat manusia. Banyak cabang ilmu pengetahuan yang menjadikan negara sebagai objek kajiannya. Misalnya, ilmu politik, ilmu negara, hukum administrasi negara, dan ilmu Administrasi Pemerintahan (*Public Administration*), semuanya menjadikan negara sebagai pusat perhatiannya. Namun demikian, apa sebenarnya yang diartikan orang sebagai negara tentulah tidak mudah untuk didefinisikan. Meskipun diakui merupakan istilah yang sulit didefinisikan, O. Hood Philips, Paul Jackson dan Patricia Leopold (2001: 4) mengartikan negara atau *state* sebagai:

“An independent political society occupying a defined territory, the members of which are united together for the purpose of resisting external force and the preservation of internal order” Selanjutnya Philips, Jackson, dan Leopold (2001: 4-5), memberikan pendapatnya demikian tentang Negara: *“No independent political society can be termed as state unless it professes to exercise both these functions; but no modern state of any importance contents itself with this narrow range of activity. As civilization becomes more complex, population increases and social conscience arises, the needs of the governed call for increased attention; taxes have to be levied to meet these needs, justice must be administered, commerce regulated, educational facilities and many other social services provided.*

Dengan demikian, tidaklah cukup dengan itu, selanjutnya ketiga sarjana Inggris tersebut, memberikan pendapatnya sebagaimana dalam buku yang sama (2001: 5),

“A fully developed modern state is expected to deal with a vast mass of social problems, either by direct activity or by supervision, or regulation. In order to carry out these function, the state must have agents or organs through which to operate. The appointment or establisehment of these agents or organs the general nature of their functions and powers, their relations inter and between them and the private citizen, form a large part of the constitution of a state”

Secara sederhana, oleh para sarjana sering diuraikan adanya empat unsur pokok dalam setiap negara, A. Appadorai (2005: 10) yaitu: (i) *a definite territory*; (ii) *population*; (iii) *a government*; dan (iv) *sovereingty*. Namun demikian, untuk menguraikan pengertian negara dalam tataran yang lebih filosofis, dapat pula merujuk kepada pendapat Hans Kelsen dalam bukunya *General theory of law and state*.

Kaitannya dengan konsep negara, Hans Kelsen (1961:188-191) menguraikan pandangannya bahwa, negara atau *state as juristic entity* dan *state as a politically organized society* atau *state as a power*. Elemen negara menurut Kelsen mencakup: (i) *The therritory of the state*, seperti mengenai pembentukan dan pembubaran negara, serta mengenai pengakuan atas negara dan pemerintahan; (ii) *Time elemen of the state*, yaitu waktu pembentukan negara yang bersangkutan; (iii) *the people of the state*, yaitu rakyat negara yang bersangkutan; (iv) *the competence of the state as the Material Spehere of Validity of the National Legal Order*, misalnya yang berkaitan dengan pengakuan Internasional; (v) *Conflict of Laws*, pertentangan antara tata hukum; (vi) *The so-called Fundamental Rightd*

and Duties of the States, soal jaminan hak dan kebebasan asasi manusia; dan (vii) *the power of the State*, aspek-aspek mengenai kekuasaan negara. Negara sebenarnya merupakan konstruksi yang diciptakan oleh umat manusia (*human creation*) tentang pola hubungan antara manusia dalam kehidupan bermasyarakat yang diorganisasikan sedemikian rupa untuk maksud memenuhi kepentingan dan mencapai tujuan bersama. Apabila perkumpulan orang bermasyarakat itu diorganisasikan untuk mencapai tujuan sebagai satu unit pemerintahan tertentu, maka perkumpulan itu dapat dikatakan diorganisasikan secara politik, dan disebut *body politic* atau *negara (state) sebagai a society politically organized* (A. Appadorai 2005: 3).

Negara sebagai *body politic* itu oleh ilmu negara dan ilmu politik sama-sama dijadikan sebagai objek utama kajiannya. Sementara itu, ilmu hukum tata negara mengkaji aspek hukum yang membentuk dan yang dibentuk oleh organisasi negara itu. Ilmu politik melihat negara sebagai *a political society* dengan memusatkan perhatian pada dua bidang kajian, yaitu teori political (*political theory*) dan organisasi politik (*political organization*). Ilmu politik sebagai bagian dari ilmu sosial lebih memusatkan perhatian pada negara sebagai realitas politik. Seperti dikatakan oleh M.G. Clarke. (1973: 16) bahwa :

"politics can obly be understood through the vihaviour of its participants and that this bihaviour is determined by „social forces" social, economic, racial factions, etc"

Ilmu politik hanya dapat dimengerti melalui perilaku para partisipannya yang ditentukan oleh kekuatan-kekuatan sosial, ekonomi, kelompok-kelompok rasional, dan sebagainya. Lebih lanjut Clarke menyatakan bahwa legalisme itu

bersifat redundant dalam studi ilmu politik, tetapi *the rules of the constitution*, dan lebih penting lagi, struktur-struktur institusional pemerintahan negara, bukanlah hal yang relevan untuk dipersoalkan dalam ilmu politik. Struktur kelembagaan negara itu, menurut Clarke, tidak mempunyai pengaruh yang berarti. Oleh karena itu, perilaku yang menjadi subjek utama dalam ilmu politik. Orang boleh menerima begitu saja pendapat Clarke ini dalam kerangka studi ilmu politik, tetapi di lingkungan negara-negara yang sedang berkembang, banyak studi ilmu sosial lainnya yang justru menunjukkan gejala yang sebaliknya, yaitu bahwa peranan institusi kenegaraan itu justru sangat signifikan pengaruhnya terhadap perilaku politik warga masyarakat.

Bagi disiplin ilmu politik, pendapat Clarke itu tidak aneh. Bahkan Robert (1956:83) dalam bukunya *Preface to Democratic Theory* juga menyatakan bahwa bagi para ilmuwan sosial yang lebih penting adalah *social, not constitutional*. Ilmu politik lebih mengutamakan dinamika yang terjadi dalam masyarakat daripada norma-norma yang tertuang dalam konstitusi negara. Hal itu tentunya sangat berbeda dengan kecenderungan yang terdapat dalam ilmu hukum, khususnya ilmu hukum tata negara (*constitutional law*). Dalam studi ilmu hukum tata negara (*the study of constitution*) atau (*constitutional law*), yang lebih diutamakan justru adalah norma hukum konstitusi yang biasanya tertuang dalam naskah undang-undang dasar. Di situlah letak perbedaan mendasar antara ilmu hukum Tata Negara dengan ilmu politik.

B. Pentingnya Hubungan Kekuasaan Dalam Negara Hukum.

Negara hukum pada umumnya memiliki kekuasaan yang mencakup kekuasaan legislative, eksekutif dan yudikatif. Kekuasaan itu didistribusikan dengan tujuan untuk mencapai tujuan-tujuan negara oleh karena itu distribusi kekuasaan merupakan suatu hal yang penting dalam membangun sistem ketatanegaraan. Distribusi kekuasaan yang baik diharapkan dapat mewujudkan keseimbangan kekuasaan antara satu lembaga dengan lembaga lainnya dan terdapatnya saling kontrol untuk menghindari terjadinya penyimpangan. Pengalaman sejarah pemerintahan menunjukkan bahwa ketika kekuasaan terpusat pada satu tangan atau satu lembaga tertentu, yang muncul adalah penyimpangan dan berujung pada gerakan rakyat menuntut terjadinya perubahan. Pengalaman ketatanegaraan pada negara-negara yang ada di dunia menunjukkan ketidakseimbangan kekuasaan telah melahirkan berbagai penyimpangan dalam praktek ketatanegaraan.

Presiden sebagai pemegang kekuasaan eksekutif memiliki kekuasaan yang sedemikian besar. Hal itu menjadikan lembaga-lembaga lainnya tidak dapat berfungsi dengan baik karena "terkooptasi" oleh kekuasaan eksekutif. Lembaga legislatif yang seharusnya melakukan kontrol atau pengawasan terhadap kekuasaan eksekutif, pengawasan itu tidak dapat berjalan sebagaimana mestinya, sehingga Presiden sebagai pemegang kekuasaan eksekutif dapat mengambil tindakan sekehendaknya. Lembaga legislatif hanya menjadi "*rubber stamp*" yang memberikan pengabsahan terhadap kebijakan pemerintah. Begitu pula lembaga yudikatif yang mestinya menjadi lembaga yang merdeka atau independen untuk

mewujudkan keadilan juga kehilangan independensinya karena pengaruh kekuasaan eksekutif. Berbagai peristiwa yang dikemukakan di atas menunjukkan pentingnya menghindari adanya kekuasaan negara yang terpusat pada lembaga tertentu dan perlunya saling kontrol antara satu lembaga dengan lembaga lainnya untuk menghindari terjadinya penyimpangan dalam pemerintahan. Berkenaan dengan itu, perwujudan *prinsip checks and balances* dalam sistem ketatanegaraan merupakan sesuatu yang penting.

Prinsip *checks and balances* merupakan prinsip ketatanegaraan yang menghendaki agar kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif sama-sama sederajat dan saling mengontrol satu sama lain. Kekuasaan negara dapat diatur, dibatasi, bahkan dikontrol dengan sebaik - baiknya, sehingga penyalahgunaan kekuasaan oleh aparat penyelenggara negara ataupun pribadi-pribadi yang sedang menduduki jabatan dalam lembaga-lembaga negara dapat dicegah dan ditanggulangi (Afan Gaffar, 2006:89). Mekanisme *checks and balances* dalam suatu demokrasi merupakan hal yang wajar, bahkan sangat diperlukan. Hal itu untuk menghindari penyalahgunaan kekuasaan oleh seseorang atau pun sebuah institusi, atau juga untuk menghindari terpusatnya kekuasaan pada seseorang ataupun sebuah institusi, karena dengan mekanisme seperti ini, antara institusi yang satu dengan yang lain akan saling mengontrol atau mengawasi, bahkan bisa saling mengisi (CF. Strong, 2008: 330). Prinsip tersebut mulanya merupakan prinsip yang diterapkan dalam sistem ketatanegaraan Amerika Serikat, di mana sistem ketatanegaraan dimaksud memadukan antara prinsip pemisahan kekuasaan dan prinsip *checks and balances*. Kekuasaan negara dibagi atas kekuasaan

legislatif, eksekutif, dan yudikatif, yang masing-masing dipegang oleh lembaga yang berbeda tanpa adanya kerjasama satu sama lain, sedangkan dengan *checks and balances*, antara satu lembaga dan lembaga lainnya terdapat keseimbangan kekuasaan dan mekanisme saling kontrol. Prinsip *checks and balances* tidak dapat dipisahkan dari masalah pembagian kekuasaan. Sebagaimana ditulis oleh Robert Weissberg (1979: 35), “*A principle related to separation of powers is the doctrine of checks and balances. Whereas separation of powers divides governmental power among different officials, checks and balances gives each official some power over the others.* Di Amerika Serikat, sebagai perwujudan prinsip *checks and balances*, Presiden diberi wewenang untuk memveto rancangan undang-undang yang telah diterima oleh *Congress*, akan tetapi veto ini dapat dibatalkan oleh *Congress* dengan dukungan 2/3 suara dari kedua Majelis.

Mahkamah Agung mengadakan *check* terhadap badan eksekutif dan badan legislatif melalui *judicial review*. Di lain pihak, hakim agung yang oleh badan eksekutif diangkat seumur hidup dapat diberhentikan oleh *Congress* jika ternyata melakukan tindakan kriminal. Presiden dapat di-*impeach* oleh *Congress*. Presiden boleh menandatangani perjanjian internasional, tetapi baru dianggap sah jika senat juga mendukungnya. Begitu pula untuk pengangkatan jabatan-jabatan yang menjadi kewenangan presiden, seperti hakim agung, duta besar, diperlukan persetujuan dari Senat. Sebaliknya, menyatakan perang (yang merupakan tindakan eksekutif) menjadi kewenangan *Congress* (Miriam Budiardjo, 2010 : 284). Kaitanya dengan prinsip *checks and balances* ini Munir Fuady (2009:124) mempersoalkan melalui cara-cara, sebagai berikut:

1. Pemberian kewenangan untuk melakukan tindakan kepada lebih dari satu lembaga. Misalnya kewenangan pembuatan undang-undang diberikan kepada pemerintah dan parlemen.
2. Pemberian kewenangan pengangkatan pejabat tertentu kepada lebih dari satu lembaga, misalnya eksekutif dan legislatif.
3. Upaya hukum *impeachment* lembaga yang satu terhadap lembaga lainnya.
4. Pengawasan langsung dari satu lembaga terhadap lembaga negara lainnya, seperti eksekutif diawasi oleh legislatif.
5. Pemberian kewenangan kepada pengadilan sebagai lembaga pemutus perkara sengketa kewenangan antara lembaga eksekutif dan legislatif.

C. Sistem Pemerintahan Parlemen

Sistem pemerintahan negara terdiri dari berbagai macam, sistem pemerintahan presidensial, sistem pemerintahan semi presidensial, sistem pemerintahan komunis, sistem pemerintahan demokrasi liberal dan sala satunya berbentuk sistem parlementer. Dalam sistem pemerintahan kabinet atau parlementer, menteri tunduk dan bertanggung jawab kepada parlemen, sedangkan dalam sistem presidensial para menteri tunduk dan bertanggung jawab kepada presiden. Jimly Asshiddiqie (2009:324), berpendapat, dalam sistem parlementer jelas sekali bahwa kedudukan menteri bersifat sentral. Selanjutnya, Jimly Asshiddiqie mengemukakan bahwa perdana menteri sebagai menteri utama atau menteri koordinator, yang memimpin para menteri tersebut dalam kabinet adalah kepala pemerintahan, terkait pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan secara

operasional. Asshiddiqie menjelaskan kinerja pemerintahan sepenuhnya berada di tangan para menteri yang dipimpin oleh seorang perdana menteri, karena sangat kuatnya kedudukan para menteri, parlemen pun dapat dibubarkan oleh mereka. Sebaliknya, kabinet juga dapat dibubarkan oleh parlemen apabila dapat mosi tidak percaya dari parlemen. Demikianlah perimbangan kekuatan di antara kabinet dan parlemen dalam sistem pemerintahan parlementer.

Selanjutnya, Asshiddiqie menguraikan sistem pemerintahan parlementer berbeda dari sistem pemerintahan parlementer. Dalam sistem Presidensil, kedudukan menteri sepenuhnya tergantung kepada Presiden. Para menteri diangkat dan diberhentikan serta bertanggung jawab kepada Presiden. Meskipun demikian, dalam pelaksanaan tugasnya, tentu saja, para menteri itu membutuhkan dukungan parlemen agar tidak setiap kebijakannya "dijegal" atau "diboikot" oleh parlemen. Dengan demikian secara umum, dapat dikatakan para menteri dalam sistem pemerintahan presidensil itu mempersyaratkan kualifikasi yang lebih teknis profesional dari pada politis seperti dalam sistem parlementer. Dalam sistem presidensil, yang bertanggung jawab adalah Presiden, bukan menteri sehingga sudah seharusnya nuansa pekerjaan para menteri dalam sistem presidensil itu bersifat lebih profesional dari pada politis. Dengan demikian untuk diangkat menjadi menteri, seharusnya seseorang yang benar-benar memiliki kualifikasi teknis dan profesional untuk memimpin pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan berdasarkan prinsip meritokrasi. Sistem pemerintahan presidensil lebih menuntut kabinetnya sebagai *zaken-kabinet* dari pada kabinet dalam sistem parlementer yang lebih menonjol sifat politisnya. Oleh karena itu, dalam menetapkan

seseorang yang diangkat menjadi menteri, sudah seharusnya presiden dan wakil presiden lebih mengutamakan persyaratan teknis kepemimpinan dari pada persyaratan dukungan politis (Jimly Asshiddiqie, 2009: 325). Mengenai siapa yang diangkat menjadi menteri, tentu sepenuhnya merupakan kewenangan presiden untuk menentukannya. Ketentuan dalam Pasal 17 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 yang pada intinya mengatur tentang “Presiden dalam menjalankan tugasnya dibantu oleh menteri-menteri negara”, “menteri-menteri itu diangkat dan diberhentikan oleh Presiden”, “setiap menteri membidangi urusan tertentu dalam pemerintahan”. Akan tetapi, ketentuan dalam Pasal 17 ayat (4) UUD NRI Tahun 1945 mengatur pula bahwa “Pembentukan, pengubahan, dan pembubaran kementerian negara diatur dalam undang-undang”. Dengan demikian pengangkatan dan pemberhentian menteri merupakan hak prerogatif dari Presiden, sementara mekanisme terkait pengangkatan dan pemberhentian menteri dalam mengisi struktur organisasi pemerintahan tersebut, harus diatur menurut tata cara yang ditentukan dalam undang-undang.

D. Uraian Tentang Politik Hukum

Sudah banyak pengertian atau definisi tentang politik hukum yang diberikan oleh para ahli di dalam berbagai literatur. Dari banyak pengertian atau definisi itu, dengan mengambil substansinya yang ternyata sama, dapatlah penulis kemukakan bahwa politik hukum adalah *“legal policy atau garis (kebijakan) resmi tentang hukum yang akan diberlakukan baik dengan pembuatan hukum baru maupun dengan penggantian hukum lama, dalam rangka mencapai tujuan*

negara”. Dengan demikian, politik hukum merupakan pilihan tentang hukum-hukum yang akan diberlakukan sekaligus pilihan tentang hukum-hukum yang akan dicabut atau tidak diberlakukan yang kesemuanya dimaksudkan untuk mencapai tujuan dalam suatu negara. Berkaitan dengan politik hukum, ditegaskan oleh Padmo Wadjono (1986:160) bahwa politik hukum adalah kebijakan dasar yang menentukan arah, bentuk maupun isi hukum yang akan dibentuk. Di dalam tulisannya yang lain Padmo Wadjono memperjelas definisi tersebut dengan mengatakan bahwa politik hukum adalah kebijakan penyelenggara negara tentang apa yang dijadikan kriteria untuk menghukumkan sesuatu yang di dalamnya mencakup pembentukan, penerapan dan penegakan hukum.

Pendapat yang sama ditegaskan oleh Teuku Mohammad Radhie (1973:3) yang mendefinisikan politik hukum sebagai suatu pernyataan kehendak penguasa negara mengenai hukum yang berlaku di wilayahnya dan mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun. Satjipto Raharjo (1993:352-353) mendefinisikan politik hukum sebagai aktivitas memilih dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dengan hukum tertentu dalam masyarakat yang cakupannya meliputi jawaban atas pertanyaan mendasar, yaitu, 1) tujuan apa yang hendak dicapai melalui sistem yang ada; 2) cara-cara apa dan yang mana yang dirasa paling baik untuk dipakai dalam mencapai tujuan tersebut; 3) kapan waktunya dan melalui cara bagaimana hukum itu perlu diubah; 4) dapatkah suatu pola yang baku dan mapan dirumuskan untuk membantu dalam merumuskan proses pemilihan tujuan serta cara-cara untuk mencapai tujuan tersebut dengan baik. Soedarto (1986:20) mengemukakan bahwa politik hukum

adalah kebijakan negara melalui badan-badan negara yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan akan dipergunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan. Pada tahun 1986 datang juga pandangan Soedarto, bahwa politik hukum merupakan upaya untuk mewujudkan peraturan perundang-undangan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu. Berbagai pengertian atau definisi tersebut mempunyai substansi makna yang sama sesuai definisi yang penulis kemukakan yakni bahwa politik hukum itu merupakan *legal policy* tentang hukum yang akan diberlakukan atau tidak diberlakukan untuk mencapai tujuan negara.

Sunaryati Hartono (1991:1) pernah mengemukakan tentang "*hukum sebagai alat*" sehingga secara praktis politik hukum juga merupakan alat atau sarana dan langkah yang dapat digunakan oleh pemerintah untuk menciptakan sistem hukum nasional guna mencapai cita-cita bangsa dan tujuan negara. Pemikiran dari berbagai definisi yang seperti ini didasarkan pada kenyataan bahwa negara mempunyai tujuan yang harus dicapai dan upaya untuk mencapai tujuan itu dilakukan dengan menggunakan hukum sebagai alatnya melalui pemberlakuan hukum sesuai dengan tahapan-tahapan dalam perkembangan yang dihadapi oleh masyarakat dan negara. Politik hukum itu ada yang bersifat permanen atau jangka panjang dan ada yang bersifat periodik; yang bersifat permanen misalnya pemberlakuan prinsip pengujian yudisial, ekonomi, kerakyatan, keseimbangan antara kepastian hukum, keadilan, dan kemanfaatan, penggantian hukum-hukum peninggalan kolonial dengan hukum-hukum nasional,

penguasaan sumber daya alam oleh negara, kemerdekaan kekuasaan kehakiman dan sebagainya. Di sini terlihat bahwa beberapa prinsip yang dimuat di dalam UUD sekaligus berlaku sebagai politik hukum. Adapun yang bersifat periodik adalah politik hukum yang dibuat sesuai dengan perkembangan situasi yang dihadapi pada setiap periode tertentu baik yang akan memberlakukan maupun yang akan mencabut, misalnya pada periode 1973-1978 ada politik hukum untuk melakukan kodifikasi dan unifikasi dalam bidang-bidang hukum tertentu, pada periode 1983-1988 ada politik hukum untuk membentuk Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) , dan pada periode 2004-2009 ada lebih dari 250 rencana pembuatan UU yang dicantumkan di dalam program legislasi Nasional (prolegnas).

Berbagai definisi yang dikemukakan di atas mengantarkan pemahaman bahwa studi politik hukum mencakup *legal policy* (sebagai kebijakan resmi negara) tentang hukum yang akan diberlakukan atau tidak diberlakukan dan hal-hal lain yang terkait dengan itu. Jadi ada perbedaan cakupan antara politik hukum dan studi politik hukum; yang pertama lebih bersifat formal pada kebijakan resmi sedangkan yang kedua mencakup kebijakan resmi dan hal-hal lain yang terkait dengannya. Dengan demikian studi politik hukum mencakup sekurang-kurangnya tiga hal: *Pertama*, kebijakan negara (garis resmi) tentang hukum yang akan diberlakukan dalam rangka pencapaian tujuan negara; *kedua*, latar belakang politik, ekonomi, sosial, budaya (poleksosbud) atas lahirnya produk hukum; *ketiga* penegakan hukum di dalam kenyataan lapangan.

E. Landasan Teori

Landasan Teori yang digunakan untuk menyelesaikan permasalahan dalam penelitian ini bersumber dari adanya suatu pengidentifikasian teori hukum, konsep hukum, asas hukum serta norma-norma hukum yang digunakan dalam menganalisis permasalahan-permasalahan yang dihadapi dalam penelitian ini sebagai berikut:

1. Teori Negara Hukum

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 (Jimly Asshiddiqie, 2011: 2) 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*“ hal 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*“ (Plato: *the laws*, Penguin Classics, edisi tahun 1986, yang diterjemahkan dan diberi kata pengantar oleh Trevor J.Saunders), jelas

tergambar bagaimana ide nomokrasi itu sesungguhnya telah sejak lama dikembangkan dari zaman Yunani Kuno. Di zaman modern, konsep Negara Hukum di Eropa Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu "*rechtsstaat*". Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika *common law*, konsep negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V. Dicey dengan sebutan "*The Rule of Law*". Menurut Julius Stahl, konsep negara hukum yang disebutnya dengan istilah „*rechtsstaat*” itu mencakup empat elemen penting, yaitu: (1). Perlindungan hak asasi manusia,(2). Pembagian kekuasaan, (3). Pemerintahan berdasarkan undang-undang, dan (4). Peradilan tata usaha Negara.

A.V. Dicey menguraikan adanya tiga ciri penting dalam setiap Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah "*The Rule of Law*", yaitu: (1). *Supremacy of Law*;(2). *Equality before the law* dan (3). *Due Process of Law*. (4) Prinsip „*rechtsstaat*". Yang dikembangkan oleh Julius Stahl tersebut di atas pada pokoknya dapat digabungkan dengan ketiga prinsip „*Rule of Law*" yang dikembangkan oleh A.V. Dicey untuk menandai ciri-ciri Negara Hukum modern di zaman sekarang. Bahkan, oleh "*the international commission of jurist*", prinsip-prinsip Negara Hukum itu ditambah lagi dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*) yang di zaman sekarang makin dirasakan mutlak diperlukan dalam setiap negara demokrasi. Prinsip-prinsip yang dianggap ciri penting Negara Hukum menurut "*the international commission of jurists*" itu adalah: (1). Negara harus tunduk pada hukum; (2). Pemerintah menghormati hak-hak individu, dan (3). Peradilan yang

bebas dan tidak memihak. Utrecht (1962:9) membedakan antara negara hukum formil atau negara hukum klasik, dan negara hukum materiel atau negara hukum modern. 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. Oleh 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. Arief Sidharta dengan mengutip Scheltema (2004 :124-125) merumuskan pandangannya tentang unsur-unsur dan asas-asas Negara Hukum itu secara baru, yaitu meliputi: (1). Pengakuan, penghormatan, dan perlindungan Hak Asasi Manusia yang berakar dalam penghormatan atas martabat manusia (*human dignity*), (2). Berlakunya asas kepastian hukum. Bahwa Negara Hukum bertujuan untuk menjamin 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 terkait dengan kepastian hukum itu adalah (a). Asas legalitas, asas konstitusionalitas, dan asas 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, independen, 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.

2. Teori Konstitusi

Dari catatan sejarah klasik terdapat dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian sekarang tentang konstitusi, yaitu dalam perkataan Yunani kuno *politeia* dan perkataan bahasa latin *constitutio* yang juga berkaitan dengan kata *jus* (Jimly Asshidiqie, 2018: 71) Dalam kedua perkataan *politeia* dan *constitutio* itulah awal mula gagasan konstitusionalisme diekspresikan oleh umat manusia beserta hubungan di antara kedua istilah dalam sejarah. Dalam bahasa Yunani kuno tidak dikenal adanya istilah yang mencerminkan pengertian kata *jus* ataupun *constitutio* sebagaimana dalam tradisi Romawi yang datang kemudian. Dalam keseluruhan sistem berpikir para filosof Yunani kuno, perkataan *constitution* adalah seperti apa yang kita maksudkan sekarang ini. Menurut Charles Howard McIlwain dalam bukunya *constitutionalism: Ancient and modern* (1947: 26), perkataan *contitution* di zaman kekaisaran romawi (Roman Empire), dalam bahasa lainnya, mula-mula digunakan sebagai

istilah teknis untuk menyebut *the act of legislation by the Empire*. dengan banyaknya aspek dari hukum Romawi yang dipinjam ke dalam sistem pemikiran hukum di kalangan gereja, istilah jenis *constitution* juga dipinjam untuk menyebut peraturan eklesiastik yang berlaku di seluruh gereja ataupun untuk beberapa peraturan eklesiastik yang berlaku di gereja-gereja tertentu (*ecclesiastical province*). Dalam kitab-kitab hukum Romawi dan hukum gereja (Kanonik) itulah yang sering dianggap sebagai sumber rujukan atau referensi paling awal mengenai penggunaan perkataan *constitution* dalam sejarah.

Berkaitan dengan konstitusi, Pierre Gregoire Tholosano (*of toulouse*), dalam bukunya *de republica* (1578) menegaskan bahwa kata *constitution* dalam arti yang hampir sama dengan pengertian sekarang. Hanya saja kandungan maknanya lebih luas dan lebih umum karena Gregoire memakai frase yang lebih tua, yaitu *Status Republicae*. Dapat dikatakan bahwa di zaman ini, arti perkataan *constitution* tercermin dalam pernyataan Sr. James Whitlocke pada sekitar tahun yang sama, yaitu *the natural of frame and constitution of the policy of this kingdom, which is jus publicum regni*, Bagi James Whitlocke, *jus publicum regni* itulah yang merupakan kerangka alami dan konstitusi politik bagi kerajaan.

Dalam konteks tersebut dapat dipahami pengertian konstitusi dalam dua konsepsi. *Pertama*, konstitusi sebagai *the natural frame of the state* yang dapat ditarik ke belakang dengan mengaitkannya dengan pengertian *politeia* dalam tradisi Yunani Kuno. *Kedua*, konstitusi dalam arti *jus publicum regni*, yaitu *the public of law of the realm* (Jimly Asshiddiqie, 2018: 74). Cicero dapat disebut

sebagai sarjana pertama yang menggunakan perkataan *constitutio* dalam pengertian kedua ini, seperti tergambar dalam bukunya “*De Republica*”. Di lingkungan kerajaan Romawi (Roman Empire), perkataan *constitutio* ini dalam bentuk latinnya juga dipakai sebagai istilah teknis untuk menyebut *the act of the legislation by the Emperor*. Menurut Cicero, “*This constitution (haec constitutio) has a great measure of equability without which men can hardly remain free for any length of time* (Cicero, dalam Jimly Asshiddiqie, 2018: 74)

Lebih lanjut mengenai konstitusi dikemukakan oleh Aristoteles bahwa, klasifikasi konstitusi tergantung pada: (i) *the ends pursued by states*, dan (ii) *the kind of authority exercised by their government*. Tujuan tertinggi negara adalah *a good life*, dan hal ini merupakan kepentingan bersama seluruh warga masyarakat. Oleh karena itu, Aristoteles membedakan antara *right constitution* dan *wrong constitution* dengan ukuran kepentingan bersama itu Jimly (Asshiddiqie, 2018: 75). Jika konstitusi diarahkan untuk tujuan mewujudkan kepentingan bersama, konstitusi itu disebut konstitusi yang benar. Akan tetapi, jika sebaliknya, konstitusi itu adalah konstitusi yang salah.

Konstitusi yang terakhir ini dapat disebut pula sebagai *perverted constitution* yang diarahkan untuk memenuhi kepentingan para penguasa yang tamak (*the selfish interest of the ruling authority*). Konstitusi yang baik adalah konstitusi yang normal, sedangkan yang tidak baik disebut juga oleh Aristoteles sebagai konstitusi yang tidak normal. Ukuran baik buruknya atau normal tidaknya konstitusi itu baginya terletak pada prinsip bahwa “*political rule, by virtue of its specific nature, is essentially for the benefit of the ruled*

(Plato, 1986: 26 dan 37). Konstitusi dalam gagasan modern menurut Brian Thompson secara sederhana dapat diketahui melalui pertanyaan *what is contitution* dapat dijawab “*a constitution is a dociment which contains the rules for the operation of an organization*” Organisasi dimaksud beragam bentuk dan kompleksitas strukturnya, mulai dari organisasi mahasiswa, perkumpulan masyarakat di daerah tertentu, serikat buruh, organisasi-organisasi kemasyarakatan, organisasi politik, organisasi bisnis, perkumpulan sosial sampai ke organisasi tingkat dunia seperti misalnya perkumpulan ASEAN, *European Comumnnities*, *World Trade Organization*, Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) dan sebagainya, semuanya membutuhkan dokument dasar yang disebut konstitusi (Jimly Asshiddiqie, 2018: 91).

Kebutuhan akan naskah konstitusi tertulis itu merupakan sesuatu yang niscaya, terutama dalam organisasi yang berbentuk badan hukum (*legal body rechtsperson*). Dalam pengertian modern, negara pertama yang dapat menyusun konstitusinya dalam satu naskah UUD seperti sekarang ini adalah Amerika Serikat (*United States of America*) pada 1787. Sejak itu hampir semua negara menyusun naskah undang-undang dasarnya. Beberapa negara yang dianggap sampai sekarang dikenal tidak memiliki undang-undang dasar dalam naskah tertulis adalah Inggris, Israel, dan Saudi Arabia. Undang-undang dasar di ketiga negara itu tidak pernah dibuat tersendiri, tetapi tumbuh menjadi konstitusi dari aturan dan pengalaman praktik ketatanegaraan. Berkaitan dengan konstitusi dikemukakan oleh Jimly Ashiddiqie (2005: 1) bahwa istilah konstitusi itu sendiri pada mulanya berasal dari perkataan Latin, *constitutio*

yang berkaitan dengan kata *jus* atau *ius* yang berarti “hukum atau prinsip. Di zaman modern, bahasa yang bisa dijadikan sumber rujukan mengenai istilah ini adalah Inggris, Jerman, Prancis, Italia dan Belanda. Untuk pengertian *constitution* dalam bahasa Inggris, bahasa Belanda membedakan antara *constitutie* dan *grondwet*, sedangkan bahasa Jerman membedakan antara *Verfassung* dan *Grundgesetz*. Bahkan dibedakan pula antara *grundrecht* dan *grundgesetz* seperti antara *grundrecht* dan *grondwet* dalam bahasa Belanda. Konstitusi sendiri memiliki nilai-nilai yang sangat penting sebagai suatu norma dasar dalam satu negara.

Berdasarkan uraian pengertian konstitusi di atas maka Carl Schmitt membedakan Konstitusi dalam arti absolut (*absoluter verfassungsbegriff*) Sebagai Cermin dari *de reele machtsfactoren*. Konstitusi dalam arti absolut (*absoluter verfassungsbegriff*) sebagai *forma-formarum (vorm der vormen)*, Konstitusi pada pokoknya dapat dilihat sebagai *vor* atau bentuk dalam arti ia mengandung ide tentang bentuk negara, yaitu bentuk yang melahirkan bentuk lainnya atau *vor der vormen, forma-formarum*. Bentuk negara yang dimaksud di sini adalah negara dalam arti keseluruhannya (*sein Ganzheit*), yang dapat berbentuk demokrasi yang bersendikan identitas atau berbentuk monarki yang bersendikan representasi.

Dalam kaitan ini ada tiga asas (*staatsprincipe*) yang dapat ditarik dari pengertian demikian, yaitu: (i) *principe van de staatsvorm*, asas dari bentuk negara; (ii) *principe van en uit de staatsvorm*, yaitu asas dari atau yang timbul dari bentuk negara; dan (iii) *regeringsprincipe* atau asas pemerintahan (Jimly

Asshiddiqie, 2018: 102-103). Sementara itu, konstitusi dalam arti absolut (*der positive verfassungsbegriff*) sebagai *factor integratie*. Menurut Rudolf Smend, konstitusi juga dapat dilihat sebagai faktor integrasi. Secara teoritis (*integration theory*), integrasi itu sendiri dapat dibedakan dalam tiga macam, yaitu: (i) *persoonlijke integrate*; (ii) *zekelijke integratie*; dan (iii) *functioneele integratie*. *persoonlijke integrate* menggadaikan jabatan kepemimpinan sebagai faktor integritas, misalnya, presiden. Sedangkan dalam *persoonlijke integrate* yang menjadi faktor menentu adalah dal-hal yang objektif dan *zakelijke*, bukan yang bersifat subjektif atau *persoonlijk*. Misalnya, dikatakan bahwa bangsa Indonesia dipersatukan di bawah satu kesatuan sistem konstitusi berdasarkan UUD 1945, sesuai dengan prinsip *the rule of law, and not of man* (Jimly Asshiddiqie, 2018: 104).

Bangsa Indonesia juga dipersatukan sebagai bangsa oleh atau bahasa persatuan atau bahasa nasional, yaitu bahasa Indonesia. Sementara itu integrasi fungsional (*functioneele integratie*) adalah faktor integrasi yang bersifat fungsional, baik dalam arti yang konkret atau dalam arti yang abstrak. Konstitusi sendiri memiliki beberapa nilai dan sifat. Nilai konstitusi yang dimaksud di sini adalah nilai (*values*) sebagai hasil pelaksanaan norma-norma dalam suatu konstitusi dalam kenyataan praktik. Sehubungan dengan hal itu, Karl Lowenstein dalam bukunya *Reflection of the value of constitution* (dikutip dari bukunya Jimly Asshiddiqie, 2018: 108) membedakan tiga macam nilai atau *the values of the constitution*, yaitu: (i) *normative value* (ii) *nominal value* dan (iii) *semantical value*. Jika berbicara mengenai nilai konstitusi para sarjana

hukum selalu mengutip pendapat Karl Lowenstein mengenai tiga nilai normatif, nominal dan semantik. Jika antara norma yang terdapat dalam konstitusi yang bersifat mengikat itu dipahami, diakui, diterima, dan dipatuhi oleh subjek hukum yang terkait padanya, konstitusi itu dinamakan sebagai konstitusi yang mempunyai nilai normatif.

Kalaupun tidak seluruh isi konstitusi itu demikian, tetapi setidaknya norma-norma tertentu yang terdapat di dalam konstitusi itu apabila memang sungguh-sungguh ditaati dan berjalan sebagaimana mestinya dalam kenyataan, norma-norma konstitusi dimaksud dapat dikatakan berlaku sebagai konstitusi dalam arti normatif. Akan tetapi, apabila suatu undang-undang dasar, sebagian atau seluruh materi muatannya, dalam kenyataannya tidak dipakai sama sekali sebagai referensi atau rujukan dalam pengambilan keputusan dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara, konstitusi tersebut dapat dikatakan sebagai konstitusi yang bernilai nominal. Misalnya, norma dasar yang terdapat dalam konstitusi yang tertulis (*geschreven constitutie*) menentukan A, tetapi konstitusi yang dipraktikkan justru sebaliknya yaitu B sehingga apa yang tertulis secara *expressis verbis* dalam konstitusi sama sekali hanya bernilai nominal saja. Dapat pula terjadi bahwa yang dipraktikkan itu hanya sebagian saja dari ketentuan undang-undang dasar, sedangkan sebagian lainnya tidak dilaksanakan dalam praktek sehingga dapat dikatakan bahwa yang berlaku normatif hanya sebagian. Sementara itu, sebagian lainnya hanya bernilai nominal sebagai norma-norma hukum di atas kertas “mati”. Konstitusi yang bernilai semantik adalah konstitusi yang norma-norma yang terkandung di

dalamnya hanya dihargai di atas kertas yang indah dan dijadikan jargon, semboyan, ataupun “gincu-gincu ketatanegaraan” yang berfungsi sebagai pemanis dan sekaligus sebagai alat pembenaran belaka. Setiap pidato terkait norma-norma dalam konstitusi itu selalu dikutip dan dijadikan dasar pembenaran suatu kebijakan, tetapi isi kebijakan itu sama sekali tidak sungguh-sungguh melaksanakan isi amanat norma yang dikutip itu, kebiasaan seperti ini lazim terjadi di banyak negara, terutama jika di negara yang bersangkutan tersebut tidak tersedia mekanisme untuk menilai konstitusionalitas kebijakan-kebijakan kenegaraan (*state policies*) yang mungkin menyimpang dari amanat undang-undang dasar. Dalam praktik ketatanegaraan, baik bagian-bagian tertentu ataupun keseluruhan isi undang-undang dasar itu, dapat bernilai sematik saja. Sementara itu, pengertian-pengertian mengenai sifat konstitusi biasanya dikaitkan dengan pembahasan tentang sifat-sifatnya yang lentur (*fleksibel*) atau kaku (*rigid*), tertulis atau tidak tertulis, dan sifatnya yang formal atau materil.

3. Teori Pembagian Kekuasaan

Prinsip pemisahan kekuasaan dikembangkan oleh dua pemikir besar dari Inggris dan Perancis, John Locke dan Montesquieu. Konsep pemisahan kekuasaan yang dikemukakan oleh dua pemikir besar tersebut kemudian dikenal dengan teori *Trias Politica*. Menurut John Locke kekuasaan itu dibagi dalam tiga kekuasaan, yaitu :

- a. Kekuasaan legislatif, bertugas untuk membuat peraturan dan undang-undang.

- b. Kekuasaan eksekutif, bertugas untuk melaksanakan undang-undang yang ada di dalamnya termasuk kekuasaan untuk mengadili.
- c. Kekuasaan federatif, tugasnya meliputi segala tindakan untuk menjaga keamanan negara dalam hubungan dengan negara lain seperti membuat aliansi dan sebagainya (dewasa ini disebut hubungan luar negeri).

Sementara itu Montesquieu dalam masalah pemisahan kekuasaan membedakannya dalam tiga bagian pula meskipun ada perbedaan dengan konsep yang disampaikan John Locke, yaitu :

- a. Kekuasaan legislatif, bertugas untuk membuat undang-undang.
- b. Kekuasaan eksekutif, bertugas untuk menyelenggarakan undang-undang (tetapi oleh Montesquieu diutamakan tindakan di bidang politik luar negeri).
- c. Kekuasaan yudikatif, bertugas untuk mengadili atas pelanggaran undang-undang.

Dari dua pendapat ini ada perbedaan pemikiran antara John Locke dengan Montesquieu, John Locke memasukan kekuasaan yudikatif ke dalam kekuasaan eksekutif, sementara Montesquieu memandang kekuasaan pengadilan atau yudikatif itu sebagai kekuasaan yang berdiri sendiri. Menurut Montesquieu fungsi pertahanan (defence) dan hubungan luar negerilah (diplomasi) yang termasuk dalam fungsi eksekutif sehingga tidak perlu sendiri, justru dianggap penting oleh Montesquieu adalah fungsi yudisial atau fungsi kekuasaan kehakiman. (Jimly Asshiddiqie, 2018: 283). Menurut ajaran ini tidak dibenarkan adanya campur tangan atau pengaruh-mempengaruhi, antara yang satu dengan yang lainnya. Oleh karena itu ajaran Montesquieu disebut pemisahan kekuasaan

artinya ketiga kekuasaan itu masing-masing harus terpisah baik lembaganya maupun orang yang menanganinya. Terkait dengan teori pemisahan, Montesquieu membuat analisis atas pemerintahan Inggris dan ia menyatakan: ketika kekuasaan legislatif dan eksekutif disatukan pada orang yang sama, atau pada lembaga tinggi yang sama, maka tidak ada kebebasan. Sekali lagi tidak akan ada kebebasan, jika kekuasaan kehakiman tidak dipisahkan dari kekuasaan legislatif dan eksekutif.

Pemisahan kekuasaan dalam negara telah diatur dalam Konstitusi. Konstitusi dari suatu Negara dapat memuat beberapa hal antara lain, Pertama, sebagai dokumen negara yang memuat hal-hal pokok dalam penyelenggaraan negara. konstitusi; Kedua, pelaksanaan kedaulatan rakyat (melalui perwakilan Moh. Mahfud MD, 2000: 421) berpendapat bahwa pada dasarnya konstitusi mengandung hal-hal sebagai berikut ; *Pertama, public authority* hanya dapat dilegitimasi menurut ketentuan) harus dilakukan dengan menggunakan prinsip *universal and equal suffrage* dan pengangkatan eksekutif harus melalui pemilihan yang demokratis; Ketiga, adanya pemisahan atau pembagian kekuasaan serta pembatasan wewenang; Keempat, adanya kekuasaan kehakiman yang mandiri yang dapat menegakkan hukum dan keadilan baik terhadap rakyat maupun terhadap penguasa; Kelima, adanya system kontrol terhadap militer dan kepolisian untuk menegakkan hukum dan menghormati hak-hak rakyat; *Keenam*, adanya jaminan perlindungan atas Hak Asasi Manusia (HAM)