

Diktat

TEORI PERBANDINGAN NEGARA HUKUM

Oleh: Dr. Sri Warjiyati, MH



PROGRAM STUDI S1 ILMU HUKUM
FAKULTAS SYARIAH DAN HUKUM
UIN SUNAN AMPEL SURABAYA
2020

Diktat
TEORI PERBANDINGAN
NEGARA HUKUM

Oleh: Dr. Sri Warjiyati, MH

PROGRAM STUDI S1 ILMU HUKUM
FAKULTAS SYARIAH DAN HUKUM
UIN SUNAN AMPEL SURABAYA
2020

say that the weakness of the classical model is not that it espoused the ideals of universality, openness, equality, and accountability; but rather that in modern conditions it fails to achieve these ideals. It fails because it is based on an unduly narrow concept of government according to law"

Salah satu contoh tidak tercapainya tujuan negara hukum klasik menurut Jowell (seorang kelompok kiri) bisa dilihat bahwa salah satu tujuan negara hukum klasik adalah untuk memberikan pengawasan terhadap kekuasaan administratif; justru menurut dia pengawasan semacam itu lebih mantap dewasa ini dibandingkan pada zamannya Dicey. Sementara, kelompok kanan mengemukakan bahwa model *Rule of Law* versi Dicey lebih banyak menekankan pada perlindungan individu, misalnya Undang-undang Perburuahan yang sangat mencolok melindungi buruh secara individual. Keberatan datang dari para majikan yang menilai Undang-undang itu menghalangi mereka bertindak cepat, fleksibel dan tidak bisa mengefektifkan biaya-biaya untuk mengantisipasi tuntutan pasar. Tentang ini Hepple (1987:165) mengatakan: *"For example, employers claimed that labor laws were preventing them from reacting quickly, flexible and cost-effectively to changing market requirements"*. Dengan adanya kecaman-kecaman itu, *Rule of Law* modern menurut Hepple harus diwarnai oleh adanya peluang bagi masyarakat untuk berpartisipasi dalam pembuatan keputusan pemerintah. Dengan demikian ciri-ciri *Rule of Law* modern menurut dia adalah: a). *Universality* (universalitas); b). *Openness* (keterbukaan); c). *Equality* (persamaan); d). *Accountability* (pertanggungjawaban); e). *Clarity* (kejelasan); f). *Rationality*. Lebih jauh dalam *Rule of Law* modern fungsi negara menurut Hepple (1987:186-170) adalah *"Instead of giving priority to state policies such as the protection of tenants or of individual employees, the overall objective of the state has been redefined as being the revitalization of the profit-based market economy"* bahwa di samping membuat kebijaksanaan untuk memberikan perlindungan kepada individu juga perlu dirumuskan kembali peranan negara untuk merevitalisasi

kehakiman dibatasi oleh kekuasaan legislatif dan demikian sebaliknya. Lebih jauh dari itu berarti pemegang kekuasaan kehakiman tidak dapat menjalankan kekuasaan 'legislatif dan demikian sebaliknya. Meski kemudian teori pemisahan kekuasaan itu disempurnakan oleh konsep "*Check and Balances*" sehingga berubah menjadi Teori Pembagian Kekuasaan, namun konsep itu hanya bersifat suplemen karena secara fundamental masing-masing kekuasaan masih tetap menjalankan fungsi pokoknya. Secara lebih konkrit dapat dijelaskan dengan konsep "*Check and Balance*" misalnya tidak mengubah fungsi pokok senate di AS sebagai lembaga pembuat UU, meski ia memiliki kekuasaan (sampingan) melakukan *impeachment*, ataupun konsep itu tidak mengubah fungsi pokok Presiden AS sebagai lembaga eksekutif meski ia memiliki kekuasaan sampingan berupa dapat memveto rancangan UU yang telah disetujui kongres. Tepat apa yang dikatakan KC Wheare (1975:26) bahwa konsep "*Check and Balance*" tidak menghapuskan hakikat teori pemisahan kekuasaan, melainkan sekedar menyempurnakannya karena memang tidak ada teori pemisahan kekuasaan bisa berlaku secara sempurna (*these few examples are enough to show that there is no a complete separation..*).

Analog dengan contoh-contoh yang terjadi di Amerika, untuk Indonesia sepanjang menyangkut batas kekuasaan kehakiman dapat dicermati dari ketentuan undang-undang kekuasaan kehakiman, yang terkesan memberi kekuasaan sampingan pada pengadilan untuk merumuskan hukum berhubung pengadilan tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukum tidak ada atau kurang jelas. Dengan "*Check and Balance*" seperti itu tidaklah berarti pengadilan (kekuasaan kehakiman) dapat membuat, merubah, mengurangi atau menambah UU yang dengan hal itu berarti menyerobot fungsi pokok kekuasaan legislatif disatu sisi, dan disisi lain berarti mengaburkan fungsi pokok kekuasaan kehakiman sebagai penerap hukum (*law enforcement*). Kekuasaan sampingan itu harus diartikan terbatas pada kewenangan menafsirkan UU yang kurang,

Undang Dasar" segera tampak bahwa pembentuk UUD 1945 menempatkan UUD sebagai sumber pengaturan segala kegiatan bernegara dalam suasana Indonesia merdeka. pengaturan segala sesuatu urusan kenegaraan melalui sebuah aturan dasar tertulis (hukum tertinggi) menunjukkan adanya respek pembentuk negara terhadap negara hukum karena salah satu unsur negara hukum adalah "*supremacy of the law*" menurut Dicey atau "*Grondrechten*" menurut SW Couwenberg.

Dalam batang tubuh UUD 1945, citra negara hukum dapat dilihat pasal-pasal yang mengandung pengutamaan terhadap hukum (*supremacy of the law*). Dikatakan pengutamaan terhadap hukum karena pasal-pasal itu mengatur kekuasaan negara yang didistribusikan kepada sejumlah Lembaga-tembaga Negara yang lebih jauh diatur dengan Undang-undang. Dalam hal demikian, konstitusi dapat dianggap sebagai sumber kekuasaan (*the nucleus of a country's public law, the formal grant of power*). Konstitusi sebagai sumber kekuasaan K.C. Wheare menggambarannya sebagai aturan hukum yang mengatur pemerintah, Mac Iver (1950:250) menyebut konstitusi sebagai sumber kekuasaan dengan istilah "*the law which governs the state*" (hukum yang memerintah Negara) yang dibedakannya dengan "*the law of which the state govern*" yaitu hukum yang digunakan oleh negara untuk memerintah.

Dalam UUD 1945 pasal-pasal yang menghendaki adanya Undang-undang untuk mengatur lebih jauh kekuasaan negara sebagai pencerminan citra negara hukum adalah: Pasal 2 (1) tentang susunan anggota MPR, Pasal 16 (1) tentang susunan anggota DPA; Pasal 18 tentang pembagian wilayah Indonesia, Pasal 19 (1) tentang susunan anggota DPR, Pasal 23 tentang anggaran pendapatan dan belanja negara, pajak, mata uang, keuangan negara, dan keberadaan/susunan BPK, Pasal 24 tentang kekuasaan MA, Pasal 25 tentang syarat-syarat diangkat dan diberhentikan sebagai hakim, Pasal 25 (1) tentang mengesahkan orang asing menjadi warga negara, Pasal 31 (2) tentang pengajaran. Selain itu ada Undang-undang tertentu yang dikehendaki oleh

lapangan hukum ketenagakerjaan langkah pertama ke arah itu adalah melaksanakan ketentuan UUD 1945 yaitu pasal 27 ayat 2; tiap-tiap warganegara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan. Oleh karena itu kepada pembentuk undang-undang diberi tugas untuk membentuk hukum yang mengatur bagaimana mewujudkan cita hukum tersebut, misalnya menentukan upah minimum itu. Tolak ukur yang digunakan adalah prinsip adil atau tidak adil menurut hukum sehingga jelas maksud yang dikehendaki daripada penetapan tersebut. Tegasnya nilai dasar dari nilai hukum yang berisi keadilan sosial sebagai tujuan hukum harus merupakan landasan dari pembentukan hukum nasional.

Ketiga, sumber kemauan yang dinyatakan dalam hukum, yaitu nilai dasar yang terkandung dalam pokok pikiran ketiga Pembukaan UUD 1945 tentang prinsip kedaulatan rakyat. Pengertian kedaulatan rakyat yang dimaksud di sini tidak sama dengan pemikiran barat mengenai teori *Volkssouvereiniteit*. Kedaulatan rakyat yang dianut dalam Pembukaan UUD 1945 tersebut dilihat dari rumusnya tidak mengikuti pikiran *Volkssouvereiniteit* yang berkembang di Eropa. Hal ini dapat dilihat dalam kata-kata yang digunakan oleh pembukaan tersebut yang berbunyi kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah dan kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan. Di sini istilah kerakyatan memerlukan uraian mendasar.

Istilah kerakyatan mencakup semua warga negara yang dilingkupi suatu budaya tentang bagaimana tata hidup bersama itu diatur berdasarkan pada kemauan masyarakat. Di dalam paham kerakyatan, tergantung suatu keyakinan kemungkinan adanya suatu kemauan dari segenap masyarakat yang diperoleh dengan jalan musyawarah. Jadi kerakyatan dan permusyawaratan merupakan suatu persenyawaan yang tidak dapat dipisah-pisahkan.

Berdasarkan prinsip kerakyatan dan permusyawaratan, hukum dapat diterima oleh masyarakat kalau hukum itu sesuai dengan kemauan

berjudul "*L' Esprit Des Lois* ":Dalam Bab VI buku itu diuraikan tentang adanya tiga jenis kekuasaan yang terpisah satu sama lain baik dari segi fungsi maupun organnya. Berbeda dengan John Locke, Montesquieu memandang kekuasaan pengadilan (yudikatif) harus dipisahkan dari kekuasaan eksekutif dan kekuasaan federatif menurut dia telah termasuk dalam kekuasaan eksekutif (Suny, 1978:6). Antara John Locke dan Montesquieu terdapat kekuasaan mengenai kekuasaan yang ketiga. Versi John Locke kekuasaan ketiga adalah "federatif, sedangkan versi Montesquieu kekuasaan ketiga adalah "judicatif

Hal yang menarik dari Montesquieu adalah pemikirannya yang memisahkan secara tajam kekuasaan pengadilan dari kekuasaan eksekutif, pemikiran itu didasarkan pada fenomena sejarah kekaisaran Romawi yang sebagian besar kaisar-kaisarnya bertindak diktator karena mereka merangkap sebagai hakim. Kaisar-kaisar yang demikian itu misalnya: Cladius, Nero, dan Areadius. Cladius dilukiskan sebagai kaisar yang merangkap hakim yang dalam satu keputusannya membenarkan segala bentuk penjarahan terhadap harta penduduk. Nero hampir sama dengan Cladius, namun ia lebih membatasi dirinya tidak mau bertindak sebagai hakim perdata. Sementara pada masa pemerintahan Areadius, dalam kapasitasnya sebagai hakim ia pernah mengeluarkan keputusan yang kontroversial bahwa setiap orang yang meninggal dianggap tidak mempunyai waris dan harta bendanya boleh dijarah. Sikap Areadius itu didorong oleh nafsu serakah dan kerakusan putra-putrinya.

Dalam perkembangannya, teori pemisahan kekuasaan tidak pernah dilaksanakan secara konsekuen. Konstitusi Amerika Serikatpun yang oleh sementara kalangan dianggap menerapkan ajaran pemisahan kekuasaan dari Montesquieu ternyata substansinya tidak memisahkan kekuasaan secara tajam. Hal ini dapat dibuktikan dengan adanya kewenangan Mahkamah Agung AS (kekuasaan judicial) untuk menjaga keseimbangan kekuasaan pemerintah federal dan pemerintah negara bagian. Tentang ini Alexis Detoqueville mengatakan (1960:79) "*a high federal court was*

kan keputusan politik tertinggi bangsa Indonesia karena setelah penyerahan Jepang itu nasib bangsa Indonesia diserahkan sepenuhnya ke tangan bangsa Indonesia. Untuk mengatur negara yang baru lahir akibat adanya keputusan politik tertinggi itu disahkan UUD 1945 tanggal 18 Agustus 1945. UUD 1945 yang disahkan tanggal 18 Agustus 1945 oleh PPKI (Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia) sebelumnya dirancang melalui dua tahapan persidangan yakni tahap pertamadari tanggal 29 Mei 1945 sampai dengan tanggal 1 Juni 1945, dan tahap kedua dari tanggal 10 Juli sld 17 Juli 1945. Berkaitan dengan hak asasi manusia dan pembagian (pemisahan) kekuasaan, dalam masa perancangan UUD 1945 itu terlihat adanya perbedaan pandangan antara Soepomo dan Hatta, dan antara Soepomo dan M. Yamin.

Sikap Soepomo yang tak setuju pencantuman hak asasi manusia dalam UUD 1945 tercermin dari ucapannya pada pidato perancangan UUD sebagai berikut:".... Hak-hak kewarganegaraan konstitusional tindak pantas dalam suatu negara, yang merupakan rakyat sendiri yang terorganisasi. Pencantumannya dalam Undang-undang dasar merupakan suatu upaya individualis, suatu kesalahan sistem" . Pandangan Soepmo dibantah oleh Hatta dengan mengatakan bahwa bilamana dalam Undang-Undang Dasar tidak ada jaminan untuk hak-hak warga negara maka negara itu akan merosot menjadi negara penguasa. Sebagai jalan tengah akhirnya disepakati, dalam UUD dimuat pokok-pokok hak asasi manusia, dan penjabarannya diatur dengan undang-undang (Yamin, 1959:232-236).

Soepomo juga tidak menyetujui Trias Politica (pemisahan kekuasaan) dicantumkan dalam UUD 1945. Ketidaksetujuannya itu dapat diketahui dari ucapannya pada saat terjadi perdebatan dengan Yamin berhubung adanya usul Yamin agar UUD yang akan dibentuk memuat pembagian kekuasaan. Dalam kesempatan itu Soepomo beranggapan bahwa UUD yang akan dibentuk tidak memuat teori Trias Politika; Lebih jauh beliau mengatakan sebagai berikut: "Menurut pendapat saya, Tua Ketua, dalam rancangan UUD ini kita memang tidak memakai sistem yang

Rasyid Ridha, seorang ulama terkemuka Islam, yang dianggap paling bertanggung jawab dalam merumuskan konsep negara Islam modern, menyatakan bahwa premis pokok dari konsep negara Islam adalah syari'ah, menurut beliau syari'ah merupakan sumber hukum paling tinggi. Dalam pandangan Rasyid Ridho, syari'ah harus membutuhkan bantuan kekuasaan untuk tujuan mengimplementasinya, dan mustahil untuk menerapkan hukum Islam tanpa adanya Negara Islam. Karena itu, dapat dikatakan bahwa penerapan hukum Islam merupakan satu-satunya kriteria utama yang sangat menentukan untuk membedakan antara suatu negara Islam dengan negara non-Islam.

Sedangkan Fazlur Rahman, tidak menyatakan secara jelas pendapatnya mengenai konsep Islam mengenai negara, memberikan definisi negara Islam secara fleksibel, tak begitu ketat dengan syarat-syarat tertentu. Fazlur Rahman menilai negara Islam adalah suatu negara yang didirikan atau dihuni oleh umat Islam dalam rangka memenuhi keinginan mereka untuk melaksanakan perintah Allah melalui wahyu-Nya. Tentang bagaimana implementasi penyelenggaraan negara itu, Fazlur Rahman tidak memformat secara kaku, tetapi elemen yang paling penting yang harus dimiliki adalah syura" sebagai dasarnya. Dengan adanya lembaga syura" itu sudah tentu dibutuhkan ijtihad dari semua pihak yang berkompeten. Dengan demikian, kata Fazlur Rahman, akan sangat mungkin antara satu negara Islam dengan negara Islam yang lain, implementasi syari'ah Islam akan berbeda, oleh karena tergantung hasil ijtihad para mujtahid di negara yang bersangkutan.

Secara spesifik dapat diidentifikasi bahwa cita hukum merupakan suatu kemauan yuridis, yaitu suatu kemauan yang mendorong setiap orang untuk membentuk peraturan-peraturan bagi masyarakat dalam hukum positif. Di sini terlihat bahwa kemauan yuridis merupakan dasar dan syarat bagi seluruh hukum positif. Kemauan yuridis ini bersifat transendental, yaitu bahwa kemauan ini berfungsi sebagai prinsip terakhir dari segala pengertian tentang hukum. Cita hukum mengandung arti bahwa pada hakekatnya hukum sebagai aturan tingkah laku masyarakat berakar pada gagasan, rasa, karsa, cipta, dan pikiran dari masyarakat itu sendiri.

Bagi bangsa Indonesia, cita hukum (*Rechtsidee*) dapat dilihat dalam Penjelasan UUD 1945 yang menyebut: Pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan mewujudkan cita hukum yang tertulis (Undang-undang Dasar) maupun hukum yang tidak tertulis. Dari penjelasan UUD 1945 ini, dapat ditarik kesimpulan bahwa istilah cita hukum atau *Rechtsidee*, pengertiannya dapat juga disebut dengan istilah hukum, yaitu pengertian atau konsep-konsep hukum menurut bangsa Indonesia. Sebab kalau diteliti dengan seksama bunyi penjelasan UUD 1945 cita hukum atau pengertian hukum Indonesia sudah ditentukan oleh filsafat hukum Pancasila. Dengan demikian apa yang disebut hukum menurut pengertian bangsa Indonesia tidak dapat disamakan begitu saja dengan pengertian hukum dari tata hukum lain.

Konsep Islam tentang Negara adalah konsep negara yang merupakan konsep yang dominan, sehingga bila membicarakan ilmu politik berarti membicarakan negara dan segala sesuatu yang berhubungan dengannya. Pada awalnya ilmu politik mempelajari masalah negara. Dengan itu, pendekatan yang muncul dalam ilmu politik adalah pendekatan legal-formal, yaitu suatu pendekatan yang memahami ilmu politik dari sudut formal legalistic dengan melihat lembaga-lembaga politik sebagai obyek studinya, termasuk didalamnya masalah negara.

- A. Rahman Zainuddin, ***Kekuasaan dan Negara***, Jakarta: Gramedia, 1992.
- Deliar Noer, ***Pemikiran Politik di Negeri Barat***, Bandung: Mizan, 1998.
- OHM Meuwissen, ***Grondrechten***, AULA, Vitgeverij Het Spectrum, Utrech/Antwerpen, 1984.
- Romli Lili, ***Islam Yes Partai Islam Yes Sejarah Perkembangan Partai-partai Islam diIndonesia***, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.
- Munawir Sjadzali, ***Islam dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah dan Pemikiran***, Jakarta: UI Press, 1990.
- Muhammad Abdul Qadir Abu Fariz, ***Sistem Politik Islam***, Jakarta: Robbani Pers, 2000.
- Abu A'la Maududi, ***Hukum dan Konstitusi: Sistem Politik Islam***, Bandung: Mizan, 1998.
- Din Syamsuddin, ***Usaha Pencarian Konsep Negara Dalam Sejarah Pemikiran Politik Islam***, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1993.
- Syahrin Harahap, ***Al-Quran dan Sekularisme: Kajian Kritis Terhadap Pemikiran Thoha Husain***, Yogyakarta: Tiara Wacana, 1994.
- Dale F. Eickelman dan James Piscatori, ***Ekspresi Politik Muslim***, Bandung: Mizan, 1998.
- Husain Muhammad, ***Islam dan Negara Kebangsaan: Tinjauan Politik***, Yogyakarta: LKiS, 2000.
- E. Ehrlich, ***Judicial Freedom of Decision It Principles and Objects***, Dalam "Reading In Jurisprudence And Legal Philosophy", Cohen And Cohen's & Philip Schuman, Little Brown & Company Boston &



**PROGRAM STUDI S1 ILMU HUKUM
FAKULTAS SYARIAH DAN HUKUM
UIN SUNAN AMPEL SURABAYA
2020**