

**MEMUNCULKAN KARAKTER HUKUM PROGRESIF
DARI ASAS-ASAS UMUM PEMERINTAHAN YANG BAIK
SOLUSI Pencarian dan Penemuan Keadilan Substantif**

Ridwan¹⁴⁰

Universitas Sriwijaya Palembang

Uncovering the progressive law's characteristics from principles of good governance: an attempt at finding substantive justice

Abstract

Principles of good governance consist of written and unwritten rules and those should serve as directives guiding government officials in the performance of their public duties. The progressive character of administrative law centred on such norms or principles of good governance developed from morality, custom and ethical values and sense of fairness. Gaps and shortcomings found in legal rules are expected to be compensated by government officials applying those well established principles. Nonetheless, in legal practice, much depend on human actors - the primary users of such legal rules and principles – and their understanding of such rules.

Key Words: Progressive Law, Principles of Good Governance, Substantive Justice

Pendahuluan

Menjalankan hukum tidak sama dengan menerapkan huruf-huruf dari peraturan begitu saja, tetapi mencari dan menemukan makna se benarnya dari suatu peraturan¹⁴¹ Dikemukakan oleh Paul Scholten, bahwa hukum memang ada dalam undang-undang, tetapi masuh harus ditemukan¹⁴² Dengan demikian, akti vitas mencari hukum dalam peraturan adalah upaya menemukan makna dan nilai yang dikandungnya. Akan tetapi, aktivitas pencarian tersebut sering terabaikan dalam menjalankan norma pemerintahan.

Itulah sebabnya, dalam banyak hal penerapan norma pemerintahan me nyisakan berbagai ketidakadilan, beban sosial dan keabsahan tindak pemerintahan itu sendiri.

Perlawanan secara konsep sional terhadap cara menjalankan hukum seperti tersebut di atas, memunculkan tawaran-tawaran berba gai konsep alternatif, seperti konsep pemerintahan yang bersih (*clean go vernment*) dan tata kelola pemerin tahan yang baik (*good governan ce*)¹⁴³. Konsep *clean government* dan *good governance*, tidak hanya menghendaki terlaksananya peme-

¹⁴⁰ Dosen Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya, Palembang-Inderalaya. Saat ini sedang mengikuti pendidikan doktor bidang ilmu hukum di Universitas Diponegoro, Semarang.

¹⁴¹ Rahardja, Satjipto. 2007. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas. Hal. 20

¹⁴² *Ibid*

¹⁴³ Konsep pemerintahan yang baik, pada awalnya tidak dikenal dalam organisasi hukum Indonesia, melainkan dikembangkan di lingkungan Perserikatan Bangsa-Bangsa, yaitu Organization for the Economic Corporation and Development (OECD). Lihat Philipus Mandiri Hadjon. "Good Governance Dalam Penyelenggaraan Daerah". Artikel dalam Meritokrasi vol. 1/2002. Lihat juga Sulistyani, Ambar Teguh, ed. 2000. "Memahami Good Government Dalam Perspektif SDM". Yogyakarta: Gava Media.

rintahan yang bersih dari korupsi, melainkan juga mencakup efisiensi, efektif, terbuka dan akuntabel.

Pemerintahan tersebut di atas, diartikan sebagai *bestuursvoering* (pelaksanaan tugas pemerintahan), sedangkan organ yang melaksanakan tugas itu disebut pemerintah¹⁴⁴. Dengan demikian, istilah pemerintahan itu memiliki dua dimensi, pertama, pemerintahan dalam arti fungsi yaitu aktivitas pemerintah, kedua, pemerintahan dalam arti organisasi (struktur) yaitu keseluruhan dari organ-organ pemerintahan. Pelaksanaan fungsi pemerintahan diwujudkan dalam berbagai macam tindakan pemerintahan, seperti keputusan-keputusan, penetapan-penetapan tertulis yang bersifat umum, dan tindakan nyata dalam rangka memelihara ketertiban dan upaya mensejahterakan masyarakat.

Berbagai instrumen pemerintahan, baik bersifat fisik maupun non fisik (yuridis) diayakgunakan dalam penyelenggaraan fungsi-fungsi pemerintahan tersebut. Instrumen pemerintahan yang bersifat fisik, seperti alat tulis, gedung, kantor, alat transportasi dan alat komunikasi, sedangkan instrumen yuridis, misalnya peraturan perundang-undangan, keputusan-keputusan, peraturan kebijaksanaan, perizinan dan instrumen hukum keperdataan¹⁴⁵.

Kekuasaan yang besar dimiliki oleh negara untuk mengurus negara dan mensejahterakan warganya, perlu diimbangi adanya jaminan perlindungan hukum bagi warga¹⁴⁶. melalui berbagai media atau institusi

keadilan. Perlindungan hukum (*rechtsbescherming*) sehubungan dengan dikeluarkannya penetapan-penetapan tertulis yang individual (*beschikking*), dapat dilakukan melalui administratif beroef dan Peradilan TUN. Keabsahan suatu *beschikking* diuji oleh Peradilan TUN atau peradilan administrasi khusus lainnya, baik dari segi kewenangan, prosedur, maupun substansi. Suatu tindakan hukum pemerintahan, seperti *beschikking*, mungkin dinilai sesuai dengan wewenang pemerintahan yang dimiliki, tetapi belum tentu cara (prosedur) penggunaan wewenangnya telah dilakukan dengan baik.

Tulisan ini bermaksud untuk menjelaskan dan mengkritisi seputar fenomena-fenomena hukum dan keadilan yang sering muncul, bahwa norma-norma hukum pemerintahan sering tidak memberikan rasa keadilan yang cukup dalam arti substantif. Padahal, terhadap tindakan pemerintahan yang menimbulkan akibat hukum – pada umumnya dalam bentuk *beschikking* – tidak cukup hanya dinilai dari perspektif *wetmatigheid*, melainkan harus didasarkan atas *rechtmatigheid*. *Setting* untuk mencapai *rechtmatigheids van bestuurs* tersebut, telah diikat oleh asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*).

Terdapat beberapa terjemahan untuk istilah *beginzellen* dan *behoorlijk*. Ada yang menterjemahkan *beginzellen* dengan prinsip-prinsip, dasar-dasar atau asas-asas, se

¹⁴⁴ HR., Ridwan. 2006. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada. Hal. 28

¹⁴⁵ *Ibid.* Hal 129

¹⁴⁶ Utama, Yos Johan. 2007. "Menggugat Fungsi Peradilan Tata Usaha Negara Sebagai Salah Satu Akses Warga Negara untuk Mendapatkan Keadilan dalam Perkara Administrasi Negara; Suatu Studi Kritis terhadap Penggunaan Asas-asas Hukum Administrasi Negara dalam Peradilan Administrasi". Dalam *Kapita Selekta Hukum Menyambut Dies Natalis Fakultas Hukum Universitas Diponegoro*. Semarang: Fakultas Hukum Undip. Hal. 106

dangkan istilah *behoorlijk* diterjemahkan dengan: yang sebaiknya, yang baik, yang layak, atau yang patut¹⁴⁷ Dalam kepustakaan administrasi Indonesia, *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* tersebut populer dengan sebutan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Sampai saat ini kata "*behoorlijk*" sering diartikan "baik", meskipun disadari bahwa "*behoorlijk*" artinya patut atau layak (dalam bahasa Inggris: *behoorlijk* = *proper*; *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* = *principles of proper administration or principles of due administration*). Dalam tulisan ini tidak mempersoalkan istilah mana yang lebih sesuai dari segi kebahasaan, namun untuk kepentingan praktis penulisan ini digunakan istilah asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) sebagai terjemahan dari *algemene beginselen van behoorlijk bestuur*.¹⁴⁸

AUPB Sebagai Norma Pemerintahan

Konsep AUPB terkait dgn upaya-upaya untuk meningkatkan perlindungan hukum (*rechtsbecherming*) bagi rakyat terhadap tindak pemerintahan yang menyimpang. Di sisi lain, seklaigus untuk mengawal agar terciptanya tindak pemerintahan (*bestuurs handelingen*) yang bersih (absah). Sandaran perlindungan

hukum bagi rakyat tidak hanya terdapat pada ketentuan hukum tertulis, melainkan juga terdapat pada ranah teks hukum yang tertulis.

Pengakuan terhadap AUPB sebagai bagian dari norma hukum pemerintahan dan perlindungan hukum warga adalah konsekuensi berkembangnya konsep negara hukum. Dalam konsep negara hukum dewasa ini, mewajibkan negara untuk menyelenggarakan kepentingan umum dalam arti yang seluas-luasnya atau disebut juga negara hukum (*welva artsstaat, welfare state*). Peran negara hukum kesejahteraan berlandaskan dalil *staats bemoeienis*, yaitu negara dan pemerintah terlibat aktif dalam mewujudkan kehidupan sosial ekonomi masyarakat (kesejahteraan umum), di samping menjaga ketertiban dan keamanan (*rust en orde*). Saat ini peran itu ditambah lagi, yaitu terselenggaranya pemerintahan yang bersih.

De Monchy, seperti dikutip oleh A. Muin, menuturkan untuk terlaksananya pemerintahan yang bersih tidak cukup hanya berpegang pada aturan normatif undang-undang, melainkan harus berpedoman pula pada asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB-penulis)¹⁴⁹. Temuan oleh Komisi de Monchy tersebut dikembangkan oleh para ahli hukum administrasi di beberapa negara, terutama di Belanda, termasuk di Indonesia. AUPB tersebut

¹⁴⁷ Periksa Lotulung, Paulus Effendi. 1994. *Himpunan Makalah Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti. Periksa pula Fahmal A. Muin. 2006. *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih*. Yogyakarta: UII Press. Periksa pula Hamidi, Jazim. 1999. *Penerapan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti. Periksa juga Pasal 53 UU No. 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

¹⁴⁸ Dikemukakan oleh van Wijck-Konijnenbelt, konsep UUPB pertama kali muncul di parlemen Belanda pada bulan April 1950. Hasil penelitian suatu Komisi yang dipimpin oleh de Monchy, mengenai *verhoogde rechtsbecherming* (peningkatan perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindak pemerintah), yaitu berupa *algemene beginselen van behoorlijk bestuur*. Periksa HR. Ridwan. Op.Cit. Hal. 243

¹⁴⁹ Fahmal, A. Muin. Op.Cit. Hal. 7

diberlakukan oleh hakim selaku kaidah dalam menguji keputusan administrasi (*beschikking*)¹⁵⁰. Dengan demikian, AUPB tidak lagi sekedar berperan sebagai asas hukum pada umumnya, tetapi berubah menjadi norma hukum yang dibuat oleh hakim melalui putusan-putusannya dalam menyelesaikan sengketa administrasi (sengketa TUN)¹⁵¹. Bagi pemerintah, AUPB merupakan kaidah hukum tidak tertulis, sebagai pencerminan nilai-nilai keadilan yang wajib diperhatikan di samping kaidah-kaidah hukum positif, demi terwujudnya pemerintahan yang baik dan bersih.

Konsep pemerintahan yang bersih bukanlah konsep normatif. Dalam bahasa hukum (normatif), konsep pemerintahan yang bersih sejajar dengan konsep (tindak) pemerintahan yang absah (*rechtmatig bestuur* atau *rechtmatigheid van bestuur*)¹⁵². Secara teknis yuridis dan teknis pemerintahan, *rechtmatigheid* bermakna (asas) keabsahan. *Rechtmatigheid van bestuur* (asas keabsahan dalam pemerintahan) mempunyai fungsi sebagai: a) norma pemerintahan bagi aparat pemerintahan; b) landasan mengajukan gugatan kepada pemerintah bagi rakyat yang dirugikan; dan c) dasar pengujian suatu tindakan pemerintah (administrasi) oleh hakim.¹⁵³

M. Laica Marzuki, dalam Sekapur Sirih dari buku yang ditulis oleh A. Muin Fahmal, berjudul Peran

Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak mengemukakan:

AUPB, tumbuh dari asas-asas umum (*algemen beginselen*) yg tidak tertulis sebagaimana lazimnya, lahir dari *bestuurspraktijk* sehari-hari. AUPB merupakan opselsom dari asas-asas hukum administrasi.

Asas hukum administrasi tersebut tidak lain dari *rechtsbeginselen*, namun dijadikan norma hukum (*rechtsnorm*) guna pengujian (*toetsing*), sehubungan dengan absah atau tidaknya suatu perbuatan ketetapan administrasi (*beschikkingsdaad van administratie*).¹⁵⁴

Unsur2 dari "behoorlijkheid", menurut G.J. Wiarda sebagaimana dikutip oleh Philipus M. Hadjon, yaitu:

1. asas "fair play" (*het beginsel van fair play*);
2. asas kecermatan (*zorgvuldigheid*);
3. asas sasaran yang tepat (*zuiverheid van oogmerk*);
4. asas keseimbangan (*evenwichtigheid*); dan
5. asas kepastian hukum (*rechtzekerheid*).¹⁵⁵

Dalam yurisprudensi di Belanda berkaitan dengan pelaksanaan *wet AROB* 1975, dikembangkan beberapa asas terkenal, yaitu:

1. asas pertimbangan (*motiveringsbeginsel*)

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Menurut UU No. 5 Tahun 1986, sebagaimana telah diubah dengan UU No. 9 Tahun 2004; sengketa tata usaha negara (TUN) adalah sengketa yang timbul dalam TUN antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat TUN, akibat dikeluarkannya keputusan TUN.

¹⁵² Philipus Mandiri Hadjon, "Fungsi Normatif Hukum Administrasi dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih". 2004. Orasi ilmiah penerimaan jabatan Guru Besar dalam Ilmu Hukum, Universitas Airlangga Surabaya, Hal. 7

¹⁵³ *Ibid.* Hal. 10

¹⁵⁴ Fahmal, A. Muin. Op.Cit. Hal. X

¹⁵⁵ Hadjon, Philipus Mandiri. 1994. "Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (*Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur*)". Dalam Lotulung, Paulus Effendi. *Himpunan Makalah Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti. Hal. 106

2. asas kecermatan (*zorgvuldigheidbeginsel*)
3. asas kepastian hukum (*rechtzekerheid beginsel*)
4. asas kepercayaan atau asas menanggapi harapan yang telah ditimbulkan (*vertrouwenbeginsel op beginsel van opgewekte verwachtingen*)
5. asas persamaan (*gelijkheidsbeginsel*)
6. asas keseimbangan (*evenredigheidbeginsel*)
7. asas kewenangan (*bevoegheidsbeginsel*)
8. asas "fair play" (*beginsel van fair play*)
9. asas larangan "detournement de pouvoir" (*het verbod detournement de pouvoir*)
10. asas bertindak sewenang-wenang (*het verbod willekeur*)¹⁵⁶

Kemungkinan masih dapat diidentifikasi beberapa unsur yang lain dari AUPB selain seperti tersebut di atas. Meskipun demikian, tidak merupakan aktivitas yang utama mengidentifikasi segi kuantitas unsur-unsur AUPB dan memang tidak dirinci dalam peraturan perundangan. AUPB ditemukan oleh hakim melalui *rechtsvinding*. Unsur-unsur dari AUPB sebagai asas-asas yang hidup (*levend*), digali dan dikembangkan oleh hakim.

Freies Ermessen – Discretionary Power

Memperbincangkan AUPB sebagai norma pemerintahan, akan terikat erat dengan penggunaan *freies Ermessen* (*discretionary power*) dalam pelaksanaan wewenang pemerintahan. Tindakan pemerintahan ber

dasarkan *freies Ermessen* tidak berpijak pada ketentuan hukum tertulis (yang jelas) atau tidak ada sama sekali teksnya secara tertulis, meski pun demikian, tindakan tersebut harus tetap terikat dengan entitas *rechtmatigheid*.

Kekuasaan pemerintahan yang semual adalah "*legis executio*" yang berarti kekuasaan itu melaksanakan undang-undang, sebenarnya tidak pernah dapat terjadi, baik dilihat dari sifat tugas pemerintahan maupun sifat undang-undang. Mengapa demikian? Hal ini disebabkan bahwa sifat tugas pemerintahan tidaklah pasif (hanya melaksanakan undang-undang), tetapi aktif menyelenggarakan ketertiban dan kesejahteraan rakyat. Demikian juga karena keterbatasan undang-undang, maka tidak ada suatu undang-undang yang dapat menjangkau seluruh aspek kehidupan masyarakat. Undang-undang sifatnya umum dan ditandai dengan ciri-ciri "*impersonal*" dan "abstrak", lalu oleh pemerintah diterapkan dalam situasi konkrit, sehingga dengan latar belakang undang-undang yang demikian melahirkan asas "*Freies Ermessen*" di dalam hukum administrasi negara.¹⁵⁷

Freies Ermessen atau kebebasan bertindak dari penguasa (*discretionary power, discretionnaire*), merupakan salah satu sarana yang memberi ruang gerak bagi pejabat TUN untuk melakukan tindakan hukum. Dalam keadaan tertentu, pejabat TUN dapat bertindak tanpa harus terikat sepenuhnya pada peraturan tertulis (undang-undang), melainkan berdasarkan ini siatif sendiri melalui *freies Ermessen*. Dalam pengertian *freies Ermessen*, bahwa pejabat TUN dapat meng

¹⁵⁶ *Ibid.* Hal. 106-107

¹⁵⁷ Hadjon, Philipus Mandiri. 1987. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*. Surabaya: PT. Bina Ilmu. Hal. 185-186.

ambil suatu keputusan berdasarkan pendapatnya yang wajar, apabila tidak terdapat sesuatu kejelasan dalam sumber hukumnya yang tertulis.

Dalam kehidupan ketatanegaraan, dimungkinkan adanya tindakan (tindak pemerintahan-penulis) yang cepat, tepat dan berfaedah, namun harus tetap dalam bingkai yuridis. Kebebasan dimaksud, di Jerman disebut dengan istilah *freies Ermessen*. Di Perancis disebut *pouvoir discretionnaire*, di Belanda disebut *vrij bestuur*. Dalam berbagai literatur lainnya digunakan istilah kebijakan atau kebebasan administrasi dan tidak termasuk ruang lingkup AUPB.¹⁵⁸

Penggunaan *freies Ermessen* tidak boleh diartikan secara berlebihan, seakan-akan pejabat administrasi (TUN) boleh bertindak sewenang-wenang dan tanpa dasar atau pun pertimbangan yang subjektif individual. Tidak berarti bahwa terhadap keputusan-keputusan yang dikeluarkan berdasarkan wewenang diskresioner itu, sama sekali tidak ada norma-norma yang berlaku terhadapnya. Norma-norma tidak tertulis yang disebut sebagai AUPB berlaku terhadap keputusan-keputusan yang diambil berdasarkan wewenang diskresioner tersebut.

Kebebasan bertindak atau kekuasaan bebas tidaklah dimaksudkan sebagai suatu kekuasaan yang tidak terbatas. Kekuasaan bebas tetap merupakan kekuasaan yang tunduk kepada hukum, setidaknya tunduk kepada norma-norma hukum tidak tertulis (AUPB). Norma-norma tersebut ditemukan dengan menelusurinya dalam teori hukum umum, dalam praktek yurisprudensi

pemerintahan maupun peradilan sehari-hari, juga dalam kesadaran akan norma-norma moral dan keadilan yang hidup di masyarakat.

Dikaitkan dengan negara Indonesia yang bertujuan untuk mensejahterakan rakyatnya, maka penggunaan *freies Ermessen* (*pouvoir discretionnaire*) harus didasarkan kepada tujuan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat. Di samping itu, penggunaan wewenang tersebut dimungkinkan sepanjang tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila (terutama asas kemanusiaan dan keadilan).

Rechtmatigheidtoetsing van Bestuur yang Progresif

Para profesional bidang hukum, seperti hakim, jaksa dan polisi, selalu mengkonseptualisasikan hukum sebagai hukum negara atau perundang-undangan. Dengan demikian, perspektif tentang dunia hukum sangat terkungkung dalam paradigma formalistik¹⁵⁹. Padahal, gambar hukum yang lengkap dan benar adalah jauh lebih kompleks daripada sekedar diyakini dan dipahami secara formalistik. Itulah sebabnya, mengapa dalam banyak kasus penegakan hukum di Indonesia banyak mengalami situasi yang mengecewakan, terutama dalam dunia peradilan. Hal demikian dilatarbelakangi (setidaknya) oleh dua hal:¹⁶⁰

1. teori hukum dipahami secara sempit yang pada gilirannya cenderung formalistik, lambat dan kekurangan kapasitas untuk beradaptasi dan mengantisipasi perkembangan aspek

¹⁵⁸ Fahmal, A. Muin. Op.Cit. Hal. 7

¹⁵⁹ Dimiyati, Khudzaifah. 2004. *Teorisisasi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*. Surakarta: Muhammadiyah University Press. Hal. 94.

¹⁶⁰ *Ibid.* Hal 95

kehidupan masyarakat yang kompleks dan progresif.

2. proses penerapan hukum yang menganut paham hukum positif telah mengesampingkan rasa keadilan masyarakat.

Cara berhukum tersebut di atas, telah terjebak dengan cara-cara berhukum positivisme yang sempit dan kurang diliputi semangat untuk mengeksplorasi pemenuhan rasa keadilan yang lebih kontekstual. Para penegak hukum lebih suka tidak perlu berpikir ekstra, tetapi cukup bersandar pada teks-teks tertulis dan prosedur yang kaku. Dikatakan oleh Achmad Ali.¹⁶¹

Yang lebih memprihatinkan lagi, karena akibat penggunaan kaca mata positivisme kaku dalam menginterpretasikan berbagai undang-undang, maka berbagai kebijakan penegak hukum maupun putusan hakim, gagal untuk menghasilkan suatu keadilan yang substansial, melainkan hanya sekedar mampu menghasilkan keadilan prosedural.

Sebenarnya positivisme tetap penting dan diperlukan, yang dalam istilah Satjipto Rahardjo, disebut sebagai alat "*logic critical thinking*", tapi jangan berhenti di situ saja, cari tujuannya. Wet atau undang-undang itu penting sebagai permulaan. Dalam perspektif ide hukum responsif dari Nonet-Selznick, menegaskan karakteristik tentang hukum yang baik:

...in this perspective good law should offer something more than procedural justice. It should be competent as well as fair; it should help define the public interest and be committed to the achievement

*of substantive justice.*¹⁶²

Berdasarkan pendapat Nonet-Selznick tersebut di atas, hukum yang baik seharusnya menawarkan sesuatu yang lebih, daripada sekedar keadilan prosedural. Hakim yg baik harus berkompeten dan juga adil; hukum semacam itu seharusnya mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen bagi tercapainya keadilan substantif. Menurut Nonet-Selznick, solusi pencapaian keadilan substantif adalah melalui cara berhukum yang responsif. *A distinctive feature of responsive law is the search for implicit values in rules and policies.*¹⁶³ Ciri khas hukum responsif adalah mencari nilai-nilai tersirat yang terkandung dalam peraturan dan kebijakan.

Pesan dan komitmen tersebut di atas, mensyaratkan, bahwa cara berhukum yang baik tidaklah cukup memadai apabila hanya disibukkan pada pemikiran-pemikiran yang semata-mata menggunakan logika-prosedural, melainkan harus dilandasi perasaan yang kontekstual. Dikatakan oleh Satjipto Rahardjo:

Berpikir dengan perasaan mempertimbangkan lingkungan atau habitat, sehingga tidak semata-mata menggunakan logika. Berpikir menjadi tidak lagi sederhana seperti berpikir logis, tetapi menjadi lebih kompleks karena mempertimbangkan faktor konteks. ...model berpikir yang memasuki dimensi kedalaman, yaitu mencari makna dan nilai tersembunyi dalam objek yang sedang ditelaah. Ini disebut berpikir spiritual atau kecerdasan spiritual.¹⁶⁴

¹⁶¹ Samekto, FX. Adjie. 2005. *Studi Hukum Kritis : Kritik Terhadap Hakim Modern*. Bandung : PT Citra Aditya Bakti. Hal. 10

¹⁶² Nonet, Philippe-Selznick, Philip. 1978. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York: Harper & Row, Publishers Inc. Hal. 73-74

¹⁶³ *Ibid.* Hal. 79

¹⁶⁴ Rahardjo. Satjipto. *Membedah Hukum ...* Hal. 19

Pada bagian lain Satjipto Rahardjo mengemukakan:

Untuk melakukan dan pemahaman hukum yang menukik, kita perlu berangkat dari keyakinan bahwa hukum itu mengandung ke dalaman tertentu daripada yang dapat dibaca dari teksnya saja. Membaca teks saja, tidak sama dengan membaca kedalaman kandungan teks tersebut.¹⁶⁵

Konteks uraian tersebut di atas, selaras dengan apa yang dikemukakan oleh Bruggink, bahwa aturan (hukum) itu berkaitan dengan keseluruhan kejadian yang tidak dapat diramalkan, sehingga dipandang lebih bijak untuk membuat aturan tetap fleksibel (lentur) dengan menggunakan pengertian yang "kabur". Hakim mengemban tugas untuk memberi isi pada pengertian yang "kabur" itu, dengan memperhitungkan keadaan konkret dari kejadian yang harus dinilai itu¹⁶⁶. Pengertian-pengertian kabur itu sangat "populer" dalam hukum, sehingga memungkinkan tatanan hukum kita menyesuaikan diri pada tatanan masyarakat yang berubah. Sebagaimana dikutip oleh Indroharto, van Wijk – Konijnenbelt menegaskan:

Tidak mungkin dilaksanakan, bahwa untuk tiap tindakan pemerintahan itu diharuskan adanya dasar legalitas yang absolut. Karena hal itu tidak akan menghasilkan apa-apa. Lagi pula apakah pembuat undang-undang mampu ber-

buat demikian? Kalaupun pembuat undang-undang mampu menyediakan dasar legalitas dalam bentuk pemberian wewenang yang bersifat umum (*blanket wetgeving*), maka hal itu bukan berarti pemberian perlindungan hukum bagi warga masyarakat, tetapi hanya sekedar memberikan legitimasi formal bagi tindakan pemerintah yang bersangkutan¹⁶⁷

Tidak dipungkiri, bahwa norma-norma hukum negara kadang-kadang tidak selalu sesuai dengan rasa keadilan/pendapat masyarakat¹⁶⁸. bahkan, hukum tidak selalu benar, ia tidak memonopoli kebenaran; hukum bisa salah¹⁶⁹. Teks undang-undang itu hanyalah sekeleton (skema) belaka dari sesuatu yang pada awalnya utuh. Keutuhan hukum menjadi hilang atau setidaknya tereduksi, begitu dituangkan dalam rumusan-rumusan bahasa. Hukum yang semula utuh dalam kepala pembuat hukum, menjadi hilang keutuhannya begitu hukum menjadi teks undang-undang.¹⁷⁰

Itulah sebabnya, penerapan ketentuan hukum positif terhadap suatu realitas seringkali menghadapi persoalan kepastian hukum dan keadilan. Bahkan bukan itu saja, seringkali norma-norma hukum negara dapat menjadi beban bagi masyarakat lokal. Seperti yang dikatakan oleh Bernard L. Tanya, hukum nasional dapat menjadi beban bagi budaya lokal. Hukum nasional tidak

¹⁶⁵ Rahardjo, Satjipto. "Memunculkan Kekuatan Hukum", bacaan mahasiswa Program Doktor Undip untuk mata kuliah Ilmu dan Teori Hukum. No. 27/2008. Hal. 4

¹⁶⁶ Bruggink, J.J.H. 1996. *Recht Reflecties*. Alih Bahasa, Arief Sidharta. Bandung: PT Citra Aditya Bakti. Hal. 64

¹⁶⁷ Indroharto. 1994. *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Buku I*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan. Hal 104

¹⁶⁸ Indrati, Maria Farida. 2007. *Ilmu Perundang-undangan: Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*. Buku I. Yogyakarta: Kanisius. Hal. 19.

¹⁶⁹ Rahardjo, Satjipto. *Biarkan Hukum Mengalir; Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas. Hal. 9

¹⁷⁰ Rahardjo, Satjipto. *Mendudukan Undang-Undang Dasar: Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro. Hal. 54

selalu *compatible* dengan budaya lokal, sehingga dapat menimbulkan goncangan dan beban bagi tertib lokal yang tepat guna¹⁷¹. Padahal, manusia tidak bisa hidup di luar ke tertiban, tetap tetap bisa hidup tanpa menggunakan hukum modern. Lagi pula, tiap komunitas sesuai dengan kearifannya akan membangun ketertibannya sendiri.¹⁷²

Dalam konteks hukum yang responsif (Nonet-Selznick) atau hukum yang progresif (Satjipto Rahardjo), pekerjaan hakim menjadi lebih kompleks. Seorang hakim bukan hanya teknisi UU, tetapi juga makhluk sosial. Karena itu, pekerjaan hakim sungguh mulia karena ia bukan hanya memeras otak, tetapi juga nuraninya¹⁷³. Dalam arti yang sesungguhnya, hakim dalam menjalankan tugasnya mengadili merupakan pergulatan batin, pergulatan kemanusiaan.¹⁷⁴

Kembali kepada perbincangan tentang discretionary power tadi, bahwa di Indonesia cukup lama berkembang dan diyakini suatu paradigma, bahwa tindak pemerintahan berdasarkan *discretionary power* tidak termasuk ranah pengujian "*rechtmatigheid*". Hal tersebut dianggap sepenuhnya wewenang "eksklusif" pejabat (administrasi) dengan jargon, "itu tindakan kebi-jaksanaan pejabat, wewenang sepenuhnya pejabat tersebut". Dengan dikembangkannya AUPB maka paradigma lama tersebut dapat dipertahankan lagi.

Kekuasaan bebas (*discretionary power, discretinaire bevoegdheid*) yang semula seakan-akan tidak terjamah oleh *rechtmatigheidstoeting* sudah lama ditinggalkan. Kriteria umum (*juridische criteria*) yang digunakan untuk menilai segi *rechtmatigheid* kekuasaan bebas itu, di Belanda disebut "*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*", di Perancis disebut "*principes généraux du droit publique*", di Belgia disebut "*algemene rechtsbeginselen*" dan di Jerman termasuk lingkungan "*Vervassungsprinzipien*"¹⁷⁵ Dikatakan oleh de Moor-van Vugt:

*Du rol van juridische die aan de uitoefening van discretinaire bevoegdheid gestald worden, wordt in het Nederlandse administratieve recht vervuld door algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zij zijn tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van administratieve rechter, die ze hanteert als toetsingsnorm bij de controle van individuele besluiten.*¹⁷⁶

Peran dari kriteria yuridis bagi pelaksanaan wewenang pemerintahan, melalui AUPB tersebut, berkembang di dalam peradilan oleh hakim administrasi, ia dipakai sebagai norma penguji pada pengawasan terhadap keputusan TUN. Pada perkembangan selanjutnya malah timbul kesadaran, bahwa peran tersebut tidak hanya berfungsi sebagai norma penguji, tetapi juga sebagai norma bagi pemerintah untuk melaksanakan wewenangnya.

¹⁷¹ Bernard L. Tanya. "*Beban Budaya Lokal Menghadapi Hukum Negara: Analisis Budaya Atas Kesulitan Sosio-Kultural Orang Sabu Menghadapi Regulasi Negara*". Ringkasan Disertasi, Program Doktor Undip, Semarang, 2000. Hal. llii

¹⁷² Rahardjo, Satjipto. *Biarkan Hukum Mengalir....* Hal. 12.

¹⁷³ Rahardjo, Satjipto, *Membedah Hukum ...* Hal. 56.

¹⁷⁴ *Ibid.* Hal. 91-92

¹⁷⁵ Hadjon, Philipus Mandiri. *Asas-asas Umum Pemerintahan ...* Hal. 105

¹⁷⁶ de Moor, A.C.J. – van Vugt. 1987. *Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur en Buitenlandse Equivalenten*. W.E.J. Tjeenk Willink-Zwolle. Hal 13

Suatu keputusan pemerintah yang bertentangan dengan AUPB, berarti bertentangan dengan peraturan hukum. Secara ringkas dikatakan, bahwa istilah AUPB sebenarnya dimaksudkan sebagai peraturan hukum tidak tertulis pada pemerintahan¹⁷⁷. Dengan demikian, AUPB harus dipandang sebagai norma hukum tidak tertulis yang senantiasa harus ditaati oleh pemerintah. Dikatakan oleh Philipus M. Hadjon, perbuatan penguasa (dengan memperhatikan asas keserasian yang bertumpu atas dasar kerukunan) tidak hanya dinilai berdasarkan norma-norma yang "*zakelijk*" tetapi juga dinilai berdasarkan kepatutan yang berlaku dalam masyarakat.¹⁷⁸ AUPB digali dan ditemukan dari unsur susila, didasarkan pada moral sebagai hukum riil, bertalian erat dengan etika, kesopanan dan kepatutan. Dikatakan oleh Tamanaha: *that law is a mirror of society that functions to maintain social order ... The norms of law are derived from and reflect the customs and morality of society.*¹⁷⁹

Paralel dengan pendapat Tamanaha tersebut di atas, bahwa dalam menggunakan wewenang pemerintahan tidak hanya menuntut penggalan AUPB yang lebih bersifat universal, tetapi juga membuka ruang dalam tatanan yang lebih pluralistik, seperti halnya dalam masyarakat Indonesia yang majemuk. Dengan demikian, pencarian dan penemuan keadilan yang substantif bagi perlindungan hukum terhadap tindak pemerintahan, dapat didasarkan pada nilai-nilai kearifan-kearifan lokal. Hal ini selaras

dengan ungkapan Satjipto Rahardjo dalam suatu perkuliahan, yaitu "*the truth of law is the legal system is rooted in peculiar form of social life. Bentuk social life itu selalu peculiar, khas.*"

Penilaian keabsahan terhadap tindak pemerintahan tidak hanya tentang hasilnya, melainkan juga tentang caranya. Penilaian di bidang ilmu hukum administrasi adalah menyangkut segi-segi kewajaran dan keadilan. Dengan cara demikian, maka guncangan dan beban bagi terhadap tertib lokal, sebagaimana yang dirisaukan Bernard L. Tanya, sehubungan dengan keberlakuan hukum positif negara, dapat diantisipasi dan dihindarkan seminimal mungkin.

AUPB Versi Hukum Indonesia

AUPB akan selalu berkembang sesuai dengan perkembangan kesadaran hukum masyarakat. Oleh karena sifat AUPB yang "*levende beginselen*" dan berkembang menurut praktek khusus melalui putusan pengadilan, maka tidak ada daftar khusus berapa jumlah asas-asas dari AUPB tersebut secara pasti. Satjipto Rahardjo, dengan menunjuk pendapat Paton, mengungkapkan:

Asas hukum merupakan unsur yang penting dan pokok dari peraturan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum. Berarti bahwa peraturan hukum itu pada akhirnya dapat dikembalikan pada asas-asas tersebut. Kedua, ia merupakan *ratio legis* atau alasan bagi lahirnya peraturan hukum.¹⁸⁰

¹⁷⁷ H.R. Ridwan. Op. Cit. Hal. 249

¹⁷⁸ Hadjon, Philipus Mandiri. *Perlindungan Hukum ...* Hal. 193

¹⁷⁹ Tamanaha, Brian Z. 2001. *A General Jurisprudence of Law and Society*. New York: Oxford University Press Inc. Hal. Xii

¹⁸⁰ Rahardjo, Satjipto. 2004. *Ilmu Hukum: Pencarian, Pembebasan dan Pencerahan*. Bandung: Citra Aditya Bakti. Hal. 45

Dikatakan oleh Bruggink, asas hukum mengemban fungsi ganda: yaitu sebagai fondasi dari sistem hukum positif dan sebagai batu uji kritis terhadap suatu sistem positif.¹⁸¹

Asas hukum adalah abstraksi dari peraturan hukum karena mengandung pengertian yang lebih luas dan lebih umum jangkauannya daripada peraturan hukum. Asas hukum inilah yang memberi makna etis kepada peraturan-peraturan hukum, karena ia terwujud dari nilai-nilai etis yang dijunjung tinggi. Dengan perkataan lain, asas hukum merupakan "jembatan" antara peraturan hukum dan pandangan etis masyarakatnya. Menjadi rancu tatkala penjelasan Pasal 53 ayat (2) Undang-Undang No. 9 Tahun 2004 menyatakan, bahwa yang dimaksud dengan AUPB adalah:¹⁸²

1. asas kepastian hukum;
2. asas tertib penyelenggaraan negara;
3. asas keterbukaan;
4. asas proporsionalitas;
5. asas profesionalitas; dan
6. asas akuntabilitas

Dijelaskan pula bahwa AUPB tersebut adalah sama dengan asas-asas umum penyelenggaraan negara (AUPN) versi Undang-Undang No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme.

Jika unsur AUPB (AUPN versi UU No. 28 Tahun 1999) telah dirumuskan dalam suatu undang-undang, maka karakter "asas" ter-

sebut telah berubah menjadi kaidah (norma) hakim tertulis. AUPB versi hukum Indonesia itu tidak persis lagi sebagai AUPB sebagaimana yang dikonsepsikan sebagai kaidah yang tidak tertulis (merupakan pemikiran yang umum dan abstrak), tetapi sebagai aturan hukum yang konkret karena telah tertuang secara tertulis dalam pasal undang-undang.

Pemuatan unsur-unsur AUPB dalam suatu undang-undang, merupakan hal yang tidak lazim, seyogyanya cukup dengan memuat istilah AUPB saja. AUPB tidak dirinci dalam peraturan perundang-undangan, melainkan ditemukan oleh hakim melalui "*rechtsvinding*". Penemuan hukum (*rechtsvinding*)¹⁸³, merupakan wilayah kerja hukum yang sangat luas cakupannya. Penemuan hukum oleh hakim tidak semata-mata menyangkut penerapan peraturan hukum terhadap peristiwa konkret, tetapi juga penciptaan hukum dan pembentukan hukumnya sekaligus.

Penutup

Tiap tindakan pemerintahan selalu didasari atas hukum yang diproyeksi untuk mensejahterakan dan membahagiakan warga. Segi *rechtsvinding* untuk tindak pemerintahan yang bersih, telah terkawal oleh norma-norma hukum, nilai-nilai etik, dan nilai-nilai filosofis. Kekurangan dari norma hukum pemerintahan yang tertulis, dicukupkan dengan norma hukum tidak tertulis (AUPB). Dengan demikian, keab-

¹⁸¹ Bruggink, J.J.H. *Rechts Reflecties ...* Hal. 133

¹⁸² Alasan untuk mengajukan gugatan ke Pengadilan TUN menurut Pasal 53 ayat (2) UU No. 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas UU NO. 5 Tahun 1986, yaitu karena keputusan TUN yang dimaksud :
a. bertentangan dengan peraturan perundangan;
b. bertentangan dengan AUPB

¹⁸³ Hamidi, Jazim. 2005. *Hermeneutika Hukum*. Yogyakarta: UII Press. Hal. 51

sahan tindakan pemerintahan selalu dapat diuji dan dinilai dari segi normatif, bahkan secara progresif diuji dengan AUPB.

Jika dalam praktek menjalankan norma pemerintahan dan penegakannya, termasuk dalam arti *rechtsvinding*, belum mencerminkan tindakan pemerintahan yang bersih dan perlindungan hukum yang berkeadilan secara substantif, adalah semata-mata persoalan cara berhukumnya yang keliru atau salah. Dalam pandangan Satjipto Rahardjo, sesungguhnya persoalan-persoalan yang kemudian timbul itu pada hakikatnya juga diciptakan oleh manusia dan merupakan ulah manusia itu sendiri.¹⁸⁴ Karena pada dasarnya, hukum tentang tindak pemerintahan dan hukum tentang penilaian tindak pemerintahan (oleh hakim), sebenarnya sudah baik. Sementara itu, AUPB memiliki karakter progresif, tapi manusia yang menjalankan hukum itu banyak yang membengkokkan, bahkan mematahkan progresivitas norma pemerintahan tersebut.

Dari contoh praktek pelaksanaan administrasi di negara-negara bekas jajahan Inggris di Afrika, sebagaimana diungkap oleh Robert B. Siedman, merupakan fakta yang mendukung tesis di atas. Di masa kolonial Inggris, hukum administrasi dijalankan dengan penuh dedikasi dan kesetiaan oleh para *civil servant* kerajaan Inggris, sehingga kelemahan dalam hukum administrasi ditutup oleh sikap dedikasi dan kesetiaan pelaksananya. Tetapi, sejak administrasi tersebut diserahkan kepada bangsa Afrika pasca-ke-merdekaan, semuanya berubah dan merosot, meskipun hukum yang

dijalankan masih sama yang itu juga.¹⁸⁵ Jelaslah bahwa hukum itu tidak bisa dilepaskan dari faktor dan kualitas manusia yang menjalankannya.

Pada akhirnya, manusia sendiri lah yang menentukan bagaimana ia akan berhukum. Oleh karena itu, hukumnya jangan dijadikan kambing hitam atas semua keburukan menjalankan wewenang pemerintahan, melainkan terletak pada oknum manusia yang menjalankan wewenang tersebut yang tidak *verstehen* (mengerti, memahami secara kontekstual), atau pura-pura tidak *verstehen* atau tidak amanah.

DAFTAR PUSTAKA

- Bruggink, J.J.H. 1996. *Recht Reflecties*. Alih bahasa Arief Sidharta. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- de Moor, A.C.J. – van Vugt. 1987. *Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur en Buitenlandse Equivalenten*. Zwolle. W.E.J. Tjeenk Willink.
- Dimiyati, Khudzaifah. 2004. *Teorisasi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*. Surakarta: Muhammadiyah University Press.
- Fahmal A. Muin. 2006. *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih*. Yogyakarta: UII Press.
- HR., Ridwan. 2006. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada
- Hadjon, Philipus Mandiri. 1987.

¹⁸⁴ Rahardjo, Satjipto. *Biarkan Hukum Mengalir ...* Hal. 20

¹⁸⁵ *Ibid.* Hal. 19

- Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia.*
Surabaya: PT. Bina Ilmu..
- Hadjon, Philipus Mandiri. 1994. *Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (Algemene Begiselen van Behoorlijk Bestuur)*". Dalam Lotulung, Paulus Effendi. *Himpunan Makalah Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik.* Bandung: PT Citra Aditya Bakti
- Hadjon, Philipus Mandiri. 1994. *Fungsi Normatif Hukum Administrasi dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih.* 2004. Orasi ilmiah penerimaan jabatan Guru Besaar dalam Ilmu Hukum, Universitas Airlangga Surabaya
- Hadjon, Philipus Mandiri. *Good Governance Dalam Penyelenggaraan Daerah.* Artikel dalam Meritokrasi vol. 1/2002
- Hamidi, Jazim. 1999. *Penerapan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia.* Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Indroharto. 1994. *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Buku I.* Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- Indrati, Maria Farida. 2007. *Ilmu Perundang-undangan: Jenis, Fungsi dan Materi Muatan.* Buku I. Yogyakarta: Kanisius.
- Lotulung, Paulus Effendi. *Himpunan Makalah Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik.* Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Nonet, Philippe-Selznick, Philip. 1978. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law.* New York: Harper & Rfow, Publishers Inc.
- Rahardjo, Satjipto. 2004. *Ilmu Hukum: Pencarian, Pembebasan dan Pencerahan.* Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Rahardjo, Satjipto., 2007. *Biarkan Hukum Mengalir; Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum,* Jakarta: Penerbit Buku Kompas.
- Rahardjo, Satjipto. 2007. *Membedah Hukum Progresif.* Jakarta: Penerbit Buku Kompas.
- Rahardjo, Satjipto. *Memunculkan Kekuatan Hukum,* bacaan mahasiswa Program Doktor Undip untuk mata kuliah Ilmu dan Teori Hukum. No. 27/2008..
- Rahardjo, Satjipto. 2007 *Mendudukan Undang-Undang Dasar: Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum,* Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro
- Sulistiyani, Ambar Teguh, ed. 2000. *Memahami Good Government Dalam Perspektif SDM,* Yogyakarta: Gaya Media.
- Tamanaha, Brian Z. 2001. *A General Jurisprudence of Law and Society.* New York: Oxford University Press Inc.

Utama, Yos Johan. 2007.
*Menggugat Fungsi Peradilan
Tata Usaha Negara Sebagai
Salah Satu Akses Warga
Negara untuk Mendapatkan
Keadilan dalam Perkara
Administrasi Negara; Suatu
Studi Kritis terhadap
Penggunaan Asas-asas*

*Hukum Administrasi Negara
dalam Peradilan
Administrasi. Dalam Kapita
Selekta Hukum Menyambut
Dies Natalis Fakultas Hukum
Universitas Diponegoro.
Semarang: Fakultas Hukum
Undip.*