

**PERANAN HUKUM DALAM PERTANGGUNG-JAWABAN PERBUATAN
PEMERINTAHAN (*Bestuurshandeling*) Suatu kajian dalam
Kebijakan Pembangunan Hukum**

Winahyu Erwiningsih, SH.,MHum.

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta

Abstract

Existence of responsibility principle of government is one of balancing factors among the position of government and the people on the exercising of state administration. The government has its authority to regulate, tax picking, enforcing law, apply sanction, and so fort, those are various "authority" in the process of achieving state goals. Meanwhile, the people have rights to gain law protection against governmental action that may cause disadvantage. This principle provides sufficient space for people participation that is necessary in democratic government. Consistent and consequent implementation of the government responsibility, in turn can increase the prestige of the government and acknowledgment of the people for their government.

Kata kunci:pemerintahan yang bertanggung jawab, masyarakat madani

Pendahuluan

Reformasi hukum merupakan salah satu amanat penting dalam rangka pelaksanaan agenda reformasi nasional. Di dalamnya tercakup agenda penataan kembali berbagai institusi hukum dan politik mulai dari tingkat pusat sampai pada tingkat pemerintahan desa, pembaharuan berbagai perangkat peraturan perundang-undangan mulai dari UUD sampai ke tingkat Peraturan Desa dan pembaruan dalam sikap, cara berpikir dan berbagai aspek perilaku masyarakat hukum kearah kondisi yang sesuai dengan tuntutan perkembangan zaman. Dengan perkataan lain dalam agenda

reformasi hukum telah tercakup pengertian reformasi kelembagaan (*institutional reform*), reformasi perundang-undangan (*instrumental reform*), dan reformasi budaya hukum (*cultural reform*).

Reformasi hukum harus pula dimulai dari kondisi pemerintah yang baik. Pemerintahan yang sehat dan tegas akan mendukung apapun langkah reformasi yang diamanatkan. Pemerintah sebagai subjek hukum yang berarti pula dapat melakukan perbuatan hukum, maka pemerintah sangat berpotensi melakukan penyimpangan atau pelanggaran hukum. Mengapa demikian? Menurut James Madison, dalam tulisannya yakni *Federalist Papers* menyatakan “*if men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men neither external nor internal controls on government would be necessary*”.¹

Pemerintahan adalah berkenaan dengan sistem, fungsi, cara perbuatan, kegiatan, urusan atau tindakan memerintah yang dilakukan atau diselenggarakan atau dilaksanakan oleh ‘pemerintah’ dalam arti luas (semua lembaga Negara) maupun dalam arti sempit (presiden beserta jajaran atau aparaturinya). Eksekutif adalah cabang kekuasaan Negara yang melaksanakan kebijakan publik (kenegaraan dan atau pemerintahan) melalui peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan oleh lembaga legislatif maupun atas inisiatif sendiri.

Secara teoretis, presiden atau Pemerintah memiliki dua kedudukan yaitu sebagai salah satu organ negara dan sebagai administrasi negara. Sebagai organ negara pemerintah bertindak untuk dan atas nama negara. Sedangkan sebagai administrasi negara, pemerintah dapat bertindak baik di lapangan pengaturan (*regelen*) maupun di lapangan pelayanan (*bestuuren*).²

‘Administrasi’ (Negara) adalah badan atau jabatan dalam lapangan kekuasaan eksekutif yang mempunyai kekuasaan mandiri berdasarkan hukum untuk melakukan tindakan-tindakan pemerintahan baik di lapangan pengaturan, maupun penyelenggara-

¹ Asep Warlan Yusup, 2002, *Pemerintahan Berdasar Atas Hukum*, Artikel.

² Iskatinah, Pelaksanaan Fungsi Hukum Administrasi Negara Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Baik, Litbang Pertahanan Indonesia, Balitbang DepHan 2004.

an administrasi negara³

Kembali pada pernyataan bahwa setiap orang selalu dapat melakukan kesalahan, maka diperlukan suatu pengawasan baik internal maupun eksternal. Salah satu instrumen pengawasan itu adalah melalui dan oleh hukum, dan karena secara konstitusional pemerintah adalah pemegang otoritas membentuk dan melaksanakan hukum, maka patut diwaspadai segala sesuatu yang berpotensi untuk terjadinya pelanggaran hukum oleh pemerintah.

Secara umum kelaziman pelanggaran hukum oleh pemerintah itu menurut Felix A. Nigro dapat dikategorikan dalam 9 bentuk pelanggaran yaitu:⁴ (a) Ketidakjujuran (*dishonesty*); (b) Berperilaku tidak etis (*unethical behavior*); (c) Mengesampingkan hukum (*overriding the law*); (d) Memperlakukan pegawai secara tidak patut (*unfair treatment of employees*); (e) Melanggar prosedur hukum (*violations of procedural due process*); (f) Tidak menjalin kerjasama yang baik dengan pihak legislatif (*failure to respect legislative intent*); (g) Pemborosan dalam penggunaan sumber daya (*gross inefficiency*); (h) Menutup-nutupi kesalahan yang dilakukan oleh aparatur (*covering up mistakes*); (i) Kegagalan untuk melakukan inisiatif dan terobosan yang positif (*failure to show initiative*).

Pengedepanan aturan hukum adalah pilihan yang paling rasional guna mencegah terjadinya berbagai penyimpangan tersebut. Secara singkat dapat dikatakan bahwa segala aktivitas pemerintah harus tetap dalam kendali pengawasan yang memadai (*adequate*). Keberadaan pemerintah yang selalu dalam pengawasan mengandung makna bahwa pemerintah harus tunduk pada hukum.

Upaya yang dapat dilakukan untuk meningkatkan penye-

³ Untuk memperoleh gambaran yang lebih luas tentang istilah pemerintah dan pemerintahan, maka dalam Blacks Law Dictionary, diartikan bahwa : *Government, from the Latin Gubernaculum, signifies the instrument, the helm, whereby the ship to which the state was compared, was guided on its course by their "gubernator" or helmsman, and agency of state distinguished as it must be an accurate thought from its scheme and machinery of government. In US Government consist, of the executive, legislative, judicial branches, in addition to administrative agencies. Selanjutnya dikatakan bahwa yang dimaksud dengan 'executive' adalah 'as distinguished from the legislative and judicial departments (i.e branches) of government, the executive departments is that which is charged with details of carrying the laws into effect and securing their due observance'.*

⁴ Felix A. Nigro dan Lioud g.Nigro, *Modern Public Administration*, Harper and Row, Publisher, Third Edition, 1973, hlm 396-403

lenggaraan pemerintahan adalah antara lain dengan mengefektifkan pengawasan baik melalui pengawasan lembaga peradilan maupun masyarakat serta berdasarkan asas-asas umum pemerintahan yang baik.⁵

Pelaksanaan pemerintahan yang baik pada gilirannya juga akan membuat masyarakat memperoleh dan merasakan ketentraman lahir batin, berupa: (a) Kelangsungan hidup dan pelaksanaan hak tidak tergantung pada kekuatan fisik dan non fisik; (b) Sepanjang tidak melanggar hak dan merugikan orang lain maka masyarakat dapat secara bebas menjalankan apa yang diyakininya sebagai kebenaran, serta dapat secara bebas pula mengembangkan bakat dan kesenangannya; (c) Merasakan di-perlakukan secara wajar, berperikemanusiaan, adil dan beradab sekalipun melakukan kesalahan.

Demi menjamin dan memberikan landasan hukum bahwa perbuatan pemerintahan (*bestuurshandeling*) yang dilakukan oleh pemerintah sebagai suatu perbuatan yang sah (*legitimate dan justified*), dapat dipertanggungjawabkan (*accountable and responsible*) dan bertanggung jawab (*liable*), maka setiap perbuatan pemerintahan itu harus berdasarkan atas hukum yang adil, bermartabat dan demokratis.

Perkembangan masyarakat akhir ini, memaksa sistem politik yang dahulu mencengkeram dengan keras untuk menyesuaikan diri dengan penghormatan kepada hak-hak asasi manusia. Sistem politik yang demokratis menuntut suatu kekuasaan kehakiman yang merdeka yang tentunya juga memiliki kualitas dan pengawasan yang baik. Perkembangan ini secara langsung juga merupakan tuntutan dunia internasional untuk mengurangi inefisiensi dari pemerintahan yang sentralisasi dan kebutuhan kepastian hukum dalam melaksanakan kinerja ekonomi. Kondisi pemerintahan telah memperlihatkan ketidaktegasaan *policy* pemerintah dalam

⁵ Analisis ini dikaji berdasarkan pendapat Philipus Hadjon, tentang *detournement de pouvoir* yang dikaitkan dengan konsep Welfare State bahwa tugas utama pemerintah dalam hal ini adalah memberikan pelayanan terhadap masyarakat, akan tetapi dalam konsep ini tindakan pemerintah tidak harus berdasarkan asas legalitas sehingga kembali pada konsep *Freies Ermessen* yang memberikan kebebasan pemerintah dalam kewenangannya guna menjalankan tugas penyelenggaraan kepentingan umum.

memberikan pengawasan terhadap para aparat penegak hukum dalam memberantas korupsi dan kejahatan lain yang berkaitan dengan kerugian negara.⁶ Kenyataan menunjukkan bahwa seringkali hukum hanya dipergunakan sebagai alat untuk mengatur rakyat belaka dan jarang dijadikan acuan bagi diri sendiri oleh pemerintah dan pemegang kekuasaan lainnya. Hal inilah yang pertama-tama harus disadari oleh semua pihak agar dapat mencapai kondisi kenegaraan yang mapan dan rakyat sejahtera yakni bahwa hukum harus diperlakukan sebagai panglima dalam negara hukum.⁷

Hukum Memerlukan Kekuasaan

Hukum dan kekuasaan harus seimbang dalam pelaksanaannya sehingga pemerintahan yang berdasarkan hukum tetap harus mengutamakan demokrasi. Demokrasi adalah seperangkat gagasan dan prinsip tentang kebebasan, tetapi menyangkut seperangkat praktek dan prosedur yang terbentuk melalui sejarah panjang dan berliku-liku. Semua demokrasi adalah seperangkat sistem yang dalam hal ini warga bebas mengambil keputusan melalui kekuasaan mayoritas.⁸

Kekuasaan yang mayoritas tidak selamanya demokratis, karena dalam demokrasi, kekuasaan mayoritas juga digandengkan dengan hak asasi manusia, yang berarti juga harus menghormati hak minoritas. Penghormatan hak minoritas berarti melaksanakan supremasi hukum, hal ini perlu disadari karena pembangunan selama ini belum sepenuhnya mampu memberikan kesejahteraan yang adil bagi seluruh lapisan masyarakat dan belum berpihak pada minoritas. Kekuasaan yang ada pada pemerintah itu pada dasarnya tidak baik dan juga tidak buruk, tergantung dari siapa mempunyai kekuasaan itu sendiri, akan tetapi karena sifat-sifat dan hakikat kekuasaan itu cenderung untuk diselewengkan (*power*

⁶ Paul Suparno, 2003, *Memberantas Budaya Korupsi Lewat Pendidikan*, Kompas.

⁷ Herkristuti Herkrisnowo, 2003, *HAM Dalam Kerangka Integrasi Nasional Dan Pembangunan Hukum*, Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia.

⁸ Nuri Rismawati, 2004, *Fenomena Transisi Demokrasi di Indonesia*, Renaissance, Politik Research and Studies dan Kabid Sosial Ekonomi IMM FISIP UMM, Sulawesi Utara.

tends to corrupt), maka perlu ada batas-batasnya.⁹ Untuk itulah dibutuhkan hukum yang efektif sebagai pengatur kekuasaan. Seorang pemegang kekuasaan harus memiliki semangat mengabdikan kepada kepentingan umum (*sense of public service*). Inilah inti dari pengertian bahwa kekuasaan (pemerintahan) itu harus tunduk pada hukum.

Negara konstitusional adalah negara yang kehidupannya didasarkan pada konstitusi yang bersifat nasional dan demokratis. Suatu konstitusi dikatakan bersifat nasional bila konstitusi itu dilandasi kesadaran bernegara. Dalam pada itu konstitusi dikatakan demokratis bila konstitusi itu didasarkan pada kesepakatan rakyatnya yang berarti kekuasaan kenegaraan tertinggi ada di tangan rakyat¹⁰

Konstitusi yang merupakan norma fundamental negara (*staatsfundamentalnorm*) yang merupakan rujukan bagi semua aturan hukum di bawahnya dan sebagai perwujudan kedaulatan rakyat yang di dalamnya, telah mengandung keseluruhan sistem ketatanegaraan dari suatu negara yang berupa kumpulan peraturan yang mengatur, membentuk dan memerintah dalam pemerintahan negara.¹¹ Oleh karena itu rujukan norma fundamental ini harus dijadikan amanat yang harus dilaksanakan demi perwujudan tampilan pemerintah yang bertanggung jawab. Dengan demikian, pelbagai tindakan ketidakadilan yang melilit kehidupan manusia, dapat segera diakhiri.¹²

Efektivitas proses penggunaan kekuasaan yang tunduk pada hukum itu, pada akhirnya akan menjadi penilaian kerja bagi aparat

⁹ Bangsa ini perlu belajar dari Sudan, yang telah mengadili 164 tersangka yang di antaranya adalah sejumlah pejabat pemerintah atas tuduhan melakukan pelanggaran antara lain pemerkosaan dan pembunuhan di wilayah Darfu Sudan Barat yang dililit peperangan, demikian laporan sejumlah media pemerintah. Pengumuman itu menyebar ketika Dewan Keamanan PBB sedang mempersiapkan debat satu resolusi rancangan Perancis yang merujuk pada 51 tersangka yang diidentifikasi tim penyelidikan PBB untuk disidangkan atas tuduhan kejahatan perang kepada Pengadilan Kejahatan Internasional di Den Haag. www.yourcompany.com

¹⁰ Sugeng Istanto, 1998, *Konstitusionalisme dan Undang-Undang Politik*.

¹¹ Dwi S. Nugroho, 2002, *Problem Amendemen UUD 1945 dan Gagasan Dibentuknya Komisi Konstitusi*, sebagaimana mengutip pendapat dari Slamet Effendi Yusuf dan Umar Basalim, Artikel.

¹² Kotan. Y. Stefanus, 2004, *Potert HAM Dalam Sektor Publik*.

dan instansi pemerintahan, oleh karena itu agar norma hukum dapat berjalan secara efektif serta efisien, maka perlu dicermati beberapa kriteria yang tampaknya dapat dijadikan parameter yang memadai bagi hukum yang memiliki tingkat penegakannya (*enforceability*) yang tinggi. Beberapa kriteria tersebut antara lain adalah sebagai berikut: (1) *Necessity*, bahwa hukum harus diformulasikan sesuai dengan kebutuhan sistematis dan terencana; (2) *Adequacy*, bahwa rumusan norma hukum harus memiliki tingkat dan kadar kepatian yang tinggi; (3) *Legal Certainty*, bahwa hukum harus memiliki tingkat kadar kepastian hukum yang tinggi; (4) *Clearly*, bahwa hukum harus benar-benar memuat kaidah-kaidah dengan jelas dan nyata, tidak samar dan tidak menimbulkan penafsiran; (5) *Actuality*, bahwa hukum harus mampu menyesuaikan diri dengan perkembangan masyarakat dan zaman, tanpa mengabaikan kepastian hukum; (6) *Feasibility*, bahwa hukum harus memiliki kelayakan yang dapat dipertanggungjawabkan terutama berkenaan dengan tingkat penataannya; (7) *Verifiability*, bahwa hukum yang dikerangkakan harus dalam kondisi yang siap uji secara objektif; (8) *Enforceability*, bahwa hukum pada hakikatnya terus memiliki daya paksa agar ditaati dan dihormati; (9) *Provability*, bahwa hukum harus dibuat sedemikian rupa agar mudah dalam pembuktian.¹³

Kriteria tersebut di atas memberikan kesimpulan bahwa kaidah-kaidah hukum memiliki kekuatan-kekuatan hukum yakni kemampuan untuk mengikat akibat-akibat hukum pada peristiwa-peristiwa hukum. Keberlakuan hukum tidak menunjuk pada kekuatan fisik yang asli melainkan tetap berlandaskan kepada suatu struktur yuridis tersendiri yang tidak dijabarkan dari sesuatu yang lain. Hal ini ditentukan oleh sifat normatif dari aspek hukum yang mempertunjukkan suatu sifat yuridis yang khas yakni kesatuan yuridis normatif.

¹³ Bandingkan dengan tulisan Jong P, *Handhaafbaar Milieurecht (Enforceable Environment Law)*, Deventer W.E.J Tjeenk Willink, 1977. Juga tulisan Hawkins, K, *Environment and Enforcement, Regulations and this Social Definitions of Pollution*, Oxford: Clarendon Press, 1984, hlm 32-33.

Hukum Dijadikan “Dalih” dalam Pembangunan

Dalih “demi pembangunan”, selalu dijadikan alasan dalam praktek pemerintahan, demi mengesampingkan hukum. Tidak sedikit orang yang beranggapan bahwa pembangunan itu merupakan suatu usaha untuk meningkatkan kehidupan ekonomi, politik, budaya, infrastruktur masyarakat dan sebagainya. Dengan pemahaman seperti itu maka istilah ‘pembangunan disejajarkan dengan kata ‘perubahan sosial’.

Krisis kepercayaan terhadap hukum nasional yang melanda Indonesia dalam kenyataannya juga disebabkan adanya penyeagaman atau sentralistik aturan hukum dan pemonopolian aparat penegak hukum.¹⁴

Hukum dan politik merupakan subsistem dalam sistem kemasyarakatan. Masing-masing melaksanakan fungsi tertentu untuk menggerakkan sistem kemasyarakatan secara keseluruhan. Secara garis besar, hukum berfungsi melakukan *social control*, *dispute settlement* dan *social engineering* atau *inovation* sedangkan fungsi politik meliputi pemeliharaan sistem dan adaptasi (*socialization*, dan *recruitment*), konversi (*rule making*, *rule application*, *rule adjudication*, *interestarticulation* dan *aggregation*) dan fungsi kapabilitas (*regulatif extractif*, *distributif* dan *responsif*).

Walaupun hukum dan politik memiliki fungsi dan dasar pembenar yang berbeda namun keduanya tidak saling bertentangan, tetapi saling melengkapi. Masing-masing harus memberikan kontribusi yang sesuai dengan fungsinya untuk menggerakkan sistem kemasyarakatan secara keseluruhan terutama dalam komitmen mendukung terlaksananya pembangunan.¹⁵

Pemerintah yang bertanggung jawab berarti mampu untuk mewujudkan fungsi ekonomi publik yang sesungguhnya yakni kembali pada fungsi Alokasi, Distribusi, dan Stabilisasi.¹⁶

Idealnya sebuah pembangunan adalah terjadinya pertumbuhan yang terarah, dengan suatu perubahan sistem yang direncana-

¹⁴ Fathullah, *Otonomi Daerah Dan Penguatan Hukum Masyarakat*, Konsultan Hukum Otonomi Daerah, CIDES, Jakarta, 2000

¹⁵ Oka Mahendra, *Hukum dan Politik*, 1999

¹⁶ Suyono, 2004, *Tinjauan Tentang Fungsi Ekonomi Pemerintah (Alokasi, Distribusi dan Stabilisasi)*.

kan sebaik-baiknya. Setiap pembangunan harus mempunyai tujuan yang ditetapkan sebelumnya, pertumbuhan dan perkembangan menuju ke arah tercapainya tujuan dan untuk dapat mencapai tujuan tersebut perlu ada kemampuan, yakni kemampuan untuk mengubah tumbuh dan berkembang menuju ke arah tercapainya apa yang dikehendaki oleh penyelenggara pembangunan.

Pembangunan yang sebenarnya harus menyeimbangkan antara kekuasaan dan politik, secara moral perlu dibangun integritas keagamaan dan perlu penekanan-penekanan agar politik praktis dan hukum dapat berjalan sebagaimana seharusnya.¹⁷

Karen Lebacqz menyatakan, *there may be no more urgent cry today than that of "justice", and no more frequent accusation than that of injustice*. Hal ini wajar, karena sebagaimana dikatakan oleh Danile Webster bahwa keadilan adalah kepentingan manusia yang paling luhur di bumi ini. Bagaimanapun juga keadilan itulah yang dicari orang tiada hentinya, diperjuangkan oleh orang dengan gigihnya, dinantikan oleh orang dengan penuh kepercayaan dari pihak kaum penguasa dan orang akan menentang sekeras-kerasnya apabila keadilan tidak diberikan atau apabila keadilan tidak ada.¹⁸

Berdasarkan uraian di atas maka dapat disimpulkan bahwa hukum seharusnya dijadikan pedoman dalam pembangunan yang berarti: (1) hukum sebagai asas pembangunan yang dapat diartikan bahwa setiap gerak pembangunan harus dituangkan dalam hukum, baik dalam hal landasan kegiatannya maupun dalam penegakan pilar pembangunannya, maka dengan demikian, hukumpun harus diartikan sebagai penjamin terpeliharanya hasil-hasil pembangunan yang baik; (2) adanya satu kesatuan hukum nasional yang mengabdikan kepada kepentingan kemanusiaan, peradaban dan kejayaan bangsa dan Negara. Ini tidak berarti menegasikan atau menafikan adanya pluralitas hukum yang dibentuk dan diberlakukan melalui hukum adat dan atau hukum agama yang seharusnya justru men-

¹⁷ Abdul Munir Mulkan, 2004, *Gerakan Keagamaan Harus Dapat Mendukung Penegakan Hukum*, Republika.

¹⁸ Seperti dikutip oleh Roscou Pond, 1965, *Tugas Hukum*, Muhammad Radjab, Bhatara, hal 9; pendapat yang hampir sama juga diungkapkan oleh Yusuf Oordhawi, 2000, "Waktu, Kekuasaan dan Kekayaan sebagai Amanah Allah", terjemahan, Abu fahmi, Gema Insani Press, hal. 107.

jadi fundamen bagi bangunan hukum nasional. Yang dimaksud sebagai Hukum Nasional adalah hukum yang dibentuk dan diberlakukan untuk kepentingan landasan pembangunan dan pemberdayaan bangsa dalam mencapai tujuan kesejahteraan dan keadilan seluruh rakyat.

Pertanggungjawaban Pemerintahan (*Governmental Liability*)

Istilah *Governmental Liability*, sering kali ditukarartikan dengan istilah *State Liability*. Misalnya tulisan J.J. Van Der Gouw, et al (1997) yang berjudul *Government Liability in Netherlands* mengatakan bahwa baik negara, pemerintah pusat dan pemerintah daerah, dewan air maupun badan-badan lainnya yang memiliki tugas pemerintahan, digolongkan sebagai badan hukum (*legal person*) yang dapat dimintai pertanggungjawabannya baik secara hukum perdata maupun hukum administrasi, apabila melakukan perbuatan melanggar hukum (*unlawful action*)

Pendapat Otto Depenheuer (*Governmental Liability in Germany, 1997*) bahwa dalam Pasal 131 *Welmar Constitution* menyatakan “negara bertanggung jawab (*the state was liable*) secara hukum publik atas segala perbuatan aparaturnya yang berbuat kesalahan”. Lebih lanjut dikatakan “ketentuan dalam Pasal 131 tersebut merupakan tindakan yang mendahului tindakan perdata yang akan menyeret pejabat yang bersangkutan di hadapan “pengadilan perdata”. Tindakan hukum publik (misalnya berupa pemecatan) menurut pasal 131 tadi digunakan, menurutnya karena penggunaan pasal 839 KUHPerdata Jerman yang merupakan tanggung jawab pribadi pejabat (*official personality*) seringkali tidak memuaskan (*unsatisfactory*) sehingga pada gilirannya dapat menimbulkan ketidakpercayaan publik kepada pemerintah.¹⁹

Secara umum pengertian Tanggung Jawab Pemerintahan adalah kewajiban penataan hukum (*compulsory compliance*) dari negara atau pemerintah atau pejabat pemerintah atau pejabat lain yang menjalankan fungsi pemerintahan sebagai akibat adanya

¹⁹ Depenheuer, *Governmental Liability*, ini “Comparative Studies on Governmental Liability in East and Sothwest Asia”, edited by Yong Zhang, Kluwer Law International 1999 hlm 173.

suatu keberatan, gugatan, *judicial review*, yang diajukan oleh seseorang, masyarakat, badan hukum perdata baik melalui penyelesaian pengadilan atau di luar pengadilan untuk pemenuhan berupa: (a) pembayaran sejumlah uang (subsidi, ganti rugi, tunjangan, dsb); (b) menerbitkan atau membatalkan/mencabut suatu keputusan atau peraturan, dan; (c) tindakan-tindakan lain yang merupakan pemenuhan kewajibannya, misalnya untuk melakukan pengawasan yang lebih efektif dan efisien, mencegah adanya bahaya bagi manusia maupun lingkungan, melindungi harta benda warga, mengelola dan memelihara sarana dan prasarana umum, mengenakan sanksi terhadap suatu pelanggaran dan sebagainya.

Pengertian tersebut jelas bahwa *governmental liability* lebih ditekankan kepada pertanggungjawaban keperdataan dan administrasi, sedangkan pertanggungjawaban pidana dilekatkan kepada perbuatan pribadi pejabat yang bersangkutan, misalnya korupsi, pembunuhan, perzinahan, dan sebagainya, yang sesuai dengan ketentuan pidana. Dalam konteks *governmental liability*, di bidang keperdataan pada umumnya didasarkan pada suatu perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa (*onrechsmatige overheidsdaad* atau *unlawful acts of the government*) sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1365 KUHPperdata. Penyelesaian tindakan keperdataan ini dapat dilakukan melalui jalur pengadilan atau di luar pengadilan yakni melalui mekanisme ADR (antara lain : mediasi dan arbitrase).

Jalur prosedur gugatan perdata berdasarkan Pasal 1365 KUHPperdata dimaksudkan agar pemerintah bertanggung jawab secara perdata berupa pembayaran ganti rugi maka harus dapat dibuktikan: (a) tindakan pemerintah tersebut bersifat melawan hukum; (b) benar-benar bersalah; (c) penggugat (masyarakat/badan hukum swasta) memang menderita kerugian; (d) kerugian tersebut sebagai akibat perbuatan pemerintah.

Penegakan Prinsip Pertanggungjawaban dalam Perundang-undangan

Empat ciri pokok suatu negara hukum dalam arti formal, yaitu: (a) adanya jaminan pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia; (b) adanya pembagian kekuasaan dalam negara; (c) pemerintahan

diselenggarakan berdasarkan hukum (tertulis dan tidak tertulis);
(d) adanya peradilan administrasi.

Keberadaan peradilan administrasi mempunyai peranan yang sangat penting dalam membentuk *good governance* dalam mewujudkan negara hukum, yaitu sebagai lembaga kontrol atau pengawas terhadap tindakan-tindakan hukum pemerintah agar tetap berada pada jalur hukum di samping pelindung hak-hak warga masyarakat terhadap penyalahgunaan wewenang penguasa.

Pertanggungjawaban pemerintahan dalam bidang hukum administrasi terdapat empat kemungkinan penyebabnya yakni karena tindakan penguasa: (1) melahirkan keputusan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan; (2) penyalahgunaan wewenang; (3) sewenang-wenang; (4) bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Selain lembaga peradilan administrasi yang mengontrol perbuatan hukum pemerintah, juga dapat diperankan oleh peradilan biasa melalui proses *judicial review* artinya setiap produk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang dapat dilakukan pengujian secara materiil. Di samping lembaga peradilan yang dapat mengontrol dan sekaligus meminta pertanggungjawaban pemerintahan baik dari segi hukum perdata maupun tata usaha negara tersebut, prinsip pertanggungjawaban pemerintahan ini dapat ditegakkan melalui control lembaga *non judicial*, misalnya *Komisi Nasional Ombudsman* yang dapat meminta pertanggungjawaban aparatur pemerintah yang antara lain telah melakukan *maladministration* atau menunjukkan sikap dan tindakan yang merugikan masyarakat sebagai akibat pelayanan birokrasi yang buruk.

Selain itu juga ada Komisi Pemeriksa Kekayaan Penyelenggara Negara (KPKPN) yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang No. 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dari KKN yang senantiasa berfungsi melakukan pencegahan praktek KKN dalam penyelenggaraan negara.

Penyelenggaraan beberapa lembaga seperti halnya Komisi Ombudsman dan KPKPN ini atau lembaga-lembaga lain yang sejenis sesungguhnya telah mengarah kepada upaya ditegakkan-

nya prinsip GL dalam penyelenggaraan pemerintahan. Oleh karena itu apabila dilihat dari aspek pengawasan maka secara umum prinsip pertanggungjawaban pemerintahan ini secara umum sudah dapat dikatakan memadai.

Selain lembaga-lembaga kontrol terhadap penegakan pertanggungjawaban pemerintahan ini, dalam peraturan perundang-undanganpun dikenal bentuk-bentuk pertanggungjawaban pemerintahan, sebagai contoh misalnya pertanggungjawaban pemerintah dalam memberikan ganti rugi seperti yang terdapat dalam Pasal 4 ayat 2 huruf c dan Pasal 26 UU No. 24 Tahun 1992 tentang Penataan Ruang yang pada intinya menyebutkan bahwa pemerintah wajib memberikan penggantian yang layak kepada masyarakat atas suatu kondisi yang dialaminya oleh karena suatu kegiatan pembangunan yang sesuai dengan rencana tata ruang . Di sini jelas walaupun kegiatan pembangunan itu sesuai dengan rencana tata ruang namun menimbulkan kerugian bagi masyarakat, maka pemerintah wajib memberikan ganti rugi yang layak. Apalagi kegiatan pembangunan yang tidak sesuai dengan rencana tata ruang, tentunya tidak hanya sekedar ganti rugi. Ada pula Keppres No. 55 Tahun 1993, Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum yang menyebutkan bahwa pemerintah memerlukan tanah bagi pelaksanaan pembangunan untuk kepentingan umum, maka kepada pemegang hak atas tanah tersebut wajib diberikan antara lain ganti rugi yang layak sesuai kesepakatan sukarela yang dilakukan melalui musyawarah. Keppres inipun menjamin bahwa walaupun untuk kepentingan umum, namun sebagai perwujudan dari penegakan prinsip pertanggungjawaban pemerintahan, maka pemerintah wajib memberikan ganti rugi atau semacamnya, apalagi yang bukan untuk kepentingan umum.

Demikian pula penegakan pertanggungjawaban pemerintahan dalam hukum administrasi antara lain dapat dilihat dari UU No. 24 Tahun 1992 tadi dan UU No. 23 Tahun 1997 Tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup yang pada intinya menyatakan bahwa pemerintah dalam penyusunan dan penetapan rencana tata ruang, serta dalam hal pemberian izin harus bersifat transparan dan terbuka. Pemerintah wajib mengumumkan kepada masyarakat

tentang adanya rencana tata ruang dan juga adanya izin bagi kegiatan usaha. Maksud dari pengumuman secara terbuka ini adalah masyarakat diberi dan dijamin haknya untuk: (a) mengakses informasi; (b) ikut mengkaji; (c) memberikan opini dan atau keberatan; (d) ikut mempengaruhi dalam pengambilan keputusan; (e) ikut mengawasi jalannya pelaksanaan putusan tersebut.

Selain itu terdapat dalam Pasal 33 ayat 3 UUD 1945 yang intinya menyatakan bahwa hak menguasai negara terhadap pengelolaan kekayaan sumber daya alam itu harus benar-benar ditujukan bagi kemakmuran rakyat, pernyataan pasal ini sudah menggarisbawahi pemerintah bahwa tidak satupun alasan dari pemerintah untuk tidak melaksanakan pasal tersebut secara konsekuen.

Tanggung Jawab ini sesungguhnya merupakan salah satu penyeimbang dalam memposisikan kedudukan pemerintah dan masyarakat dalam menjalankan roda organisasi negara. Pemerintah memiliki wewenang untuk mengatur, memungut pajak, menegakkan hukum, mengenakan sanksi dan seterusnya, yang merupakan serangkaian “kekuasaan” dalam upaya mencapai tujuan hidup bernegara. Di lain pihak masyarakat memiliki pula hak untuk memperoleh perlindungan hukum dari berbagai tindakan pemerintah yang mungkin dapat menimbulkan kerugian bagi masyarakat.

Adanya asas tanggung jawab pemerintahan ini sesungguhnya memberikan ruang yang cukup leluasa bagi timbulnya peran serta masyarakat yang memang sangat dibutuhkan oleh pemerintahan yang demokratis. Dengan dilaksanakannya prinsip tanggung jawab pemerintahan ini secara konsisten dan konsekuen, maka sesungguhnya akan meningkatkan pula wibawa dan martabat pemerintah di mata rakyatnya, sebab apabila pemerintah rela untuk menegakkan asas tanggung jawab pemerintahan ini maka setidaknya akan tercapai beberapa hal yang penting yakni: (a) ditegakkannya prinsip Negara hukum, *rule of law*, supremasi hukum dan kesamaan di hadapan hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan, karena pemerintah pun ternyata menghormati dan taat pada hukum; (b) mengingat pada umumnya masyarakat Indonesia adalah masih menganut budaya paternalistik, maka dengan adanya asas tanggung jawab pemerintahan ini mendorong timbulnya kesadaran hukum masyarakat secara sukarela (*voluntary compliance*); (c) mem-

perkokoh komitmen reformasi untuk mewujudkan good governance yang selaras dengan penguatan masyarakat madani (*civil society*); (d) untuk memperkuat asas tanggung jawab pemerintahan ini agar terjadi kepastian hukum, keadilan dan perlindungan hukum, maka perlu dipikirkan untuk dibentuk undang-undang tentang Tanggung Jawab Negara.²⁰

Asas “tanggung jawab pemerintahan’ dalam maknanya dibedakan dengan asas ‘pemerintahan yang bertanggung jawab’ (*responsible government*). Tanggung jawab pemerintahan ini diukur dari tingkat keabsahan perbuatan pemerintahan (*bestuurshandeling*), baik dari keabsahan hukum (*rechtmatigheids*), keabsahan undang-undang (*wetmatigheids*), maupun dari segi keabsahan tujuan atau maksud (*doelmatigheids*) dan bagaimana pula pertanggungjawaban hukumnya.

Dua hal yakni ‘tanggung jawab pemerintahan’ dan ‘pemerintahan yang bertanggung jawab’ memiliki kesamaan semangat dan cita-cita yakni membentuk pemerintahan yang baik dalam rangka menegakkan negara hukum yang demokratis. Oleh karena itu keduanya tidak dapat dipisahkan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Namun dalam tulisan ini hanya dibahas hal-hal yang berkenaan dengan tanggung jawab pemerintah, karena dalam banyak hal masih dirasakan belum optimal penggunaannya, misalnya dalam berbagai kasus gugatan tata usaha Negara dan perdata maupun pemberian ganti rugi yang melibatkan tanggung jawab pemerintah.

Perwujudan pemerintahan yang baik dan bersih juga dipengaruhi oleh peranan kode etik profesi serta strategi penegakannya. Etika dalam konteks pemerintahan, dapat diawali dengan pengertian Etika menurut Aristoteles yang menunjukkan filsafat moral tentang nilai dan norma moral, perintah, tindakan kebajikan dan suara hati. Etika perorangan menentukan baik atau buruknya perilaku orang per orang dalam hubungannya dengan individu lain. Sementara itu, etika organisasi menggariskan konteks tempat

²⁰ Di Jerman disebut State Liability Act 1981, di Jepang disebut Government Liability Act, 1946. Selain itu perlun pula UU tentang Kompensasi (di Korea disebut National Compensation, Act, Administrative Compensation for Injury dan Administrative Compensation for Loss.

keputusan-keputusan etika perseorangan yang justru harus dimiliki oleh orang yang menjadi pengabdian masyarakat (*public servant*). Etika organisasi sebagai (*ethics of rule*) yang dicerminkan dalam struktur organisasi dan fungsi-fungsi serta prosedur termasuk di dalamnya sistem insentif dan disinsentif dan sanksi-sanksi berdasarkan aturan.

Peranan kode etik bagi aparat pemerintahan, harus dijadikan kompas yang memberikan atau menunjukkan arah bagi aparat pemerintah sekaligus menjamin mutu moral profesi di hadapan masyarakat. Aparat pemerintah sebagai *public servant* tidak mungkin melepaskan dirinya dari kehidupan rakyat yang dilayaninya oleh karenanya secara material mempunyai kewajiban untuk memberikan pelayanan publik secara baik. Dengan memahami etika dan asas pemerintahan, diharapkan dapat mengurangi tindakan-tindakan yang tercela, tidak terpuji dan merugikan masyarakat. Perumusan kode etik berperan membawa aparat pada kesadaran moral akan kedudukan dan profesinya yang diperoleh dari Negara atas nama rakyat. Aparat yang menaati kode etik akan menempatkan kewajibannya sebagai aparat pemerintah di atas kepentingan-kepentingan lain.

Kode etik berfungsi sebagai patokan sikap mental yang ideal bagi segenap aparat pemerintah yang dapat mendorong keberhasilan organisasinya. Organisasi pemerintahan berhasil jika aparatnya memiliki inisiatif yang baik, teliti, jujur dan memiliki loyalitas tinggi dan kualitas seperti inilah yang hendak dicapai ketika kode etik dirumuskan.

Sejarah Etika dikenal dalam teori Immanuel Kant (1724-1804)²¹ yang menyatakan bahwa mengenai hubungan antara apa yang secara subjektif menjadi standar moral dan apa yang secara objektif menjadi standar perilaku sosial. Kant juga membedakan antara legalitas (hukum) dan moralitas, dengan 'legalitas', ia maksudkan kesesuaian antara suatu tindakan dengan norma atau peraturan hukum lahiriah.

²¹ Immanuel Kant, 1797, *Metaphysik der Sitten*, (Metafisika Kesusilaan), sebagaimana dikutip oleh Young Ohoitumur, seperti dicantumkan dalam Artikelnya *Legalitas dan Moralitas*, <http://www.mail-archieve.com/filsafat@yahoogroups.com/msgoo183.html>, 2005.

Legalitas berarti suatu tindakan diukur secara lahiriah menurut peraturan tersebut. Motif bathiniah di balik kesesuaian tindakan dengan norma itu tidak penting. Maksud Kant mungkin dapat dijelaskan dengan ungkapan populer di kalangan politisi dan birokrat yakni “yang penting sesuai dengan peraturannya”, atau asalkan sesuai dengan prosedur yang berlaku. Jadi alokasi dana studi banding ataupun penetapan besarnya gaji secara berlebihan pun dianggap tidak apa-apa, asal sesuai dengan peraturan tata tertib atau prosedur yang sudah ditetapkan untuk hal yang seperti itu. Di sini nilai dan kesadaran moral ataupun motivasi dan dorongan-dorongan bathiniah tidak diperhatikan. Legalitas memang terbatas pada aspek lahiriah suatu tindakan. Moralitas, menurut Kant berarti kesesuaian antara suatu sikap dan perbuatan dengan hukum bathiniah, dan dengan apa yang disadari sebagai kewajiban dan tindakan moral.

Moralitas terungkap dalam bentuk tekad batin dan menjadi pendorong paling kuat terhadap tindakan moral. Jadi legalitas merupakan perihal tindakan lahiriah sedangkan moralitas bersumber pada kaidah bathiniah yang terdalam. Legalitas dapat dilihat, sementara menurut Kant, “Hanya Tuhan dapat melihat bahwa tekad batin kita adalah moral dan murni”. Persepektif moralitas menyatakan bahwa seseorang tidak mencuri (= taat pada peraturan “Jangan Mencuri”) bukanlah masalah ia mau secara lahiriah bertindak sesuai hukum melainkan karena ia benar-benar sadar sebagai kewajibannya untuk bertindak atas cara tersebut. Untuk itu secara jelas bahwa apa yang secara lahiriah sesuai dengan peraturan atau mengikuti prosedur legal, belum tentu punya nilai moral.

Menurut Kant, setiap orang harus bertindak sedemikian rupa sehingga prinsip subjektifnya dapat sekaligus menjadi prinsip hukum yang berlaku umum. Jadi maksim “apa yang dipinjam harus dikembalikan” dan ini harus dikehendaki pula sebagai suatu prinsip objektif dan berlaku universal bagi siapapun juga. Itulah salah satu bentuk imperatif kategoris yakni prinsip subjektif yang dapat sekaligus menjadi kaidah moral yang objektif dan berlaku umum.

Kaidah hukum tidak lagi dihargai sebagaimana seharusnya

karena kaidah hukum dikatakan memiliki keberlakuan faktual jika kaidah itu dalam kenyataan sungguh-sungguh di dalam masyarakat nyata-nyata dipatuhi oleh para warga masyarakat dan oleh para pejabat yang berwenang sungguh-sungguh diterapkan dan ditegakkan.²²

Hukum harus dapat ditanamkan dalam kesadaran masyarakat, apabila hukum hanya sekedar diketahui saja (dalam arti baru menyentuh permukaan kognisi manusia saja) kemungkinan akan terjadi bahwa orang dengan berbagai usaha, dalih dan muslihat masih berkehendak untuk melanggar dan menyimpangi hukum tersebut²³

Penerapan hukum memerlukan suatu kekuasaan untuk mendukungnya, akan tetapi sebuah kekuasaan tanpa hukum adalah sebuah kelaliman belaka, sehingga para pejabat yang berwenang tetap harus melaksanakan hukum dengan tidak menyalahgunakan kewenangan dan kekuasaan yang dimilikinya²⁴

Para aparat penegak hukum, dalam menerapkan beberapa prinsip di atas, hendaknya harus kembali menggunakan pertimbangan moral dan pertimbangan politik dalam posisi yang seimbang.²⁵

Penutup

Keberadaan prinsip pertanggungjawaban pemerintahan sesungguhnya merupakan salah satu penyeimbang dalam memosisikan antara kedudukan pemerintah dan masyarakat dalam menjalankan roda organisasi negara. Pemerintah memiliki wewenang untuk mengatur, memungut pajak, menegakkan hukum, mengenakan sanksi, dan seterusnya, yang merupakan serangkaian “kekuasaan” dalam mencapai tujuan hidup bernegara. Di lain pihak, masyarakat memiliki pula hak untuk memperoleh perlin-

²² Arief Sidharta, 2003, *Keberlakuan Hukum*, Artikel.

²³ Sutandyo Wignjosoebroto, 2002, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta, Elsam dan Huma, hal. 376.

²⁴ Mochtar Kusumaatmadja, 1976, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Jakarta, Binacipta, hal. 5

²⁵ Hans Kelsen, 1995, *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empirik Deskriptif*, Penyunting Somardi, Jakarta, Rimdi Press, Cetakan Pertama.

dungan hukum dari berbagai tindakan pemerintah yang mungkin dapat menimbulkan kerugian bagi masyarakat. Oleh karena itu adanya pertanggungjawaban ini sesungguhnya memberikan ruang yang cukup leluasa bagi timbulnya peran serta masyarakat yang memang sangat dibutuhkan oleh pemerintah yang demokratis.

Pelaksanaan prinsip pertanggungjawaban secara konsisten dan konsekuen, akan meningkatkan pula wibawa dan martabat pemerintah di mata rakyatnya. Hal ini disebabkan, apabila pemerintah rela untuk menegakkan prinsip ini maka setidaknya akan tercapai beberapa hal penting yakni: (a) ditegakkannya prinsip-prinsip negara hukum, *rule of law*, supremasi hukum dan kesamaan di hadapan hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan, karena pemerintahpun ternyata menghormati dan taat hukum; (b) mengingat pada umumnya masyarakat bangsa ini adalah masih menganut budaya paternalistik maka adanya pertanggungjawaban pemerintahan ini mendorong timbulnya kesadaran hukum masyarakat secara sukarela (*voluntary compliance*); (c) memperkokoh komitmen reformasi untuk mewujudkan *good governance* yang selaras dengan penguatan masyarakat madani (*civil society*); (d) untuk memperkuat pertanggungjawaban pemerintahan agar terjadi kepastian hukum, keadilan dan perlindungan hukum, maka perlu dipikirkan untuk dibentuk Undang-Undang Tentang Tanggung Jawab Negara (di Jerman disebut *State Liability Act* 1981, di Jepang disebut *Government Liability Act*, 1946). Selain itu perlu pula Undang-Undang tentang Kompensasi (di Korea disebut *National Compensation Act, Administrative Compensation for Injury dan Administrative Compensation for Loss*).

DAFTAR PUSTAKA

- Depenheur, 1999, *Government Liability, Comparative Studies on Government Liability in East and Southeast Asia*, edited by Yong Zhang, Kluwer Law International.
- Fathullah, 2000, *Otonomi Daerah Dan Penguatan Hukum Masyarakat* Konsultan Hukum Otonomi Daerah, Jakarta, CIDES.
- Gouw, J.J. Van Der and Th.G.Drupsteen, 1999, *Government Liability*

ini the Netherlands, in "Comparative Studies on Governmental Liability in East and Southeast Asia", edited by Yong Zhang, Kluwer Law International.

Handhaafbaar, Jong P, 1977, *Milieurecht (Enforceable Environment Law)*, Deventer : W.E.J, Tjeenk Willink.

Harkrisnowo, Harkristuti, 2003, *HAM Dalam Kerangka Integrasi Nasional Dan Pembangunan Hukum*, Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia.

Hawkins, K, 1984, *Environment and Enforcement, Regulation and the Social Definition of Pollution*, Oxford; Clarendon Press.

Iskatrinah, 2004, *Pelaksanaan Fungsi Hukum Administrasi Negara Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Baik*, Litbang Pertahanan Indonesia, Balitbang Departemen Pertahanan.

Istanto, Sugeng, 1998, *Konstitusionalisme dan Undang-Undang Politik*.

Kelsen, Hans, 1995, *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empirik Deskriptif*, Penyunting Somardi, Rimdi Press, Cetakan Pertama.

Kusumaatmadja, Mochtar, 1976, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Bandung, Binacipta.

Lebacqz, Karen, 1986, *Six Theories of Justice, Perspective from Philosophical and Theoretical Ethics*, Meneapolis, Augsburg Publishing House.

Masyarakat Transparansi Indonesia, *Pokok Pikiran Kajian GBHN Tahun 1999 Bidang Hukum Sebagai Pedoman Politik Hukum Nasional*.

Mahendra, Oka, 1999, *Hukum dan Politik*.

Nigro, Felix A. & Lloyd G. Nogro, 1973, *Modern Public Administration*, Harper & Row Publisher Third Edition.

Nugroho, Dwi S., 2002, *Problem Amandemen UUD 1945 dan Gagasan Dibentuknya Komisi Konstitusi*, Artikel.

Pound, Roscoe, 1965, *Tugas Hukum Muhammad Radjab*, Djakarta, Bhatara.

- Qordhawi, Yusuf, 2000, *Waktu, Kekuasaan, dan Kekayaan sebagai Amanah Allah*, Jakarta, Gema Insani Press.
- Sidharta, Bernard Arief, 2003, *Keberlakuan Hukum*, Artikel.
- Stefanus, Kotan. Y., 2004, *Potert HAM Dalam Sektor Publik*.
- Strong, C.F., 1966, *Modern Political Constitution*, Sidgwick, & Jackson Limited, London E.L.B.S Edition, First Published.
- Suparno, Paul, 2003, *Memberantas Budaya Korupsi Lewat Pendidikan*, Kompas.
- Suyono, 2004, *Tinjauan Tentang Fungsi Ekonomi Pemerintah (Alokasi, Distribusi dan Stabilisasi)*.
- Wignjosoebroto, Sutandyo, 1995, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional–Dinamika Sosial Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, Jakarta, Raja Grafindo Persada.