



**PERBUATAN MELAWAN HUKUM OLEH PEMERINTAH
(ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD) SEBAGAI OBJEK
SENGKETA TATA USAHA NEGARA**

**ELFRAN BIMA MUTTAQIN
B013191033**



**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2024**



**PERBUATAN MELAWAN HUKUM OLEH PEMERINTAH
(ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD) SEBAGAI OBJEK
SENGKETA TATA USAHA NEGARA**

DISERTASI

Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Doktor

**Program Studi :
ILMU HUKUM**

Disusun dan Diajukan Oleh :

**Elfran Bima Muttaqin
B013191033**

Kepada :

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2024**



DISERTASI

**PERBUATAN MELAWAN HUKUM OLEH PEMERINTAH
(ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD) SEBAGAI OBJEK
SENGKETA TATA USAHA NEGARA**

Disusun dan diajukan oleh:

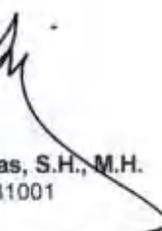
**ELFRAN BIMA MUTTAQIN
B013191033**

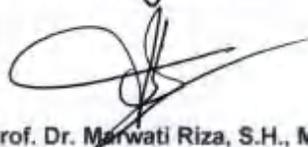
Telah dipertahankan dihadapan Panitia Ujian Disertasi yang dibentuk dalam rangka
Penyelesaian Studi Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin pada tanggal, 12 Agustus 2024
Dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

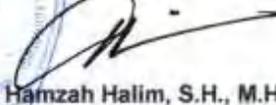
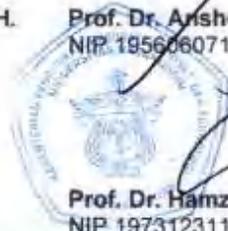
Menyetujui
Promotor


Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P
NIP 197312311999031003


Prof. Dr. Aminuddin Ilmar, S.H., M.H.
NIP 196409101989031004


Prof. Dr. Anshori Ilyas, S.H., M.H.
NIP 195606071985031001


Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si.
NIP 196408241991032002



Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P
NIP 197312311999031003



PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI

Yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : **Elfran Bima Muttaqin**
Nomor Induk Mahasiswa : B013191033
Program Studi : Ilmu Hukum

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa disertasi yang saya tulis ini benar-benar merupakan hasil karya saya sendiri, bukan merupakan pengambil alihan tulisan atau pemikiran orang lain. Apabila dikemudian hari terbukti atau dapat dibuktikan bahwa sebagian atau keseluruhan disertasi ini karya orang lain, saya bersedia menerima sanksi atas perbuatan tersebut.

Makassar, 15 September 2024

Yang Menyatakan,



Elfran Bima Muttaqin



PRAKATA

Bismillahirrahmanirrahim, puji dan syukur atas segala nikmat Allah *subhahu wa ta'ala* sehingga penulis dapat menyelesaikan hasil penelitian disertasi ini dengan judul *Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah Sebagai Objek Sengketa Tata Usaha Negara*. Tentu saja dalam menyelesaikan proses penulisan dan penelitian disertasi begitu banyak tantangan serta kendala yang penulis hadapi. Akan tetapi, karena bantuan maupun dukungan dari berbagai pihak yang sangat membantu penulis, sehingga pada akhirnya penulisan disertasi ini dapat diselesaikan.

Oleh karena itu, pada kesempatan ini, penulis ingin menyampaikan penghargaan dan ucapan terima kasih kepada seluruh pihak yang telah memberikan perhatian serta bantuan selama ini. Rasa terima kasih yang tak terhingga kepada kedua orang tua penulis, Ayah Syam Arwan Darmawan dan Ibu Siti Saraswati karena dekapan kasih sayang yang tulus dan berbagai pengorbanan telah membesarkan, mendidik serta memberikan doa dan dukungan di tengah berbagai keterbatasan, sehingga penulis mampu sampai pada tahap ini, terima kasih juga kepada kedua orang tua penulis Om Agus dan Tante Sherly Daniel dengan tulus hati telah mengasuh dan mendidik penulis hingga sampai pada titik ini. Kepada saudara-saudaraku, isteri dan anak-anak penulis menjadi spirit dan motivasi, sehingga penulisan disertasi ini dapat terselesaikan.

Dengan penuh kerendahan hati, penulis menyampaikan penghargaan yang setinggi-tingginya, rasa hormat dan terima kasih kepada yang terhormat dan amat terpelajar Bapak Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P. selaku Promotor, Bapak Prof. Dr. Aminuddin Ilmar, S.H., M.Hum., dan Bapak Prof. Dr. Anshori Ilyas S.H., M.H. selaku Ko-Promotor yang sangat memperhatikan dan telah banyak meluangkan waktu dalam memberikan bimbingan serta



menunjukkan hal-hal yang penting dan perlu diperhatikan dengan penuh keikhlasan dalam proses penyelesaian penulisan disertasi ini. Penulis juga mengucapkan terima kasih kepada yang terhormat dan amat terpelajar Bapak Prof. Dr. I Made Arya Utama, S.H., M.Hum., selaku penguji eksternal, terima kasih kepada yang terhormat dan amat terpelajar Bapak Prof. Dr. Syamsul Bachri, S.H., M.S., Bapak Prof. Dr. Abdul Razak, S.H., M.H., Ibu Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si., dan Bapak Dr. Nazwar, S.H., M.H., selaku tim penguji yang telah banyak memberikan masukan, arahan maupun saran-saran yang membuka cakrawala berpikir bagi penulis.

Kepada para pimpinan institusi tempat penulis menjalankan proses pembelajaran, Bapak Prof. Dr. Ir. Jamaluddin Jompa, M.Sc, selaku Rektor Universitas Hasanuddin, Bapak Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P., sebagai Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin dan para Wakil Dekan Fakultas Hukum, Ibu Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si, selaku Ketua Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, beserta seluruh staf, khususnya pengelola Program Doktor Ilmu Hukum, penulis haturkan terima kasih atas segala dukungan baik fasilitas, maupun pelayanan yang prima yang telah diberikan selama penulis menempuh pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar.

Kepada Bapak Prof. Dr, Agus Salim S.H., M.H. selaku Rektor Universitas Kristen Indonesia Paulus, dan seluruh Civitas Akademika Universitas Kristen Indonesia Paulus, tempat dimana penulis diberi kesempatan untuk melaksanakan pelayanan Tri Dharma Perguruan Tinggi, terima kasih penulis atas segala bentuk perhatian, dukungan dan harapan yang diberikan kepada penulis selama menempuh pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.

Penulis sampaikan rasa hormat yang setinggi-tingginya dan ucapan terima kasih kepada semua guru dan dosen yang dengan penuh kesabaran serta ketulusan hati telah mengajarkan ilmu pengetahuan, memberikan



nasihat akhlak mulia dan berbagai hal yang telah diberikan untuk menjadi bekal dalam kehidupan, semoga jasa-jasanya terhitung sebagai amalan jariyah.

Kepada teman-teman seperjuangan Mahasiswa Program Studi Doktor Ilmu Hukum Angkatan 2019, khususnya teman-teman S3 B-Happy, penulis ucapkan terima kasih atas dukungan, doa, keceriaan, kebersamaan dan juga berbagai pengalaman yang telah dilalui bersama selama menempuh perkuliahan ini.

Akhir kata, penulis berharap semoga dengan keberadaan disertasi ini dapat membawa manfaat bagi perkembangan ilmu pengetahuan dan dapat menjadi referensi bagi para pihak yang akan melakukan penelitian selanjutnya untuk pengembangan ilmu hukum, khususnya dalam bidang hukum administrasi negara.

Makassar, Agustus 2024

Elfran Bima Muttaqin



ABSTRAK

ELFRAN BIMA MUTTAQIN. Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah (*Onrechtmatige overheidsdaad*) Sebagai Objek Sengketa Tata Usaha Negara. (dibimbing oleh Hamzah Halim, Aminuddin Ilmar, dan Anshori Ilyas).

Penelitian ini bertujuan untuk : (1) Untuk menemukan substansi perbuatan melawan hukum oleh pemerintah sebagai objek sengketa tata usaha negara; (2) Untuk memperjelas bagaimana perwujudan perbuatan melawan hukum oleh pemerintah dalam sengketa tata usaha negara; (3) Untuk membentuk konsep ideal penyelesaian sengketa perbuatan melawan hukum oleh pemerintah melalui badan peradilan administrasi negara.

Hasil penelitian ini menemukan bahwa : (1) Pada hakekatnya perbuatan melawan hukum oleh pemerintah adalah perbuatan yang bertentangan dengan hukum pada substansinya meliputi tindakan pemerintah yang melanggar undang-undang, bertentangan dengan AUPB, dan penyalahgunaan wewenang; (2) Perwujudan perbuatan melawan hukum oleh pemerintah yakni berupa perbuatan yang bertentangan dengan norma hukum baik secara perdata, pidana maupun administratif yang menimbulkan derita kerugian bagi siapa saja yang menjadi korban karena perbuatan melawan hukum, dalam sengketa tata usaha negara implementasi penyelesaian perkara melalui badan peradilan administrasi negara hanya terbatas pada pembatalan putusan atau mengenai tidak sahnya tindakan tergugat tanpa adanya pembebanan ganti rugi sebagai wujud tanggung jawab tergugat, sehingga penyelesaian sengketa dapat dilakukan oleh badan peradilan umum dan peradilan administrasi negara; (3) Konsep ideal penyelesaian sengketa *onrechtmatige overheidsdaad* dilaksanakan melalui badan peradilan tata usaha negara diawali dengan tahap pralitisasi melalui pemeriksaan pendahuluan yakni rapat permusyawaratan kemudian pemeriksaan persiapan tanpa didahului dengan upaya administratif, pada jenjang berikutnya dilanjutkan dengan pemeriksaan pokok sengketa secara litigasi melalui pemeriksaan acara biasa, terkait dengan tindakan pemerintah yang dinyatakan batal dan/atau melawan hukum oleh putusan pengadilan, tergugat dibebankan ganti rugi berdasarkan nilai kerugian faktual.

Kata Kunci: *Perbuatan Melawan Hukum, Pemerintah, Objek Sengketa Tata Usaha Negara*



ABSTRACT

ELFRAN BIMA MUTTAQIN. *Unlawful Acts by the Government (Onrechtmatige overheidsdaad) as the Object of Administrative Dispute.* (supervised by Hamzah Halim, Aminuddin Ilmar, and Anshori Ilyas).

This research aims to (1) Find the substance of unlawful acts by the government as the object of administrative dispute; (2) Clarify how the realization of unlawful acts by the government occurs in administrative disputes; (3) Formulate an ideal concept for resolving disputes of unlawful acts by the government through the administrative judiciary.

The research results find that: (1) Essentially, unlawful acts by the government are acts whose substance contradicts the law, including government actions that violate laws, are contrary to the General Principles of Good Governance (AUPB), and the abuse of authority; (2) The realization of unlawful acts by the government is in the form of actions that contradict legal norms both civil, criminal, and administrative, causing suffering and losses to anyone who falls victim to unlawful acts, in administrative disputes the implementation of case resolution through the administrative judiciary is only limited to the annulment of decisions or the invalidity of the defendant's actions without the imposition of compensation as a form of the defendant's liability, so that dispute resolution can be carried out by the general judiciary and the administrative judiciary; (3) The ideal concept of resolving disputes of *onrechtmatige overheidsdaad* is carried out through the administrative judiciary starting with the pre-litigation stage through preliminary examination, namely consultation meetings followed by preparation investigations without preliminary administrative efforts, at the next level the main dispute examination continues litigiously through ordinary trial procedures, related to the government actions declared null and void and/or unlawful by court decisions, the defendant is charged with compensation based on the actual loss value.

Keywords: *Unlawful Acts, Government, Object of Administrative Dispute*



DAFTAR ISI

HALAMAN SAMBUTAN	i
HALAMAN JUDUL	ii
LEMBAR PENGESAHAN DISERTASI	iii
KEASLIAN DISERTASI	iv
PRAKATA	v
ABSTRAK	viii
ABSTRACT	ix
DAFTAR ISI	x
DAFTAR TABEL	xiii
DAFTAR GAMBAR	xiv
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah	25
C. Tujuan Penelitian	25
D. Manfaat Penelitian	25
E. Orisinalitas Penelitian.....	26
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	30
A. Teori Negara Hukum.....	30
B. Teori Keadilan	54
C. Tujuan Hukum	63
D. Tinjauan Umum Hukum Administrasi Negara.....	70
1. Pengertian Hukum Administrasi Negara	70
2. Wewenang Pemerintah.....	78
3. Tindakan Pemerintahan (<i>Bestuur Handelingen</i>)	82
4. Keputusan Tata Usaha Negara (<i>Beschikking</i>)	89
5. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB)	101
E. Perbuatan Melawan Hukum	112



1. <i>Onrechtmatige Daad</i>	112
2. <i>Wederrechtelijk</i>	121
3. <i>Onrechtmatige Overheidsdaad</i>	125
F. Konsep Tanggung Jawab Pemerintah.....	138
G. Konsep Penyelesaian Sengketa.....	148
H. Peradilan Tata Usaha Negara.....	169
I. Kerangka Pikir.....	174
1. Alur Pikir.....	174
2. Bagan Kerangka Pikir.....	176
J. Definisi Operasional.....	177
BAB III METODE PENELITIAN.....	180
A. Tipe Penelitian.....	180
B. Pendekatan Masalah.....	180
C. Sumber Bahan Hukum.....	182
D. Analisis Bahan Hukum.....	183
BAB IV PEMBAHASAN HASIL PENELITIAN.....	185
A. Substansi Perbuatan Melawan Hukum Sebagai Objek Sengketa Tata Usaha Negara.....	185
1. Melanggar Peraturan Perundang-undangan.....	205
2. Melanggar Asas Umum Pemerintahan Yang Baik.....	211
3. Melanggar Larangan Penyalahgunaan Wewenang.....	219
B. Perwujudan Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah dalam Sengketa Tata Usaha Negara.....	254
1. Tindakan Dibidang Tata Usaha Negara sebagai Pangkal Sengketa 254	
2. Tindakan Administrasi Negara yang Melanggar Hukum.....	295
C. Konsep Penyelesaian Perbuatan Melanggar Hukum Oleh Pemerintah Sebagai Suatu Sengketa Tata Usaha Negara.....	321
1. Prosedur Pemeriksaan Sengketa Tata Usaha Negara.....	321
2. Prinsip Musyawarah dalam Penyelesaian Sengketa OOD.....	345
BAB V PENUTUP.....	361



A. KESIMPULAN.....	361
B. SARAN.....	362
DAFTAR PUSTAKA.....	363



DAFTAR TABEL

Tabel 2. 1. Tata letak hukum administrasi ditengah lapangan hukum lainnya ...	76
Tabel 4. 1 Perbedaan unsur keputusan dalam undang-undang	247
Tabel 4. 2 Perubahan makna keputusan dalam undang-undang	249
Tabel 4. 3 Konsep keputusan sebelum dan sesudah perubahan UU No.5/1986 ..	293
Tabel 4. 4 Konsep keputusan setelah terbit UUAP	294
Tabel 4. 5 Perbedaan PMH dalam lapangan hukum perdata, administrasi negara, & pidana.....	226
Tabel 4. 6 Perbedaan sengketa OOD dan tindakan faktual.....	310
Tabel 4. 7 Perbedaan kompetensi mengadili perkara OOD.....	311
Tabel 4. 8 Perbedaan kewenangan mengadili sengketa OOD dan <i>onrechtmatige daad</i>	317
Tabel 4. 9 Perbedaan <i>Onrechtmatige Overheidsdaad</i> sebelum dan sesudah berlakunya UU No. 30 Tahun 2014.....	318
Tabel 4. 10 Perbedaan acara singkat dan acara cepat.....	333
Tabel 4. 11 Perbedaan acara biasa dan acara cepat	337



DAFTAR GAMBAR

Gambar 2. 1 Skema perbandingan penegakan hukum.....	76
Gambar 2. 2 Skema tindakan pemerintah	88
Gambar 2. 3 Sifat norma hukum keputusan	95
Gambar 2. 4 Keputusan-keputusan pemerintah	97
Gambar 2. 5 Kerangka Pikir.....	176
Gambar 4. 1 Skema alur penyelesaian sengketa OOD	342



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Peradilan Tata Usaha Negara (PERATUN) merupakan salah satu badan peradilan yang independen dan merdeka dalam menegakkan hukum dan keadilan, sejatinya kehadiran PERATUN untuk mengontrol tindakan pemerintah supaya tidak menyalahgunakan kekuasaan yang telah diamanahkan kepadanya atau tidak bertindak sewenang-wenang dalam penyelenggaraan pemerintahan, oleh karena itu pemerintah dalam menjalankan kekuasaannya harus berpedoman pada ketentuan hukum yang berlaku, sebab apabila suatu kekuasaan tidak berdasarkan hukum maka memungkinkan hal tersebut akan mendatangkan derita kerugian bagi siapa saja. Penyalahgunaan kekuasaan dapat dilakukan secara aktif maupun pasif melalui tindakan nyata (*Feitelijke Handeling*), tindakan hukum (*Rechts Handeling*) atau melalui kebijakan penguasa (*beleid*) atau instrumen lainnya dalam bentuk Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) atas nama kepentingan umum dan negara.

Keberadaan dan kedudukan PERATUN di Indonesia diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI 1945) sebagai salah satu badan peradilan yang menjalankan kekuasaan kehakiman, Pasal 24 ayat (2) menyebutkan "kekuasaan kehakiman dilakukan



oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang ada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi¹. Dengan ketentuan yang sama dalam Pasal 18 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, PERATUN adalah pelaku kekuasaan kehakimam, dan secara khusus badan PERATUN diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU No. 5/1986), Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU No. 9/2004), Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU No. 51/2009)². Ketiga undang-undang tersebut masih tetap berlaku dan oleh karena itu semua ketentuan yang telah berubah maupun yang tidak berubah tetapi masih, untuk itu Penulis menyebut dalam tulisan ini dengan singkatan undang-undang PERATUN (UUPERATUN). PERATUN merupakan salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman yang ditugasi untuk memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa dalam bidang Tata Usaha Negara³, disebutkan bahwa sengketa Tata Usaha Negara adalah sengketa yang timbul dalam bidang Tata Usaha Negara antara orang atau badan hukum perdata

¹ Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945

² <https://peraturan.bpk.go.id/Details/46914/uu-no-5-tahun-1986>

³ Lihat penjelasan umum pada alinea ke 9 UU No. 5 Tahun 1986



dengan badan atau pejabat tata usaha negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku⁴. Berdasarkan hal tersebut maka dalam suatu sengketa tata usaha negara posisi pemerintah adalah sebagai pihak yang dapat digugat karena menerbitkan keputusan tata usaha negara, sedangkan seseorang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan sebagai akibat dikeluarkannya suatu keputusan tata usaha negara tersebut merupakan pihak yang mempunyai *legal standing* dimuka PERATUN sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman yang berfungsi sebagai pengadil untuk dapat menyelesaikan sengketa yang timbul antara pemerintah dengan warganya dalam bidang Tata Usaha Negara.

Dalam perkembangannya kewenangan mengadili oleh PERATUN mulai meluas sejak terbitnya Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UUAP), yang tidak hanya terbatas pada putusan tata usaha negara semata melainkan juga meliputi tindakan pejabat tata usaha negara. Selanjutnya UU tersebut kemudian direspon oleh Mahkamah Agung yang diatur dalam Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 4 Tahun 2016 tentang Pemberlakuan Rumusan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2016 Sebagai Pedoman Pelaksana Tugas Bagi

⁴ Pasal 1 angka 10 Undang – Undang Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.



Pengadilan, dalam sub rumusan hukum kamar tata usaha negara angka 1 huruf b disebutkan bahwa PERATUN berwenang mengadili perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan) yang biasa disebut dengan istilah *onrechtmatige overheidsdaad* (OOD), sehingga dengan itu semakin mempertegas kedudukan PERATUN dalam rangka mengadili perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa. Hal ini tentunya wajib dipedomani oleh para hakim PERATUN dalam melakukan pemeriksaan terkait dengan suatu perkara yang diajukan kepadanya. Selain itu, kewenangan mengadili perbuatan melawan hukum oleh pemerintah juga diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 2 Tahun 2019 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Tindakan Pemerintahan dan Kewenangan Mengadili Perbuatan Melanggar Hukum Oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan, namun demikian bukanlah hal yang mudah untuk merumuskan ataukah menilai bahwa suatu perbuatan itu dapat dikategorikan sebagai suatu perbuatan melawan hukum, oleh sebab itu meski ada kriteria-kriteria untuk menentukan apakah suatu perbuatan itu melawan hukum atau tidak, apalagi perbuatan tersebut dikategorikan sebagai perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa yang notabene memiliki wewenang agar leluasa dalam melaksanakan sesuatu melalui tindakan administrasi dan kekuatan pengaruh yang berbeda dengan subjek hukum lainnya apakah orang sebagai individu, orang sebagai kelompok dan/atau badan hukum perdata, maka dari itu penting adanya kejelasan



terkait dengan apakah yang dimaksud perbuatan melawan hukum oleh pemerintah dan perihal menafsirkan suatu perbuatan melawan hukum sudah seharusnya menjadi wewenang mutlak bagi hakim untuk menetapkannya. Jauh sebelum lahirnya PERMA No. 2 Tahun 2019 istilah perbuatan melawan hukum belum diatur secara tegas dalam peraturan perundang-undangan. Di negeri Belanda istilah ini telah dikenal dan berkembang sejak tahun 1919 yang mana suatu perbuatan melawan hukum tidak hanya terbatas pada pelanggaran dari Pasal hukum tertulis semata melainkan juga mencakup pelanggaran terhadap kesusilaan dan kepantasan dalam pergaulan hidup masyarakat⁵ dan di Indonesia merujuk pada Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) yakni;

*“Tiap perbuatan melawan hukum yang menyebabkan orang lain menderita kerugian, mewajibkan siapa yang bersalah karena menyebabkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”. (Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander shade wordt toegebracht, stelt dengene door wiens schuld die schade vroorzaakt is in de verplichting om dezelve tevergoeden”)*⁶

Dalam rangka penyelesaian sengketa Perbuatan Melawan Hukum (*Onrechtmatige daad*) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1365 KUHPerdata selalu menjadi dasar hakim dalam mengadili suatu sengketa

⁵ Munir Fuady, 2017, *Perbuatan Melawan Hukum Pendekatan Kontemporer*, PT Citra Aditya Bakri, Bandung, hlm. 5-6.

⁶ Sudikno Mertokusumo, 2019, *Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah*, CV. Maha Karya Pustaka, Yogyakarta, hlm. 13.



perbuatan melawan hukum. Dalam pasal tersebut jelas apa yang menjadi unsur-unsur suatu perbuatan itu dikatakan sebagai melawan hukum, sehingga bagi hakim tidak sukar untuk menentukan bahwa suatu perbuatan adalah melawan hukum karena sudah ada pedoman yang jelas untuk itu. Lain halnya Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa (PMHP) dalam sengketa tata usaha negara, dimana belum ada ketentuan yang tegas dan jelas dalam undang-undang yang menguraikan apa saja kriteria, kategori atau unsur daripada suatu perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa selain daripada apa yang dimaksud dengan tindakan faktual (materiiil) pemerintah. Sengketa perbuatan melawan hukum menurut Pasal 1365 KUH Perdata adalah kewenangan mengadili dalam lingkungan peradilan umum, tanpa membedakan apakah perbuatan itu dilakukan oleh pemerintah terhadap warganya maupun yang dilakukan oleh seseorang terhadap sesama warga sipil. Dalam praktik penyelesaian sengketa OOD sejak terbitnya UUAP tahun 2014 sampai saat tulisan ini disusun, masih dilangsungkan melalui Peradilan Umum disamping beberapa kasus yang telah putus di PTUN (Pengadilan Tata Usaha Negara) sebagaimana yang akan diuraikan selanjutnya dalam pendahuluan tulisan ini, padahal secara *lex specialis* seharusnya OOD sudah menjadi kewenangan mengadili pada lingkup kekuasaan PTUN secara penuh, terlebih lagi setelah OOD diatur dalam PERMA No.2/2019 yang dengan tegas memberikan kewenangan kepada PERATUN untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara



tentang perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh badan atau pejabat pemerintahan, tentunya hal ini akan memudahkan para pencari keadilan untuk mendapatkan keadilan dalam penanganan kekuasaan mengadili lembaga PERATUN. Demi kepastian hukum maka penegakan hukum dalam sistem peradilan di Indonesia secara praktik harus tegas menerapkan atauran dan norma-norma hukum yang berlaku terlebih mengenai kompetensinya masing-masing, baik peradilan umum ataupun PERATUN yang kemudian berwenang mengadili sengketa OOD, sehingga perjalanan penyelesaian perkara diharapkan dapat berjalan dengan baik lancar sesuai dengan kewenangan masing-masing peradilan, sebagaimana dalam hukum acara positif di tanah air kita mengenal adanya asas peradilan cepat, sederhana dan biaya ringan.

Pasca terbitnya UUAP kewenangan mengadili PTUN semakin menjadi luas, karena PTUN tidak hanya terbatas untuk mengadili suatu perkara yang objeknya adalah keputusan tata usaha negara sebagai suatu tindakan hukum, tetapi juga mencakup pada tindakan materiil penguasa, namun terkait dengan itu penyelesaian perkara perbuatan melawan hukum belum maksimal diterapkan atau tidak secara utuh dituntaskan oleh PTUN terutama mengenai ganti rugi sebagai suatu bentuk pertanggungjawaban dari pelakunya sebab memang secara perturan perundang-undangan terikat pada Undang-Undang PTUN sementara dalam Pasal 53 ayat (1), menentukan bahwa seseorang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh



suatu Keputusan Tata Usaha Negara dapat mengajukan gugatan tertulis kepada pengadilan yang berwenang yang berisi tuntutan agar Keputusan Tata Usaha Negara yang disengketakan itu dinyatakan batal atau tidak sah, dengan tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan atau rehabilitasi. Pada akhir penjelasan Pasal 53 UU PERATUN mengetengahkan bahwa berbeda dengan gugatan dimuka pengadilan perdata, maka apa yang dapat dituntut di muka Peradilan Tata Usaha Negara ini terbatas pada satu macam tuntutan pokok yang berupa tuntutan agar Keputusan Tata Usaha Negara yang telah merugikan kepentingan penggugat itu dinyatakan batal atau tidak sah⁷. Namun demikian, dengan lahirnya UU Administrasi Pemerintahan dan dijembatani oleh PERMA No. 2/2019, menjadi diperluas hak gugat seseorang atau badan hukum perdata maupun masyarakat terhadap perbuatan atau tindakan faktual pemerintah yang dipandang menimbulkan kerugian bagi masyarakat sebagai perbuatan melawan hukum oleh pemerintah⁸, dimana memungkinkan adanya pembebanan ganti rugi terhadap pemerintah atas perbuatannya yang melawan hukum. Dalam SEMA No. 4 Tahun 2016 angka 2 dalam rumusan hukum kamar tata usaha negara hanya menyebutkan syarat subjek gugatan sebagaimana yang dimaksudkan dalam Pasal 53 ayat (1). Maka legal standing yang dapat mengajukan gugatan merujuk pada

⁷ Pasal 53 ayat (1) dan Penjelasan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

⁸ Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan juncto Pasal 1 angka 4 Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2019 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Tindakan Pemerintahan dan Kewenangan Mengadili Perbuatan Melanggar Hukum Oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan (*Onrechtmatige Overheidsdaad*).



ketentuan pasal 53 ayat (1) hanya terbatas pada tuntutan pokok mengenai pembatalan keputusan tanpa disertai dengan adanya tuntutan ganti rugi (penjelasan berikutnya dari Pasal 53 UUPERATUN tuntutan tambahan yang dibolehkan hanya berupa tuntutan ganti rugi dan hanya dalam sengketa kepegawaian sajarah dibolehkan adanya tuntutan tambahan lainnya yang berupa tuntutan rehabilitasi)

Dalam UU PERATUN kewenangan mengadili PERATUN hanya terbatas pada tindakan hukum pemerintah semata bahkan dipersempit lagi dengan adanya limitasi terhadap suatu penetapan tertulis yang dapat digugat di PERATUN kecuali; KTUN yang merupakan perbuatan hukum perdata, KTUN yang merupakan pengaturan yang bersifat umum, KTUN yang masih memerlukan persetujuan, KTUN yang dikeluarkan berdasarkan KUHP atau KUHP atau peraturan perundang-undangan lain yang bersifat hukum pidana, KTUN yang dikeluarkan atas dasar hasil pemeriksaan badan peradilan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, KTUN mengenai tata usaha Angkatan Bersenjata Republik Indonesia, Keputusan Panitia Pemilihan, baik di pusat maupun di daerah, mengenai hasil pemilihan umum⁹. Selain penetapan tertulis dapat pula di kualifikasikan putusan yang bersifat fiktif positif sebagai obyek sengketa di PERATUN. KTUN (Keputusan Tata Usaha Negara) yang dimaksud dalam UU PERATUN ialah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan

⁹ Pasal 2 undang-undang No. 9/2004.



atau Pejabat TUN yang berisi tindakan hukum dibidang TUN yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang dapat menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata. sementara sengketa administrasi atau gugatan terhadap pemerintah yang tidak termasuk kompetensi peradilan tata usaha negara dan tidak termasuk kompetensi peradilan militer termasuk kompetensi peradilan umum, sebagaimana yang dimaksud dalam penjelasan umum Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.¹⁰

Permasalahan yang timbul ialah terkait dengan kompetensi mengadili sengketa perbuatan melawan hukum oleh pemerintah, apakah menjadi kewenangan pengadilan negeri atau sepenuhnya menjadi kewenangan mengadili PERATUN, perlu ada kejelasan terkait dengan kriteria atau substansi daripada ood sebagai objek sengketa, termasuk mengenai masalah tuntutan ganti kerugian apakah dimungkinkan atau tidak bagi pihak penggugat untuk dapat mengajukannya pada peradilan tata usaha negara sebagaimana halnya dibolehkan dalam hal sengketa kepegawaian secara internal dilingkup pemerintahan, dalam suatu penegakan hukum penting dikedepankan prinsip persamaan dihadapan hukum semestinya selalu menjadi hal yang terdepan atau didahulukan dalam setiap upaya penegakan

¹⁰ Philipus M. Hadjon *et.al.* 2008, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia Introduction to the Indonesian Administrative Law*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, hlm. 309.



nukum. Adapun warga yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu tindakan pemerintah, kadang menganggap lebih baik apabila langsung saja mengajukan gugatan ke pengadilan umum tanpa meski melalui PERATUN, padahal terkait dengan tindakan pemerintah penting untuk diuji keabsahannya oleh badan PERATUN karena tindakan pemerintah tidak dapat dilepas pisahkan dengan hukum administrasi negara yang wajib dipedomani oleh setiap administrasi negara dalam menjalankan fungsinya.

Mengenai perbuatan melawan hukum oleh pemerintah yang sedang diperiksa oleh Pengadilan Negeri, maka Pengadilan Negeri harus menyatakan tidak berwenang mengadili, kecuali sengketa yang diperiksa sebelum adanya PERMA No. 2/2019, namun bagi sengketa OOD yang belum diperiksa oleh Peradilan Umum tetapi diajukan kepadanya setelah terbitnya PERMA No. 2/2019, maka perkara tersebut wajib dilimpahkan kepada PERATUN sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan¹¹.

Sengketa tata usaha negara hanya terbatas pada suatu keputusan tertulis atau tidak tertulis¹². Sementara baik dalam UUAP maupun undang-undang PERATUN menunjuk segala penyelesaian sengketa TUN diselesaikan secara administratif dan setelahnya baru dapat ditempuh melalui PERATUN, termasuk sengketa kepegawaian dan dalam implementasinya

¹¹ Lihat Pasal 10 jo. Pasal 11 PERMA No. 2/2019.

¹² Lihat Pasal 87 UUAP



JOD juga tidak menjadi kewenangan mengadili PERATUN apabila sebelumnya belum ditempuh yang Namanya upaya administratif.

Belum jelas pula bagaimanakah bentuk pertanggung jawaban pemerintah atas perbuatannya yang melawan hukum dalam sengketa tata usaha negara, apakah ada ganti kerugian atau tidak dari penguasa terhadap seseorang, kelompok orang atau badan hukum perdata. Meskipun undang-undang mengatur tentang tata cara penyelesaian sengketa PMHP, namun pertanggungjawaban pemerintah atas perbuatannya yang melawan hukum belum diatur secara jelas dan tegas dalam undang-undang terutama mengenai ganti kerugian atau kompensasi lainnya dengan nilai wajar dan berimbang, sebab sejauh ini patokan ganti kerugian atas dasar hukuman yang dijatuhkan oleh hakim TUN kepada pemerintah masih merujuk pada Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 43 Tahun 1991 tentang Ganti Rugi dan Tata Cara Pelaksanaannya Pada Peradilan Tata Usaha Negara, dimana dalam ketentuan ini paling tinggi nilai kerugian yang diberikan hanya sebesar Rp 5.000.000 (lima juta rupiah), itupun hanya dapat diterapkan dalam sengketa kepegawaian secara internal sedangkan dalam sengketa yang timbul antara rakyat dengan penguasa tidak terbuka peluang bagi warga untuk mengajukan tuntutan tersebut, maka tentunya hal ini jauh daripada prinsip hukum yang mengedepankan persamaan di muka hukum (*Equality Before Of The Law*). PERATUN sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman yang independen dan merdeka dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman



semestinya memiliki pengaruh yang kuat dan bersifat mengikat bagi siapa saja (*erga omnes*) dan memang tidak salah apabila putusan PERATUN dipandang bersifat administratif semata dimana tidak sedikit orang yang mempunyai pemahaman bahwa PERATUN hanyalah pengadilan yang cuma bertugas untuk membatalkan keputusan-keputusan pemerintah, akan tetapi berdasarkan perluasan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang seharusnya PERATUN berwenang untuk menyelesaikan sengketa OOD secara lengkap dan sempurna, apalagi tidak sedikit misalnya timbulnya dampak kerugian yang dirasakan langsung oleh seseorang atau warga masyarakat bersumber dari tindakan administrasi pemerintahan terutama perihal perbuatan melawan hukum oleh pemerintah, untuk itu perlu kiranya diteliti dan dikaji secara mendalam bagaimanakah rupa atau wujud lain dari OOD tersebut, apa sajakah kriteria perbuatan melawan hukum oleh pemerintah, dan berdasarkan hukum acara PERATUN dapatkah pemerintah dimintai pertanggungjawaban atas hasil perbuatannya yang melawan hukum dengan cara memberikan ganti rugi kepada pihak yang dirugikan. Agar semakin jelas posisi dan kedudukan badan PERATUN dalam menangani dan mengadili sengketa OOD, dengan selalu memperhatikan dasar kepentingan umum dan esensi nilai-nilai perlindungan Hak Asasi Manusia.

Cakupan OOD yang diatur dalam PERMA No. 2 Tahun 2019 bersumber daripada UUAP yakni hanya meliputi Tindakan Administrasi Pemerintahan yang selanjutnya disebut "Tindakan" (*berstuurhandelingen*)



yakni suatu perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan urusan pemerintahan¹³.

Mengenai istilah “tindakan” yang digunakan dalam UUAP memberikan makna yang semantik dengan Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) yang terdapat dalam undang-undang PERATUN yang selanjutnya artikan sebagai:¹⁴

- Penetapan tertulis juga mencakup tindakan faktual;
- Keputusan Badan dan/atau Pejabat TUN dilingkungan eksekutif, legislatif, yudikatif, dan penyelenggaraan Negara lainnya;
- Berdasarkan ketentuan perundang-undangan dan Asas Umum Pemerintahan yang Baik;
- Bersifat final dalam arti lebih luas;
- Keputusan yang berpotensi menimbulkan akibat hukum dan/atau;
- Keputusan yang berlaku bagi warga masyarakat.

Dari uraian diatas jelas bahwa UUAP memberikan perluasan makna KTUN tidak hanya dipahami sebagai suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat TUN dalam lingkungan eksekutif semata melainkan juga mencakup tindakan faktual sebagai objek perkara yang dilakukan atau bersumber dari lembaga tinggi kekuasaan negara lainnya.

¹³ Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

¹⁴ Pasal 87 UUAP



Nemun demikian belum terdapat kejelasan yang lengkap mengenai apakah yang dimaksud dengan perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh pemerintah termasuk bagaimanakah tata cara penyelesaiannya. Apabila diperhatikan kewenangan yang diatribusikan oleh UUAP untuk PTUN sangat ekstensif dan masih membutuhkan keterangan yang lebih jelas dan akurat apalagi terkait dengan keputusan yang diterbitkan oleh Lembaga tinggi negara perlu dikaji lebih lanjut secara mendalam, sebab melibatkan pembuat undang-undang dalam lingkungan kekuasaan legislatif dan peradilan, dari uraian tersebut tentu masih terdapat banyak kendala dan kelemahan guna menegakkan amanah UUAP terkait dengan masalah OOD misalnya bagaimana merumuskan tindakan badan legislatif yang dipandang berpotensi menimbulkan akibat hukum bagi masyarakat sementara undang-undang yang merupakan produk badan legislatif merupakan salah satu norma keputusan yang bersifat umum - abstrak dimana objek tersebut merupakan pengecualian didalam Pasal 2 huruf b Undang-Undang No. 9 Tahun 2004 begitupun pengecualian pengertian KTUN terkait dengan hasil pemeriksaan di pengadilan yang diatur dalam Pasal 2 huruf e.

Terdapat kontradiksi yang tajam diantara kedua undang-undang ini dimana perluasan kewenangan mengadili PERATUN yang diberikan oleh UUAP nampak tidak sejalan dengan UU PERATUN, disamping itu putusan yang final yang bersifat lebih luas belum jelas sampai dimanakah batasnya, begitupun dengan Keputusan yang berpotensi menimbulkan akibat hukum



pagi masyarakat, bagaimana menentukan dan mengukur KTUN itu berpotensi menimbulkan akibat hukum, oleh karena itu, idealnya cakupan masalah OOD seharusnya hanya terbatas pada lingkungan eksekutif semata, karena hanya tindakan yang mendatangkan derita kerugian yang riil, yang dapat dikategorikan sebagai suatu perbuatan melawan hukum.

Bukanlah hal yang mudah untuk mendudukkan bahwa badan atau pejabat TUN telah melakukan suatu perbuatan melawan hukum hanya dengan merujuk pada “tindakan” semata yang ditafsirkan dalam PERMA No. 2 Tahun 2019 bersumber dari UUAP, tanpa adanya uraian yang menjelaskan tentang apa dan bagaimana rumusan atau pun gambaran yang tepat perihal OOD yang sudah menjadi objek sengketa di PERATUN. Walaupun demikian, dalam mengadili sengketa PMHP hakim mempunyai kewenangan untuk mengkonstatir dan dapat menggunakan berbagai metode penafsiran pada setiap perkara yang ditanganinya sebagai langkah upaya untuk menentukan suatu keputusan yang tepat berdasarkan kebenaran yang terungkap. Hal ini dimaksudkan agar segala sesuatunya dapat menjadi terang dan jelas, akan tetapi disamping itu perlu adanya rumusan baku, utamanya yang mengandung unsur-unsur tentang apa yang dimaksud dengan PMHP dalam sengketa TUN, sehingga dengan itu dapat diidentifikasi apakah sebenarnya yang menjadi pokok masalah terkait dengan OOD pada setiap tindakan administrasi pemerintahan dalam rangka penyelenggaraan negara.



Pada mulanya suatu perbuatan melawan hukum dimaknai sebagai pelanggaran terhadap undang-undang sebagaimana yang telah diuraikan sebelumnya, lalu pada perkembangannya tidak hanya mencakup dan terbatas pada aturan perundang-undangan semata, melainkan meliputi pula perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain, bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri, bertentangan dengan kesusilaan dan kehati-hatian atau kepatutan dalam masyarakat, baik dilakukan oleh seseorang maupun pemerintah dalam kapasitasnya sebagai pihak yang meski mempertanggungjawabkan perbuatan itu. Sebagaimana yang telah diuraikan sebelumnya terkait dengan kewenangan mengadili sengketa PMHP adalah menjadi kompetensi absolut pengadilan negeri untuk menyelesaikannya dengan berpedoman pada ketentuan Pasal 1365 KUH Perdata. Dan dalam perkembangannya pasca lahirnya UUAP makna tindakan pemerintah kemudian dapat diterjemahkan dengan istilah perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah sebagaimana yang dimaksud dalam PERMA No. 2/2019.

Putusan PERATUN yang berhasil menangani dan mengadili penyelesaian sengketa OOD, yang dipandang sebagai terobosan baru atas perluasan makna OOD. Diantaranya ialah Putusan Nomor 230/G/TF/2019/PTUN-JKT¹⁵, dimana Menteri Komunikasi dan Informatika Republik Indonesia sebagai Tergugat I dan Presiden Republik Indonesia

¹⁵ https://ptun-jakarta.go.id/wp-content/uploads/2020/06/2019_TF_G_230_putusan_akhir.pdf
/diakses pada tanggal 12 Juni 2021.



sebagai Tergugat II, oleh pengadilan tata usaha negara Jakarta, menyatakan bahwa Tergugat I dan Tergugat II telah melakukan perbuatan melawan hukum sebagai badan atau pejabat pemerintahan, atas dasar tindakannya yang terbukti melakukan tindakan *Throttling* atau pelambatan akses/*bandwidth* dan pemblokiran layanan data dan pemutusan akses internet secara menyeluruh di Provinsi Papua (29 Kota/Kabupaten) dan Provinsi Papua Barat (13 Kota/ Kabupaten) serta memperpanjang pemblokiran tersebut. Putusan ini sudah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht vangewidsje*) sebab pemerintah dalam hal ini kedudukannya sebagai Tergugat I dan Tergugat II menerima putusan tersebut dengan alasan pemerintah sudah menghentikan tindakan melawan hukum¹⁶.

Meski demikian, tanggung jawab untuk memulihkan keadaan di papua belum jelas dalam putusan hakim karena putusan tersebut hanya bersifat menyatakan disamping menghukum para tergugat untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 457.000 (empat ratus lima puluh tujuh rupiah), sementara kerusakan-kerusakan yang mendatangkan kerugian bagi warga masyarakat setempat belum tergambarkan dalam putusan hakim, bagaimana bentuk pertanggungjawabannya. Selain itu, putusan lain mengenai PMHP adalah terkait dengan pernyataan resmi Jaksa Agung yang pada tanggal 16 Januari 2020 menyampaikan bahwa “peristiwa Semanggi I dan Semanggi II yang sudah ada hasil rapat paripurna DPR RI yang menyatakan bahwa

¹⁶ News.detik.com /Minggu 21 Juni 2020, 14:12 WIB/ diakses pada tanggal 12 Juni 2021.



peristiwa tersebut bukan merupakan pelanggaran HAM berat seharusnya Komnas HAM tidak menindaklanjuti karena tidak ada alasan untuk dibentuknya Pengadilan *ad hoc* berdasarkan hasil rekomendasi DPR RI kepada Presiden untuk menerbitkan Keppres pembentukan Pengadilan HAM ad hoc sesuai Pasal 43 ayat (2) UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM" adalah perbuatan melawan hukum oleh Badan dan/atau pejabat pemerintahan, berdasarkan putusan Nomor 99/G/TF/2020/PTUN.JKT Tanggal 4 Nopember 2020¹⁷. Akan tetapi sampai pada tulisan ini disusun Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara (PTTUN), tidak menerima gugatan penggugat dengan alasan pertimbangan bahwa hal tersebut bukan merupakan kewenangan mengadili PTUN karena Penggugat tidak menempuh upaya administratif¹⁸ sehingga putusan ini belum mempunyai kekuatan hukum tetap apabila kemudian ditempuh upaya hukum kasasi. Padahal tindakan Jaksa Agung atas keterangan resminya tersebut berpotensi menimbulkan kerugian bagi kepentingan penggugat untuk mencari dan mendapatkan keadilan atas kasus pelanggaran HAM berat yang terindikasi dilakukan oleh pemerintah.

Dalam proses pemeriksaan perkara terdapat upaya administratif sebagai sarana untuk menyelesaikan masalah TUN diluar lingkungan PERATUN atau lebih tepatnya penyelesaian sengketa TUN dilakukan oleh

¹⁷<https://putusan3.mahkamahagung.go.id/direktori/putusan/3bcd36870ee265f1ea79666c67a53278.html> /diakses pada tanggal 12 Juni 2021.

¹⁸ News.detik.com /Sabtu, 13 maret 2021, 05:52 WIB/ diakses pada tanggal 12 Juni 2021.



badan atau pejabat TUN dalam lingkungan internalnya. PERATUN tidak mempunyai kewenangan untuk mengadili suatu sengketa TUN apabila dalam peraturan dasarnya mengharuskan terlebih dahulu ditempuh upaya administratif. Tetapi dalam Pasal 3 ayat (2) tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Administrasi Pemerintahan Setelah Menempuh Upaya Administratif, mengemukakan bahwa apabila peraturan dasar dikeluarkannya keputusan atau tindakan tidak mengatur upaya administratif maka pengadilan menggunakan ketentuan yang diatur dalam UUAP. Hal ini dipertegas dalam Pasal 76 ayat (1) sebagai berikut.

“Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan berwenang menyelesaikan keberatan atas Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan yang diajukan oleh Warga Masyarakat’.

Atas dasar ketentuan diatas menegaskan bahwa gugatan sengketa TUN dapat diajukan ke PERATUN setelah terlebih dahulu diselesaikan melalui instansi pemerintahan yang bersangkutan, termasuk Perbuatan Melawan Hukum Oleh Penguasa (PMHP) yang merupakan bagian dari suatu tindakan faktual.

Setidaknya ada dua kategori tindakan faktual, yakni tindakan aktif berupa melakukan perbuatan konkret, dan tindakan pasif berupa tidak melakukan perbuatan konkret. Perbuatan konkret yang dimaksud adalah perbuatan fisik. Apabila tindakan yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan



tersebut menimbulkan kerugian atau potensi kerugian bagi warga masyarakat maka dapat diajukan gugatan kepada pengadilan tata usaha negara¹⁹.

Akan tetapi, apakah langkah upaya administratif untuk menyelesaikan tindakan pemerintah sudah tepat, sebab apabila diperhatikan suatu perbuatan melawan hukum memiliki bagian yang tidak bisa diceraikan untuk dapat dikatakan sebagai suatu perbuatan melawan hukum dan bagian itulah yang disebut dengan istilah “kesalahan” (*schuld*), apakah seseorang ataupun penguasa yang melakukan perbuatan melawan hukum tentu tidak lepas dari adanya “kesalahan” untuk menentukan adanya kesalahan pada diri seseorang maka perlu dilakukan proses pengujian melalui badan peradilan, dimana hasil akhir untuk memutuskan bahwa seseorang bersalah atau tidak telah melakukan suatu perbuatan melawan hukum adalah domain hakim untuk menyatakan itu.

Pada dasarnya setiap tindakan pemerintah selalu dianggap sah atau sesuai dengan hukum (*rechtmatige*) kecuali ada putusan lain yang membatalkannya. Jika pokok sengketa terkait dengan Perbuatan Melawan Hukum Oleh Penguasa (PMHP) maka perlu ditempuh penyelesaian dengan suatu upaya administratif yang tersedia, namun apakah badan atau pejabat administrasi negara yang menyelesaikan persoalan tersebut dapat objektif

¹⁹ Muhammad Noor Halim Perdana Kusuma & Muhammad Adiguna Bimasakti, 2020, *Panduan Beracara di Peradilan Tata Usaha Negara dan Persidangan Elektronik (E-Litigasi)*, KENCANA, Jakarta, hlm. 42.



serta dapat memberikan jaminan perlindungan hukum terhadap pihak yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu tindakan pemerintah.

Asal tindakan pemerintah murni semata-mata berasal dari kehendak sepihak penguasa atas dasar kepentingan umum dan dilaksanakan oleh Badan atau Pejabat TUN. Apabila terdapat penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) atau tindakan kesewenang-wenangan (*willekeur*) dalam melakukan atau tidak melakukan tindakan ataukah menerbitkan suatu penetapan maka itu tentunya perlu diuji melalui Peradilan Tata Usaha Negara sebagai badan peradilan yang mempunyai kewenangan untuk menguji dan memberikan penilaian atas tindakan pemerintah.

Apabila PERATUN mengabulkan suatu gugatan perbuatan melawan hukum oleh penguasa maka menurut undang-undang, pemerintah diwajibkan untuk melakukan tindakan, tidak melakukan tindakan dan menghentikan tindakan serta dapat disertai pembebanan rehabilitasi dan/atau ganti rugi²⁰. Maksimal pemberian ganti rugi yang diberikan oleh undang-undang hanya sebesar Rp. 5.000.000 (lima juta rupiah), hal ini tentunya sangat jauh dari nilai-nilai keadilan, sebab kerugian yang ditimbulkan akan sangat berdampak pada kelanjutan hidup seseorang, terutama terhadap keadaan-keadaan seseorang yang awalnya lebih bermartabat dan sejahtera sebelum adanya OOD, itulah sehingga ukuran ganti kerugian yang ditentukan dalam Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 43 Tahun 1991 tentang Ganti Rugi Dan

²⁰ Lihat Pasal 5 ayat (2) dan (3) PERMA No. 2/2019



Tata Cara Pelaksanaannya Pada Peradilan Tata Usaha Negara, sangat jauh dari nilai keadilan.

Dari sini terlihat jika hakim dapat menyatakan bahwa suatu perbuatan penguasa itu melawan hukum, akan tetapi menjatuhkan putusan ganti rugi kepada penguasa sebagai bentuk pertanggungjawaban pemerintah adalah bersifat pilihan untuk diputuskan atau tidak, namun dalam UU PERATUN terutama Pasal 53 ayat (1) hal itu tidak dimungkinkan, padahal pada hakekatnya suatu perbuatan melawan hukum tentu membawa kerugian bagi orang lain yang menjadi korban sehingga perbuatan tersebut semestinya harus dipertanggung jawabkan. Apalagi misalnya ada oknum penguasa pengguna wewenang yang berpihak pada praktik oligarki dalam system pemerintahan kita, terutama bagi para kaum kapitalis yang sangat mudah mendapat peluang dan kesempatan menancapkan kuku tajamnya pada oknum-oknum rakus penguasa untuk meraup keuntungan meskipun terdapat hak kepentingan rakyat yang dikorbankan, tidak tertutup kemungkinan sangat besar peluang bagi penguasa untuk memanfaatkan kondisi ini untuk mengintimidasi warganya dan berkelit dari kesalahan yang dilakukan, namun demikian sudah semestinya peradilan tampil untuk menegakkan hukum dan keadilan dengan seadil-adilnya. Dalam kondisi ini masyarakat adalah pihak yang lemah posisinya karena tidak memegang kekuatan maupun kekuasaan untuk bertindak sebagai penyelenggara negara, sehingga orang biasa sebagai masyarakat hanya dapat berpasrah untuk dikelola haknya demi atas



nama kepentingan umum, padahal pengelolaan itu kemudian dapat merenggut hak-hak warga dengan semena-mena, disinilah seharusnya peranan PERATUN disamping menegakkan hukum dan keadilan sudah semestinya pula mampu menghadirkan daya kontrol terhadap pemerintah agar tidak menyalahgunakan kekuasaan yang telah diamanahkan kepadanya, karena satu-satunya badan peradilan yang dapat menilai sah atau tidaknya tindakan pemerintah hanya dapat dilakukan oleh badan PERATUN.



B. Rumusan Masalah

1. Bagaimanakah substansi perbuatan melawan hukum oleh pemerintah sebagai objek sengketa tata usaha negara ?
2. Bagaimanakah perwujudan perbuatan melawan hukum oleh pemerintah dalam sengketa tata usaha negara ?
3. Bagaimanakah konsep ideal penyelesaian perbuatan melawan hukum oleh pemerintah sebagai suatu sengketa tata usaha negara?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengkaji, menemukan, dan memperjelas substansi perbuatan melawan hukum oleh pemerintah sebagai objek sengketa tata usaha negara.
2. Untuk mengkaji, menampilkan, dan memperjelas suatu perwujudan perbuatan melawan hukum oleh pemerintah dalam sengketa tata usaha negara.
3. Untuk mengkaji, memperkuat, dan membentuk konsep ideal penyelesaian perbuatan melawan hukum oleh pemerintah sebagai suatu sengketa tata usaha negara.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat menemukan suatu pemahaman sejati yang menjelaskan tentang bagaimanakah substansi Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah (*Onrechtmatige Overheidsdaad*) sebagai objek



Sengketa Tata Usaha Negara, menjelaskan perwujudannya dan mengembangkan konsep penyelesaian perbuatan melawan hukum sebagai suatu sengketa tata usaha negara. Selain itu, diharapkan agar tulisan ini dapat menjadi acuan dan bahan rujukan maupun sebagai sumber referensi dalam perkembangan ilmu hukum dan pengembangan konsep yang sudah ada khususnya dalam lapangan hukum administrasi negara, serta diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam pengembangan hukum terhadap birokrat, akademisi, praktisi, maupun bagi para ahli hukum dengan harapan agar siapa saja bisa menggunakan hasil penelitian ini sebagai bahan tinjauan atau rujukan dalam kehidupan bermasyarakat.

E. Orisinalitas Penelitian

1. Misranto²¹, 099913689 d (2005) penyelesaian gugatan perbuatan melanggar hukum oleh penguasa (*onrechtmatige overheidsdaad*) setelah penerapan undang-undang nomor 5 tahun 1986 sebagaimana yang telah diubah dengan undang-undang nomor 9 tahun 2004 tentang peradilan tata usaha negara. Disertasi, universitas airangga. Fokus kajian dalam penelitian ini menitik beratkan pada kompetensi peradilan umum dalam menangani sengketa perbuatan melanggar hukum oleh penguasa setelah penerapan undang-undang nomor 5 tahun 1986 sebagaimana yang telah diubah dengan undang-undang

²¹ <http://repository.unair.ac.id/32478/>



nomor 9 tahun 2004 tentang peradilan tata usaha negara, sedangkan dalam penelitian ini membahas dan mengkaji secara menyeluruh mulai dari substansi, perwujudan perbuatan pemerintah yang melawan hukum sampai pada konsep penyelesaian perbuatan melawan hukum sebagai suatu sengketa tata usaha negara, sehingga jelas perbedaan antara keduanya.

2. Agustien Cherly Werek²², 147010100111031 (2017) Reformulasi Pengaturan Keputusan Tata Usaha Negara Pasif Dalam Sengketa Tata Usaha Negara. Disertasi Universitas Brawijaya. Penelitian ini menyoroti masalah dualisme hukum mengenai pengaturan hukum keputusan tata usaha negara yang dimaknai sebagai stelsel pasif positif sebagaimana yang diatur dalam Pasal 53 Undang-Undang nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, dan menganut stelsel pasif negatif terdapat dalam Pasal 3 ayat (2) Undang-Undang nomor 1986 tentang PTUN jo. Undang-Undang nomor 9 Tahun 2004 jo. Undang-Undang nomor 51 Tahun 2009. Terjadinya konflik peraturan perundang-undangan karena ketidak cermatan legislatif dalam memformulasikan undang-undang yang tidak memberikan kepastian hukum sehingga perlu untuk direformulasikan kembali, dibandingkan dengan tulisan ini, nampak perbedaan yang

²² Werek, A. C. (2017). *Reformulasi Pengaturan Keputusan Tata Usaha Negara Pasif Dalam Sengketa Tata Usaha Negara* (Doctoral dissertation, Universitas Brawijaya).



mencolok diantara keduanya karena penulis tidak mendalami kajian rekonstruksi peraturan perundang-undangan namun lebih menonjolkan tindakan pemerintah sebagai suatu perbuatan melawan hukum yang diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan sebagai pangkal sengketa di Peradilan Tata Usaha Negara..

3. Bernat Panjaitan²³, 10302000348 (2023) Rekonstruksi Kewenangan Mengadili Penetapan Hasil Pemilihan Kepala Desa Sebagai Objek Sengketa Tata Usaha Negara Berbasis Nilai Keadilan. Disertasi Universitas Islam Sultan Agung. Penelitian ini berfokus pada kajian dan analisis terhadap regulasi kewenangan mengadili penetapan hasil pemilihan kepala desa sebagai objek sengketa tata usaha negara, rekonstruksi dibangun untuk mengalihkan penetapan hasil pemilihan kepala desa yang tidak selesaikan oleh bupati dapat langsung digugat ke pengadilan tata usaha negara. Sedangkan dalam penelitian ini fokus kajian menitik beratkan pada perbuatan melawan hukum sebagai pangkal sengketa tata usaha negara, untuk itu jelas perbedaan keduanya masing-masing memiliki orisinalitas yang dipertang-gung jawabkan secara ilmiah.
4. Nidyana Dwi Deviani²⁴, 05930154 (2007) Pertimbangan Hukum Hakim Tata Usaha Negara Dalam Putusan Sengketa Perbuatan Melawan

²³ <http://repository.unissula.ac.id/30977/1/10302000348.pdf>

²⁴ <http://repository.unika.ac.id/17876/1/0-Cover.pdf>



Hukum Oleh Penguasa. Universitas Katolik Soegijapranata. Penelitian ini berfokus pada kajian dan analisis yang ditekankan pada pertimbangan hakim mengenai perbuatan melawan hukum oleh penguasa yang dituangkan dalam beberapa putusan PTUN mulai dari tingkat pertama, banding sampai pada tingkat kasasi, sedangkan dalam penelitian ini fokus kajian menitik beratkan pada perbuatan melawan hukum sebagai pangkal sengketa tata usaha negara, apa perwujudannya dan bagaimana konsep penyelesaiannya, menjadi objek kajian dalam penulisan ini, sehingga dari hal tersebut telah menunjukkan perbedaan yang sangat jelas dan memiliki orisinalitas serta masing-masing tulisan dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Teori Negara Hukum

Pemikiran tentang konsep negara hukum pada umumnya dimaksudkan dalam kerangka untuk menghindarkan terjadinya perbuatan negara atau pemerintah dari perbuatan sewenang-wenang. Oleh karena bagaimanapun juga jika suatu pemerintahan tidak diawasi atau dikontrol dengan seperangkat aturan hukum yang tegas dan konkret maka akan sangat rentan dengan berbagai bentuk penyalahgunaan kekuasaan atau penyimpangan yang dilakukan oleh pemegang kekuasaan²⁵.

Keberadaan tentang konsepsi negara hukum telah ada sejak berkembangnya cita negara hukum itu sendiri. Plato dan Aristoteles merupakan penggagas dari pemikiran negara hukum. Pemikiran negara hukum dimunculkan melalui karya monumentalnya, yakni *politicos*. Plato (429-347 SM) dalam karyanya tersebut sudah menganggap adanya hukum untuk mengatur warga negara. Pemikiran ini dilanjutkan takala Plato mencapai usia lanjut dengan tetap memberikan perhatian tinggi pada hukum. Menurutnya, penyelenggaraan pemerintahan yang baik adalah yang diatur

²⁵ Aminuddin Ilmar, 2020, *Memaknai Kepemerintahan Yang Baik Melalui Penerapan Prinsip Tata Kelola dan Keabsahan Tindakan Pemerintahan*, Phinatama Media, Makassar, hlm. 41.



oleh hukum. Pernyataan ini biasa disebut dengan istilah *Nomoi*²⁶. Paham plato mengenai negara adalah keinginan Kerjasama antara sesama manusia untuk memenuhi kepentingan mereka, kesatuan manusia ini disebut masyarakat dan masyarakat itu adalah negara, antara sifat-sifat manusia ada persamaannya dengan sifat-sifat negara yakni²⁷ ;

Sifat-sifat manusia

Sifat-sifat negara

- | | | |
|--------------------|--------|-------------------|
| 1. Pikiran | —————> | Golongan Penguasa |
| 2. Keberanian | —————> | Golongan Tentara |
| 3. Aneka kebutuhan | —————> | Golongan Pekerja |

Sesuai dengan tiga kemampuan jiwa yang ada pada manusia tersebut, maka negara juga terdapat tiga golongan masyarakat yang mempunyai kemampuannya masing-masing. Golongan yang pertama disebut golongan yang memerintah, yang merupakan otaknya didalam negara dengan mempergunakan akal pikirannya. Orang-orang yang mampu memerintah adalah orang yang mempunyai kemampuan dalam hal ini adalah Raja yang berfilsafat tinggi. Golongan kedua adalah golongan ksatria/prajurit dan bertugas menjaga keamanan negara jika diserang dari luar atau kalau keadaan didalam negara mengalami kekacauan. Mereka hidup didalam asrama-asrama dan menunggu perintah dari negara untuk tugas tersebut diatas, golongan ini dapat disamakan dengan kemauan dari Hasrat manusia.

²⁶ Bernhard Limbong, 2011, *Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan. Regulasi. Kompensasi. Penegakan Hukum*, Margaretha Pustaka, Jakarta, hlm. 47.

²⁷ Abu Daud Bosroh, 2017, *Ilmu Negara*, Bumi Aksara, Jakarta, hlm. 21.



Golongan ketiga adalah golongan rakyat biasa disamakan dengan perasaan manusia. Golongan ini termasuk petani dan pedagang²⁸. Sehingga pandangan Plato negara yang ideal seharusnya diperintah oleh kaum filsuf yang memiliki kecerdasan budi, dipertahankan oleh kaum militer yang mempunyai keberanian, dan penduduknya harus terdiri atas kaum tani dan pedagang kecil atas dasar kesederhanaan²⁹. Plato menyadari bahwa negara semacam ini tidak mungkin terjadi dalam kenyataan karena sifat manusia itu sendiri tidak sempurna, selanjutnya ia menciptakan suatu bentuk negara yang maksimal dapat dicapai yaitu yang disebut negara hukum. Dalam negara hukum semua orang tunduk kepada hukum termasuk juga penguasa atau raja yang kadang-kadang dapat juga bertindak sewenang-wenang³⁰.

Setelah itu cita-cita Plato dilanjutkan oleh muridnya yang bernama Aristoteles (348 SM), menurutnya suatu negara yang baik adalah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum³¹. Baik buruknya suatu hukum ditentukan oleh kesusilaan, untuk itu maka manusia perlu dididik menjadi warga yang baik, yang bersusila, yang nantinya akan menjelmakan manusia yang bersikap adil³². Dengan tegas Aristoteles menyatakan, bahwa adanya suatu pemerintahan atau kekuasaan yang berdasarkan konstitusi akan terlihat dari tiga unsur yakni; (1) adanya

²⁸ Moh Kusnardi dan Bintang R Saragih, 2017, *Ilmu Negara*, Gaya Media Pratama, Jakarta, hlm. 16-17.

²⁹ W.A. Gerungan, *Psikologi Sosial*, PT Eresco, hlm. 5.

³⁰ Moh Kusnardi dan Bintang R Saragih, *Loc cit.*, hlm. 17.

³¹ Bernhard Limbong, *Loc cit.*, hlm. 47.

³² *Ibid*, hlm.48.



pemerintahan yang dilaksanakan untuk kepentingan umum, (2) adanya pemerintahan yang dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan atas ketentuan-ketentuan umum dan bukan dibuat semena-mena, dan (3) adanya pemeriksaan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat dan bukan atas paksaan dan tekanan³³. Negara hukum adalah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warganya, keadilan merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan hidup. Peraturan yang sebenarnya menurut Aristoteles ialah peraturan yang mencerminkan keadilan bagi pergaulan antar warga negaranya, maka menurutnya yang memerintah dalam suatu negara bukanlah manusia, melainkan pikiran yang adil yang tertuang dalam peraturan hukum sedangkan penguasa hanya memegang hukum dan keseimbangan saja³⁴.

Konsepsi negara hukum merupakan gagasan yang muncul untuk menentang konsep absolutisme yang telah melahirkan negara kekuasaan. Pada pokoknya, kekuasaan penguasa (raja) harus dibatasi agar jangan memperlakukan rakyat dengan sewenang-wenang. Pembatasan itu dilakukan dengan jalan adanya supremasi hukum yaitu bahwa segala tindakan penguasa tidak boleh sekehendak hatinya, tetapi harus berdasar dan berakar pada hukum, menurut ketentuan hukum dan undang-undang

³³ Aminuddin Ilmar, *Op cit.*, hlm. 44.

³⁴ Moh Kusnardi dan Bintang R Saragih, *Op cit.*, hlm. 132.



yang berlaku dan untuk itu juga harus ada pembagian kekuasaan negara khususnya kekuasaan yudikatif harus dipisahkan dari penguasa³⁵.

Setiap negara hukum menghendaki segala tindakan atau perbuatan pemerintah harus mempunyai dasar hukum yang jelas atau ada dasar legalitasnya, baik berdasarkan hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Dengan kata lain, pada negara hukum menyatakan bahwa hukumlah yang menjadi faktor penentu bagi keseluruhan dinamika kehidupan sosial, ekonomi, politik disuatu negara³⁶. Latar belakang pemikiran negara hukum lahir dari upaya manusia untuk mengatasi kesewenang-wenangan (absolutisme) dari pemerintah, karena setiap yang memerintah dari segi sosiologi kekuasaan potensial untuk menyalahgunakan kekuasaannya. Menurut Lord Acton orang yang berkuasa cenderung bertindak sewenang-wenang, hal itu terlihat dari ungkapan yang sangat populer "*power tends to corrupt, absolute power corrupts absolutely*". Agar kesewenang-wenangan dapat dihindari dan hak asasi manusia mendapat jaminan maka kekuasaan dari sang penguasa perlu dibatasi oleh hukum³⁷. Apalagi dalam praktik tidak jarang istilah "*demi kepentingan umum, pembangunan untuk seluruh masyarakat*", "*negara tidak mungkin mau mencelakakan warganya*", atau ungkapan lain yang digunakan oleh para pemegang kekuasaan, dapat saja dipakai sebagai pembenaran terhadap penggunaan kekuasaan negara untuk

³⁵ M Iwan Satriawan dan Siti Khoiriah, 2017, *Ilmu Negara*, Rajawali Pers, Depok, hlm. 108-109.

³⁶ Yuslim, 2016, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 1.

³⁷ Ibid, hlm.2.



memaksa seseorang atau sekelompok warga agar bersedia mematuhi keinginan negara³⁸.

Negara hukum pada dasarnya terutama bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum bagi rakyat. Oleh karenanya menurut Philipus M hadjon bahwa perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindak pemerintah dilandasi oleh dua prinsip; prinsip hak asasi manusia dan prinsip negara hukum. Pengakuan perlindungan terhadap hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikatakan sebagai tujuan daripada negara hukum. Sebaliknya dalam negara totaliter tidak ada tempat bagi hak asasi manusia³⁹.

Istilah negara hukum merupakan terjemahan dari *the rule of law* maupun *rechstaat*. Kedua istilah tersebut memiliki latar belakang maupun karakter yang sangat berbeda, tetapi dalam beberapa pembicaraan pemakaian kedua istilah tersebut tidak ada perbedaan. Pemikiran negara hukum (*rechstaat*) berkembang dari pemikiran dalam sistem hukum kontinental⁴⁰. Ciri utama *civil law system* adalah melakukan pembagian dasar kedalam hukum privat dan hukum publik, ide tentang *rechstaat* lahir pada abad ke XVII akibat situasi politik di eropa didominasi oleh absolutisme⁴¹.

³⁸ Zairin Harahap, 2011, Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara, perubahan kesembilan, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm.1.

³⁹ *Ibid.* hlm.2.

⁴⁰ Yuslim, *op cit.*, hlm.3

⁴¹ Zairin Harahap, *op cit.*, hlm.6.



Sedangkan negara hukum tipe (*the rule of law*) berkembang dalam system hukum *anglo saxon*⁴².

Konsep *rechstaat* diawali oleh pemikiran Immanuel Kant tentang negara hukum dalam arti sempit yang menempatkan fungsi *rechts* pada *staat* hanya sebagai alat bagi perlindungan hak-hak asasi individual dan pengaturan negara secara pasif, yakni hanya bertugas sebagai pemelihara ketertiban dan keamanan masyarakat⁴³. Konsep Kant ini, terkenal dengan sebutan *Nachtwakerstaat* atau negara penjaga malam⁴⁴.

Seiring perjalanan waktu dan perkembangan masyarakat, paham negara hukum dari Immanuel Kant (negara hukum liberal) kurang memuaskan. Muncul pemikir yang berniat untuk memperbaiki paham negara hukum liberal, dan konsep perbaikannya melahirkan paham negara hukum formal. Sarjana yang mengembangkan paham tersebut adalah Friedrich Julius Stahl yang berkebangsaan Jerman dalam bukunya *Phiosophie des recht*, terbit pada tahun 1978⁴⁵. Konsep Stahl tentang negara hukum ditandai oleh empat unsur pokok yaitu (1) pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia; (2) negara didasarkan pada teori trias politika; (3) pemerintah diselenggarakan berdasarkan undang-undang (*wetmatig bestuur*); dan (4)

⁴² Yuslim, *Loc cit.*, hlm.3.

⁴³ Lukman Hakim, *Filosofi Kewenangan Organ & Lembaga Daerah Perspektif Teori Otonomi & Desentralisasi dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara Hukum dan Kesatuan*, 2012, Setara Pers, Malang, hlm.53

⁴⁴ M Iwan Satriawan dan Siti Khoiriah, hlm.109.

⁴⁵ *Ibid*



ada peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*). Gagasan negara hukum yang berasal dari Stahl ini dinamakan negara hukum formil, karena lebih menekankan pada suatu pemerintahan yang berdasarkan undang-undang⁴⁶. Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika dan Anglo Saxon, konsep negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V. Dicey dengan sebutan "*The Rule Of Law*"⁴⁷.

Di Inggris negara hukum sudah terlihat dalam pemikiran John Locke, yang membagi kekuasaan dalam negara kedalam tiga kekuasaan, antara lain dibedakan antara penguasa pembentuk undang-undang, dan berkait erat dengan konsep *rule of law* yang berkembang di Inggris pada waktu itu. Ide negara hukum dikaitkan dengan tugas-tugas hakim dalam rangka menegakkan *rule of law*⁴⁸.

A.V. Dicey menyetengahkan tiga arti dari *the rule of law* sebagai berikut⁴⁹.

- a) Supremasi absolut atau predominasi dari *regular law* untuk menentang pengaruh dari *arbitrary power law* dan meniadakan kesewenangan, prerogative atau *discretionary authority* yang luas dari pemerintah.

⁴⁶ Zairin Harahap, 2008, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, perubahan keenam, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm.7.

⁴⁷ Benhard Limbong, *Loc Cit.*, Hlm.50.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Ni'matul Huda, 2006, *Hukum Tata Negara Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, Hlm 74-75.



- b) Persamaan dihadapan hukum atau penundukan yang sama dari semua goongan kepada *ordinary law of the land*, yang dilaksanakan oleh *ordinary court*; ini berarti bahwa tidak ada orang yang berada diatas hukum ; tidak ada peradilan administrasi negara.
- c) Konstitusi adalah hasil dari *the ordinary law of the land*, bahwa hukum konstitusi bukanlah sumber, tetapi merupakan konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegakkan oleh pengadilan.

Negara hukum menurut Bothing, adalah “*de staat, waarin de wilsvriheid van gezagsdragers is beperket door grenzen van recht*” (negara, dimana kebebasan kehendak pemegang kekuasaan dibatasi oleh ketentuan hukum). Lebih lanjut disebutkan bahwa dalam rangka merealisasi pembatasan pemegang kekuasaan tersebut, maka diwujudkan dengan cara, *enerzids in een binding van rechter en administratie aan de wet, anderjizds in een begrenzing van de bevoegdheden van wetger,*” (disatu sisi keterikatan hakim dan pemerintah terhadap undang-undang, dan disisi lain pembatasan kewenangan oleh pembuat undang-undang⁵⁰.

Sedangkan Hamid S. Attamimi, dengan merujuk pada pandangan Bunkers, mengatakan bahwa negara hukum (*rechtstaat*) secara sederhana adalah negara yang menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara

⁵⁰ Nurul Qamar, 2014, *Hak Asasi Manusia dalam Negara Hukum Demokrasi (Human Rights in democratische rechtstaat)*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.27.



dan dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dibentuknya dilakukan dibawah kekuasaan hukum⁵¹.

Wade, mengatakan bahwa dalam negara hukum, segala sesuatu harus dilakukan oleh menurut hukum.(*everything mus be done according*). Negara hukum menentukan bahwa pemerintah harus tunduk pada hukum, bukannya hukum yang harus tunduk pada pemerintah⁵².

Gagasan negara hukum selain terkait dengan konsep "*rechstaat*" dan "*rule of law*", juga berkaitan dengan konsep "*nomocracy*", yang berasal dari perkataan "*nomos*" dan "*cratos*" atau "*kratein*". Perkataan "*nomocracy*" itu dapat dibandingkan dengan "*demos*" dan "*cratos*" dalam demokrasi. *Nomos*" berarti norma, sedangkan "*cratos*" adalah kekuasaan. Jadi faktor penentu kekuasaan dalam negara adalah norma atau hukum. Istilah *nomocracy* itu berkaitan dengan ajaran kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi⁵³.

Menurut Bagir Manan bahwa konsep negara hukum sangat terkait dengan system hukum yang diatur oleh negara yang bersangkutan⁵⁴. Subekti menjabarkan system sebagai suatu susunan atau tatanan yang teratur, suatu keseruhan yang terdiri atas bagian-bagian yang berkaitan satu sama ain, tersusun menurut suatu rencana atau pola, hasil dari suatu pennisan untuk

⁵¹ *Ibid*

⁵² *Ibid*

⁵³ Yuslim, *Op cit.*, hlm.2.

⁵⁴ Nurul Qamar, *Loc cit.*, hlm.32.



mencapai suatu tujuan. Supaya system itu baik maka antar bagiannya tidak boleh terjadi pertentangan dan benturan, selain itu, antar bagiannya tidak boleh terjadi tumpang tindih perannya demi mencapai tujuan. Dapat dikatakan bahwa suatu system tidak terlepas dari asas-asas yang mendukungnya⁵⁵. Selanjutnya menurut Sudikno Mertokusumo, sistem hukum adalah tatanan atau kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saing berkaitan erat satu sama lain, yaitu kaidah atau pernyataan tentang apa yang seharusnya (*das sollen*) sehingga sistem hukum merupakan sistem normatif⁵⁶.

Dilihat dari sejarah dan perkembangannya, terdapat empat macam system hukum yang diberlakukan diberbagai negara didunia. Keempat system hukum itu antara lain: (1) Eropa Kontinental (*civil law*), (2) Anglo Saxon (*common law*), (3) Hukum adat, dan (4) Hukum Islam⁵⁷. Menurut M. Tahir Azhary dalam kepustakaan ditemukan lima macam konsep negara hukum, yaitu sebagai berikut⁵⁸.

(1) Nomokrasi Islam; adalah konsep negara hukum yang pada umumnya diterapkan dinegara-negara Islam.

⁵⁵ Bernhard Limbong, *Loc cit.*, hlm.57.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, hlm.58.

⁵⁸ Zairin Harahap, *Op cit*, hlm.3.



- (2) *Rechstaat*; adalah konsep negara hukum yang diterapkan dinegara-negara eropa kontinental, misalnya; Beanda, Jerman, Prancis.
- (3) *Rule of Law*; adalah konsep negara hukum yang diterapkan di negara-negara Anglo Saxon, seperti ; Inggris, Amerika Serikat.
- (4) *Socialist Legality*; adalah konsep negara hukum yang diterapkan di negara-negara komunis.
- (5) Konsep Negara Hukum Pancasila; adalah konsep negara hukum yang diterapkan di Indonesia.

Nomokrasi Islam artinya kekuasaan yang didasarkan pada hukum-hukum Islam yang bersumber dari Allah. Suatu pemahaman yang kurang tepat terhadap konsep negara dari sudut pandang Islam dengan menyebutnya sebagai teokrasi. Teokrasi adalah suatu bentuk pemerintahan yang mengakui Tuhan atau Dewa sebagai Raja atau penguasa dekat. Teokrasi lebih tepat ditujukan kepada negara yang dipimpin oleh pemegang otoritas keagamaan tertentu (Paus, Vatikan). Ajaran Islam sangat egaliter atau mengutamakan persamaan, sehingga tidak mungkin dapat dibenarkan sekelompok ahi agama mengklaim diri mereka sebagai “Wakil Tuhan” untuk berkuasa dalam suatu negara⁵⁹.

⁵⁹ *Ibid.*



Nomokrasi Islam adalah suatu negara hukum yang memiliki prinsip-prinsip sebagai berikut⁶⁰:

(1) Prinsip kekuasaan sebagai amanah (QS. An-Nisa: 58);

Prinsip ini mengandung arti bahwa kekuasaan adalah sebagai amanah Allah. Oleh karena itu, manusia yang menerima amanah itu dituntut harus jujur dalam melaksanakan amanah itu sesuai dengan yang diamanahkan, tidak boleh menyelewengkan amanah itu untuk tujuan lain.

(2) Prinsip musyawarah (QS. Asy'Syuura: 38, QS. Ali Imran:159);

Prinsip musyawarah berarti segala urusan terlebih dahulu dimusyawahkan, tidak boleh diputuskan sendiri yang dapat menjurus pada sifat absolutism, kecuali dalam keadaan yang sangat mendesak, tetapi itu pun harus dilakukan dengan sangat hati-hati, oleh karenanya harus ditetapkan kriteria-kriterianya. Prinsip musyawarah ini adalah merupakan akhlak Nabi Muhammad dalam membina umatnya. Meskipun beliau seorang nabi, beliau tidak harus menjadi otoriter dalam segala urusan.

(3) Prinsip keadilan (QS. An-Nisa: 135, QS. Al-Maidah:8);

Prinsip keadilan berarti manusia yang diberikan amanah harus bertindak secara adil, berpihak pada kebenaran dan keadilan bukan berpihak pada hawa nafsu, yang cenderung bertindak sewenang-wenang, pilih kasih;

⁶⁰ *Ibid.*



baik faktor agama, faktor suku, faktor ras, faktor nasab, faktor kebangsaan.

(4) Prinsip persamaan (QS. Al Hujuraat: 13);

Prinsip persamaan berarti semua manusia adalah sama, harus diperlakukan sama, tidak boleh mengutamakan suatu golongan, semua manusia mempunyai kesempatan dalam setiap kesempatan yang ada. Perbedaan manusia yang satu dengan yang lainnya hanyalah didasarkan pada ketakwaannya kepada al-Khaliq.

(5) Prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia (QS. Al Isra: 33, QS. Al Baqarah: 256, QS. Qaaf: 45);

Makna yang dimaksud dalam prinsip ini adalah setiap manusia berhak untuk hidup, bebas dari segala macam paksaan termasuk masalah agama atau keyakinannya, ancaman, terror, rasa takut, dan lain-lain.

(6) Prinsip peradilan bebas (QS.An-Nisa: 58);

Prinsip ini berkaitan dengan prinsip keadilan dan persamaan. Hakim harus memutus perkara dengan adil, tidak boleh dipengaruhi oleh kekuasaan lain, tidak boleh memutus perkara dibawah tekanan-tekanan, sehingga memengaruhi hakim dalam memberikan putusan adil.

(7) Prinsip perdamaian (QS. Al Baqarah: 190);

Prinsip perdamaian berarti melakukan hubungan kerja sama dengan negara-negara lain yang dijalin atas dasar prinsip perdamaian. Sikap



permusuhan dan perang hanya merupakan suatu tindakan darurat dan bersifat defensif untuk membela diri.

(8) Prinsip kesejahteraan (QS. Saba:15, QS. Adz-Dzariat: 19);

Prinsip kesejahteraan berarti bertujuan untuk mewujudkan keadilan dalam segala bidang menuju masyarakat adil dan Makmur bagi seluruh masyarakat atau rakyat. Pada harta orang kaya itu terdapat hak fakir miskin.

(9) Prinsip ketaatan rakyat (QS. An-Nisa:59)

Prinsip ketaatan rakyat berarti mengatur hubungan antara pemerintah dan rakyat.

Rechtsstaat merupakan konsep negara hukum yang berasal dari wilayah eropa kontinental sebagaimana yang telah diketengahkan sebelumnya bahwa dua orang sarjana barat yaitu Immanuel Kant (negara hukum materil) dan Friedrich Julius Stahl (negara hukum formil) telah berjasa dalam mengemukakan buah pikiran mereka mengenai konsep negara hukum.

Dalam perkembangannya pemerintahan yang berdasarkan undang-undang dianggap “lamban” dan karena itu diganti dengan pemerintahan yang berdasarkan hukum atau prinsip *rechtmatig bestuur*. Dengan demikian, negara negara hukum formil menjadi negara hukum materil dengan ciri *rechtmatig bestuur*. Kemudian lahirlah konsep-konsep yang merupakan variant dari *rechtsstaat* itu *vezorgingstaat* sebagai negara kemakmuran.



Populer diistilahkan dengan *welfarestaat* modern⁶¹. Kekurangan-kekurangan yang ada terus mendapat perhatian untuk penyempurnaan. Salah satu tokohnya adalah Paul Scholten dengan membedakan tingkatan antara asas dan aspek negara hukum. Unsur yang dianggap penting dinamakannya “asas”, unsur yang merupakan turunannya disebut “aspek”. Asas negara hukum menurut Scholten adalah⁶²;

- (1) Ada hak warga terhadap negara, asas ini mengandung dua aspek yaitu: *pertama*, hak individu pada prinsipnya berada diluar wewenang negara; *kedua*, pembatasan terhadap hak tersebut hanyalah dengan ketentuan undang-undang, berupa peraturan yang berlaku umum.
- (2) Adanya pemisahan kekuasaan. Scholten dengan mengikuti Montesquieu mengemukakan tiga kekuasaan negara yang harus dipisahkan satu sama lain, yaitu kekuasaan pembentuk undang-undang, kekuasaan melaksanakan undang-undang, dan kekuasaan mengadili.

Konsep *rechstaat* di Eropa Kontinental sejak semula didasarkan pada filsafat liberal yang individualistik, maka ciri individualistik itu sangat menonjol dalam pemikiran negara hukum menurut konsep Eropa Kontinental⁶³. Berbagai unsur utama konsep *rechtstaat* dipengaruhi oleh pemikiran John

⁶¹ Nurul Qamar, *Loc cit.*, hlm.42.

⁶² M Iwan Satriawan dan Siti Khoiriah, *Op Cit.* hlm.110.

⁶³ *Ibid.*



Locke tentang hak-hak asasi manusia secara “alamiah” (hak hidup, kebebasan, dan hak atas kepemilikan), “asas pemisahan kekuasaan negara”⁶⁴. Locke beranggapan, keadaan alamiah dan hak-hak asasi manusia secara alami memang mendahului berdirinya negara. Oleh karena itu, seyogianya negara tercipta melalui perjanjian bermasyarakat diantara rakyat dengan tujuan untuk hak hidup, hak milik dan kebebasan individu. Kekuasaan negara yang terbentuk melalui perjanjian kemasyarakatan itu, perlu diatur dengan perundang-undangan, dan kekuasaan perundang-undangan menempati kekuasaan tertinggi dalam negara serta menjadi tugas utama dari negara⁶⁵. Pada abad ke XVII dan XVIII pandangan Locke mengenai hak asasi manusia dan asas pemisahan kekuasaan semakin diperkuat oleh pemikiran Montesquie dan Blackstone yang menghendaki pemisahan kekuasaan negara secara tegas kedalam organ legislative, eksekutif dan yudikatif, serta pemikiran J.J. Rousseau tentang paham kedaulatan rakyat⁶⁶.

Sistem hukum kontinental mengutamakan hukum tertulis yaitu peraturan perundang-undangan sebagai sendi utama sistem hukumnya. Karena itu, negara-negara yang berada dalam sistem hukum eropa kontinental, selalu berusaha untuk Menyusun hukum-hukumnya dalam bentuk tertulis. Bahkan dalam satu sistematika yang diupayakan selengkap

⁶⁴ Lukman Hakim, *Loc cit.* hlm.54.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*



mungkin dalam sebuah kitab undang-undang. Penyusunan semacam ini disebut kodifikasi. Karena itu sistem hukum eropa kontinental sering pula disebut sistem hukum kodifikasi⁶⁷.

Negara Eropa Kontinental memasukkan unsur peradilan administrasi sebagai salah satu unsur *rechtstaat*. Dimasukkannya peradilan administrasi kedalam unsur *rechtstaat* , maksudnya untuk memberikan perlindungan hukum bagi warga masyarakat terhadap sikap tindakan pemerintah yang melanggar hak asasi dalam bidang administrasi negara. Kecuali itu, kehadiran peradilan administrasi akan memberikan perlindungan hukum yang sama kepada administrasi negara yang bertindak benar dan sesuai dengan hukum⁶⁸.

Pengaruh pemikiran John Locke berkembang dalam konsep *rechtstaat* dalam arti luas yang berwawasan kesejahteraan dan kemakmuran, dengan variasi dan unsur utamanya sebagai berikut⁶⁹.

- a) Friedrich Julius Stahl, mengetengahkan unsur utama; pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia, pemisahan kekuasaan negara berdasarkan prinsip trias politica, penyelenggaraan pemerintahan menurut undang-undang, dan peradilan administrasi negara.

⁶⁷ Nurul Qamar, *Op cit.*, hlm.42-43.

⁶⁸ Benhard Limbong, *Loc Cit.*, Hlm.52.

⁶⁹ Lukman Hakim, hlm.53-54.



- b) Scheltema, dengan unsur utama; kepastian hukum, persamaan, demokrasi, dan pemerintahan yang melayani kepentingan umum.
- c) H.D. Van Wijk/ Konijnenbelt, dengan unsur utama; pemerintahan menurut hukum, hak-hak asasi, pembagian kekuasaan, dan pengawasan oleh kekuasaan peradilan.
- d) Zippelius, menurut dengan unsur utama; pemerintahan hukum, jaminan terhadap hak-hak asasi, pembagian kekuasaan, dan pengawasan yustisial terhadap pemerintah.

Konsepsi dan praktek legal state atau negara hukum yang lama ternyata telah menimbulkan kepincangan sosial. liberalisme dan individualisme yang dijadikan dasarnya ternyata hanya menguntungkan kaum borjuis atau mereka yang kuat secara ekonomis, sedangkan mereka yang secara ekonomis lemah (golongan miskin) selalu menjadi golongan yang dirugikan karena dalam memperjuangkan keinginan-keinginannya mereka tidak mempunyai fasilitas, sehingga selalu kalah dari persaingan bebas itu. Dengan kekayaannya kaum borjuis berhasil melakukan propaganda dan kampanye untuk mendudukkan wakil-wakilnya di parlemen dalam porsi yang besar. Dan parlemen inilah yang membuat aturan-aturan untuk menjadi hukum negara yang harus dilaksanakan oleh pemerintah;



maka masuk akal jika aturan-aturan yang keluar dari parlemen itu selalu menguntungkan kaum borjuis⁷⁰.

Karena kenyataan itulah pada paroh kedua abad XIX di eropa barat lahir soal sosial (*sociale kwestie*) yaitu tuntutan yang menghentikan ketimpangan sosial dengan ekonomi liberal itu. Konsep negara hukum yang lama diganti dengan konsep baru yang lebih dinamis yakni *Welfare State* (negara kesejahteraan) atau negara hukum materil. Di dalam negara modern "*Welfare State*" ini tugas pemerintah bukan lagi sebagai penjaga malam dan tidak boleh pasif tetapi harus aktif turut serta dalam kegiatan masyarakat sehingga kesejahteraan bagi setiap orang tetap terjamin. Dengan demikian pemerintah harus memberikan perlindungan bagi warganya bukan hanya dalam bidang politik tetapi juga dalam bidang sosial ekonomi sehingga kesewenang-wenangan dari golongan kaya harus dicegah oleh pemerintah. Oleh sebab itu tugas pemerintah diperluas dengan maksud untuk menjamin kepentingan umum sehingga lapangan tugasnya mencakup berbagai aspek yang semula menjadi urusan masyarakat seperti masalah Kesehatan rakyat, Pendidikan, perumahan, distribusi tanah dan sebagainya. Jadi didalam *Welfare State* pemerintah itu disertai *bestuurzorg* yaitu penyelenggaraan kesejahteraan umum⁷¹. Sehingga dalam negara kemakmuran, negara adalah

⁷⁰ SF Marbun dan Moh Mahfud MD,2006, Pokok-Pokok Hukum Administrasi negara, Liberty, Yogyakarta, hlm. 45.

⁷¹ *Ibid.*



satu-satunya alat untuk menyelenggarakan kemakmuran rakyat untuk kepentingan seluruh rakyat dan negara⁷².

Istilah *rule of law* mulai populer dengan terbitnya buku dari Albert Venn Dicey tahun 1885 dengan judul *introduction to the study of the law constitution*⁷³.

Konsep negara hukum yang semula dipepori oleh Dicey (dari Inggris) dengan sebutan *rule of law* berkembang di negara-negara Anglo Saxon. Konsep ini menekankan pada tiga tolak ukur atau unsur utama, yaitu: (1) supremasi hukum atau *supremacy of law*; (2) persamaan didepan hukum atau *equity before the law*; (3) konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perorangan atau *the constitution based on individual rights*⁷⁴.

Sistem anglo saxon tidak menjadikan peraturan perundang-undangan sebagai sendi utama sistemnya. Sendi utamanya adalah yurisprudensi. Sistem hukum anglo saxon berkembang dari kasus-kasus konkret dan dari kasus konkret tersebut lahir berbagai kaidah dan asas hukum. Karena itu, sistem hukum ini sering disebut sebagai sistem hukum yang berdasarkan kasus (*case law system*)⁷⁵.

⁷² C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, 2007, *Latihan Ujian Ilmu Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 47.

⁷³ Zairin Harahap, *Loc cit.*, hlm.9.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*



Munculnya konsep negara hukum *socialist legality* hendak mengimbangi konsep negara hukum *rule of law* yang dipepori oleh negara-negara anglo saxon⁷⁶.

Substansi dari negara hukum ini berbeda dengan konsep negara hukum *rechstaat* dan *rule of law*. Dalam negara hukum *socialist legality* hukum ditempatkan dibawah sosialisme. Hukum adalah sebagai alat untuk mencapai sosialisme. Hak perseorangan dapat disalurkan kepada prinsip-prinsip sosialisme, meskipun hak tersebut patut mendapatkan perlindungan⁷⁷.

Tradisi sosialis bukan terutama didasarkan pada peranan peraturan perundang-undangan atau yurisprudensi, melainkan pada dasar kebijaksanaan ekonomi dan sosial. Menurut pandangan ini, hukum adalah instrumen kebijaksanaan dalam bidang ekonomi atau sosial (*instruments of economic and social policy*)⁷⁸.

Konsep negara hukum Pancasila memiliki ciri-ciri khas ke Indonesiaannya. Karena Pancasila harus didudukkan sebagai dasar pokok dan sumber hukukm, dengan demikian, maka negara hukum Indonesia dapat pula dinamakan negara hukum Pancasila. Disamping itu Indonesia biasa pula disebut negara hukum proklamasi⁷⁹.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Nurul Qamar, *Loc Cit.*, hlm.47.



Tahir Azhari, mengemukakan bahwa salah satu ciri pokok dalam negara hukum Pancasila ialah adanya jaminan terhadap *freedom of reigion* atau kebebasan beragama. Tetapi, kebebasan beragama dinegara hukum Pancasila selalu dalam konotasi positif, artinya tiada tempat bagi ateisme atau propaganda anti agama dibumi Indonesia⁸⁰.

Indonesia sebagai negara hukum ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD Negara RI 1945) yang mengatakan Indonesia adalah negara hukum. Hal itu menunjukkan pengakuan yang tegas dan kuat dalam sistem hukum Indonesia, sehingga pembentuk konstitusi memandang perlu merumuskan dalam UUD Negara RI 1945⁸¹.

Menurut Mahfud penetralan kalimat dalam Pasal 1 ayat (3) tersebut bukan tidak penting artinya, karena didalamnya terkandung konsep prismatic tentang negara hukum, yaitu penggabungan unsur-unsur yang baik pada beberapa konsep yang berbeda dalam suatu konsep yang menyatu (integratif) yang implementasinya disesuaikan dengan tuntutan perkembangan⁸².

Negara hukum Indonesia memiliki karakteristik tersendiri dengan ciri khas Pancasila. Namun sebagai bagian dari negara hukum pada umumnya, negara Indonesia juga memiliki unsur-unsur umum suatu negara hukum.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Yuslim, *Loc Cit.*, hlm.9.

⁸² *Ibid*, hlm.10.



Konsep negara hukum pernah dikupas oleh Philipus M. Hadjon, dimana pengakuan terhadap harkat dan martabat manusia dalam negara hukum Indonesia yang secara melekat pada Pancasila⁸³. Bertolak dari falsafah Pancasila Philipus M. Hadjon merumuskan elemen negara hukum Pancasila sebagai berikut⁸⁴.

- (1) Adanya keserasian antara pemerintah dengan rakyat berdasarkan asas kerukunan.
- (2) Hubungan fungsional dan professional antara kekuasaan negara.
- (3) Prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan perdilan merupakan sarana terakhir.
- (4) Keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Dalam negara hukum Pancasila tidak boleh terjadi pemisahan antara agama dan negara baik secara mutlak maupun secara nisbi. Karena hal itu akan bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Agama dan negara berada dalam hubungan yang harmonis⁸⁵.

Negara hukum Pancasila bertitik pangkal dari asas kekeluargaan dan kerukunan. Dua asas ini sebagai asas yang terpadu. Kepentingan rakyat banyak lebih diutamakan, namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai⁸⁶.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Zairin Harahap, *Loc cit.*, hlm.12.

⁸⁶ *Ibid.*



Selanjutnya Philipus M.Hadjon mengemukakan bahwa negara hukum Pancasila tidak dapat dengan begitu saja dipersamakan dengan *rechtstaat* dan *rule of law* dengan alasan sebagai berikut⁸⁷; (1) baik konsep *rechtstaat* maupun *rule of law* dari latar belakang sejarahnya lahir dari suatu usaha atau perjuangan menentang kesewenangan penguasa, sedangkan Negara Republik Indonesia sejak perencanaan berdirinya jelas-jelas menentang segala bentuk kesewenangan atau absolutisme; (2) baik konsep *rechtstaat* maupun *rule of law* menempatkan pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia sebagai titik sentral, sedangkan Negara Republik Indonesia yang menjadi titik sentral adalah keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan; (3) untuk melindungi hak asasi manusia konsep *rechtstaat* mengedepankan prinsip *wetmatigheid* dan *rule of law* mengedepankan prinsip *equity before the law*, sedangkan Negara Republik Indonesia mengedepankan asas kerukunan dalam hubungan antara pemerintah dan rakyat.

B. Teori Keadilan

Plato⁸⁸ ialah seorang pemikir idealis abstrak yang mengakui kekuatan-kekuatan diluar kemampuan manusia sehingga pemikiran irasional masuk dalam filsafatnya. Demikian pula halnya dengan permasalahan keadilan

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Suteki dan Galang Taufani, 2018, *Metodologi Penelitian Hukum (Filsafat, Teori dan Praktik)*, Rajawali Pers, Depok, hlm. 98.



Plato berpendapat bahwa keadilan adalah adanya perubahan dalam masyarakat. Masyarakat memiliki elemen-elemen prinsipal yang harus dipertahankan, yaitu⁸⁹.

- (1) Pemilihan kelas-kelas yang tegas; misalnya kelas penguasa yang diisi oleh para pengembala dan anjing penjaga harus dipisahkan secara tegas dengan domba manusia;
- (2) Identifikasi takdir negara dengan takdir kelas penguasanya; perhatian khusus terhadap kelas ini dan persatuannya; dan kepatuhan pada persatuannya, aturan-aturan yang rigid bagi pemeliharaan dan pendidikan kelas ini, dan pengawasan yang ketat serta kolektivisasi kepentingan-kepentingan anggotanya.

Dari elemen-elemen prinsipal ini, elemen-elemen lainnya dapat diturunkan, misalnya berikut ini⁹⁰.

- (1) Kelas penguasa punya monopoli terhadap semua hal seperti keuntungan dan Latihan militer, dan hak memiliki senjata dan menerima semua bentuk Pendidikan, tetapi kelas penguasa ini tidak diperkenankan berpartisipasi dalam aktivitas perekonomian, terutama dalam usaha mencari penghasilan.
- (2) Harus ada sensor terhadap semua aktivitas intelektual kelas penguasa, dan propaganda terus menerus yang bertujuan untuk

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*



menyeragamkan pikiran-pikiran mereka. Semua inovasi dalam Pendidikan, peraturan, dan agama harus dicegah atau ditekan.

- (3) Negara harus bersifat mandiri (*self-sufficient*). Negara harus bertujuan pada autarki ekonomi, jika tidak demikian, para penguasa akan bergantung pada para pedagang, atau justru para penguasa itu sendiri menjadi pedagang. Alternatif pertama melemahkan kekuasaan mereka, sedangkan alternatif kedua akan melemahkan persatuan kelas penguasa dan stabilitas negaranya.

Untuk mewujudkan keadilan masyarakat harus dikembalikan pada struktur aslinya, domba menjadi domba, pengembala menjadi pengembala. Tugas ini adalah tugas negara untuk menghentikan perubahan. Dengan demikian keadilan bukan mengenai hubungan antara individu melainkan hubungan individu dan negara. Bagaimana individu melayani negara⁹¹.

Keadilan juga dipahami secara metafisis keberadaannya sebagai kualitas atau fungsi makhluk super manusia. Konsekuensinya ialah, bahwa realisasi keadilan digeser ke dunia lain, diluar pengalaman manusia; dan akan manusia yang esensial bagi keadilan tunduk pada cara-cara Tuhan yang tidak dapat diubah atau keputusan-keputusan Tuhan yang tidak dapat digugat⁹².

⁹¹ *Ibid.* hlm.99.

⁹² *Ibid.*



Mengenai keadilan dapat dijumpai pada buku Aristoteles yang berjudul *rhetorica*, yang oleh orang romawi diterjemahkan dalam Bahasa latin *ius suum cuique tribuere* atau dalam bahasa indonesia “setiap orang mendapatkan bagiannya”. Akan tetapi, keadilan tidak boleh disamakan dengan persamaan. Keadilan tidak berarti setiap orang mendapatkan bagian yang sama. Dengan mengikuti pandangan Aristoteles, Thomas Aquinas mengemukakan dua macam keadilan yaitu keadilan distributif (*iustitia distributive*) dan keadilan komutatif (*iustitia commutative*)⁹³.

Dalam pandangan Aristoteles keadilan tidak boleh dipandang sama arti dengan persama rataan. Keadilan bukan berarti bahwa tiap-tiap orang memperoleh bagian yang sama. Ia mengenal dua macam keadilan, keadilan “*distributief*” dan keadilan “*commutatief*”. Keadilan distributief ialah keadilan yang memberikan kepada tiap-tiap orang jatah menurut jasanya. Ia tidak menuntut supaya tiap-tiap orang mendapat bagian yang sama banyaknya, bukan persamaan, melainkan *kesebandingan*. Keadilan distributief terutama menguasai hubungan antara masyarakat – khususnya negara – dengan perseorangan khusus. Keadilan commutatief ialah keadilan yang memberikan pada setiap orang sama banyaknya dengan tidak mengingat jasa-jasa perseorangan. Ia memegang peranan dalam tukar menukar, pada

⁹³ Peter Mahmud Marzuki, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Predana Media Group, Jakarta, hlm 152



pertukaran barang-barang dan jasa-jasa, dalam mana sebanyak mungkin harus terdapat persamaan antara apa yang dipertukarkan⁹⁴.

John Rawls dalam bukunya *A Theory of Justice* berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran, dan sebagai kebajikan utama umat manusia, kebenaran dan keadilan tidak bisa diganggu gugat. Lebih lanjut, Rawls mengatakan bahwa perlu adanya keseimbangan, kesebandingan, dan keselarasan (*harmony*) antara kepentingan pribadi dengan kepentingan masyarakat termasuk didalamnya negara. Keadilan merupakan nilai yang tidak dapat ditawar-tawar karena hanya dengan keadilanlah ada jaminan kestabilan dan ketenteraman dalam hidup manusia⁹⁵.

Kesamaan dapat meletakkan prinsip-prinsip keadilan, karena pada dasarnya hukum harus menjadi penuntun agar orang dapat mengambil posisi yang adil dengan tetap memerhatikan kepentingan individunya, dan bertindak proposional sesuai dengan haknya serta tidak melanggar hukum yang berlaku. Dengan demikian, keadilan sangat berkaitan dengan hak dan kewajiban para pihak dalam melaksanakan kesepakatan perjanjian sebagai bentuk tanggung jawabnya⁹⁶. Menurutnya keadilan adalah *fairness (justice as fairness)*. Pendapat John Rawls ini berakar pada teori kontrak sosial Locke

⁹⁴ L.J. van Apeldoorn, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum*, PT Pradnya Paramita, Jakarta, hlm. 11-12.

⁹⁵ Benhard Limbong, *Op Cit.*, hlm.19.

⁹⁶ Suteki dan Galang Taufani, *Op Cit.*, hlm.101



dan Rousseau serta ajaran deontologi dari Imanuel Kant. Beberapa pendapatnya mengenai keadilan adalah sebagai berikut:⁹⁷

- a. Keadilan ini juga merupakan suatu hasil dari pilihan yang adil. Ini berasal dari anggapan Rawls bahwa sebenarnya manusia dalam masyarakat itu tidak tahu posisinya yang asli, tidak tahu tujuan dan rencana hidup mereka, dan mereka juga tidak tahu mereka milik dari masyarakat apa dan dari generasi mana (*veil of ignorance*). Dengan kata lain, individu dalam masyarakat itu adalah entitas yang tidak jelas. Karena itu orang lalu memilih prinsip keadilan.
- b. Keadilan sebagai fairness menghasilkan keadilan prosedural murni. Dalam keadilan prosedural murni tidak ada standar untuk menentukan apa yang disebut “adil” terpisah dari prosedur itu sendiri. Keadilan tidak dilihat dari hasilnya, melainkan dari sistem (atau juga proses) itu sendiri.

Terdapat dua tujuan dari teori keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls, yaitu sebagai berikut⁹⁸.

- (1) Teori ini mau mengartikulasikan sederet prinsip-prinsip umum keadilan yang mendasari dan menerangkan berbagai keputusan moral yang sungguh-sungguh dipertimbangkan dalam keadaan

⁹⁷ Hyronimus Rhiti, Filsafat Hukum Edisi Lengkap (Dari Klasik ke Postmodernisme), Ctk. Kelima, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2015, hlm.242-247

⁹⁸ *Ibid.*



husus kita. Yang dia maksudkan dengan “keputusan moral” adalah sederet evaluasi moral yang telah kita buat dan sekiranya menyebabkan tindakan sosial kita. Keputusan moral yang sungguh dipertimbangkan menunjuk pada evaluasi moral yang kita buat secara refleksif.

- (2) Rawls mau mengembangkan suatu teori keadilan sosial yang lebih unggul atas teori *utilitarianisme*. Rawls memaksudkannya “rata-rata” (*average utilitarianisme*). Maksudnya adalah bahwa institusi sosial dikatakan adil jika hanya diabdikan untuk memaksimalkan keuntungan dan kegunaan. Sedang utilitarianisme rata-rata memuat pandangan bahwa institusi sosial dikatakan adil jika hanya diabdikan untuk memaksimalkan keuntungan rata-rata perkapita. Untuk kedua versi utilitarianisme tersebut “keuntungan” didefinisikan sebagai kepuasan atau keuntungan yang terjadi melalui pilihan-pilihan. Rawls mengatakan bahwa dasar kebenaran teorinya membuat pandangan lebih unggul dibanding kedua versi utilitarianisme tersebut. Prinsip-prinsip keadilan yang ia kemukakan lebih unggul dalam menjelaskan keputusan moral etis atas keadilan sosial.

Dua prinsip keadilan John Rawls dibawah ini merupakan solusi bagi problem utama keadilan yaitu⁹⁹: *pertama*, prinsip kebebasan yang sama sebesar-besarnya (*principle of greatest equal liberty*). Prinsip ini mencakup

⁹⁹ *Ibid.*



(a) kebebasan untuk berperanserta dalam kehidupan politik (hak bersuara, hak mencalonkan diri dalam pemilihan); (b) kebebasan berbicara (termasuk kebebasan pers); (c) kebebasan berkeyakinan (termasuk keyakinan beragama); (d) kebebasan menjadi diri sendiri (person); (e) hak untuk mempertahankan milik pribadi. Prinsip *Keduanya* terdiri dari dua bagian, yaitu prinsip perbedaan (*the difference principle*) dan prinsip persamaan yang adil atas kesempatan (*the principle of fair equality of opportunity*). Inti prinsip pertama adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung. Istilah perbedaan sosio – ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidak samaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan dan otoritas. Sedang istilah yang paling kurang beruntung (paling kurang diuntungkan) menunjuk pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan dan otoritas.

Selain itu Adapun beberapa arti keadilan yang dikemukakan oleh para pakar sebagai berikut¹⁰⁰.

- (1) Menurut Justinian keadilan adalah kebajikan yang memberikan hasil, bahwa setiap orang mendapat apa yang merupakan bagiannya.

¹⁰⁰ Andi Abu Ayyub Saleh, 2006, *Tamasya Perenungan Hukum dalam "Law in Book And Law in Action" Menuju Penemuan Hukum (Rechtsvinding) Yang Akurat Dalam Menggapai Kebenaran Bermuatan Keadilan*, Yarsif Watampone, Jakarta, hlm.60-61.



- (2) Menurut Herbert Spencer keadilan adalah setiap orang bebas untuk menentukan apa yang akan dilakukannya asal ia tidak melanggar kebebasan orang lain.
- (3) Roscoe Pound melihat keadilan dalam hasil-hasil konkrit yang bisa diberikannya kepada masyarakat. Ia melihat, bahwa hasil yang diperoleh itu hendaknya berupa pemuasan kebutuhan manusia sebanyak-banyak dengan pengorbanan yang sekecil-kecilnya. Lebih lanjut Roscoe Pound sendiri mengatakan, bahwa ia senang melihat, “semakin meluas pengakuan dan pemuasan terhadap kebutuhan, tuntutan atau keinginan-keinginan manusia melalui pengendalian sosial; semakin meluas dan efektifnya jaminan terhadap kepentingan sosial suatu usaha untuk menghapus pemborosan yang terus menerus dan semakin efektif dan menghindari perbenturan antara manusia dalam menikmati sumber-sumber daya, singkatnya *social engineering* yang semakin efektif.
- (4) Menurut Nelson tidak ada arti lain bagi keadilan kecuali persamaan pribadi.
- (5) Menurut John Salmon “ adalah norma keadilan menentukan ruang lingkup dari kemerdekaan individual dalam mengejar kemakmuran individual, sehingga dengan demikian membatasi kemerdekaan individu didalam batas-batas sesuai dengan kesejahteraan umat manusia”.



- (6) Menurut Hans Kelsen keadilan, buat saya adalah suatu tertib sosial tertentu dibawah lindungannya usaha untuk mencari kebenaran bisa berkembang dengan subur. Keadilan saya karenanya adalah keadilan kemerdekaan, keadilan perdamaian, keadilan demokrasi – keadilan toleransi.
- (7) Imanuel Kant¹⁰¹ merumuskan keadilan dengan *honeste vivere, neminem ledere, suum quique tribuere/tribuendi* (hiduplah dengan jujur, jangan merugikan orang lain, berikan kepada orang lain apa yang menjadi haknya).

C. Tujuan Hukum

Mengenai tujuan hukum umumnya/hukum positif, sejak dari dulu sampai telah menjadi bahan pemikiran dikalangan cerdik pandai. Teori-teori terkemuka tentang tujuan hukum ini ada tiga macam, yaitu¹⁰²:

- (1) Tujuan hukum adalah untuk mencapai keadilan. Tujuan ini pertama kali dikemukakan oleh Aristoteles yang membagi keadilan dalam dua macam, yaitu keadilan distributif dan keadilan komutatif sebagaimana yang telah diterangkan pada uraian sebelumnya diatas.

¹⁰¹ Berndhart Limbong, *Op cit.*, hlm.19.

¹⁰² M. Arfin Hamid, *Hukum Islam Perspektif Keindonesiaan (Sebuah Pengantar dalam Memahami Realitasnya di Indonesia)*, 2011, PT.UMITOHA, Makassar. Hlm,106-107.



- (2) Tujuan hukum untuk mencapai kemanfaatan. Pendapat kedua mengatakan, tujuan hukum adalah untuk mencapai apa yang bermanfaat atau yang berguna bagi manusia. Oleh karena itu aliran ini disebut teori kegunaan atau *Utility Theory*. Hukum bertujuan mewujudkan kemanfaatan. Teori ini diajarkan oleh Jeremi Bentham. Teori ini juga diikuti oleh James Mill dan John Stuart¹⁰³.
- (3) Tujuan hukum yang ketiga adalah untuk mencapai kepastian hukum demi terciptanya ketenteraman, ketertiban dan keamanan dalam masyarakat.

Aturan hukum, baik berupa undang-undang maupun hukum tidak tertulis, dengan demikian, berisi aturan-aturan yang bersifat umum yang menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam hidup bermasyarakat, baik dalam hubungan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi Batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan semacam itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum¹⁰⁴.

Dengan demikian, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan dan

¹⁰³ Rodrigo Fernandes Elias, *Penemuan Hukum Dalam Proses Peradilan Pidana Di Indonesia*, 2014, Jurnal LPPM Bidang EkoSosBudKum, Volume 1 Nomor 1 Tahun 2014, hlm.8.

¹⁰⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Loc cit.*, hlm.157-158.



kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu. Kepastian hukum bukan hanya berupa pasal-pasal dalam undang-undang, melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara putusan hakim yang satu dengan putusan hakim lainnya untuk kasus serupa yang telah diputuskan, oleh Roscoe Pound dikatakan bahwa adanya kepastian hukum memungkinkan adanya kemampuan memprediksi (*predictability*)¹⁰⁵.

Menurut ajaran normative – dogmatig atau ajaran yuridis, hukum dibuat semata-mata untuk menciptakan atau mewujudkan kepastian hukum. Ajaran ini tidak terlepas dari pengaruh positivisme didunia hukum pada saat itu, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri¹⁰⁶. Bahkan John Austin pelopor aliran ini (positivisme) merumuskan hukum sebagai perintah dari otoritas yang berdaulat didalam masyarakat. Suatu perintah yang merupakan ungkapan dari keinginan yang diarahkan oleh otoritas yang berdaulat yang mewajibkan orang atau orang-orang untuk berbuat atau tidak berbuat suatu hal¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Irwansyah, 2020, *Kajian Ilmu Hukum*, Mirra Buana Media, Yogyakarta, hlm.139.

¹⁰⁷ Achmad Ali, 2004, *Sosiologi Hukum Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*, STHI "IBLAM", Jakarta, hlm. 36.



Dalam menjaga kepastian hukum, peran pemerintah dan pengadilan sangat penting. Pemerintah tidak boleh menerbitkan aturan pelaksanaan yang tidak diatur oleh undang-undang atau bertentangan dengan undang-undang. Apabila hal itu terjadi, pengadilan harus menyatakan bahwa peraturan demikian batal demi hukum, artinya dianggap tidak pernah ada sehingga akibat yang terjadi karena adanya peraturan itu harus dipulihkan seperti sediakala. Akan tetapi, apabila pemerintah tetap tidak mau mencabut aturan yang telah dinyatakan batal itu, hal itu akan berubah menjadi masalah politik antara pemerintah dan pembentuk undang-undang. Yang lebih parah lagi apabila lembaga perwakilan rakyat sebagai pembentuk undang-undang tidak mempersoalkan keengganan pemerintah mencabut aturan yang dinyatakan batal oleh pengadilan tersebut. Sudah barang tentu hal semacam itu tidak memberikan kepastian hukum dan akibatnya hukum tidak mempunyai daya prediktibilitas¹⁰⁸.

Teori ini dibedakan antara prioritas baku dan prioritas kasuistik. Prioritas baku dipelopori oleh Gustav Radburch seorang filsuf Jerman. Radburch mengajarkan adanya asas prioritas dimana keadilan harus mendapat prioritas pertama, barulah kemanfaatan, dan terakhir kepastian hukum. Prioritas Kasuistik yang menyebutkan bahwa alur pemikiran (*legal reasoning*) yang dilakukan hakim dalam pertimbangan hukumnya sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Oleh karena itu penemuan hukum bukan

¹⁰⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Op cit.*, hlm.159-160.



semata-mata hanya penerapan hukum terhadap peristiwa konkrit tetapi sekaligus juga penciptaan hukum dan pembentukan hukum.

Memang demikian bahwa keadilan adalah tujuan hukum yang pertama dan utama, karena hal ini sesuai dengan hakikat atau ontologi hukum itu sendiri. Hukum dibuat untuk menciptakan ketertiban melalui peraturan yang adil, yakni pengaturan kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan dengan seimbang sehingga setiap orang memperoleh sebanyak mungkin apa yang menjadi bagiannya. Keadilan tidak bisa tegak dan berjalan sempurna apabila cita keadilan tidak diisi dengan hal yang konkrit. Nilai aktual dari sebuah keadilan itu akan lahir ketika ada segi finalitasnya. Kemudian untuk melengkapi keadilan dan finalitas itu dibutuhkan kepastian. Namun demikian antara keadilan dan kepastian hukum dapat terjadi gesekan. Kepastian hukum yang menghendaki persamaan dihadapan hukum sehingga lebih cenderung menghendaki hukum yang statis. Tidak demikian dengan keadilan yang memiliki sifat dinamis sehingga penerapan hukum harus selalu melihat konteks peristiwa dan masyarakat dimana peristiwa itu terjadi¹⁰⁹.

Achmad Ali membagi *grand theory* tentang tujuan hukum, yaitu teori barat, teori timur dan teori islam yang dijabarkan sebagai berikut:¹¹⁰

a. Teori Barat

¹⁰⁹ Renius Albert Marvin & Anna Erliyana, *Polemik Jangka Waktu Pengajuan Gugatan Ke Pengadilan Tata Usaha Negara*, 2019, Jurnal Hukum & Pembangunan Volume 49 Nomor 4. Hal. 952-953.

¹¹⁰ _____, *Teori Hukum dan Implementasinya*, Bandung, Rajawali Pers, 2007, hlm. 45-47.



1) Teori Klasik :

- Teori Etis adalah tujuan hukum semata mata untuk mewujudkan keadilan (*justice*).
- Teori Utilistis adalah tujuan Hukum semata-mata untuk mewujudkan kemanfaatan (*utility*). Teori Legalistik adalah tujuan hukum semata-mata untuk mewujudkan kepastian hukum (*legal certainly*).

2) Teori Modern

- Teori Prioritas Baku adalah Tujuan Hukum mencakupi Keadilan, Kemanfaatan, Kepastian Hukum.

3) Teori Prioritas

- Kasuistik adalah Tujuan hukum mencakupi keadilan kemanfaatan – kepastian hukum dengan urutan prioritas, secara proposional, sesuai dngan kasus yang dihadapi dan ingin dipecahkan.

b. Teori Timur

Berbeda dengan teori barat tentang tujuan hukum, maka teori timur umumnya tidak menempatkan kepastian tetapi hanya menekankan kepada tujuan hukum yaitu keadilan adalah keharmonisan dan keharmonisan adalah kedamaian. Jadi berbeda dengan tujuan hukum barat, maka tujuan hukum timur masih menggunakan kultur hukum asli mereka yang tidak terlalu berlandaskan kepada keadilan, kemanfaatan, kepastian hukum. Perbedaan



mendasar teori hukum barat dengan teori hukum timur adalah jika hukum barat mengedepankan kepastian hukum, kemanfaatan hukum, dan keadilan maka yang menjadi tujuan hukum teori timur adalah kedamaian (*peace*). Sebagai contoh penegakan hukum di negara Jepang adalah jika pengadilan Jepang dalam putusannya, sering mengabaikan ketentuan formal, demi mewujudkan kedamaian didalam masyarakat mereka. Bahkan, perkara-perkara yang tidak berat, seperti pencurian, dapat dilakukan perdamaian antara pelaku pencurian (bahasa jepangnya dorobo), dengan korbannya secara resmi di kantor-kantor polisi, dimana disana sudah tersedia formulir khusus untuk perdamaian.

Syaratnya jika perdamaian itu antara pencuri dan korbannya, adalah bahwa pencuri langsung mengaku bersalah, meminta maaf kepada korbannya, mengembalikan barang curiannya, dan yang terpenting adalah korbannya memaafkannya. Perkara ditutup dan tidak lagi dilanjutkan, meskipun sebenarnya ketentuan formal dari hukum acara pidana di Jepang, identik dengan hukum acara pidana Barat dan Indonesia, yaitu menganut asas “tidak ada perdamaian dalam perkara pidana”, tetapi sendi dalam realitas praktik hukum, undang-undang diabaikan demi tujuan hukum kedamaian.

c. Teori Islam

Teori tujuan hukum Islam pada prinsipnya bagaimana mewujudkan “kemanfaatan” kepada seluruh umat manusia, yang mencakupi



“kemanfaatan” dalam kehidupan di dunia maupun diakhirat. Tujuan mewujudkan “kemanfaatan” ini, sesuai dengan prinsip umum Al-Qur’an :

- a. *Al-Asl fi al-manafi al-hall wa fi al-mudar al-man’u* (segala yang bermanfaat dibolehkan, dan segala yang mudarat dilarang).
- b. *La darara wa la dirar* (jangan menimbulkan kemudaratan dan jangan menjadi korban kemudaratan).
- c. *Ad-Darar yuzal* (bahaya harus dihilangkan).

D. Tinjauan Umum Hukum Administrasi Negara

1. Pengertian Hukum Administrasi Negara

Dalam sistem kontinental awal mula muncul cabang hukum baru yang disebut *droit administrative* dan inti dari *droit administrative* adalah hubungan antara administrasi negara dengan rakyat¹¹¹. Di negeri belanda ada dua istilah mengenai hukum administrasi, yaitu *bestuursrecht* dan *administratief recht*, dengan kata dasar ‘*administratie*’ dan ‘bestuur’. Terhadap dua istilah ini para sarjana Indonesia berbeda pendapat menerjemahkannya. Untuk kata *administratie* ini ada yang menerjemahkan dengan tata usaha, tata usaha pemerintahan, tata pemerintahan, tata usaha negara, dan ada yang menerjemahkan administrasi saja, sedangkan kata *bestuur* diterjemahkan secara seragam dengan pemerintahan¹¹².

¹¹¹ Zairin Harahap, *Loc Cit.*, hlm. 15.

¹¹² Ridwan HR, 2011, *Hukum Administrasi Negara*. Rajawali Pers, Jakarta, hlm.26.



Kepustakaan belanda mengartikan administrasi dalam istilah *administratief recht* dengan *administrare, besturen*. “besturen” mengandung pengertian fungsional dan institusional/ structural. Fungsional bestuur berarti fungsi pemerintahan, sedangkan institusional/ struktural “bestuur” keseluruhan organ pemerintah. Lingkungan “bestuur” adalah lingkungan diluar lingkungan “regelgeving” (pembentukan peraturan) dan “rechtspraak” (peradilan)¹¹³.

Menurut Van Wijk/Konijnenbelt “*administratiefrecht*” atau “*bestuurrecht*” meliputi peraturan-peraturan yang bersangkutan paut dengan pemerintah. Namun demikian, tidak semua peraturan yang menyangkut pemerintahan termasuk lapangan hukum administrasi. Sementara F.A.M. Stroink dalam bukunya *Inleiding in het staats – en administratiefrecht* mengutip pendapat Belinfante bahwa *administratief recht*” berisi peraturan-peraturan yang berhubungan dengan administrasi. Administrasi sama artinya dengan “bestuur”. Dengan demikian “*administratief recht*” disebut juga “*bestuur recht*”, “bestuur” dapat pula diartikan sebagai fungsi pemerintahan, yaitu fungsi penguasa yang tidak termasuk pembentukan undang-undang dan peradilan¹¹⁴.

Pemerintah dapat diartikan baik secara sempit maupun secara luas. Dalam arti *sempit*, pemerintah adalah organ/alat perlengkapan negara yang

¹¹³ Philipus M. Hadjon *et.al.*, *Op cit.*, hlm.3.

¹¹⁴ *Ibid.*



diserahi tugas pemerintahan atau melaksanakan undang-undang. Dalam pengertian ini pemerintah hanya berfungsi sebagai badan eksekutif (eksekutif atau *bestuur*), sedangkan dalam arti *luas*; pemerintah adalah semua badan yang menyelenggarakan semua kekuasaan didalam negara baik kekuasaan eksekutif maupun kekuasaan legislative dan yudikatif. Jadi semua pemegang kekuasaan di dalam negara (legislative, eksekutif, dan yudikatif seperti teori trias politika Montesquie) adalah pemerintah dalam arti yang luas¹¹⁵.

Akan tetapi, tidaklah berarti bahwa dalam lapangan "*besturen*" pemerintah tidak membuat keputusan yang bersifat peraturan. Pemerintah disamping membuat keputusan yang konkrit (*beschikking*) juga membuat keputusan yang berupa pengaturan umum¹¹⁶.

Van Vollenhoven mengemukakan bahwa hukum administrasi negara untuk Sebagian terdiri atas materi hukum yang membatasi kemerdekaan penggunaan wewenang organ pemerintahan atau administrasi negara dan untuk Sebagian besar meletakkan beban-beban dan kewajiban ditegaskan batas-batasnya secara jelas dan tegas¹¹⁷.

Sjachran Basah dalam tulisannya yang dikutip oleh Ridwan HR, mengenai Perlindungan Hukum terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara, memberikan pengertian hukum administrasi negara adalah seperangkat

¹¹⁵ SF Marbun dan Moh Mahfud MD, hlm. 15.

¹¹⁶ Philipus M. Hadjon *et.al.*, *Op cit.*, hlm.4 .

¹¹⁷ Willy D.S. Voll, 2016, *Dasar-Dasar Hukum Administrasi Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, Hlm.83.



peraturan yang memungkinkan administrasi negara menjalankan fungsinya, yang sekaligus juga melindungi warga terhadap sikap tindak administrasi negara, dan melindungi administrasi negara itu sendiri¹¹⁸. Sedangkan Ridwan HR mengemukakan dua aspek yang terkandung dalam hukum administrasi negara yakni *pertama*, aturan-aturan hukum yang mengatur cara alat-alat perlengkapan negara melakukan tugasnya; *kedua*, aturan-aturan hukum yang mengatur hubungan hukum (*rechtsbetrekkingen*) antar alat perlengkapan administrasi negara atau pemerintah dengan warga negaranya¹¹⁹.

Dipihak lain, hukum administrasi negara diartikan sebagai peraturan hukum yang mengatur administrasi, yaitu hubungan antara warga negara dan pemerintahnya yang menjadi sebab sampai negara itu berfungsi. Maksudnya, merupakan gabungan petugas structural berada dibawah pimpinan pemerintah yang melaksanakan tugas sebagai bagiannya, yaitu bagian dari pekerjaan yang ditujukan kepada Lembaga legislative, yudikatif, dan atau Lembaga pemerintahan yang otonomi (mengurus daerahnya sendiri)¹²⁰. Memang pada dasarnya bahwa hukum administrasi negara

¹¹⁸ Ridwan H.R., *Loc cit.*, hlm.36.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Abdullah Marlang, 2009, *Pengantar Hukum Indonesia*, Yayasan Aminuddin Salle, Makassar, Hlm.211



adalah mempersoalkan hubungan istimewa antara administrasi penguasa dengan rakyat atau yang diperintah¹²¹.

Istimewa dalam pengertian HAN diatas adalah kekuasaan istimewa (= khusus) yang dimiliki administrasi negara. Pada dasarnya administrasi negara dalam melakukan hubungan hukum tunduk pada hukum biasa. Sebagai subjek hukum dalam melakukan perhubungan hukum administrasi negara dapat menggunakan KUH Perdata seperti subjek hukum lainnya yaitu manusia pribadi; PT dan sebagainya. Tetapi agar dapat melaksanakan tugas khususnya dengan baik (tugas khusus adalah tugas yang tidak dapat dilaksanakan oleh subjek hukum lain) dalam rangka menjamin kesejahteraan umum, maka administrasi negara diberi kekuasaan istimewa. Kekuasaan istimewa tersebut diberikan agar semua penduduk dapat tunduk pada perintahnya; sebab kalau menggunakan kekuasaan biasa (terutama dalam lapangan perdata) dimungkinkan adanya penduduk yang tidak mau tunduk sehingga bisa menghambat pelaksanaan tugas-tugas administrasi negara. Oleh sebab itulah maka administrasi negara diberikan kekuasaan istimewa¹²².

Adapun wujud dari kekuasaan istimewa itu ialah adanya kekuasaan *memaksa* agar perintah administrasi negara dapat ditaati. Dalam perjanjian misalnya administrasi negara dapat memaksa seorang atau badan hukum

¹²¹ Willy D.S. Voll, *Op cit.*, hlm.85.

¹²² SF Marbun dan Moh Mahfud MD, *Op cit.*, hlm. 10.



untuk menjual tanahnya kepada negara melalui Lembaga Onteigeigening (pencabutan hak atas tanah untuk kepentingan umum). Jadi dengan demikian, hukum administrasi negara merupakan hukum istimewa karena memberikan kekuasaan yang lebih bisa memaksa, sedangkan hukum yang lain yang berlaku bagi subjek selain administrasi negara ialah hukum biasa¹²³.

Kedudukan hukum administrasi dalam lapangan hukum terletak diantara hukum privat dan hukum pidana. Hukum administrasi dapat dikatakan sebagai "*hukum antara*". Sebagai contoh izin bangunan. Dalam memberikan izin penguasa memperhatikan segi-segi keamanan dari bangunan yang direncanakan. Dalam hal demikian pemerintah menentukan syarat-syarat keamanan. Di samping itu ditegaskan sanksi pidana. Seperti kata W.F. Prins "hampir setiap peraturan berdasarkan hukum administrasi diakhiri "*in cauda venenum*" dengan sejumlah ketentuan pidana ("*in cauda venenum*" secara harfiah berarti : ada racun di ekor/buntut)¹²⁴.

Secara singkat, sifat dan letak hukum administrasi yang demikian dapat digambarkan dalam skema dibawah ini¹²⁵.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Philipus M. Hadjon, *et.al., Loc cit.*, hlm. 45-46.

¹²⁵ *Ibid.*



Tabel 2. 1. Tata letak hukum administrasi ditengah lapangan hukum lainnya

1. Hukum konstitusi (hukum tata negara)		
2. Hukum perdata formil	3. Hukum administrasi formil	6. Hukum pidana formil
4. Hukum perdata materil	5. Hukum administrasi materil	7. hukum pidana materil

Sumber: Philipus M. Hadjon, dkk

Sebagai perbandingan, dapat juga diketengahkan skema tentang pembentukan dan penegakan hukum materil sebagai berikut¹²⁶.

Gambar 2. 1 Skema perbandingan penegakan hukum

Hukum Privat



Hukum Administrasi



¹²⁶ Ibid.



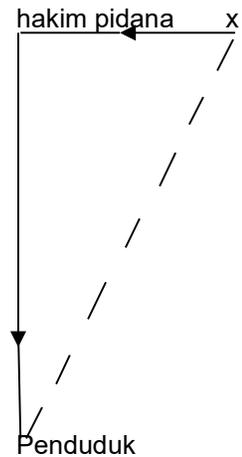
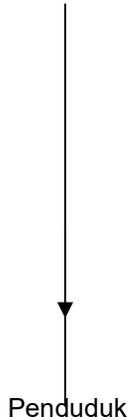
Penduduk

Penduduk

Penduduk

Hukum pidana

Pembentuk uu



Perbedaan antara hukum administrasi dengan bidang hukum lainnya, meliputi¹²⁷:

- Hukum administrasi formal tidak hanya mengenal “*contentieus procesrecht*” tetapi juga “*non-contentieus procesrecht*” (hukum acara sengketa dan hukum acara non sengketa);
- Dibandingkan dengan hukum perdata dan hukum pidana yang mengenal kodifikasi, hukum administrasi umum tidak mengenal kodifikasi;
- Tidak ada pemisahan tegas antara hukum tata negara dan hukum administrasi negara. Terhadap hukum tata negara, hukum administrasi merupakan perpanjangan dari hukum tata negara. Hukum administrasi melengkapi hukum tata negara, disamping sebagai hukum

¹²⁷ *Ibid.*



instrumental (*instrumentel recht*) juga menetapkan perlindungan hukum terhadap keputusan-keputusan penguasa.

- Hukum administrasi juga berhubungan dengan hukum internasional, penerapan atau perjanjian internasional oleh penguasa terhadap rakyat akan menyentuh lapangan hukum administrasi, karena hukum administrasi merupakan *instrumental recht*.

2. Wewenang Pemerintah

Kewenangan adalah apa yang disebut kekuasaan formal, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang, sedangkan wewenang hanya mengenai suatu bagian tertentu saja dari kewenangan. Didalam kewenangan terdapat wewenang (*rechtsbevoegdheden*). Wewenang merupakan lingkup tindakan hukum publik, lingkup wewenang pemerintahan, tidak hanya meliputi wewenang membuat keputusan pemerintah (*bestuur*), tetapi juga meliputi wewenang dalam rangka pelaksanaan tugas, dan memberikan wewenang serta distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Ditinjau secara yuridis, pengertian wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum¹²⁸.

¹²⁸ W. Riawan Tjandra, 2019, *Hukum Administrasi Negara*, Sinara Grafika, Jakarta, hlm. 96.



Sebagaimana diketahui bahwa pemerintah itu diberi wewenang untuk melakukan perbuatan Tata Usaha Negara, perbuatan itu dapat dikelompokkan dalam 3 macam yakni; (1) mengeluarkan keputusan (*beschikking*), mengeluarkan peraturan (*regeling*), melakukan perbuatan materiil (*materiele daad*)¹²⁹. Lebih lanjut S.F. Marbun mengemukakan bahwa wewenang atau kekuasaan istimewa itu diperoleh dari undang-undang (asas legalitas) sesuai dengan prinsip negara hukum yang meletakkan undang-undang sebagai sumber kekuasaan. Badan pemerintah tanpa dasar peraturan umum tidak mempunyai wewenang untuk melaksanakan perbuatan hukum administrasi. Akibatnya semua wewenang hukum administrasi pemerintah harus berlandaskan atas peraturan umum, dan didalam peraturan itu harus pula dicantumkan wewenangnya¹³⁰.

Wewenang merupakan hal yang mendasar dari tindakan hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara, dimana organ pemerintah baru dapat menjalankan fungsinya atas dasar wewenang yang diperolehnya. Artinya, *rechtmatigeheid* atau *onrechtmatigeheid*-nya tindakan pemerintah ditentukan oleh wewenang dalam peraturan perundang-undangan. F.A.M Stroink-J.G. Steenbeek sebagaimana dikutip Bagir Manan, wewenang (*bevoigheid*) mengandung pengertian luas (*plichten*), dan hak (*rechten*). Sementara itu, Bagir sendiri berpendapat wewenang yang mengandung

¹²⁹ S.F. Marbun, 2003, *Peradilan Tata Usaha Negara*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 28.

¹³⁰ *Ibid.* hlm.41.



makna kekuasaan (*macht*) ada pada organ, sedangkan tugas (*taak*), dan hak (*rechten*) ada pada pejabat dari organ (*ambtdrager*)¹³¹.

Menurut H.D. Stout¹³², wewenang adalah keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintah oleh subjek hukum publik dalam hukum publik. Sedangkan kewenangan menurut P. Nicolai adalah kemampuan untuk melakukan tindakan hukum tertentu {yaitu tindakan-tindakan yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum, dan mencakup timbul dan lenyapnya akibat hukum}. Hak berisi kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu atau menurut pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu, sedangkan kewajiban memuat keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu¹³³.

Diantara beberapa pendapat sarjana yang dikemukakan diatas tidak terdapat perbedaan prinsip pada pengertian “kekuasaan” dan “wewenang”. *Pertama* “kekuatan” menurut Utrecht sama dengan “kekuasaan” menurut Soerjono Soekanto, yaitu kemampuan badan yang lebih tinggi untuk mempengaruhi pihak lain menurut kehendak yang ada pada pemegang kekuasaan, biarpun kemampuan tersebut mempunyai atau tidak mempunyai dasar yang sah. *Kedua* “kekuasaan, Bagir Manan dan Utrecht mengartikan sebagai hak yang sah untuk berbuat atau tidak berbuat. *Ketiga* “wewenang”

¹³¹ Yuslim, hlm. 58.

¹³² W. Riawan Tjandra, *Op cit*, hlm.96.

¹³³ Ridwan H.R. hlm.99.



Bagir Manan, Stout dan P. Nicolai menerjemahkannya sebagai kemampuan yang diperoleh berdasarkan aturan-aturan untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu yang mencakup hak dan sekaligus kewajiban (*rechten en plichten*). Hak adalah kebebasan untuk melakukan (tidak melakukan) atau menuntut pihak lain untuk melakukan (tidak melakukan) tindakan tertentu. Pengertian ketiga yang paling relevan bagi negara hukum demokrasi yang memberikan keseimbangan antara hak dan kewajiban¹³⁴.

Secara publik, kekuasaan disebut dengan kewenangan, sedangkan secara privat, kekuasaan disebut dengan kecakapan¹³⁵. Bagi pemerintah dasar untuk melakukan perbuatan hukum publik adalah adanya kewenangan yang berkaitan dengan suatu jabatan (*ambt*). Jabatan memperoleh wewenang melalui tiga sumber yakni : atribusi, delegasi, dan mandate akan melahirkan kewenangan (*bevoigheid, legal power, competence*). Dasar untuk melakukan perbuatan hukum privat ialah adanya kecakapan bertindak (*bekwaamheid*) dari subjek hukum (orang atau badan hukum¹³⁶).

Dengan perbedaan tersebut, tanggung gugat sehubungan dengan suatu perbuatan hukum publik adalah pada pejabat (*ambtsdrager*), sedangkan tanggung gugat sehubungan dengan perbuatan hukum privat yang dilakukan pemerintah adalah badan hukum (publik). Jadi gugatan

¹³⁴ Lukman Hakim, hlm.119.

¹³⁵ Majda El Muhtaj, 2008, *Dimensi-Dimensi HAM: Mengurai Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm.41.

¹³⁶ Philipus M. hadjon, *et al.*, hlm 139-140.



dalam sengketa tata usaha negara ditujukan kepada pejabat yang membuat keputusan, sedangkan dalam gugatan perdata ditujukan kepada pemerintah sebagai badan hukum publik (misalnya pemerintah RI)¹³⁷.

3. Tindakan Pemerintahan (*Bestuur Handelingen*)

Dalam melakukan tugasnya, alat-alat kelengkapan administrasi negara harus melakukan suatu perbuatan tertentu, agar dapat melaksanakan tugasnya dengan baik. Perbuatan tata usaha tersebut dapat dikelompokkan menjadi 3 macam perbuatan, yaitu¹³⁸:

- 1) Mengeluarkan atau menetapkan keputusan, yang disebut ketetapan administrasi atau *beschikking*.
- 2) Mengeluarkan peraturan, atau regeling; dan
- 3) Melakukan perbuatan materiil atau *materielle daad*, atau perbuatan wajar.

Dari tiga macam perbuatan tata usaha negara tersebut, yang menjadi objek hukum tata usaha negara adalah perbuatan alat-alat perlengkapan administrasi negara yang disebut ketetapan administrasi. Sedangkan perbuatan alat-alat perlengkapan administrasi negara yang lain, yaitu mengeluarkan peraturan dan melakukan perbuatan wajar, menjadi objek hukum perdata dan atau hukum pidana¹³⁹.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Soehino, 2000, *Asas-Asas Hukum Tata Usaha Negara*, Liberty, Yogyakarta, hlm.54.

¹³⁹ *Ibid.*



Tindakan pemerintahan (*government action; bestuurhandelingen*) merupakan tindakan atau perbuatan konkrit dalam penggunaan wewenang yang dilakukan oleh pemerintah dalam melaksanakan fungsi pemerintahan. Fungsi pemerintahan ini didasarkan pada peraturan perundang-undangan. Sebagai subjek hukum yang memegang hak dan kewajiban (*de dragger rechten en plichten*), pemerintah melaksanakan tindakan hukum (*rechtshandelingen*) maupun tindakan biasa/faktual (*feteilijke handelingen*)¹⁴⁰. Tindakan nyata/faktual adalah tindakan-tindakan yang tidak ada relevansinya dengan hukum dan oleh karenanya tidak menimbulkan akibat-akibat hukum¹⁴¹, sedangkan tindakan hukum Menurut H.J. Romeijn, merupakan suatu pernyataan kehendak yang muncul dari organ administrasi dalam keadaan khusus, dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dalam bidang hukum administrasi¹⁴².

Istilah tindakan hukum semula berasal dari ajaran hukum perdata (*het word rechtshandeling is ontleend aan de dogmatiek van het burgerlijk recht*) yang kemudian digunakan dalam hukum administrasi, sehingga dikenal istilah tindakan hukum pemerintahan¹⁴³. Dikutip oleh Ridwan HR dari tulisan A.D. Belinfante, bahwa dalam bidang perdata, tindakan hukum merupakan tahap awal lahirnya hubungan hukum (*rechtsbetrekking*) yaitu suatu peristiwa

¹⁴⁰ Dewa Gede Satriawan, *et.al.*, 2021, *Tata Hukum Indonesia*, Widina Bhakti Persada Bandung, Bandung, hlm.77.

¹⁴¹ Ridwan HR. *Loc cit.*, hlm.109.

¹⁴² W. Riawan Tjandra, *Loc cit.*, hlm. 145.

¹⁴³ Dewa Gede Satriawan, *et.al.*, *Op cit.*, hlm.78.



yang ada relevansinya dengan hukum atau hubungan yang dapat menimbulkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban. Hubungan hukum dalam perdata ini lahir dari adanya kehendak dan pernyataan kehendak (*wil en wilsverklaring*), baik pernyataan itu dikemukakan secara tegas maupun secara diam-diam (*uitdrukkelijke en stilzwijgende verklaring*) diantara pihak-pihak dalam kedudukan yang sejajar¹⁴⁴.

Perbuatan pemerintah yang termasuk golongan perbuatan hukum dapat berupa¹⁴⁵:

- a. Perbuatan hukum menurut hukum privat (sipil).
- b. Perbuatan hukum menurut hukum publik.

Klasifikasi tersebut tidak dapat dilepaskan dari kedudukan pemerintah yang bisa bertindak dalam 2 (dua) segi (*dual function*), yaitu pemerintah bisa bertindak sebagai aktor dalam hukum publik atau aktor hukum perdata/privat. Manakalah pemerintah bertindak sebagai aktor hukum publik, maka karakter tindakan hukum yang diakukannya merupakan tindakan hukum publik. Hal itu disebabkan pemerintah bertindak dalam kedudukan orisinalnya sebagai penguasa (*bestuur als overheid*). Tindakan hukum pemerintah dalam kapasitas sebagai penguasa senantiasa menimbulkan ikatan hukum publik dengan rakyat yang sifatnya vertikal¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Ridwan HR, *Op cit.*, hlm. 110.

¹⁴⁵ S.F. Marbun dan Mahfud MD, *Loc cit.*, hlm.68.

¹⁴⁶ W. Riawan Tjandra, *Op cit.*, hlm.145-146.



Perbuatan hukum menurut hukum publik ada dua macam yakni¹⁴⁷:
Pertama, perbuatan hukum publik bersegi satu (*eenzijdige publiekrechtelijke handeling*), merupakan suatu tindakan yang merupakan kehendak satu pihak saja yaitu pemerintah. Tidak ada perbuatan hukum publik bersegi dua, tidak ada perjanjian, misalnya, yang diatur oleh hukum publik. Adapun perjanjian yang diadakan dengan pihak swasta adalah menggunakan hukum privat (perdata). Perbuatan itu merupakan perbuatan hukum bersegi dua karena diadakan oleh kehendak keduabelah pihak dengan sukarela, tidak ada perjanjian menurut hukum publik, sebab hubungan hukum yang diatur oleh hukum publik berasal dari pemerintah dengan menentukan kehendaknya sendiri. *Kedua*, perbuatan hukum publik yang bersegi dua (*tweezijdige publiekrechtelijke handeling*), beberapa sarjana antara lain Van der Pot, Kranenberg-Vegting, Wiarda dan Donner mengakui adanya hukum publik bersegi dua atau adanya perjanjian menurut hukum publik. Mereka memberi contoh tentang adanya '*korverband contract*' (perjanjian kerja jangka pendek) yang diadakan seorang pekerja dengan pihak pemerintah sebagai pihak pemberi pekerjaan. Pada *kortverban contract* ada persesuaian antara pekerja dan pemberi pekerjaan, dan perbuatan hukum itu diatur oleh hukum istimewa yaitu peraturan hukum publik sehingga tidak ditemui pengeturannya dalam hukum privat (biasa). Misalnya tenaga kerja asing yang bekerja di Indonesia

¹⁴⁷ S.F. Marbun dan Mahfud MD, *Op cit.*, hlm.69-70.



untuk masa waktu tertentu adalah *cortverban contract* yang kemudian dituangkan dalam satu *beschikking*.

Jadi jelaslah bahwa tindakan hukum publik adalah tindakan-tindakan hukum yang dilakukan oleh penguasa dalam menjalankan fungsi pemerintahan. Tindakan hukum publik ini dilakukan berdasarkan kewenangan pemerintah yang bersifat hukum publik yang hanya dapat lahir dari kewenangan yang bersifat hukum publik pula, lain halnya dengan tindakan hukum privat yang merupakan tindakan hukum yang didasarkan pada ketentuan hukum keperdataan¹⁴⁸.

Walaupun istilah tindakan hukum pemerintahan berasal dari ajaran hukum perdata, namun sifat tindakan hukum pemerintahan berbeda dengan tindakan hukum dalam lapangan hukum perdata. Sifat tindakan hukum pemerintahan bersifat sepihak dan memaksa tanpa memerlukan persetujuan dari warga negara, sementara tindakan hukum perdata didasarkan pada persetujuan kehendak. Tindakan hukum pemerintahan bersifat sepihak sebagai akibat dasar tindakan hukum ini bersumber pada kewenangan pemerintahan yang hanya dimiliki oleh aparat pemerintahan¹⁴⁹.

Perbuatan materil dari pemerintah disebut *fetelijke handeling*, yang diterjemahkan dari *fetelijke handeling van de overheid*, E. Utrech menggunakan istilah perbuatan yang bukan perbuatan hukum, Kuntjoro

¹⁴⁸ W. Riawan Tjandra, *Op cit.*, hlm.146.

¹⁴⁹ Dewa Gede Satriawan, *et.al.*, hlm.78.



Purbopranoto menerjemahkan *feitelijke handeling* dengan istilah “tindak pemerintahan yang berdasarkan fakta”, sedangkan Djenal Hoesen Koesomahatmadja menggunakan istilah “tindakan yang bukan tindakan hukum. Van Wijk mengemukakan beberapa contoh tindakan materil yang dipetik dari beberapa putusan pengadilan tata usaha negara di negeri Belanda diantaranya mengenai pemasangan tegelpad, penutupan jalan bagi lalu lintas mobil berkenaan dengan pemasangan tiang-tiang beton, atau pemasangan jembatan¹⁵⁰.

Pada umumnya terkait perbuatan hukum dan perbuatan nyata dapat dibedakan berdasarkan ada atau tidaknya akibat hukum (*rechtsgevolg*) dari tindakan pemerintah. Pada *Feitelijke handeling* tidak melahirkan akibat hukum, sedang *rechthandeling* justeru dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum¹⁵¹.

A.M. Donner berpendapat bahwa beberapa *feitelijke handeling* dari tata usaha negara seperti halnya pemasangan papan nama jalanan, pengukuran tanah swasta guna pembangunan gedung-gedung pemerintah merupakan perbuatan-perbuatan yang secara langsung menimbulkan akibat-akibat hukum (*rechtsgevolgen*). Bukan tidak mungkin, seseorang warga atau badan hukum swasta mengalami kerugian berkenaan *feitelijke handeling* dari suatu upaya pembangunan yang dilakukan oleh suatu tata usaha negara.

¹⁵⁰ Philipus M Hadjon *et.al.*, *Loc cit.*, hlm. 176.

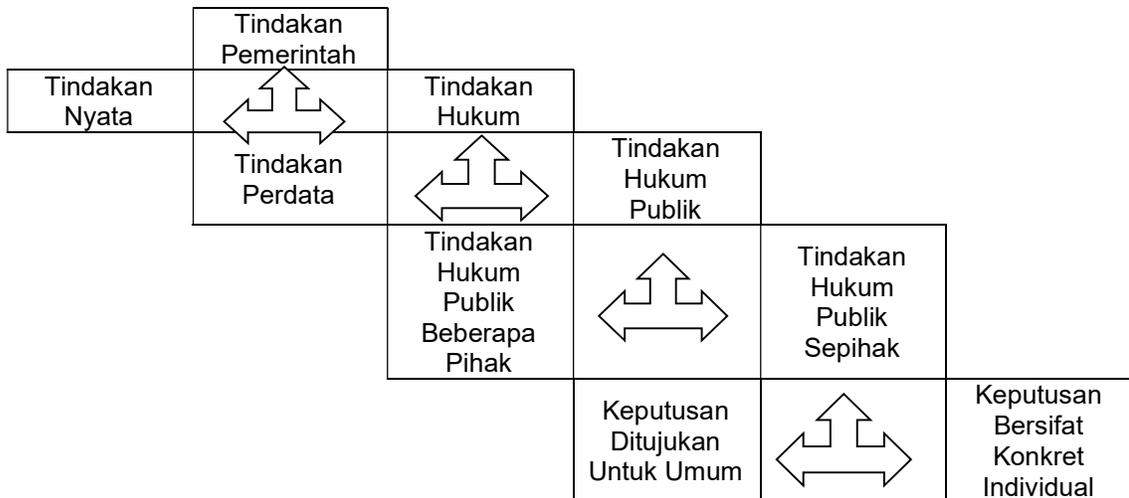
¹⁵¹ *Ibid.*



Adakalanya bahwa suatu *feitelijke handeling* merupakan *onrechtmatige overheidsdaad* (perbuatan penguasa yang melanggar hukum). B.de Goede memandang bahwa pembangunan jembatan penyeberangan yang dilakukan pemerintah merupakan *feitelijke handeling*. Dalam suatu pembangunan jembatan tersebut mungkin saja terjadi perbuatan yang *onrechtmatig*, tak dapat disangkal, bahwa *feitelijke handeling* yang dilakukan berkenaan dengan suatu upaya pembangunan tidak terlepas dari wewenang publik yang melekat pada jabatan aparat pemerintahan/badan tata usaha negara. Wewenang publik dimaksud diadakan berdasarkan peraturan perundang-undangan¹⁵².

Dapat digambarkan pembagian dalam skema dibawah ini, mengenai *bestuurhandeling* sebagai berikut¹⁵³.

Gambar 2. 2 Skema tindakan pemerintah



Sumber: W. Riawan Tjandra

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ W. Riawan Tjandra, *Op cit.*, hlm.147.



Dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, menerjemahkan suatu tindakan pemerintah sebagai perbuatan pejabat pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan¹⁵⁴. Nampak dalam UUAP rumusan tindakan pemerintahan tidak hanya mencakup adanya suatu perbuatan yang dilakukan atau dilaksanakan secara langsung, melainkan pula meliputi sikap pejabat pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya yang tidak melakukan tindakan, dapat saja berupa pembiaran atautkah penolakan yang tidak tegas atas suatu permohonan yang diajukan kepada aparat penyelenggara negara. Selain itu, dalam Pasal 87 huruf a UUAP, menyebutkan bahwa penetapan tertulis juga mencakup tindakan faktual.

4. Keputusan Tata Usaha Negara (*Beschikking*)

Keputusan tata usaha negara pertama kali diperkenalkan oleh seorang sarjana Jerman, Otto Meyer, dengan istilah *verwaltungsakt*. Istilah ini diperkenalkan di negeri belanda dengan nama *beschikking* oleh van Vollenhoven dan C.W. van der Pot, yang oleh beberapa penulis, seperti AM. Donner, H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, dan lain-lain, dianggap sebagai

¹⁵⁴ Pasal 1 angka 8 UUAP.



de vader van het moderne beschikkingsbegrip (bapak dari konsep *beschikking* yang modern)¹⁵⁵.

Di Indonesia istilah *beschikking* pertamakali diperkenalkan oleh WF. Prins. Istilah *beschikking* ini ada yang menerjemahkannya dengan ketetapan, seperti E. Utrecht, Bagir Manan, Sjacran Basah, dan lain-lain dan dengan keputusan seperti WF. Prins, Philipus M Hadjon, SF. Marbun dan lain-lain¹⁵⁶.

Adapun beberapa sarjana memberikan definisi *Beschikking* sebagai berikut¹⁵⁷.

- (1) Mr. Drs. E. Utrecht, menyatakan *Beschikking* (ketetapan) adalah suatu perbuatan hukum publik yang bersegi satu yang dilakukan oleh alat-alat pemerintahan berdasarkan suatu kekuasaan istimewa.
- (2) Mr. WF. PRINS, menyebutkan *Beschikking* sebagai suatu tindakan hukum sepihak dalam lapangan pemerintahan yang dilakukan oleh alat pemerintahan berdasarkan wewenang yang ada pada alat atau organ itu.
- (3) Van der Pot, *Beschikking* adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh alat-alat pemerintahan, pernyataan-pernyataan kehendak alat-alat pemerintahan itu dalam menyelenggarakan hak istimewa, dengan maksud mengadakan perubahan dalam lapangan perhubungan-perhubungan hukum.

¹⁵⁵ Ridwan HR, *Loc cit.*, hlm.139-140.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ SF Marbun dan Moh Mahfud MD, *Loc cit.*, hlm.74-75.



Lebih lanjut oleh SF Marbun terhadap uraian definisi diatas memberikan penjelasan *beschikking* sebagai berikut¹⁵⁸.

”Merupakan perbuatan hukum publik bersegi satu atau perbuatan sepihak dari pemerintah dan bukan merupakan hasil persetujuan dua belah pihak”.

Adanya tindakan sepihak sering dipertentangkan dengan istilah persetujuan (*overeenskomst*). Misalnya mengenai pengangkatan pegawai negeri, apakah merupakan keputusan atau persetujuan. Dilihat dari prosedur awal terdapat adanya persetujuan, tetapi pada proses pengangkatan sebagai pegawai negeri dengan surat keputusan merupakan tindakan sepihak.

Menurut Ir. Mr. Van Praag, tidak ada hukum publik bersegi dua hanya mengakui adanya perbuatan hukum publik bersegi satu. Jika pemerintah mengadakan perjanjian dengan pihak swasta, maka perjanjian itu senantiasa menggunakan hukum privat. Perbuatan tersebut merupakan perbuatan hukum bersegi dua karena diadakan oleh kehendak kedua belah pihak. Sedangkan hubungan hukum yang diatur oleh hukum publik hanya berasal dari satu pihak saja, yaitu pemerintah dengan menentukan kehendaknya sendiri. Namun demikian Adapun sarjana yang mengakui adanya hukum publik yang bersegi dua atau ada perjanjian menurut hukum publik, antara lain Van der Pot, Kranenburg-Vegting, Wiarda, dan Donner. Mereka memberikan contoh “*kortverband Contrac*” (perjanjian kerja jangka pendek) antara pemerintah sebagai pemberi kerja dengan pihak swasta sebagai

¹⁵⁸ *Ibid*, hlm.75-77.



pekerja. Pada “*kortverban contrac*” ada persesuaian kehendak antara kedua belah pihak yang kemudian diatur dalam suatu hukum istimewa.

”Sifat hukum publik diperoleh dari/berdasarkan wewenang atau kekuasaan istimewa”.

Wewenang atau kekuasaan istimewa itu diperoleh dari undang-undang (asas legalitas), sesuai dengan prinsip negara hukum yang meletakkan UU sebagai sumber kekuasaan. Badan pemerintahan tanpa dasar peraturan umum tidak mempunyai wewenang untuk melaksanakan perbuatan hukum administrasi. Akibatnya semua wewenang hukum administrasi pemerintah harus berdasarkan atas peraturan umum, dan didalam peraturan itu harus pula dicantumkan wewenangnya.

”Dengan maksud terjadinya perubahan dalam lapangan hukum”.

Perbuatan pemerintah harus merupakan perbuatan hukum (*rechtshandelingen*) yang menimbulkan akibat-akibat hukum tertentu yang kemudian melahirkan dan atau dituangkan dalam bermacam-macam/jenis keputusan.

Soehino dalam bukunya yang berjudul Asas-Asas Hukum Tata Usaha Negara mengemukakan beberapa bentuk-bentuk administrasi sebagai berikut¹⁵⁹.

- (1) Ketetapan positif, yaitu ketetapan administrasi yang dapat menimbulkan suatu keadaan hukum baru, jadi dengan dikeluarkannya

¹⁵⁹ Soehino, *Loc cit.*, hlm.90-94.



ketetapan administrasi itu ditimbulkan suatu keadaan hukum baru bagi orang atau badan hukum swasta yang mendapatkan ketetapan c.q. ijin itu timbul hak dan atau kewajiban baru. Pada umumnya berisi *pengabulan* atas suatu permohonan untuk mendapatkan ijin agar dapat melakukan suatu perbuatan. Juga ketetapan administrasi yang berisi *pembatalan* atas ketetapan administrasi lama, yang telah terlebih dahulu dikeluarkan, karena dalam hal ini keadaan hukum lama diganti dengan keadaan hukum baru yang ditimbulkan oleh ketetapan administrasi yang baru tadi.

- (2) Ketetapan negatif, yaitu ketetapan administrasi yang tidak menimbulkan keadaan hukum baru, atau keadaan perubahan hukum yang telah ada. Ketetapan ini pada umumnya adalah ketetapan administrasi yang berisi penolakan atas suatu permohonan untuk mendapatkan ijin untuk dapat melakukan suatu perbuatan dalam hal atau keadaan konkrit. Keputusan penguasa atau pemerintah pada umumnya merupakan reaksi atau koreksi atas suatu permohonan untuk mendapatkan ijin agar dapat melakukan suatu perbuatan dalam hal atau keadaan konkrit, dan berisikan pernyataan "tidak berwenang", "tidak dapat menerima" atau "menolak".
- (3) Ketetapan declaratoir, ketetapan administrasi yang menyatakan adanya suatu hak atau keadaan hukum bagi seseorang atau badan hukum swasta yang telah mengajukan permohonan agar alat



perlengkapan administrasi negara yang bersangkutan menyatakan sah haknya atau keadaan hukumnya, yang sebetulnya hak atau keadaan hukum tersebut telah dinyatakan ada pada orang atau badan hukum swasta yang mendapatkan ketetapan administrasi tersebut oleh peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.

- (4) Ketetapan konstitutif, yaitu ketetapan administrasi yang dapat *menimbulkan hak atau keadaan hukum baru*. Dalam mengeluarkan ketetapan konstitutif ini alat kelengkapan administrasi negara yang bersangkutan kelihatan lebih menggunakan fungsinya, Kebijaksanaannya, serta *freies ermessen*-nya.
- (5) Ketetapan kilat dimaksud, yaitu ketetapan administrasi yang demikian dikeluarkan dan dinyatakan mulai berlaku, dan pada saat itu juga ketetapan administrasi tersebut berakhir atau habis kekuatan berlakunya. Ketetapan kilat ini, misalnya ketetapan administrasi yang menyatakan:
 - a) Merubah redaksi ketetapan administrasi lama.
 - b) Mencabut, membatalkan atau menarik Kembali ketetapan administrasi lama.
 - c) Mulai berlakunya sesuatu.
 - d) Termasuk ketetapan kilat adalah ketetapan negatif
- (6) Ketetapan tetap, yaitu ketetapan administrasi yang dikeluarkan untuk jangka waktu lama atau untuk jangka waktu yang tidak tertentu.

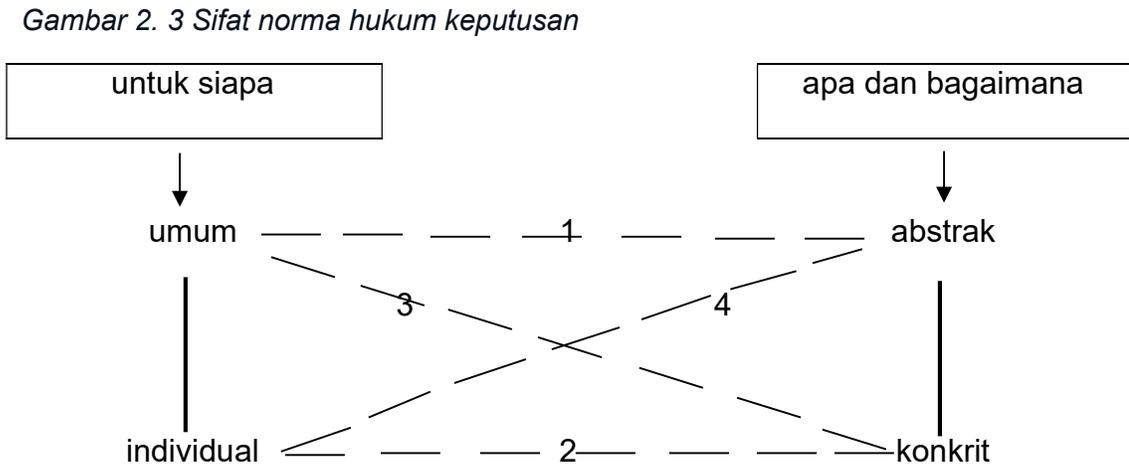


Termasuk jenis ketetapan adalah ketetapan administrasi c.q. ijin yang diberikan oleh alat perlengkapan administrasi yang diberi wewenang khusus *Hinder Ordonnantie*.

(7) Ketetapan lisan, atau ketetapan tak tertulis, yaitu ketetapan administrasi yang berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tertentu, cukup dikeluarkan secara lisan.

(8) Ketetapan tertulis, yaitu ketetapan administrasi yang berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tertentu, dipandang perlu dikeluarkan secara tertulis, demi adanya kepastian hukum.

Philipus M hadjon mengemukakan bahwa sifat norma hukum keputusan adalah *individual – konkrit*. Sifat norma hukum dapat digambarkan dalam segi empat sebagai berikut¹⁶⁰.



Sumber: Philipus M Hadjon, dkk

¹⁶⁰ Philipus M Hadjon *et.al.*, *Loc cit.*, hlm.124-125.



Segi empat di atas menghasilkan empat macam sifat norma hukum, yaitu¹⁶¹:

- (1) Norma umum abstrak misalnya undang-undang;
- (2) Norma individual konkrit misalnya keputusan tata usaha negara;
- (3) Norma umum konkrit misalnya rambu-rambu lalu lintas yang dipasang disuatu tempat tertentu (rambu itu berlaku bagi semua pemakai jalan namun hanya berlaku untuk tempat itu);
- (4) Norma individual abstrak misalnya izin gangguan.

Dalam rangkaian norma hukum, keputusan tata usaha negara merupakan norma penutup. Sebagai contoh dapat dikemukakan tentang izin mendirikan bangunan. Dengan adanya PERDA tentang Garis Sempadan atau PERDA bangunan, seseorang tidak dibenarkan mendirikan bangunan tanpa adanya izin mendirikan bangunan yang pada hakekatnya adalah suatu keputusan tata usaha negara¹⁶². Adapun kategori keputusan-keputusan pemerintah menurut Van Wijck dikutip oleh Ujang Abdullah dalam materi bimbingan teknis PTUN Provinsi Lampung, sebagai berikut¹⁶³ :

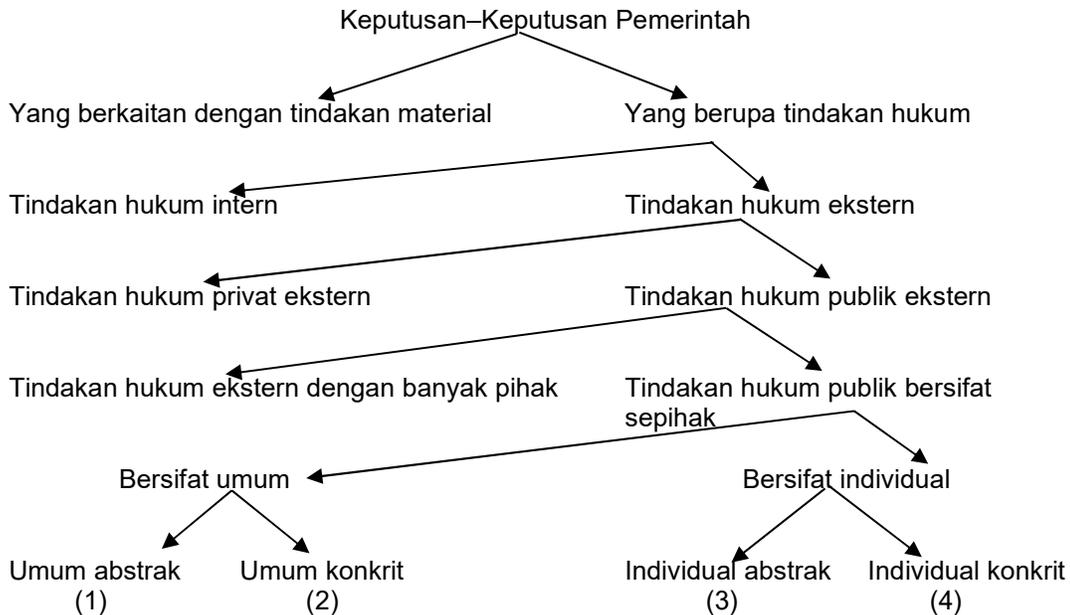
¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Abdullah, U. (2005). *Perbuatan Melawan Hukum Oleh Penguasa. tulisan ini disampaikan pada Bimbingan Teknis Peradilan Tata Usaha Negara Pemerintah Provinsi Lampung*, hlm.12.



Gambar 2. 4 Keputusan-keputusan pemerintah



Sumber: Ujang Abdullah

Dengan demikian dari sifat umum dan individualnya tindakan hukum publik yang bersifat sepihak, maka keputusan TUN yang dapat diterbitkan Badan/pejabat TUN adalah¹⁶⁴; (1) Bersifat umum abstrak, seperti Presiden mengeluarkan suatu Peraturan Pemerintah dalam pelaksanaan suatu ketentuan undang-undang; (2) Bersifat umum kongkrit, seperti Gubernur mengeluarkan keputusan yang menyatakan bahwa daerahnya terjangkit penyakit busung lapar; (3) Bersifat individual abstrak, seperti izin untuk mendirikan pabrik cat yang disertai bermacam-macam syarat atau ketentuan-ketentuan, umpama tentang tata cara pembuangan air limbah pabrik yang

¹⁶⁴ *Ibid.* hlm.13.



persangkutan; 4 Bersifat individual kongkrit, seperti penetapan pengangkatan sebagai PNS, penetapan pajak dan lain-lain.

Pada *section* UU Prosedur Administrasi Jerman Tahun 1976, Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) didefinisikan sebagai setiap perintah, keputusan atau tindakan penguasa yang lain yang diambil oleh pejabat yang berwenang untuk suatu peraturan perundang-undangan dari sebuah peristiwa khusus yang terletak diwilayah hukum publik dan diarahkan untuk menimbulkan segera akibat hukum keluar. Dalam hukum administrasi jerman, KTUN (*verwaltungsakt*) merupakan suatu konsep inti. Hal itu mencakup banyak tindakan dari pejabat TUN yang melaluinya menimbulkan pengaruh terhadap kepentingan-kepentingan individu¹⁶⁵.

Dalam undang-undang PTUN, mengartikan suatu keputusan tata usaha negara sebagai suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan sebagai akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata¹⁶⁶.

Dari pengertian itu dapat ditarik unsur-unsur KTUN sebagai berikut¹⁶⁷.

- 1) Suatu penetapan tertulis;
- 2) Dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara;

¹⁶⁵ W. Riawan Tjandra, *Op cit.*, hlm.148.

¹⁶⁶ Pasal 1 angka 9 UUPTUN.

¹⁶⁷ Zairin Harahap, *Loc cit.*, hlm.65-66.



- 3) Berisi tindakan hukum tata usaha negara;
- 4) Bersifat konkret;
- 5) Individual;
- 6) Final; dan
- 7) Menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

Dalam penjelasan Pasal 1 angka 3 UU 5/1986 disebutkan bahwa suatu penetapan tertulis adalah terutama menunjuk kepada isi bukan bentuk. Persyaratan tertulis adalah semata untuk kemudahan dari segi pembuktian. Oleh karenanya sebuah memo atau nota dapat memenuhi syarat tertulis, yang penting apabila sudah jelas; (1) badan atau pejabat TUN mana yang mengeluarkannya; (2) maksud serta mengenai hal apa isi tulisan itu; (3) kepada siapa tulisan itu ditujukan dan apa yang ditetapkan di dalamnya. *Badan atau pejabat TUN* adalah badan atau pejabat TUN di pusat atau di daerah yang melakukan kegiatan yang bersifat eksekutif. *Tindakan hukum TUN* adalah perbuatan hukum badan atau pejabat TUN yang bersumber pada suatu ketentuan hukum TUN yang dapat menimbulkan hak dan kewajiban pada orang lain. *bersifat konkret* adalah objek yang diputuskan dalam KTUN tidak abstrak, tetapi berwujud, tertentu atau dapat ditentukan. Misalnya; keputusan tentang pemberian atau pencabutan izin usaha atas nama si A. *bersifat individual* adalah KTUN itu tidak ditujukan untuk umum, tetapi tertentu baik alamat maupun hal yang dituju kalua yang dituju itu lebih



dari seorang, tiap-tiap nama orang yang terkena keputusan itu disebutkan. Misalnya; keputusan tentang pelebaran jalan. *Bersifat final* adalah KTUN yang dikeluarkan itu sudah definitive dan karenanya dapat menimbulkan akibat hukum. KTUN yang masih memerlukan persetujuan instansi atasan atau instansi lain belum bersifat final. Misalnya; keputusan pengangkatan seorang PNS yang memerlukan persetujuan dari BKN.

Selain itu dalam UUPERATUN juga mengenal suatu KTUN yang tidak tertulis¹⁶⁸ atau lazimnya dikenal dengan istilah KTUN negatif yakni adanya suatu permohonan yang diajukan oleh seseorang atau badan hukum perdata kepada pejabat atau badan TUN untuk menerbitkan keputusan namun tak kunjung mendapat respon atau tanggapan dari pejabat yang bersangkutan dan melewati waktu yang ditetapkan atau tentukan oleh undang-undang, sehingga pada kenyataan sesungguhnya KTUN itu tidak ada. Demikian pula dalam UUPTUN terdapat pembatasan-pembatasan terkait dengan yang dimaksud dengan KTUN¹⁶⁹.

Namun demikian, KTUN yang dimaksud dalam UUPTUN menurut UUAP meski dimaknai sebagai¹⁷⁰:

- a) Penetapan tertulis yang juga mencakup tindakan faktual;
- b) Keputusan badan dan/atau pejabat tata usaha negara di lingkungan eksekutif, legislatif, yudikatif, dan penyelenggara negara lainnya;

¹⁶⁸ Pasal 3 UU No. 5/1986.

¹⁶⁹ Lihat Pasal 2 jo Pasal 49 UUPTUN.

¹⁷⁰ Pasal 87 UUAP.



- c) Berdasarkan ketentuan perundang-undangan dan aupb;
- d) Bersifat final dalam arti lebih luas;
- e) Keputusan yang berpotensi menimbulkan akibat hukum; dan/atau;
- f) Keputusan yang berlaku bagi warga masyarakat.

Selanjutnya dalam penjelasan Pasal 87 UUAP hanya diterangkan bahwa yang dimaksud dengan KTUN yang “bersifat final dalam arti luas” adalah mencakup keputusan yang diambil alih oleh atasan pejabat yang berwenang.

5. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB)

Perkataan asas berasal dari Bahasa arab, *asasun*. Artinya dasar, basis, pondasi. Kalau dihubungkan dengan sistem berpikir, yang dimaksud dengan asas adalah landasan berpikir yang sangat mendasar. Olehnya itu menurut Mohammad Daud Ali, jika asas dihubungkan dengan hukum, maka yang dimaksud dengan asas adalah kebenaran yang dipergunakan sebagai tumpuan berpikir dan alasan pendapat, terutama, dalam penegakan dan pelaksanaan hukum¹⁷¹.

Satjipto Raharjo mengemukakan bahwa asas hukum merupakan *jantung* peraturan hukum. Asas merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum. Peraturan-peraturan hukum itu pada akhirnya bisa dikembalikan kepada asas-asas hukum itu, kecuali disebut

¹⁷¹ Mohammad Daud Ali, 2012, *Hukum Islam (Pengantar dan Tata Hukum Indonesia)*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm.126.



landasan, asas hukum itu layak disebut sebagai alasan bagi lahirnya peraturan hukum atau sebagai *ratio legis* dari peraturan hukum¹⁷².

Asas hukum bukan peraturan hukum, namun tidak ada hukum yang bisa dipahami tanpa mengetahui asas-asas hukum yang ada didalamnya. Oleh karena itu untuk memahami hukum suatu bangsa dengan sebaik baiknya tidak bisa hanya melihat pada peraturan-peraturan hukumnya saja, melainkan harus menggalinya sampai kepada asas-asas hukumnya. Pengertian hukum atau konsep hukum, standar hukum dan asas hukum merupakan unsur-unsur dari peraturan hukum. Peraturan hukum ini bisa diberi arti sebagai norma yang memberikan suatu konsekuensi yang jelas sebagai kelanjutan dilakukannya suatu perbuatan¹⁷³.

Sehubungan dengan itu, Andi Abu Ayyub Saleh¹⁷⁴ mengemukakan asas hukum adalah peletak dasar ilmu hukum dengan penegasan bahwa asas hukum dapat menjadi dan menjelma menjadi “Norma Hukum”, akan tetapi Norma Hukum tidak dapat menjadi/menjelma “Asas Hukum”.

Contoh : - Asas Hukum Legalitas = Pasal 1 ayat (1) KUHP Norma
Hukumnya.
- Asas Hukum Nebis In Idem = Pasal 76 KUHP Norma
Hukumnya.

¹⁷² M. Arfin Hamid, 2011, *Hukum Islam Perspektif Keindonesiaan (Sebuah Pengantar dalam Memahami Realitasnya di Indonesia)*, PT Umitoha Ukhuwah Grafika, Makassar, hlm.81.

¹⁷³ Satjipto Raharjo, 2012, *Ilmu Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 47.

¹⁷⁴ Andi Abu Ayyub Saleh, *Op Cit.*, hlm.12.



Dalam lapangan hukum administrasi negara terdapat Asas - Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB), baik tertulis maupun tidak tertulis, meski senantiasa ditaati oleh pemerintah agar dalam melaksanakan tugas-tugasnya tidak melakukan perbuatan yang menyimpang dari peraturan yang berlaku yang dapat menimbulkan kerugian bagi warga masyarakat. Asas ini pertama kali diperkenalkan oleh panitia de Monchy di Nederland dalam laporannya pada tahun 1950 tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik (*aglemene beginselen van behoorlijk bestuur* atau *the general principles of good administration*), konsep ini ditujukan untuk meningkatkan perlindungan hukum bagi warga masyarakat¹⁷⁵.

Adapun Beberapa asas umum pemerintahan yang baik yang dikemukakan oleh Koentjoro Purbopranoto, dapat dikategorikan sebagai berikut¹⁷⁶.

(1) Asas kepastian hukum (*principle of legal security*)

Asas ini menghendaki dihormatinya hak yang telah diperoleh seseorang berdasarkan keputusan badan atau pejabat TUN. Misalnya, mengakui keabsahan lisensi yang diberikan demi kepastian hukum bagi orang yang menerima keputusan.

(2) Asas keseimbangan

¹⁷⁵ SF Marbun dan Moh Mahfud MD, *Op cit*, hlm.57.

¹⁷⁶ *Ibid*.



Asas keseimbangan menghendaki proporsi yang wajar dalam penjatuhan hukum terhadap pegawai yang melakukan kesalahan. Artinya hukuman yang dijatuhkan tidak boleh berlebih-lebihan sehingga tidak seimbang dengan kesalahan yang dilakukan pegawai bersangkutan.

(3) Asas kesamaan dalam mengambil keputusan pangreh

Asas ini menghendaki agar dalam menghadapi kasus atau fakta yang sama alat administrasi negara dapat mengambil tindakan yang sama atau dalam menghadapi peristiwa dan fakta yang sama janganlah sampai mengambil keputusan yang sifatnya saling bertentangan.

(4) Asas bertindak cermat

Asas ini menghendaki agar administrasi negara senantiasa bertindak secara hati-hati agar tidak menimbulkan kerugian bagi warga masyarakat.

(5) Asas motivasi untuk setiap keputusan

Asas ini menghendaki agar dalam mengambil keputusan pejabat pemerintah itu dapat bersandar pada alasan atau motivasi yang cukup yang sifatnya benar, adil dan jelas.

(6) Asas jangan mencampur adukkan kewenangan

Asas ini menghendaki agar dalam mengambil keputusan pejabat administrasi tidak menggunakan kewenangan atas kekuasaan diluar



maksud pemberian kewenangan atau kekuasaan itu, penggunaan kewenangan diluar maksud pemberiannya dalam hukum dikenal dengan "*detournement de pouvoir*" (penyalahgunaan wewenang) suatu istilah yang berasal dari tradisi hukum Perancis.

(7) Asas permainan yang layak

Asas ini menekankan pentingnya keterangan yang jelas, terbuka dan objektif dari pemerintah. Tidak ada perlakuan yang berat sebelah, memberikan kesempatan yang seluas-luasnya kepada warga masyarakat untuk mendapatkan informasi yang benar dan adil, sehingga dapat pula memberikan kesempatan yang luas untuk menuntut keadilan dan kebenaran. Salah satu contoh misalnya jika penawaran tertinggi satu tender diberitahukan kepada satu perusahaan secara rahasia agar perusahaan itu dapat membrikan penawaran yang lebih tinggi sehingga bisa menang, maka pejabat yang memberitahukan itu telah melakukan permainan yang tidak fair (melanggar asas fair play).

(8) Asas keadilan atau kewajaran

Asas ini menghendaki agar dalam melakukan tindakan pemerintah tidak berlaku sewenang-wenang atau berlaku tidak layak. Jika pemerintah melakukan tindakan sewenang-wenang dan tidak layak maka keputusan yang berkaitan dengan tindakannya dapat dibatalkan.



(9) Asas menanggapi pengharapan yang wajar

Asas ini menghendaki agar tindakan pemerintah dapat menimbulkan harapan-harapan yang wajar bagi yang berkepentingan. Misalnya seorang pegawai yang memakai mobil pribadinya untuk keperluan dinas wajar untuk berharap mendapatkan kompensasi biaya pembelian bensin.

(10) Asas meniadakan akibat suatu keputusan yang batal

Asas ini menghendaki agar jika terjadi pembatalan atas suatu keputusan maka akibat dari keputusan yang dibatalkan itu harus dihilangkan sehingga pihak yang bersangkutan harus diberikan ganti rugi atau rehabilitasi. Misalnya seorang pegawai yang diberhentikan, tetapi keputusan pemberhentian itu dibatalkan oleh PTUN, maka semua akibat dari keputusan yang telah dibatalkan itu harus dihilangkan, menerima yang bersangkutan untuk Kembali bekerja dan memberikan ganti rugi akibat keputusan yang pernah dibuatnya.

(11) Asas perlindungan atas pandangan (cara) hidup

Asas ini menghendaki agar setiap pegawai negeri diberi kebebasan atau hak untuk mengatur kehidupannya pribadi sesuai dengan pandangan (cara) hidup yang dianutnya. Penerapan asas ini di Indonesia harus ditekankan pada pembatasan dari garis-garis moral Pancasila yang merupakan falsafah hidup bangsa.

(12) Asas kebijaksanaan



Asas ini menghendaki agar dalam melaksanakan tugasnya pemerintah diberi kebebasan untuk melakukan kebijaksanaan tanpa harus menunggu instruksi. Pemberian kebebasan ini berkaitan dengan perlunya tindakan positif dari pemerintah yaitu menyelenggarakan kepentingan umum.

(13) Asas penyelenggaraan kepentingan umum

Asas ini menghendaki agar dalam menyelenggarakan tugasnya pemerintah selalu mengutamakan kepentingan umum. Negara Indonesia adalah negara hukum yang dinamis (welfare state, negara kesejahteraan) yang menuntut segenap aparat pemerintahnya melakukan kegiatan-kegiatan yang menuju pada penyelenggaraan kepentingan umum. Oleh sebab itu asas ini menjadi asas pemerintahan yang baik di negara Republik Indonesia.

S. Prajudi Admosudirjo membagi kedalam dua kategori AUPB yaitu¹⁷⁷:

(1) asas-asas mengenai prosedur dan atau proses pengambilan keputusan , yang bilamana dilanggar secara otomatis membuat keputusan yang bersangkutan batal demi hukum tanpa memeriksa lagi kasusnya. Yang termasuk dalam kategori ini adalah;

- a) Asas yang menyatakan bahwa orang yang ikut menentukan atau dapat mempengaruhi terjadinya keputusan tidak boleh mempunyai

¹⁷⁷ S. Parajudi Admosudirjo, 2014, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 90-93.



kepentingan pribadi (*vested interest*) didalam keputusan tersebut, baik secara langsung maupun tidak langsung;

- b) Asas, bahwa keputusan-keputusan yang merugikan atau mengurangi hak-hak seorang warga masyarakat atau warga negara tidak boleh diambil sebelum memberi kesempatan kepada warga tersebut untuk membela kepentingannya;
- c) Asas yang menyatakan bahwa konsiderans dari keputusan wajib cocok atau dapat membenarkan dictum (penetapan) daripada keputusan tersebut, dan bahwa konsiderans tersebut mempergunakan fakta-fakta yang benar.

(2) Asas-asas yang mengenai kebenaran dari fakta-fakta yang dipakai sebagai dasar untuk membuat keputusannya, antara lain sebagai berikut;

- a) Asas larangan kesewenang-wenangan (*willekeur*)

Perbuatan atau keputusan yang sewenang-wenang adalah suatu perbuatan atau keputusan administrasi negara yang tidak mempertimbangkan semua faktor yang relevan dengan kasus yang bersangkutan secara lengkap dan wajar, sehingga tampak adanya ketimpangan;

- b) Asas larangan *detournement de pouvoir*

Asas ini menekankan larangan pada pemerintah agar tidak terjadi penyalahgunaan jabatan atau wewenang atau tidak menggunakan wewenang untuk tujuan yang bertentangan atau menyimpang



daripada tujuan wewenang atau apa yang telah ditetapkan oleh undang-undang;

- c) Asas kepastian hukum berarti, sikap atau keputusan pejabat administrasi negara yang manapun tidak boleh menimbulkan keguncangan hukum atau status hukum;
- d) Asas larangan melakukan diskriminasi hukum

Asas ini menekankan agar pemerintah berlaku objektif dan tidak diskriminatif, misalnya karena ada diantara mereka yang dikenal lebih baik sehingga ada perlakuan atau diadakan perbedaan keputusan, sehingga akan merongrong hukum dan wibawa negara karena timbul kesan, bahwa negara adalah milik dari golongan rakyat tertentu;

- e) Asas batal karena kecerobohan pejabat yang bersangkutan

Kecerobohan terjadi bilamana hanya Sebagian dari faktor-faktor atau data yang diteliti atau dipergunakan sebagai bahan pertimbangan.

Dalam UUPTUN apabila suatu keputusan yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat TUN bertentangan dengan AUPB, maka seseorang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan karena keputusan tersebut dapat mengajukan gugatan ke PTUN agar KTUN itu dinyatakan batal atau tidak sah¹⁷⁸. Adapun asas-asas yang dimaksud dalam penjelasan UUPTUN antara lain meliputi asas; kepastian hukum, tertib penyelenggara negara, keterbukaan, proporsionalitas, profesionalitas,

¹⁷⁸ Lihat Pasal 53 ayat (2) UU No. 9 tahun 2004



akuntabilitas, sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme. Dengan penjelasan sebagai berikut¹⁷⁹.

a) *Asas kepastian hukum*

Adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara.

b) *Asas tertib penyelenggara negara*

Asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggara negara.

c) *Asas kepentingan umum*

Adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, dan selektif.

d) *Asas keterbukaan*

Adalah asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.

¹⁷⁹ Lihat Pasal 3 UU No 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme



e) *Asas proporsionalitas*

Adalah asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara.

f) *Asas profesionalitas*

Adalah asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

g) *Asas akuntabilitas*

Adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggung jawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

Selain itu AUPB juga diatur dalam UUAP, asas ini merupakan prinsip yang digunakan sebagai acuan penggunaan wewenang bagi pejabat pemerintahan dalam mengeluarkan keputusan atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Antara lain asas yang dimaksud meliputi; (a) asas legalitas, yakni penyelenggaraan administrasi pemerintahan mengedepankan dasar hukum dari sebuah keputusan dan/atau tindakan yang dibuat oleh badan atau pejabat pemerintahan, (b) asas perlindungan terhadap hak asasi manusia, adalah bahwa penyelenggaraan administrasi pemerintahan tidak boleh melanggar hak-hak dasar warga masyarakat



sebagaimana dijamin dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan (c) AUPB, adalah cukup jelas¹⁸⁰.

E. Perbuatan Melawan Hukum

1. *Onrechtmatige Daad*

Mengenai istilah "*onrechtmatige daad*" oleh M.M. Djodjodigono menerjemahkan dengan "perbuatan melawan hukum", demikian pula halnya Wirjono Prodjodikoro yang menggunakan istilah "*onrechtmatige daad*" sebagai perbuatan melawan hukum. Dalam kamus hukum H. vander Tas (1950), yang dikutip oleh Sudikno Mertokusumo dalam bukunya yang berjudul "Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah" mengartikan istilah "*onrechtmatige daad*" dalam arti "tindak asusila", "tindak tanpa hak", dan "perbuatan tanpa hak". Sudikno Mertokusumo mengemukakan bahwa terjemahan yang tepat untuk istilah "*onrechtmatige daad*" ialah "perbuatan melawan hukum". Sebab istilah "melanggar" berarti "menubruk", "menabrak", atau "menyerang", "memerangi", atau juga "menyalahi". secara istilah pengertian "*onrecht*" mengandung arti "lawan" atau kebalikan dari "*recht*", juga seakan-akan merupakan "musuh" terhadap "*recht*". Sedangkan kata "lawan" kebalikannya", serta "musuh" ketiga-tiganya terdapat pada kata "melawan"¹⁸¹.

¹⁸⁰ Pasal 1 angka 17 jo. Pasal 5 UU No 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

¹⁸¹ Sudikno Mertokusumo, hlm.3-4.



Sebelum tahun 1919 atau dalam rentang waktu periode 1838-1919 perbuatan melawan hukum telah tertuang dalam kodifikasi belanda BW (*Burgerlijk Wetboek*) yang diatur dalam Pasal 1401 BW (yang sama dengan Pasal 1365 KUH Perdata Indonesia)¹⁸². Dalam praktiknya, pengadilan menafsirkan “melawan hukum” (*onrechtmatige daad*) merupakan suatu pelanggaran atas pasal-pasal hukum tertulis, tetapi sejak tahun 1919 terjadi perkembangan di negeri belanda, dengan mengertikan istilah “melawan hukum” (*onrechtmatige daad*) bukan hanya terbatas pada pelanggaran perundang-undangan (*onwetmatige daad*) semata, melainkan juga mencakup pada setiap pelanggaran terhadap kesusilaan atau kepantasan dalam pergaulan hidup masyarakat (dalam putusan *Hoge Raad* belanda tanggal 31 Januari 1919 dalam kasus *Lindenbaum versus Cohen*)¹⁸³.

Sejak tahun 1919 baik di negeri Belanda dan demikian juga di Indonesia, perbuatan melawan hukum telah diartikan secara luas, yakni mencakup salah satu dari perbuatan-perbuatan sebagai berikut¹⁸⁴.

- (1) Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain.
- (2) Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri.
- (3) Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan.

¹⁸² Munir Fuady, *Loc cit.*, hlm.30.

¹⁸³ *Ibid*, hlm.5-6.

¹⁸⁴ *Ibid*.



(4) Perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik.

Dalam putusan itu dinyatakan, “*onrechmatig*”, tidak saja perbuatan yang melanggar hukum atau hak orang lain, tetapi juga tiap perbuatan yang berlawanan dengan “kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat terhadap pribadi atau benda orang lain¹⁸⁵.”

Sebelum adanya Putusan Hoge Raad pada tahun 1919 diatas, Willem Leonard Pieter Arnold Molengraaff (1858 - 1931) dalam “*Rechtgeleerd Magajizn*” tahun 1887, sudah terlebih dahulu berpendapat bahwa perbuatan melawan hukum bukan cuma mencakup perbuatan yang bertentangan dengan undang-undangan, akan tetapi meliputi segala sesuatu perbuatan yang bertentangan dengan kaidah-kaidah sosial lainnya, meskipun tidak terdapat didalam undang-undang¹⁸⁶. Menurut pendapat Molengraaff¹⁸⁷, bahwa seseorang yang melakukan suatu perbuatan melawan hukum yakni “apabila ia berbuat kepada orang lain, yang tidak patut menurut lalu lintas pergaulan masyarakat” (*wie ‘anders handelt, dat in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te behandelen*), mencakup atau meliputi kebiasaan, sopan santun dan kesusilaan”. Namun pandangan yang

¹⁸⁵ Subekti, 2001, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT Intermasa, Jakarta, hlm.133.

¹⁸⁶ Watung, M. (2018). ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD DALAM PRAKTEK PERADILAN NEGARA HUKUM INDONESIA (Studi Putusan Pengadilan Negeri Manado Nomor: 415/Pdt. G/2015/PN. Mnd Tanggal 19 Mei 2016). *LEX ET SOCIETATIS*, 6(1). hlm.50. / diakses pada tanggal 19 April 2021.

¹⁸⁷ *Ibid.*



dikemukakan oleh Molengraaff kemudian disanggah oleh Land (1896), Simons (1902) sebagai pendukung aliran sempit yang memandang bahwa suatu perbuatan melawan hukum hanyalah perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang mengungkapkan bahwa “bilamana pengertian melawan hukum dilepaskan dari undang-undang, maka akan terdapat kemungkinan timbulnya kesewenang-wenangan hakim dalam menentukan apakah suatu perbuatan itu bertentangan dengan kepatutan yang layak sehingga merupakan perbuatan melawan hukum¹⁸⁸.

Putusan Hoge Raad ini, begitu pentingnya, hingga sering dipersamakan dengan suatu revolusi dalam dunia kehakiman. Banyak sekali perbuatan yang dulu tidak dapat digugat didepan hakim, sekarang oleh hakim diartikan sebagai “*onrechimtig*”: jika dapat dibuktikan bahwa dari kesalahan si pembuat itu akan dihukum untuk mengganti kerugian¹⁸⁹.

Dalam Pasal 1365¹⁹⁰ disebutkan bahwa “tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”. Olehnya itu, maka setiap Perbuatan Melawan Hukum (PMH) dalam Pasal 1365 perdata dapat terpenuhi apabila mengandung 4 unsur sebagai mana yang dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo yakni adanya¹⁹¹; 1) perbuatan

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Subekti, hlm. 133-134.

¹⁹⁰ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*) terjemahan Soesilo dan Pramudji R.

¹⁹¹ Sudikno Mertokusumo, *Op cit.*, hlm.15.



melawan hukum (*onrechtmatige daad*), adalah “*onrecht*” yang diartikan sebagai “gangguan keseimbangan dalam masyarakat”, sedangkan perkataan “*daad*” diartikan sebagai “perbuatan” yakni “berbuat dan tidak berbuat” (*doen en nalaten*) sehingga dapat diartikan bahwa suatu perbuatan melawan hukum dalam pengertian ini adalah merupakan suatu “perbuatan yang aktif maupun pasif, yang mendatangkan gangguan keseimbangan dalam masyarakat”, 2) kesalahan (*schuld*) yakni “sipembuat atau seseorang yang melakukan kesalahan yang dapat dipertanggung jawabkan”, tanpa diperlukan adanya pembedaan apakah perbuatan itu dilakukan dengan kesengajaan (*dolus*) atau kurang penghati-hati (*culpa*),³ kerugian (*schade*), yaitu diartikan sebagai “penghapusan atau pengurangan kenikmatan”, 4) sebab (*oorzaak*), merupakan dasar yang ke 4 dari arti penggantian kerugian adalah hubungan sebab akibat antara kerugian yang terjadi dengan perbuatan yang melawan hukum.

Merujuk pada Pasal 1365 KUHPerdara, dalam buku Hukum Perdata Indonesia karangan Abdulkadir Muhammad, selanjutnya dikemukakan unsur-unsur Perbuatan Melawan Hukum sebagai berikut : 1). Perbuatan itu harus melawan hukum (*onrechtmatig*); 2) Perbuatan itu harus menimbulkan kerugian, 3) Perbuatan itu harus dilakukan dengan kesalahan, dan 4) Antara perbuatan dan kerugian yang timbul harus ada hubungan kausal¹⁹².

¹⁹² APRIANI, T. (2019). KONSEP PERBUATAN MELAWAN HUKUM DALAM TINDAK PIDANA. *GANEK SWARA*, 13(1), 43-49.



Dalam ilmu hukum dikenal 3 (tiga) kategori dari perbuatan melawan hukum, yaitu sebagai berikut¹⁹³.

- 1) Perbuatan melawan hukum karena kesengajaan.
- 2) Perbuatan melawan hukum tanpa kesalahan (tanpa unsur kesengajaan maupun kelalaian).
- 3) Perbuatan melawan hukum karena kelalaian.

Dari ketiga poin diatas selanjutnya melahirkan 3 (tiga) macam tanggung jawab yaitu¹⁹⁴.

- 1) Tanggung jawab dengan unsur kesalahan (kesengajaan dan kelalaian), sebagaimana terdapat dalam Pasal 1365 KUH Perdata.
- 2) Tanggung jawab dengan unsur kesalahan, khususnya unsur kelalaian, sebagaimana terdapat dalam Pasal 1366 KUH Perdata.
- 3) Tanggung jawab mutlak (tanpa kesalahan) dalam arti yang sangat terbatas ditemukan dalam Pasal 1367 KUH Perdata.

Berkaitan dengan itu, maka Adapun 3 bentuk ganti rugi terhadap perbuatan melawan hukum yaitu¹⁹⁵:

- 1) Ganti rugi nominal

Perbuatan melawan hukum yang mengandung unsur kesengajaan, tetapi tidak menimbulkan kerugian yang nyata bagi korban, maka kepada korban dapat diberikan sejumlah uang tertentu sesuai dengan

¹⁹³ Munir Fuady, *Op cit.*, hlm.3.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid*, hlm.134.



rasa keadilan tanpa menghitung berapa sebenarnya kerugian tersebut. Inilah yang disebut ganti rugi nominal.

2) Ganti rugi kompensasi

Ganti rugi yang merupakan pembayaran kepada korban sebesar kerugian yang benar-benar dialami oleh pihak korban dari suatu perbuatan melawan hukum. Karena itu, ganti rugi seperti itu disebut juga dengan ganti rugi actual. Misalnya, ganti rugi atas segala biaya yang dikeluarkan oleh korban, kehilangan keuntungan/gaji, sakit dan penderitaan, termasuk penderitaan mental seperti stress, malu, jatuh nama baik, dan lain-lain.

3) Ganti rugi penghukuman

Adalah ganti rugi dalam jumlah besar yang melebihi dari jumlah kerugian yang sebenarnya. Besarnya jumlah ganti rugi tersebut dimaksudkan sebagai hukuman bagi si pelaku. Ganti rugi penghukuman ini layak diterapkan terhadap kasus-kasus kesengajaan yang berat atau sadis. Misalnya diterapkan terhadap penganiayaan berat atas seseorang tanpa rasa kemanusiaan.

Dalam KUH Perdata juga menyebutkan pemberian ganti rugi terhadap hal-hal sebagai berikut¹⁹⁶.

a) Ganti rugi untuk semua perbuatan melawan hukum (Pasal 1365)

¹⁹⁶ *Ibid.*



- b) Ganti rugi untuk perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (Pasal 1366 dan Pasal 1367)
- c) Ganti rugi untuk pemilik binatang (Pasal 1368)
- d) Ganti rugi untuk pemilik gedung yang ambruk (Pasal 1369)
- e) Ganti rugi untuk keluarga yang ditinggalkan oleh orang yang dibunuh (Pasal 1370)
- f) Ganti rugi karena orang telah luka atau cacat anggota badan (Pasal 1371)
- g) Ganti rugi karena tindakan penghinaan (Pasal 1372 sampai dengan Pasal 1380)

Ada dua sebab timbulnya ganti rugi, yaitu karena wanprestasi diatur dalam Buku III Pasal 124 sampai dengan Pasal 1225 KUH Perdata dan ganti rugi mengenai perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata. Ganti rugi karena PMH adalah suatu bentuk ganti rugi yang dibebankan kepada orang yang telah menimbulkan kesalahan kepada pihak yang dirugikan, bukan karena adanya perjanjian¹⁹⁷.

Apabila seorang berutang tidak memenuhi kewajibannya, menurut Bahasa hukum ia melakukan “wanprestasi” yang menyebabkan ia dapat digugat di depan hakim¹⁹⁸ atau seorang debitur dikatakan lalai, apabila ia

¹⁹⁷ Salim H.S., 2008, *Hukum Kontrak Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 100.

¹⁹⁸ Subekti, hlm.123.



tidak memenuhi kewajibannya atau terlambat memenuhinya atau memenuhinya tetapi tidak seperti yang telah diperjanjikan¹⁹⁹.

Ganti rugi karena wanprestasi adalah suatu bentuk ganti rugi yang dibebankan kepada debitur yang tidak memenuhi isi perjanjian yang telah dibuat antara kreditur dengan debitur. Misalnya, A berjanji mengirimkan barang kepada B tanggal 10 Januari 1996. Akan tetapi, pada tanggal yang telah ditentukan, A belum juga mengirimkan barang tersebut kepada B. supaya B dapat menuntut ganti rugi karena keterlambatan tersebut, maka B harus memberikan peringatan (somasi) kepada A, minimal tiga kali. Apabila peringatan/teguran itu telah dilakukan, maka barulah B dapat menuntut kepada A untuk membayar ganti kerugian. Jadi momentum timbulnya ganti rugi adalah pada saat telah dilakukan somasi²⁰⁰.

Ganti kerugian yang dapat dituntut oleh kreditur kepada debitur adalah sebagai berikut²⁰¹.

- 1) Kerugian yang telah dideritanya, yaitu berupa penggantian biaya-biaya dan kerugian.
- 2) Keuntungan yang sedianya akan diperoleh (Pasal 1246 KUH Perdata), ini ditujukan kepada bunga-bunga.

Yang diartikan dengan biaya-biaya (ongkos-ongkos), yaitu ongkos yang telah dikeluarkan oleh kreditur untuk mengurus objek perjanjian. Kerugian adalah

¹⁹⁹ *Ibid.* hlm.147

²⁰⁰ Salim H.S., *Op cit.*, hlm. 100.

²⁰¹ *Ibid.* hlm.101.



perkurangnya harta kekayaan yang disebabkan adanya kerusakan atau kerugian. Sedangkan bunga-bunga adalah keuntungan yang akan dinikmati oleh kreditur. Penggantian biaya-biaya, kerugian dan bung aitu harus merupakan akibat langsung dari wanprestasi dan dapat diduga pada saat sebelum terjadinya perjanjian²⁰².

Didalam Pasal 1249 KUH Perdata ditentukan bahwa penggantian kerugian yang disebabkan wanprestasi hanya ditentukan dalam bentuk uang. Namun, dalam perkembangannya menurut para ahli dan yurisprudensi bahwa kerugian dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu ganti rugi materiil, dan ganti rugi inmateriil. Kerugian materiil adalah suatu kerugian yang diderita kreditur dalam bentuk uang/kekayaan/benda. Sedangkan kerugian inmateriil adalah suatu kerugian yang diderita oleh kreditur yang tidak bernilai uang, seperti rasa sakit, mukanya pucat, dan lain-lain²⁰³.

2. *Wederrechtelijk*

Dalam ajaran hukum pidana dijumpai istilah *wederrechtelijk*, menunjukkan suatu istilah “perbuatan melawan hukum” dalam konteks hukum pidana. Adapun beberapa pandangan tentang istilah melawan hukum berdasarkan dari “ajaran sifat melawan hukum”. Menurut Andi Hamzah²⁰⁴

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ https://rechtsvinding.bphn.go.id/view/view_online.php?id=309 / Muhamad Mahrus Setia Wijaksana, *Perkembangan Ajaran Sifat Melawan Hukum Dalam Tindak Pidana Korupsi Di Indonesia (Sebuah Perspektif Yuridis)*, hlm.1. / diakses pada tanggal 19 April 2021.



pahwa istilah melawan hukum sepadanan maknanya dengan istilah *wederrechtelijk* (Bahasa Belanda). Dalam putusan Hoge Raad pada tanggal 28 Juni tahun 1911 dalam Artikel 326 Net.WvS memuat kalimat "*de dader geen eigen recht op de bevoordeling heeft*" yang berarti bahwa terdakwa tidak mempunyai hak sendiri untuk menikmati keuntungan itu. *Wederrechtelijk* diartikan sebagai "*zonder verlof*" yaitu tanpa izin, atau juga berarti "*zonder eigenrecht*" yaitu tanpa hak sendiri, bisa pula diartikan dengan istilah "*in strijd met het recht*" yakni bertentangan dengan hukum, istilah melawan hukum dapat diartikan juga dengan cara-cara yang tidak sesuai dengan undang-undang atau tidak sah (*op onwettelijke wijze*).

A Zainal Abidin Farid²⁰⁵, dalam bukunya yang berjudul Hukum Pidana 1, mengemukakan bahwa dalam KUHP (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana) maupun ketentuan pidana yang diatur diluar KUHP, terdapat Pasal-Pasal yang menggunakan istilah "melawan hukum". Pada umumnya para sarjana hukum pidana mengemukakan bahwa melawan hukum merupakan unsur tiap-tiap delik, baik yang dinyatakan secara eksplisit maupun tidak.

Pemakaian kata *wederrechtelijk* untuk menunjukkan sifat tidak sah suatu tindakan terdapat dalam Pasal 167 ayat (1), 168, 179, 180, 189, 190, 198, 253-257, 333 ayat (1), 334 ayat (1), 335 ayat (1) angka 1, 372, 429 ayat (1), 431,433 angka 1, 448, 453-455, 472 dan 522 KUHP. Sedangkan penggunaan istilah *wederrechtelijk* untuk menunjukkan adanya suatu maksud

²⁰⁵ A. Zainal Abidin Farid, 2014, *Hukum Pidana 1*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.239-240.



atau kehendak dalam melakukan suatu tindak pidana (*Oogmerk*) dapat dijumpai dalam Pasal 328, 339, 362, 368 ayat (1), 369 ayat (1), 378, 382, 390, 446, dan 467 KUHP²⁰⁶.

Melawan hukum dalam arti formil dan materi, menurut Moeljatno dikatakan *formeel*, karena undang-undang pidana melarang atau memerintahkan perbuatan itu disertai ancaman sanksi bagi barang siapa yang melanggar atau mengabaikannya. Disebut *materieel*, oleh karena sekalipun suatu perbuatan telah sesuai dengan uraian didalam undang-undang, masih harus diteliti tentang penilaian masyarakat apakah perbuatan itu memang tercela dan patut dipidana pembuatnya atau tidak tercela, ataupun dipandang sifatnya terlampau kurang celaannya sehingga pembuatnya tak perlu dijatuhi sanksi hukum pidana, tetapi cukup dikenakan sanksi kaidah-kaidah hukum lain atau kaidah sosial lain, sesuai dengan asas kemanusiaan yang adil dan beradab yang merupakan sendi negara kita²⁰⁷. Namun demikian bahwa sifat melawan hukum perbuatan, maupun kesalahan bukanlah syarat-syarat yang mutlak untuk adanya *strafbaar feit*²⁰⁸.

Sedangkan menurut Satochi Kartanegara “melawan hukum” (*Wederrechtelijk*) dalam hukum pidana dibedakan menjadi;1) *Wederrechtelijk* formil, yaitu apabila sesuatu perbuatan di larang dan diancam dengan

²⁰⁶ Sari, I. (2021). PERBUATAN MELAWAN HUKUM (PMH) DALAM HUKUM PIDANA DAN HUKUM PERDATA. *JURNAL ILMIAH HUKUM DIRGANTARA*, 11(1). /diakses pada tanggal 18 April 2021.

²⁰⁷ A. Zainal Abidin Farid, *Op cit.*, hlm.241-242.

²⁰⁸ *Ibid.*, hlm.244.



nukuman oleh undang-undang, 2) *Wederrechtelijk* Materiil, yaitu suatu perbuatan “mungkin” *wederrechtelijk*, walaupun tidak dengan tegas di larang dan di ancam dengan hukuman oleh undang-undang. Melainkan juga asas-asas umum yang terdapat dalam lapangan hukum (*algemen beginsel*)²⁰⁹.

Schaffmeister, dikutip dari Andi Hamzah dalam bukunya *Pengantar Dalam Hukum Pidana Indonesia*, berpandangan bahwa istilah “melawan hukum” sebagaimana yang tercantum di dalam rumusan delik, menjadi bagian inti dari suatu delik sebagai “melawan hukum secara khusus” (contoh Pasal 372 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana/KUHP), sedangkan “melawan hukum” sebagai unsur yang tidak disebutkan dalam rumusan delik, tetapi menjadi dasar untuk menjatuhkan pidana, selanjutnya disebut sebagai “melawan hukum secara umum” (contoh Pasal 351 KUHP)²¹⁰.

Frasa “melawan hukum” terdapat dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi²¹¹. Dalam Pasal 2 disebutkan Bahwa “Setiap orang yang secara “melawan hukum” melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana penjara dengan penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4

²⁰⁹ Inda Sari, hlm.48.

²¹⁰ <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt5142a15699512/perbuatan-melawan-hukum-dalam-hukum-perdata-dan-hukum-pidana/#:~:text=1,dengan%20hukuman%20oleh%20undang%2Dundang>. /diakses pada tanggal 17 April 2021.

²¹¹ Lihat Pasal 2 Undang-Undang nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi



(empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah). Berikutnya diterangkan dalam penjelasan Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi bahwa “Yang dimaksud dengan “secara melawan hukum” dalam Pasal 2 mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana. Dalam ketentuan ini, kata “dapat” sebelum frasa “merugikan keuangan atau perekonomian negara” menunjukkan bahwa tindak pidana korupsi merupakan delik formil, yaitu adanya tindak pidana korupsi cukup dengan dipenuhinya unsur-unsur perbuatan yang sudah dirumuskan bukan dengan timbulnya akibat²¹²:

3. *Onrechtmatige Overheidsdaad*

Sebelumnya telah diketengahkan mengenai makna istilah “*onrechtmatige daad*” sebagai “perbuatan melawan hukum”. Lain halnya dengan istilah “*onrechtmatige overheidsdaad*” oleh Wirjono Prodjodikoro diterjemahkan dengan “perbuatan melawan hukum oleh pemerintah”, kadang-kadang diterjemahkan dengan “perbuatan melawan hukum oleh

²¹² Lihat penjelasan Pasal 2 Undang-Undang nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana korupsi .



penguasa” (putusan Pengadilan Negeri Jakarta, 28 November 1953 dalam majalah hukum tahun 1953 no. 1)²¹³. Sudikno Mertokusumo tidak membedakan antara istilah “penguasa” dengan “pemerintah”, karena yang dimaksud dengan “perbuatan melawan hukum oleh pemerintah” dan “perbuatan melawan hukum oleh penguasa” tidak lain ialah “*onrechtmatige overheidsdaad*”²¹⁴.

M.A. Moegni Djodirjo²¹⁵, pilihan istilah “melawan hukum” karena dalam kata “melawan” melekat sifat aktif dan pasif. Sifat aktif dapat dilihat apabila dengan sengaja melakukan sesuatu perbuatan yang menimbulkan kerugian pada orang lain, jadi sengaja melakukan gerakan sehingga nampak dengan jelas sifat aktifnya dari istilah “melawan tersebut”. Sebaliknya apabila ia dengan sengaja diam saja atau dengan lain perkataan apabila ia dengan sikap pasif saja sehingga menimbulkan kerugian pada orang lain, maka ia telah “melawan” tanpa harus menggerakkan badannya.

Munculnya perkara *onrechtmatige overheidsdaad* berawal dari perkara Ostermann yang mengajukan permohonan atau upaya izin ekspor barang ke luar negeri, namun instansi terkait yang berwenang tidak mengabulkannya. Kemudian hal tersebut dipermasalahkan, melalui peradilan tingkat pertama

²¹³ Sudikno Mertokusumo, hlm. 4.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Fauzani, M. A., & Rohman, F. N. (2020). PROBLEMATIK PENYELESAIAN SENGKETA PERBUATAN MELAWAN HUKUM OLEH PENGUASA DI PERADILAN ADMINISTRASI INDONESIA (Studi Kritis Terhadap Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2019). *Widya Pranata Hukum: Jurnal Kajian dan Penelitian Hukum*, 2(1), 19-39.



dan pada tingkat banding gugatan Ostermann dinyatakan tidak dapat diterima, akan tetapi pada tingkat Mahkamah Agung negeri Belanda (*Hoge Raad*) gugatan itu dikabulkan atas dasar pertimbangan bahwa kalau perbuatan itu melanggar suatu perundang-undangan, dapat dianggap melakukan perbuatan melawan hukum, dengan tidak memperdulikan apakah peraturan yang dilanggar itu berada di lapangan hukum publik atau hukum perdata, seperti juga pelanggaran terhadap hukum pidana juga dikatakan melakukan perbuatan melawan hukum menurut Pasal 1365 BW. Dari Putusan Hoge Raad itulah, pada tahun 1924 terbentuk yurisprudensi yang berkaitan dengan *onrechtmatige overheidsdaad* atau dikenal dengan *Ostermann-arrest*²¹⁶.

Pada mulanya Hoge Raad berpendapat bahwa kriteria melawan hukum yang bertentangan dengan kesusilaan yang baik, kepatutan dan kehati-hatian (*zorgvuldigheid*) yang harus diperhatikan dalam pergaulan hidup bersama masyarakat sebagaimana kriteria perbuatan melawan hukum tersebut dalam Standard Arrest Cohen versus Lindenbaum tidak dapat digunakan untuk menilai perbuatan melanggar hukum oleh penguasa, namun demikian dalam perkembangannya hal tersebut dirasa tidak adil oleh masyarakat sehingga berbagai pandangan dari kalangan sarjana berpendapat bahwa norma-norma kepatutan dapat diterapkan atas perbuatan penguasa. Maka setelah itu lahirlah beberapa yurisprudensi yang

²¹⁶ *Ibid.*



menunjukkan pendirian Hoge Raad bahwa norma kepatutan (*betamelijkheid*) juga berlaku bagi perbuatan penguasa²¹⁷.

Melalui *Ontvanger Arrest* tanggal 20 Desember 1940, Hoge Raad menyatakan bahwa penjualan sapi-sapi yang dilakukan oleh pegawai yang berwenang merupakan perbuatan melawan hukum sebab pegawai tersebut menjual sapi-sapi dengan harga yang sangat murah dan karenanya tidak menjaga atau memperhatikan kepentingan pemiliknya²¹⁸.

Putusan Hoge Raad mengenai *Onrechtmatige Overheids Daad* terdapat pula dalam pertimbangan *Wegdek Arrest* 9 Januari 1942 berawal dari peristiwa Seorang pengendara sepeda motor mengalami kecelakaan yang disebabkan karena adanya lubang galian yang terdapat pada jalan raya yang berada dibawah pengawasan kotapraja Friese, tetapi lubang itu tidak diberi tanda yang jelas sehingga menyebabkan terjadinya kecelakaan tersebut. Maka kemudian kotapraja dituntut untuk mengganti kerugian. Hoge Raad memutuskan bahwa kotapraja memiliki kewajiban untuk menjaga dan memelihara keadaan jalan raya tersebut sehingga keamanan transportasi orang dan barang yang dilakukan dengan hati-hati melalui jalan raya tersebut terjamin dan sekiranya kotapraja kurang memperhatikan kewajibannya sehingga menimbulkan kerugian bagi pemakai jalan, maka ia dianggap melakukan perbuatan melawan hukum. Hoge Raad juga memutuskan bahwa

²¹⁷ Maximus Watung, *artikel tesis, Loc cit.*, hlm. 51.

²¹⁸ *Ibid.*



sikap hati-hati yang patut dalam lalu lintas masyarakat terhadap diri dan barang lain lain, seperti yang dirumuskan dalam Arrest 1919 (Lindenbaum v.s Cohen) tidak hanya khusus berlaku bagi pergaulan individu²¹⁹. Suatu perbuatan/tindakan dianggap sebagai perbuatan penguasa, jika menurut sifatnya hanya dapat dilakukan oleh penguasa²²⁰.

Demikian beberapa kasus yang berkenaan dengan perbuatan melawan hukum oleh penguasa melalui putusan Hoge Raad dihimpun oleh Ridwan H.R. dalam bukunya yang berjudul "Hukum Administrasi Negara" sebagai berikut²²¹.

- a. Perkara "*Vrouw Elske*" tentang Pemerintah Kotamadya yang telah melanggar kewajiban hukum yakni membiarkan tonggak dibawah permukaan air di jalan lalu lintas air hingga perahu penggugat yang menabraknya menjadi bocor. Dalam putusan Hoge Raad (HR) 29 Mei 1986 disebutkan; " Dalam hal adanya kelalaian untuk menjalankan kewajiban berdasarkan hukum publik, penguasa tidak dapat dimintakan pertanggungjawabnya atas ketentuan Pasal 1401 BW (1365 KUH Perdata)". Dalam hal ini HR berpendirian; "apabila yang dilanggar oleh penguasa adalah kewajiban hukum di bidang publik, maka tidak dapat dikatakan bahwa penguasa telah melakukan

²¹⁹ Salam, S. (2018). Perkembangan Doktrin Perbuatan Melawan Hukum Penguasa. *Jurnal Nurani Hukum*, 1(1).

²²⁰ Maximus Watung, *artikel tesis*, menukil dari tulisan Komarian Emong Sapardjaja, hlm.51.

²²¹ Ridwan H.R., *Loc cit.*, hlm. 324-326.



perbuatan melanggar hukum”. Lebih lanjut disebutkan; “Dalam perkara tersebut tidak ada kelalaian Kotamadya dalam melakukan suatu keajiban dalam bidang hukum perdata, sehingga orang tidak dapat melakukan tuntutan ganti rugi atas kelalaian yang dilakukan pihak Pemerintah Kotamadya tersebut”. Juga disebutkan bahwa “penguasa hanya dimintakan pertanggungjawaban atas perbuatan yang dilakukannya apabila ia bertindak dalam kedudukan yang sama dengan orang biasa”.

- b. Perkara “*Rheden Koe*”, yakni Walikota Rheden yang memerintahkan menembak mati seekor sapi yang lepas dari kandangnya dan mengamuk di jalan raya, digugat oleh pemiliknya seorang petani. Dalam putusan 21 april 1898 HR berpendirian bahwa; “Sifat melanggar hukum perbuatan penguasa hanya dapat dinilai menurut hukum publik dan tidak dapat dinilai dengan hukum perdata. Dengan demikian, tidak dapat dikatakan bahwa penguasa telah melanggar hak subjektif orang lain apabila perbuatan penguasa itu dilakukan dalam menjalankan kewajibannya menurut hukum publik”.
- c. Perkara “*Baron von der Borch*”, yaitu Kotamadya digugat Baron von der Borch von Verwolde atas perbuatannya membuat saluran air tepat diatas balok penyangga/ fondasi rumahnya. Dalam putusan 9 Mei 1902 HR mempertimbangkan bahwa; “sebagai penguasa, negara serta organ-organ perlengkapannya dapat juga melakukan perbuatan



melanggar hukum dan dapat dimintakan pertanggungjawabannya menurut hukum atas perbuatannya tersebut". Dalam hal ini diterima pendirian bahwa perbuatan penguasa yang melanggar hak subjektif orang lain, juga dianggap sebagai perbuatan melanggar hukum.

- d. Putusan HR, 31 Januari 1919 dalam perkara *Lindembaum-Cohen*, disebutkan bahwa perbuatan melanggar kaidah Susila, kepatutan, ketelitian atau kehati-hatian terhadap sesama orang dalam pergaulan masyarakat atau terhadap orang lain, termasuk sebagai perbuatan melawan hukum menurut Pasal 1365 KUH Perdata.
- e. Perkara *Ostermann*, yaitu petugas Bea Cukai tidak mau menandatangani surat-surat dokumen ekspor, sehingga Ostermann menderita kerugian karena barang-barangnya tidak dapat diekspor. Dalam putusan HR 20 November 1924 muncul pertimbangan sebagai berikut; *pertama*, pengertian perbuatan melanggar hukum termasuk didalamnya adalah perbuatan yang merupakan pelanggaran kewajiban hukum si pelaku, juga apabila hukum (tertulis) tersebut adalah bersifat hukum publik; *kedua*, kewajiban membayar ganti rugi hanyalah timbul sebagai akibat dari adanya pelanggaran kewajiban hukum tersebut, tidak peduli apakah pelanggaran itu atas ketentuan hukum perdata ataupun hukum publik.
- f. Kriteria perbuatan melanggar hukum dalam perkara *Lindembaum-Cohen* tersebut hanya berlaku bagi orang biasa, sementara untuk



perbuatan penguasa tidak dapat diberlakukan, sebagaimana tampak pada *stroompot arrest* 1928 yang disebutkan bahwa; “Norma-norma hukum tidak tertulis (kaidah Susila, kepatutan, ketelitian) tidak dapat diperlakukan terhadap perbuatan penguasa karena larangan untuk melanggar norma-norma kepatutan dalam masyarakat itu hanya berlaku dalam pergaulan antar sesama warga masyarakat”.

- g. Dalam *Meerboei arrest*, HR 5 Mei 1937, disebutkan; “Kotamadya digugat karena menempatkan pelampung di perairan yang terbuka untuk umum, yang tidak hanya melanggar hak subjektif orang lain, tetapi juga melanggar asas kepatutan”.
- h. Dalam *Ontvager arreets*, HR 20 Desember 1940, disebutkan; “Penguasa digugat karena telah menjual sapi sitaan di bawah harga, yang dianggap melanggar asas kepatutan”.
- i. Dalam *Ferwerderadeel arrest*, HR 9 Januari 1942, disebutkan bahwa; “ Kotamadya digugat karena dalam memperbaiki jalan tidak menjaga keselamatan pemakai jalan, dan dianggap telah melanggar asas kepatutan, ketelitian, serta sikap hati-hati”.
- j. Pada *Zandvoorst Woonruimte arrest*, HR 14 Januari 1949 disebutkan; “Instansi pemerintah dalam mengosongkan rumah dianggap telah menyalahgunakan kewenangannya, yakni melanggar larangan *detournement de pouvoir*”.



- k. Pada *Doetinchemse Woonruimte arrest*, HR 25 pebruari 1949, disebutkan; “Walikota digugat karena dalam melaksanakan pengosongan rumah, telah melanggar larangan perbuatan sewenang-wenang atau willekeur”.

Di Indonesia persoalan tentang *onrechtmatige overheidsdaad* ini mengalami perkembangan dalam yurisprudensi, dan juga berlaku terhadap seseorang, badan hukum, maupun pemerintah, dibidang publik maupun privat, serta berdasarkan hukum tertulis ataupun hukum tidak tertulis. Putusan MA 29-11-1976 No.729 M/SIP/1975 yang menyebutkan bahwa; “kewajiban untuk mengganti kerugian karena perbuatan yang melanggar hukum, juga berlaku terhadap badan-badan pemerintah”. Disamping itu, peristiwa yang terjadi di Medan dapat pula dijadikan catatan tambahan; “seorang pengendara motor mengalami kecelakaan sewaktu kendaraannya terperosok ke dalam lubang riol di jalan umum yang tutupnya telah hilang, sedangkan Ketika itu keadaan digenangi banjir, sehingga pengendara itu tidak mengetahui adanya lubang yang menganga dijalan itu, sehingga motornya rusak dan kakinya patah. Orang tersebut mengugat Walikota Medan di hadapan pengadilan negeri karena *onrechtmatige overheidsdaad* (OOD) dan ia dimenangkan oleh pengadilan²²².

Prajudi Atmosudirjo mengemukakan bahwa yang perlu mendapat perhatian di dalam rangka melindungi kepentingan para warga masyarakat

²²² *Ibid.*



adalah hal penggantian kerugian atas kerusakan atau kerugian yang telah ditimbulkan oleh perbuatan hukum administrasi/pemerintah²²³.

Ganti rugi harus dibayar, baik karena kerugian yang ditimbulkan oleh :

(a) tindak hukum administrasi yang melawan hukum (*onrechtmatige overheidsdaad*), maupun oleh (b) perbuatan hukum administrasi yang sah, artinya tidak melawan hukum. Ganti rugi atas perbuatan yang melawan hukum dilakukan oleh putusan hakim administrasi perdata yang final, sedangkan ganti rugi dalam tindak hukum administrasi yang sama sekali tidak melawan hukum umumnya diatur melalui prosedur perundingan (negosiasi) mengenai besarnya jumlah ganti rugi serta tata cara penyelesaiannya²²⁴.

Hukum harus memberikan perlindungan hukum bagi warga negara. F.H. van Der Burg dan kawan-kawan mengatakan bahwa, kemungkinan untuk memberikan perlindungan hukum adalah penting ketika pemerintah bermaksud untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu terhadap sesuatu, yang oleh karena tindakan atau kelalaiannya itu melanggar {hak} orang-orang atau kelompok tertentu (*“ De molijkheden van rechtsbescherming zijn van belang wanner de overheid iets heft gedaan of*

²²³ Prajudi Atmosudirjo, *Loc cit.*, hlm.166

²²⁴ *Ibid.*



nagelaten of voornemens is bepaalde handelingen te verrichten en bepaalde personen of groepen zich daardoor gegriefd achten”²²⁵.

Darwijanto Soetrisno dalam tulisannya yang berjudul *Onrechtmatige Overheidsdaad* mengemukakan bahwa setiap tindakan pemerintah yang bersifat melawan hukum menimbulkan kerugian pada hak perseorangan disebut sebagai *Onrechtmatige Overheidsdaad*²²⁶.

Selain itu, Agus Budi Susilo²²⁷, yang menulis tentang *Reformulasi Perbuatan Melanggar Hukum Oleh Badan Atau Pejabat Pemerintahan Dalam Konteks Kompetensi Absolut Peradilan Tata Usaha Negara*, merumuskan bahwa suatu “perbuatan melanggar hukum oleh badan atau pejabat pemerintahan (*Onrechtmatige Overheids Daad*) adalah pelanggaran hukum terhadap semua keputusan dan atau tindakan faktual administrasi pemerintahan yang dilakukan oleh badan atau pejabat pemerintahan yang diberikan wewenang menyelenggarakan urusan pemerintahan, dengan karakteristik sengketa hukum publik dan tolok ukur keabsahan suatu keputusan dan atau tindakan faktual tersebut adalah dari aspek legalitas peraturan perundang-undangan maupun asas umum pemerintahan yang baik”.

²²⁵ Ridwan H.R., hlm. 267

²²⁶ Soetrisno, D. (1973). *Onrechtmatige Overheidsdaad* (Doctoral dissertation, UNIVERSITAS AIRLANGGA). hlm.14.

²²⁷ Susilo, A. B. (2013). Reformulasi Perbuatan Melanggar Hukum Oleh Badan Atau Pejabat Pemerintahan Dalam Konteks Kompetensi Absolut Peradilan Tata Usaha Negara. *Jurnal Hukum dan Peradilan*, 2(2), 291-308.



S.F. Marbun²²⁸ menyebutkan bahwa perbuatan melawan hukum oleh penguasa diterapkan bilamana; (1) melanggar hak orang lain; (2) bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau; (3) bertentangan dengan kesusilaan yang baik, atau; (4) bertentangan dengan kepatutan yang terdapat dalam masyarakat terhadap diri atau barang orang lain. pemaknaan yang muncul dari putusan tersebut merupakan terobosan penting setelah beberapa putusan sebelumnya cenderung masih mempersempit makna “hukum” sama seperti makna “undang-undang”.

Menurut Soetojo, meskipun penguasa melakukan perbuatan tersebut dalam ranah publik, tetapi akibatnya telah menimbulkan kerugian atau melanggar hak milik pribadi person, maka penguasa dapat digugat karena telah melakukan perbuatan *onrechtmatig*²²⁹.

Muchsan²³⁰ mengatakan bahwa perbuatan melawan hukum oleh pemerintah yang berbentuk melanggar hak subjektif orang lain tidak hanya terbatas pada perbuatan yang bersifat *privaatrechtelijk* saja, tetapi juga perbuatan yang bersifat *publiekrechtelijk*. Penguasa dapat dianggap melakukan perbuatan melawan hukum karena melanggar hak subjektif orang lain, apabila; (1) penguasa melakukan perbuatan yang bersumber pada hubungan hukum perdata serta melanggar ketentuan dalam hukum tersebut;

²²⁸ Fauzani, M. A., & Rohman, F. N. (2020), hlm.34.

²²⁹ Salam, S. (2018), hlm.41.

²³⁰ Ridwan H.R., hlm. 268.



(2) penguasa melakukan perbuatan yang bersumber pada hukum publik serta melanggar ketentuan kaidah hukum tersebut.

Dalam konteks perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM), Perbuatan Melawan Hukum baik yang dilakukan oleh seseorang, kelompok orang termasuk aparat negara merupakan pelanggaran HAM, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 6 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, sebagai berikut²³¹.

“ pelanggaran hak asasi manusia adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku”.

Menurut Aswanto²³², pelanggaran HAM dapat dikategorikan dalam tiga bentuk yakni; (1) Pelanggaran karena tindakan (*violence by Action*), pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi karena perbuatan atau tindakan seorang atau kelompok orang baik disengaja maupun tidak; (2) Pelanggaran karena pembiaran (*violence by Omission*), pelanggaran hak asasi manusia terjadi karena seseorang/kelompok orang membiarkan terjadinya pelanggaran atau kejahatan hak asasi manusia atau tindak pidana kejahatan/pelanggaran hukum; (3) pelanggaran hak asasi manusia dari segi

²³¹ Lihat Pasal 1 angka 6 Undang-Undang nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

²³² Aswanto, 2012, *Hukum dan Kekuasaan, Relasi Hukum, Politik, dan Pemilu*, Rangkang Education, Yogyakarta, hlm.142.



substansi peraturan perundang-undangan (*legislative violence*), jenis pelanggaran hak asasi manusia yang mengacu pada substansi undang-undang yang belum memuat asas-asas, aturan-aturan yang berwawasan hak asasi manusia.

Menurut Muladi²³³, pada hakikatnya pelanggaran HAM mempunyai nuansa khusus, yaitu adanya penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*), artinya para pelaku bertindak dalam konteks pemerintahan dan difasilitasi oleh kekuasaan pemerintah (*committed within a governmental context and facilitated by government power*). Perbuatan tersebut dilakukan dalam atau berkaitan dengan kedudukannya (*within or is association with governmental status*).

Masalah pelanggaran HAM (*violations of human rights*) selalu berkaitan dengan kewajiban negara atau pihak-pihak yang secara hukum berkewajiban untuk melindungi (*safeguarding*) dan menghormati (*respecting*) norma-norma HAM internasional²³⁴.

F. Konsep Tanggung Jawab Pemerintah

Terdapat dua istilah yang menunjuk pada pertanggung jawaban dalam kamus hukum, yaitu *liability* dan *responsibility*. *Liability* merupakan istilah hukum yang luas yang menunjuk hampir semua karakter risiko atau tanggung jawab, yang pasti, yang bergantung atau yang mungkin meliputi semua

²³³ Andrey Sujatmoko, 2015, *Hukum Ham dan Hukum Humaniter*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm.32.

²³⁴ *Ibid.*



karakter hak dan kewajiban secara aktual atau potensial seperti kerugian, ancaman, kejahatan, biaya atau kondisi yang menciptakan tugas untuk melaksanakan undang-undang. *Responsibility* berarti hal yang dapat dipertanggung jawabkan atas suatu kewajiban, dan termasuk putusan, keterampilan, kemampuan dan kecakapan meliputi juga kewajiban bertanggung jawab atas undang-undang yang dilaksanakan. Dalam pengertian dan penggunaan praktis, istilah *liability* menunjuk pada pertanggung jawaban hukum, yaitu tanggung gugat akibat kesalahan yang dilakukan oleh subyek hukum, sedangkan istilah *responsibility* menunjuk pada pertanggung jawaban politik²³⁵.

Menurut Logemann dalam suatu Negara terdapat jabatan pemerintahan, yaitu lingkungan pekerjaan tetap yang dilekati dengan wewenang guna menyelenggarakan urusan pemerintahan, antara lain meliputi semua tugas-tugas kenegaraan kecuali lingkungan pembuatan undang-undang dan peradilan, "*elke werkzaamheid van de overhead, welke niet als wetgeving of als rechtspraak is aan te merken*". Setiap jabatan melekat padanya tugas dan wewenang untuk dijalankan oleh seseorang

²³⁵ (Koswara, A. (2021). TANGGUNG JAWAB PEMERINTAH DALAM PEMBERIAN DAN PENGAJUAN KOMPENSASI DAN RESTITUSI TERHADAP KORBAN PELANGGARAN HAM BERAT BERDASARKAN PERATURAN PEMERINTAH NOMOR 3 TAHUN 2002 DAN PP NOMOR 44 TAHUN 2008. *Doctrinal*, 6(1), 1-10. Hlm 7-8)



(*natuurlijke persoon*), yang tentunya bertindak selaku pemangku jabatan atau disebut pejabat yang melakukan perbuatan untuk dan atas nama jabatan²³⁶.

Tanggung jawab sudah melekat bersama dengan wewenang yang ada pada jabatan, olehnya itu pada prinsipnya tiada kewenangan tanpa pertanggung jawaban (*“deen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid”*). Wewenang yang melekat pada jabatan, dilaksanakan dan dijalankan oleh pejabat sebagai pemangku jabatan, termasuk dalam memikul tanggung jawab hukum bilamana terjadi suatu penyimpangan, maka hal tersebut pun meski ditinjau secara kasuistik untuk memperjelas suatu persoalan yang timbul karena tindakan seseorang yang berkedudukan sebagai pemangku jabatan, apakah tanggung jawab tersebut merupakan tanggung jawab jabatan ataukah tanggung jawab pribadi yang dapat dimintai pertanggungjawabannya secara tanggung gugat²³⁷. Secara konseptual suatu wewenang pun membebankan kewajiban bagi pejabat administrasi negara untuk berbuat atau melakukan sesuatu sesuai dengan kewenangan yang terpatri pada jabatan itu, dan sekaligus menyertakan tanggung jawab bagi seluruh aspek kewajiban tersebut²³⁸. Menurut J.J. Van Der Gouw dalam bukunya yang berjudul *Government Liability in Netherlands* mengatakan bahwa baik negara,

²³⁶ Mustamu, J. (2011). Diskresi dan tanggungjawab administrasi pemerintahan. *Sasi*, 17(2), 1-9., diakses pada hari jumat tanggal 20 agustus tahun 2021, Hlm.6

²³⁷ *Ibid*

²³⁸ Sufriadi, S. (2017). Tanggung Jawab Jabatan dan Tanggung Jawab Pribadi dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia. *Jurnal Yuridis*, 1(1), 57-72. Diakses pada hari jumat tanggal 20 agustus tahun 2021, hlm. 63



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*)²³⁹.

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 (*onrechmatige overheidsdaad* atau *unlawful acts of the government*) sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1365 KUHPerdata. Penyelesaian tindakan keperdataan ini dapat dilakukan melalui jalur pengadilan atau di luar pengadilan yakni melalui mekanisme ADR (mediasi dan arbitrase) Jalur prosedur gugatan perdata berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdata 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

²³⁹ PRAKOSO, R. T. A. (2019). *TANGGUNG JAWAB NEGARA TERHADAP HAK ATAS KESEHATAN BAGI MASYARAKAT YANG TERKENA DAMPAK LUMPUR LAPINDO* (Doctoral dissertation, Universitas Airlangga). Hlm 175



menderita kerugian; (d) kerugian tersebut sebagai akibat perbuatan pemerintah²⁴⁰. Sedangkan *govern mental liability* (pertanggungjawaban pemerintahan) dalam lingkup hukum administrasi didasarkan pada perbuatan melanggar hukum oleh penguasa (*onrechmatige overheidsdaad*) atau (*unlawful acts of the government*) yang disebabkan karena tindakan/perbuatan pemerintahan tersebut yang berbentuk Keputusan Tata Usaha Negara dibuat dengan melanggar/bertentangan dengan: a) peraturan perundang-undangan yang berlaku, b) bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagaimana diatur dalam UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme²⁴¹.

Tanggung jawab pemerintahan ini diukur dari tingkat keabsahan perbuatan pemerintahan (*bestuurhandeling*), baik dari keabsahan hukum (*rechtmatigheids*), keabsahan undang-undang (*wetmatigheids*), maupun dari segi keabsahan tujuan atau maksud (*doelmatigheids*) dan bagaimana pula pertanggungjawaban hukumnya²⁴².

Baik Jabatan maupun Pejabat tunduk pada norma pemerintahan (*bestuursnorm*) dan norma perilaku aparat (*gedragsnorm*). Keharusan untuk memperhatikan dan mematuhi norma pemerintahan dan norma perilaku ini terutama karena prinsip negara hukum yang menghendaki agar penggunaan

²⁴⁰ *Ibid.* hlm 176

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid* hlm 178



wewenang itu berjalan sesuai dengan hukum dan tidak melanggar hak-hak warga negara. Dengan demikian, seorang pejabat pemerintah tidak dapat mengelak dari tanggungjawab dan tanggung gugat dengan berlindung di balik alasan bahwa yang dilakukannya itu atas dasar diskresi, jika ternyata diskresi yang digunakan itu tidak sah atau menyimpang dan merugikan pihak lain²⁴³. Menurut Willy D.S. Voll, pada kebijakan selalu terkait dengan pertanggung jawaban, yaitu pertanggung jawaban moral atau pertanggungjawaban hukum atau kedua-duanya. Yang ideal ialah bahwa kebijakan itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral maupun secara hukum²⁴⁴.

Mengenai persoalan pertanggung jawaban pejabat menurut Kranenburg dan Vegtig ada dua teori yang melandasinya yaitu: 1. *Teori fautes personnelles*, yaitu teori yang menyatakan bahwa kerugian terhadap pihak ketiga dibebankan kepada pejabat yang karena tindakannya itu telah menimbulkan kerugian. Dalam teori ini beban tanggung jawab ditujukan pada manusia selaku pribadi. 2. *Teori fautes de services*, yaitu teori yang menyatakan bahwa kerugian terhadap pihak ketiga dibebankan pada instansi

²⁴³ Fuad, A. B. (2020). Pertanggung Jawaban Pribadi dan Jabatan dalam Hukum Administrasi Negara. *Supremasi Hukum*, 9(2).diakses pada hari sabtu tanggal 21 agustus tahun 2021,hlm 52-53

²⁴⁴ Willy D.S. Voll, 2016, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum Administrasi Negara*, Sinar Grafika, Jakarta Timur, Hlm.135



dari pejabat yang bersangkutan. Menurut teori ini tanggung jawab dibebankan kepada jabatan²⁴⁵.

Sesorang sebagai fungsionaris jabatan memikul tanggung jawab hukum ketika terjadi penyimpangan yakni dapat berupa tanggung jawab jabatan dan dapat pula menjadi tanggung jawab pribadi. *pertama* Tanggungjawab Jabatan berdasarkan pada ketentuan hukum, pejabat hanya menjalankan fungsi dan wewenang, sebab pejabat atau orang yang memegang jabatan asalnya tidak mempunyai wewenang, karena yang mempunyai wewenang adalah jabatan. Logemann mengemukakan bahwa jabatanlah yang dibebani dengan kewajiban dan diberi wewenang untuk melakukan perbuatan hukum. Hak dan Kewajiban berjalan terus, tidak peduli dengan pergantian pejabat karena kewenangan itu melekat pada jabatan, sementara tanggungjawab dalam bidang publik itu terkait dengan kewenangan, maka beban tanggungjawab itu pada dasarnya juga melekat pada jabatan. Tanggungjawab jabatan ini berkenan dengan keabsahan tindakan hukum pemerintahan yang dilakukan oleh pejabat untuk dan atas nama jabatan (*amtshalve*). Menurut F.R. Bothlingk, baik wakil maupun yang diwakili adalah pelaku, namun tidak berarti bahwa keduanya mempunyai tanggung jawab. Berkenan dengan perbuatan hukum, jawabannya jelas. Perbuatan hukum adalah pernyataan kehendak dan tanggung jawab secara khusus

²⁴⁵ Andri Koswara, Hlm. 8)



tertuju kepada pihak yang kehendaknya dinyatakan, yakni pihak yang diwakili. Wakil tidak menyatakan kehendaknya sendiri, karena itu meletakkan tanggung jawab kepadanya tidak pada tempatnya Meskipun kewenangan itu melekat pada jabatan yang membawa konsekwensi melekatnya tanggung jawab pada jabatan yang bersangkutan, namun dapat saja dalam pelaksanaan kewenangan itu tanggung jawabnya dibebankan kepada pribadi (*in person*) pejabat²⁴⁶. Kedua Tanggung jawab pribadi merupakan hal yang berkaitan dengan masalah maladministrasi dalam penggunaan wewenang dan pelayanan publik. Seorang pejabat yang menjalankan kewenangan jabatan akan dibebani tanggung jawab secara pribadi apabila pejabat yang bersangkutan melakukan tindakan maladministrasi. F.R.Bothlingk mengemukakan bahwa seorang pejabat atau wakil jabatan itu bertanggung jawab sepenuhnya, pada saat pejabat tersebut menyalahgunakan situasi dengan melakukan tindakan amoralnya sendiri terhadap kepentingan pihak ketiga. Seseorang bertanggung jawab secara pribadi terhadap pihak ketiga bilamana ia telah bertindak secara moril sangat tercela atau dengan itikad buruk atau dengan sangat ceroboh, yakni melakukan tindakan maladministrasi. Maladministrasi berasal dari bahasa Latin yakni *malum* yang berarti jahat, buruk, jelek dan *administrare* yang mengandung arti mengurus, atau melayani, olehnya itu Maladministrasi diartikan sebagai pelayanan atau pengurusan yang buruk. Berdasarkan pasal 1 angka (3) UU No. 37 Tahun

²⁴⁶ Julista Mustamu, Hlm 6-7



2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia, yang dimaksud Maladministrasi adalah “ Perilaku atau perbuatan melawan hukum, melampaui wewenang, menggunakan wewenang untuk tujuan lain dari yang menjadi tujuan wewenang tersebut, termasuk kelalaian atau pengabaian kewajiban hukum dalam penyelenggaraan pelayanan publik yang dilakukan oleh penyelenggara Negara dan pemerintahan yang menimbulkan kerugian materiil dan/atau immaterial bagi masyarakat dan orang perseorangan”. Dalam panduan investigasi untuk Ombudsman Republik, disebutkan dua puluh macam maladministrasi, yakni penundaan atas pelayanan (berlarut-larut), tidak menangani, melalaikan kewajiban, persekongkolan, kolusi dan nepotisme, bertindak tidak adil, nyatanya berpihak, pemalsuan, pelanggaran undang-undang, perbuatan melawan hukum, diluar kompetensi, tidak kompeten, intervensi, penyimpangan prosedur, bertindak sewenangwenang, penyalahgunaan wewenang, bertindak tidak layak/tidak patut, permintaan imbalan uang/korupsi, penguasaan tanpa hak, dan penggelapan barang bukti. Secara ringkas dapat dikatakan bahwa setiap penyelenggaraan urusan pemerintahan yang didalamnya ada unsur maladministrasi dan merugikan warga Negara, tanggung jawab dan tanggung gugatnya dibebankan kepada pribadi orang yang melakukan tindakan maladministrasi tersebut. UU No 5 Tahun 1986 tentang PTUN dan peraturan pelaksanaannya menganut teori tanggung jawab jabatan, namun dalam perkembangannya, khususnya setelah perubahan UU PTUN No 9 Tahun



2004 tentang Perubahan atas UU No 5 Tahun 1986, dianut pula tanggung jawab pribadi yakni berdasarkan Pasal 116 ayat (4) UU No 9 Tahun 2004 disebutkan bahwa, “Dalam hal tergugat tidak bersedia melaksanakan putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, terhadap pejabat yang bersangkutan dikenakan upaya paksa berupa pembayaran sejumlah uang paksa dan/atau sanksi administratif”, dan dalam ayat (5) disebutkan bahwa “Pejabat yang tidak melaksanakan putusan Pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (4) diumumkan pada media massa cetak setempat oleh Panitera sejak tidak terpenuhinya ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (3)”. Dalam penjelasannya tidak disebutkan apakah ketentuan Pasal 116 ayat (4) dan (5) ini merupakan tanggung jawab jabatan atau pribadi, namun jika dicermati dari latar belakang dan semangat perubahan undang-undang ini tampak bahwa ketentuan pasal ini dimaksudkan sebagai tanggung jawab pribadi. Dengan demikian, UU PTUN saat ini menganut tanggung jawab jabatan dan tanggung jawab pribadi. Adapun kapan tanggung jawab jabatan dan tanggung jawab pribadi itu diterapkan, tergantung pada dalam hal apa dan bagaimana perbuatan atau tindakan pemerintahan itu dilakukan²⁴⁷.

Pertanggungjawaban perbuatan pemerintah muncul akibat adanya dua hal, yaitu adanya kewenangan dan adanya hak dan kewajiban. Oleh karena itu, pertanggungjawaban pemerintah merupakan kewajiban penataan

²⁴⁷ Sufriadi, Hlm 69-70



nukum dari negara atau pemerintah atau pejabat lain yang menjalankan fungsi pemerintahan sebagai akibat adanya suatu keberatan, gugatan, *judicial review*, yang diajukan oleh seseorang, masyarakat, atau badan hukum perdata. Bentuknya berupa; 1) Pembayaran sejumlah uang, semisal ganti rugi; 2) Menerbitkan atau membatalkan/mencabut suatu keputusan atau peraturan; 3) Tindakan-tindakan lain yang merupakan pemenuhan kewajibannya, semisal melakukan pengawasan yang lebih efektif dan efisien, atau mencegah adanya bahaya bagi manusia maupun lingkungan. Sedangkan mekanismenya ketika terjadi perbuatan hukum yang menyimpang dan menimbulkan kerugian bagi pihak lain atau terlanggarnya hak-hak subyek hukum lain, maka perlu diselesaikan melalui lembaga peradilan, atau mekanisme lainnya²⁴⁸.

G. Konsep Penyelesaian Sengketa

Istilah sengketa berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu *conflict* dan *dispute* yang berarti perselisihan atau percekcoakan atau pertentangan. Perselisihan atau percekcoakan tentang sesuatu terjadi antara dua orang atau lebih. Sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan istilah geding atau proces. Menurut Richard Lempert sengketa (*dispute*) adalah kontroversi yang

²⁴⁸ Malaka, Z., & Adjie, H. Tanggung Jawab Kantor Pertanahan terhadap Terbitnya Sertifikat Ganda (Studi Kasus Putusan Kasasi MA No. 162 K/TUN/2012). *Jurnal Pemikiran Dan Pembaharuan Hukum Islam, Al-Qanun*, 20(2)., hlm 261-262



melibatkan dua (atau lebih) pihak, yang masing-masing menyatakan klaim tertentu atau klaim normatif atas kewenangan²⁴⁹.

Dalam kehidupan masyarakat manapun terdapat berbagai bentuk kepentingan. Kepentingan tersebut ada yang selaras satu sama lain, tetapi ada juga yang saling bertentangan satu dengan yang lain. Apabila terdapat dua atau lebih kepentingan yang saling bertentangan, maka terjadilah bentrok kepentingan. Inilah yang dalam istilah yuridis dinamakan sengketa²⁵⁰

Dalam Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, memberikan pengertian sengketa dengan ketentuan sebagai berikut²⁵¹:

Sengketa atau beda pendapat perdata dapat diselesaikan oleh para pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa yang didasarkan pada itikat baik dengan mengesampingkan penyelesaian secara litigasi di Pengadilan Negeri.

Achmad Ali dalam bukunya yang berjudul “*Sosiologi Hukum Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*” menjelaskan dua macam cara penyelesaian sengketa, pertama penyelesaian sengketa secara litigasi merupakan suatu bentuk penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh pranata pengadilan, dan yang kedua adalah cara penyelesaian sengketa secara non-litigasi antara

²⁴⁹ Jefry Tarantang, 2018, *Advokat Mulia/ Paradigma Hukum Profetik Dalam Penyelesaian Sengketa Hukum Keluarga Islam*, K-Media, Yogyakarta, hlm.20

²⁵⁰ Rosita, R. (2017). Alternatif Dalam Penyelesaian Sengketa (Litigasi dan Non Litigasi). *Al-Bayyinah*, 1(2), 99-113, hlm.99-100

²⁵¹ Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa



lain meliputi: mediasi, arbitrase dan konsoliasi²⁵². Berikut gambaran mengenai bentuk dan cara penyelesaian sengketa, baik secara non-litigasi maupun penyelesaian sengketa secara litigasi.

1. Penyelesaian Sengketa Secara Non-Litigasi

Penyelesaian sengketa di luar pengadilan ini disebut dengan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) atau *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. Menurut Frans Hendra Winata, alternatif penyelesaian sengketa berkembang karena dilatarbelakangi hal-hal sebagai berikut: a. Mengurangi kemacetan di pengadilan. Banyaknya kasus yang diajukan ke pengadilan menyebabkan proses pengadilan seringkali berkepanjangan, sehingga memakan biaya yang tinggi dan sering memberikan hasil yang kurang memuaskan. b. Meningkatkan ketertiban masyarakat dalam proses penyelesaian sengketa. c. Memperlancar serta memperluas akses ke pengadilan. d. Memberikan kesempatan bagi tercapainya penyelesaian sengketa yang menghasilkan keputusan yang dapat diterima oleh semua pihak dan memuaskan.²⁵³

Perdamaian merupakan bentuk umum dari alternatif penyelesaian sengketa, hal ini telah diatur dalam Pasal 1851 sampai dengan Pasal 1864 KUH Perdata mengenai perdamaian.

Perdamaian adalah suatu persetujuan antara dua pihak yang berselisih dengan mana kedua belah pihak, dengan menyerahkan, menjanjikan, atau menahan suatu barang, mengakhiri suatu perkara yang sedang bergantung ataupun

²⁵² Achmad Ali, Hlm.17

²⁵³ Jefry Tarantang, 20-21



mencegah timbulnya suatu perkara. Dalam ketentuan ini, para pihak diwajibkan untuk membuat secara tertulis perihal yang disetujui.

Menurut M. Yahya Harahap²⁵⁴, penyelesaian sengketa melalui perdamaian jauh lebih efektif dan efisien. Itu sebabnya pada masa belakangan ini, berkembang berbagai cara penyelesaian sengketa (*settlement method*) diluar pengadilan yang dikenal dengan *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, dalam berbagai bentuk seperti²⁵⁵:

- a. Mediasi (*mediation*) melalui sistem kompromi (*compromise*) diantara para pihak, sedang pihak ketiga yang bertindak sebagai mediator hanya sebagai penolong dan fasilitator.
- b. Konsiliasi (*consiliation*) melalui konsiliator (*konsiliator*) dalam hal pihak ketiga yang bertindak sebagai konsiliator berperan merumuskan perdamaian (konsiliasi), tetapi keputusan tetap ditangan para pihak.
- c. *Expert determination* yakni menunjuk seorang ahli memberi penyelesaian yang menentukan. Oleh karena itu, keputusan yang diambilnya mengikat kepada para pihak.
- d. *Mini Trial*, dimana para pihak sepakat menunjuk seorang advisor yang akan bertindak untuk memberi opini kepada kedua belah pihak, opini diberikan advisor setelah mendengar permasalahan sengketa dari kedua belah pihak, opini berisi kelemahan dan kelebihan masing-

²⁵⁴ M. Yahya Harahap, 2008, *Hukum Acara Perdata, Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, Jakarta, Hlm. 236.

²⁵⁵ *Ibid.*



masing pihak, serta memberi pendapat bagaimana cara penyelesaian yang harus ditempuh para pihak.

Menurut J.J. Sembiring, penyelesaian sengketa diluar pengadilan dapat ditempuh melalui upaya penyelesaian secara ; (1) negosiasi; (2) mediasi; (3) konsiliasi; dan (4) arbitrase²⁵⁶. Adapun penjelasan masing-masing cara penyelesaian sengketa dapat diuraikan sebagai berikut.

(1) Negosiasi

Menurut Gary Goodpaster negosiasi merupakan proses upaya untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain, suatu proses interaksi dan komunikasi yang dinamis dan beraneka ragam, dapat lembut dan bernuansa, sebagaimana manusia itu sendiri²⁵⁷.

Selanjutnya Gary Goodpaster menjelaskan kapan berlangsungnya proses negosiasi. Orang bernegosiasi dalam situasi yang tak terhitung jumlahnya dimana mereka membutuhkan atau menginginkan sesuatu yang dapat diberikan ataupun ditahan oleh orang/pihak lain, bila mereka menginginkan untuk memperoleh kerja sama, bantuan, atau persetujuan orang lain, atau ingin menyelesaikan atau mengurangi persengketaan atau perselisihan. Situasi demikian ini meliputi upaya kerja sama yang sederhana penuh persahabatan dengan yang berjarak dekat, bahkan mungkin

²⁵⁶ Jimmy Joses Sembiring, 2011, *Cara Menyelesaikan Sengketa diluar Pengadilan*, Visimedia, jakarta, Hlm.2.

²⁵⁷ Achmad Ali, Hlm.21



merupakan transaksi bisnis yang saling menguntungkan, hingga persaingan yang bermusuhan, dan bahkan hal-hal yang sulit dalam perselisihan yang hebat dan kelihatannya tak mungkin dapat ditelusuri antara pihak-pihak yang sangat ekstrim bermusuhan. Negosiasi demikian ini dapat melibatkan dua orang saja, satu lawan satu, atau banyak pihak, dan aliansi dan koalisi yang bergerak. Negosiasi ini juga melibatkan permasalahan tunggal ataupun banyak, berlaku satu kali, berulang-ulang atau terus menerus²⁵⁸.

Negosiasi adalah salah satu strategi penyelesaian sengketa, di mana para pihak setuju untuk menyelesaikan persoalan mereka dengan proses musyawarah atau perundingan. Proses ini melibatkan pihak ketiga, karena para pihak atau wakilnya berinisiatif sendiri menyelesaikan sengketa mereka. Para pihak terlibat secara langsung dalam dialog dan prosesnya. Negosiasi adalah proses bekerja untuk mencapai suatu perjanjian dengan pihak lain, suatu proses interaksi dan komunikasi yang sama dinamis dan variasinya, serta halus dan bernuansa, sebagai mana keadaan atau yang dapat dicapai orang. Orang melakukan negosiasi dalam situasi yang tidak dapat terhitung di mana mereka perlu atau ingin sesuatu yang pihak lain dapat memberi atau menahannya, bila mereka ingin mencapai kerja sama dengan bantuan atau persetujuan dari pihak lain atau ingin menyelesaikan atau mengurangi sengketa dan konflik. Dari ketentuan Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase

²⁵⁸ Ibid



memberikan rumusan mengenai negosiasi pada prinsipnya adalah memberikan kepada pihak-pihak terkait suatu alternatif untuk menyelesaikan sendiri masalah yang timbul di antara mereka secara kesepakatan di mana hasil dari kesepakatan tersebut dituangkan dalam bentuk tertulis sebagai komitmen yang harus dilaksanakan kedua belah pihak²⁵⁹.

Munir Fuady membedakan penyelesaian sengketa melalui negosiasi atas dua jenis, yaitu²⁶⁰:

a. Negosiasi Kepentingan

Negosiasi kepentingan (*interest negotiation*) merupakan negosiasi yang sebelum bernegosiasi sama sekali para pihak tidak ada hak-hak apapun dari satu pihak kepada pihak lain. Mereka bernegosiasi karena masing-masing pihak ada kepentingan untuk melakukan negosiasi tersebut. misalnya, negosiasi terhadap harga, penyerahan, waktu pembayaran, terms dan kondisi kontrak jual beli antara calon pembeli dengan calon penjual dalam hal pembelian benda tertentu. Apabila negosiasi kepentingan para pihak yang bernegosiasi tidak berhasil menemukan suatu kata sepakat, maka secara umum dapat dikatakan bahwa tidak satu pihak pun dapat memaksakan kehendak untuk tetap melanjutkan negosiasi.

²⁵⁹ Jefry Tarantang, Hlm.135-136

²⁶⁰ Rosita, R. (2017). Alternatif Dalam Penyelesaian Sengketa (Litigasi dan Non Litigasi). *Al-Bayyinah*, 1(2), 99-113.,Hlm.103-104



b. Negosiasi Hak

Sebaliknya dalam negosiasi hak (*right negotiation*), sebelum para pihak bernegosiasi, di antara para pihak telah terlebih dahulu mempunyai hubungan hukum tertentu, sehingga antara para pihak telah menimbulkan hak-hak tertentu yang dijamin pemenuhannya oleh hukum. Kemudian para pihak bernegosiasi bagaimana agar hak-hak tersebut dapat dipenuhi oleh pihak lawan. Jadi berbeda dengan negosiasi kepentingan di mana negosiasi tersebut baru dimaksudkan untuk menciptakan hubungan hukum tertentu, sedangkan dalam negosiasi hak hubungan hukum justru telah ada sebelum negosiasi dilakukan.

Negosiasi merupakan bentuk penyelesaian yang paling simpel karena tidak perlu melibatkan orang lain atau pihak ketiga. Semua tahapan dalam negosiasi ditentukan berdasarkan pola komunikasi yang dimiliki sendiri, mulai dari proses pertemuan sampai kepada penentuan nilai-nilai penawaran dilakukan berdasarkan kehendak dan inisiatif pribadi. Namun walaupun demikian metode penyelesaian secara negosiasi juga memiliki kelemahan, yaitu jika para pihak tidak memiliki kemampuan komunikasi yang baik, maka nyaris metode ini tidak mungkin bisa berjalan dengan sempurna, bahkan jika



prosesnya dipaksakan justru akan menimbulkan konflik dan sengketa baru yang jauh lebih kompleks²⁶¹.

(2) Mediasi

Menurut Garry Goopaster, mediasi sebagai proses negoisasi pemecahan masalah dimana pihak luar yang tidak memihak (imparsial) bekerja sama dengan pihak-pihak yang bersengketa untuk membantu mereka memperoleh kesepakatan perjanjian yang memuaskan²⁶²

Dalam Pasal 1 ayat (1) PERMA No. 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, menyebutkan Mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan Para Pihak dengan dibantu oleh Mediator²⁶³. Pada prinsipnya upaya hakim untuk mendamaikan bersifat imperatif²⁶⁴. Bertitik tolak dari Pasal 130 ayat (1) jo. Pasal 131 ayat (1) HIR, hakim yang mengabaikan pemeriksaan tahap mendamaikan dan langsung memasuki tahap pemeriksaan tanya-jawab, dianggap melanggar tata tertib beracara, sehingga proses pemeriksaan dikualifikasi *undue process*, akibatnya pemeriksaan dianggap tidak sah dan pemeriksaan harus dinyatakan batal demi hukum²⁶⁵.Pengintegrasian mediasi

²⁶¹ Jefry Tarantang, 136-137

²⁶² <http://digilib.uinsby.ac.id/19758/46/Bab%202.pdf/>, diakses pada hari jumat tanggal 27 agustus tahun 2021.Hlm.21.

²⁶³ PERMA No. 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan

²⁶⁴ Yahya Harahap, Hlm.239

²⁶⁵ *Ibid.* Hlm.240



dalam sistem peradilan merupakan institusionalisasi atau melembagakan proses mediasi dalam badan peradilan²⁶⁶.

Menurut Lovenheim, mediasi mungkin juga menawarkan suatu kesepakatan yang lebih baik untuk mengubah perilaku lawan Anda terhadap Anda. Didalam suatu studi tentang persengketaan-persengketaan di Brooklyn yang meliputi gangguan terhadap orang, 62% dari orang yang membawa kasus mereka ke mediasi mengatakan bahwa perilaku tergugat membaik setelah mengikuti pemeriksaan, dibandingkan dengan hanya 40% dari orang yang membawa kasusnya ke pengadilan²⁶⁷.

Sengketa yang dikecualikan dari kewajiban mediasi, meliputi²⁶⁸:

- a. sengketa yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaiannya, antara lain:
 1. sengketa yang diselesaikan melalui prosedur Pengadilan Niaga;
 2. sengketa yang diselesaikan melalui prosedur Pengadilan Hubungan Industrial;
 3. keberatan atas putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha;
 4. keberatan atas putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen;
 5. permohonan pembatalan putusan arbitrase;
 6. keberatan atas putusan Komisi Informasi;
 7. penyelesaian perselisihan partai politik;

²⁶⁶ *Ibid.* Hlm.244

²⁶⁷ Achmad Ali, Hlm.26

²⁶⁸ Pasal 4 ayat (2) Perma 1/2016



8. sengketa yang diselesaikan melalui tata cara gugatan sederhana;
dan
 9. sengketa lain yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan
tenggang waktu penyelesaiannya dalam ketentuan peraturan
perundang-undangan;
- b. sengketa yang pemeriksaannya dilakukan tanpa hadirnya penggugat
atau tergugat yang telah dipanggil secara patut;
 - c. gugatan balik (rekonvensi) dan masuknya pihak ketiga dalam suatu
perkara (intervensi);
 - d. sengketa mengenai pencegahan, penolakan, pembatalan dan
pengesahan perkawinan;
 - e. sengketa yang diajukan ke Pengadilan setelah diupayakan
penyelesaian di luar Pengadilan melalui mediasi dengan bantuan
mediator bersertifikat yang terdaftar di Pengadilan setempat tetapi
dinyatakan tidak berhasil berdasarkan pernyataan yang ditandatangani
oleh para pihak dan mediator bersertifikat.

(3) Konsiliasi

Konsiliasi adalah suatu lembaga alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat (10) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase. Konsiliasi permufakatan adalah penyelesaian sengketa dengan cara



musyawarah, hakikatnya adalah untuk menghindari proses pengadilan dan akibat-akibat hukum yang timbul dari suatu putusan pengadilan. Konsiliasi juga dapat diartikan sebagai perdamaian, konsiliasi dapat dilakukan untuk mencegah proses litigasi dalam setiap tingkat peradilan, kecuali putusan yang sudah memperoleh kekuatan hukum tetap tidak dapat dilakukan konsiliasi²⁶⁹

Pada tahapan konsiliasi ada konsiliator yang bertugas sebagai fasilitator dalam hal melakukan komunikasi di antara para pihak yang bersengketa, sehingga para pihak dapat menemukan solusi penyelesaian sengketa. Konsiliator kurang lebih tugasnya adalah memfasilitasi pengaturan tempat dan waktu pertemuan, mengarahkan subjek pembicaraan, membawa pesan-pesan dari salah satu pihak ke pihak lainnya terutama apabila tidak mungkin disampaikan secara langsung atau para pihak tidak bersedia bertemu muka secara langsung. Pada praktiknya sulit dibedakan antara konsiliasi dengan mediasi, karena memiliki karakteristik yang hampir sama, bahkan dalam beberapa hal memang tidak bisa dibedakan di antara keduanya. Perbedaan antara konsiliasi dengan mediasi adalah pada peran pihak ketiga (konsiliator) di dalam proses penyelesaian sengketa. Seorang konsiliator lebih bersifat aktif dibandingkan dengan mediator, walaupun sebenarnya dalam beberapa hal sulit untuk membedakan secara tegas antara mediator dengan konsiliator. Faktor yang membuat sulitnya

²⁶⁹ Jefry Tarantang, 138



membedakan antara konsiliasi dengan mediasi adalah karena kedua-duanya memiliki ciri-ciri yang hampir mirip yaitu dalam hal: 1) Konsiliasi dan mediasi sama-sama memiliki sifat kooperatif dalam proses penyelesaiannya; 2) Sama-sama menggunakan pihak ketiga yang netral; 3) Masuknya pihak ketiga bertujuan untuk membantu penyelesaian damai di antara para pihak; 4) Pihak ketiga yang membantu para pihak sama-sama tidak memiliki kewenangan untuk menentukan keputusan; 5) Sama-sama bertujuan untuk mencapai kesepakatan secara damai²⁷⁰

(4) Arbitrase

Arbitrase berasal dari kata *arbitrare* yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan. Jadi arbitrase itu sebenarnya adalah lembaga peradilan oleh hakim partikelir/swasta (*particuliere rechtspraak*)²⁷¹. Menurut Sidik Purnama, S.H yang mengutip batasan definisi yang diberikan oleh Frank Elkouri dan Edna Elkouri, definisi arbitrase adalah proses sederhana secara sukarela yang dipilih berdasarkan keinginan para pihak bersengketa untuk diputuskan oleh hakim yang tidak memihak berdasarkan kasus tersebut, para pihak sepakat untuk menerima sebagai final dan mengikat²⁷². Sementara dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian

²⁷⁰Jefry Tarantang, Hlm. 138-139

²⁷¹ Rosita/Albayina Article, Hlm.107

²⁷² Situmorang, S. F. (2019). Pembatalan Putusan Arbitrase Dikaitkan Ditinjau Berdasarkan Konsep Keadilan. *Jurnal Ilmiah Dunia Hukum*, 4(1), 25-36. Hlm. 28, diakses pada hari jumat tanggal 27 agustus tahun 2021



Sengketa, menyebutkan bahwa Lembaga arbitrase adalah badan yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu tertentu; lembaga tersebut juga dapat memberikan pendapat yang mengikat mengenai suatu hubungan hukum tertentu dalam hal belum timbul sengketa.” Saat ini di Indonesia lembaga yang bertugas menyelesaikan sengketa atas dasar perjanjian arbitrase adalah Badan Arbitrase Nasional Indonesia²⁷³.

Di Indonesia yang memprakarsai berdirinya Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) pada tanggal 3 Desember 1977 adalah Kamar Dagang dan Industri Indonesia. Adapun beberapa bidang sengketa yang dapat diperkarakan melalui arbitrase, yaitu antara lain²⁷⁴:

- a) Korporasi;
- b) Asuransi;
- c) Lembaga keuangan;
- d) Perbankan;
- e) Telekomunikasi;
- f) Fabrikasi;
- g) Pertambangan;
- h) Angkatan laut dan udara;
- i) Lingkungan hidup;

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Ibid.* Hlm.29



- j) Perdagangan;
- k) Lisensi;
- l) Franchise;
- m) Distribusi keagenan;
- n) Hak kekayaan intelektual;
- o) Maritim dan perkapalan;
- p) Konstruksi;
- q) Penginderaan jarak jauh;
- r) Dan lain-lain.

(5) Upaya Administratif

Sementara itu, mengenai sengketa tata usaha negara mengandung pengertian lain sebagaimana yang telah diterangkan pada awal tulisan ini, sengketa diartikan sebagai sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Adapun tata cara penyelesaian secara *non-litigasi* yakni ditempuh melalui jalur upaya administratif, yakni proses penyelesaian sengketa yang dilakukan



dalam lingkungan administrasi pemerintahan sebagai akibat dikeluarkannya keputusan dan/atau tindakan yang merugikan²⁷⁵.

Mengenai upaya administratif merupakan suatu lakah awal yang meski ditempuh terlebih dahulu sebelum menyelesaikan sengketa tata usaha negara di PTUN, sebab hal ini tegas disebutkan dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 6 Tahun 2018 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Administrasi Pemerintahan Setelah Menempuh Upaya Administratif, bahwa pengadilan berwenang menerima, memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa administrasi pemerintahan setelah menempuh upaya administratif²⁷⁶. Sementara akibat timbulnya sengketa tata usaha negara yakni karena dikeluarkannya keputusan dan/atau tindakan pemerintahan²⁷⁷.

Zairin Harahap dalam bukunya yang berjudul *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara* mengetengahkan makna upaya administratif yang dikutip dari Indroharto, yakni merupakan prosedur yang ditentukan dalam suatu peraturan perundang-undangan untuk menyelesaikan sengketa TUN yang dilaksanakan dilingkungan pemerintahan sendiri (bukan oleh pengadilan yang bebas) yang terdiri dari; prosedur keberatan dan perosedur banding administratif²⁷⁸. Selanjutnya diuraikan penjelasan menurut Pasal 48 UUPTUN bahwa upaya administratif adalah prosedur yang dapat ditempuh oleh

²⁷⁵ Pasal 1 angka 16 UUAP

²⁷⁶ Pasal 2 ayat (1) PERMA No. 6 Tahun 2018

²⁷⁷ Lihat Pasal 1 angka (5) PERMA No. 6 Tahun 2018

²⁷⁸ Zairin Harahap, Hlm.92



seseorang atau badan hukum perdata apabila ia tidak puas terhadap suatu KTUN. dalam hal penyelesaian itu harus dilakukan oleh Instansi atasan atau instansi lain dari yang mengeluarkan keputusan yang bersangkutan, maka prosedur tersebut dinamakan banding administratif. Dalam hal penyelesaian KTUN tersebut harus dilakukan sendiri oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang mengeluarkan keputusan itu, maka prosedur yang ditempuh itu disebut keberatan²⁷⁹. Keberatan diajukan secara tertulis kepada pejabat/badan pemerintahan yang menetapkan Keputusan sedangkan banding administratif diajukan secara tertulis kepada atasan dari pejabat yang menetapkan Keputusan²⁸⁰. Tenggat waktu 21 hari kerja untuk mengajukan keberatan sejak diumumkanannya keputusan sedangkan tenggat waktu untuk mengajukan banding administratif paling lama 10 hari kerja sejak keputusan upaya keberatan diterima. Lama pemeriksaan masing-masing ditentukan selama 10 hari kerja, liwat dari itu maka paling lama 5 hari kerja badan/pejabat TUN wajib menetapkan keputusan sesuai dengan permohonan²⁸¹.

Adapun kadang terdapat perbedaan penggunaan istilah keberatan dalam beberapa peraturan dasar dari instansi/lembaga yang bersangkutan maka Mahkamah Agung kemudian memberi penjelasan sebagai berikut²⁸².

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Lihat Pasal 77 ayat (2) jo. Pasal 78 ayat (2)

²⁸¹ Lihat Pasal 77 ayat (1),(4),(7) jo. Pasal 78 ayat (1),(4),(6)

²⁸² Yuslim, Hlm.64



- a. Pengajuan surat keberatan (*bezwaarschrijf*) yang ditujukan kepada badan/pejabat tata usaha negara yang mengeluarkan keputusan/penetapan (*beschikking*) semula.
- b. Pengajuan surat banding administratif (*administratief beroep*) yang ditujukan kepada atasan pejabat atau instansi lain dari badan atau pejabat Tata Usaha Negara yang berwenang memeriksa ulang Keputusan Tata Usaha Negara yang disengketakan.
- c. Apabila peraturan dasarnya menentukan adanya upaya administratif berupa pengajuan surat keberatan maka gugatan terhadap Keputusan Tata Usaha Negara yang bersangkutan diajukan kepada Pengadilan Tata Usaha Negara.
- d. Apabila peraturan dasarnya menentukan adanya upaya administratif berupa pengajuan surat keberatan dan/atau mewajibkan pengajuan surat banding administratif maka gugatan terhadap Keputusan Tata Usaha Negara yang telah diputus ditingkat banding administratif diajukan langsung kepada Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara.

Kedudukan Lembaga upaya administratif ini adalah sebagai upaya kontrol internal pemerintahan dan sekaligus sarana warga masyarakat mencari keadilan melalui upaya di internal pemerintahan selaku *privilllege de la decision exécutoire* atau hak istimewa pemerintah atas keputusan yang dilaksanakan. Tetapi dari segi yudikatif, proses upaya administrative ini



merupakan suatu upaya pra-litigasi yang sifatnya wajib ditempuh jika tersedia²⁸³.

2. Penyelesaian Sengketa Secara Litigasi

Menurut ketentuan dari Pasal 130 *Herzien Indonesis Reglement* (HIR), Pasal 154 *Rechtsglement Buitengewesten* (Rbg), menentukan bahwa apabila hari sidang sudah ditetapkan dan kedua belah pihak hadir, maka hakim harus mendamaikan mereka. Hakim berperan secara aktif sebagaimana dikehendaki HIR. Untuk keperluan perdamaian itu sidang lalu diundur untuk memberi kesempatan mengadakan perdamaian²⁸⁴. Pada hari sidang berikutnya apabila mereka berhasil mengadakan perdamaian, disampaikanlah kepada hakim dipersidangan hasil perdamaianya, yang lazim surat perjanjian dibawah tanah yang ditulis diatas kertas bermaterai. Berdasarkan adanya perdamaian antara kedua belah pihak maka hakim menjatuhkan putusannya (*acte van Vergelijk*), yang isinya menghukum kedua belah pihak untuk memenuhi isi perdamaianya yang telah dibuat antara mereka. Adapun kekuatan putusan perdamaian ini sama dengan putusan biasa dan dapat dilaksanakan seperti putusan-putusan lainnya, hanya dalam hal ini banding tidak dimungkinkan. Usaha perdamaian ini terbuka sepanjang pemeriksaan di Persidangan²⁸⁵.

²⁸³ Muhammad Noor Halim Perdana Kusuma dan Muhammad Adiguna Bimasakti, Hlm.72

²⁸⁴ Sudikno Mertokusumo, 2009, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, hlm 113

²⁸⁵ Ibid



Adapun mekanisme pemeriksaan perkara pada Pengadilan dilakukan di depan sidang Pengadilan secara sistematis harus melalui beberapa tahapan sebagai berikut ²⁸⁶:

- a. Pertama, upaya perdamaian, pada sidang upaya perdamaian inisiatif upaya perdamaian dapat timbul dari Majelis Hakim. Hakim harus secara aktif dan sungguh-sungguh untuk mendamaikan para pihak. Upaya perdamaian juga ditempuh dengan memberikan kesempatan kepada para pihak untuk memilih mediator dalam upaya menempuh proses mediasi sebagaimana diamanatkan oleh Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Apabila proses mediasi tidak berhasil maka persidangan dilanjutkan dengan tahapan berikutnya.
- b. Kedua, pembacaan Surat Permohonan/Gugatan, pada tahapan ini pihak Penggugat/Pemohon berhak meneliti kembali apakah seluruh materi (alasan/dalil-dalil gugatan dan petitum) sudah benar dan lengkap. Hal-hal yang tercantum dalam gugatan itulah yang menjadi obyek (acuan) pemeriksaan dan pemeriksaan tidak keluar dari yang termuat dalam surat gugatan.
- c. Ketiga, Jawaban Termohon/Tergugat. Pihak Tergugat/ Termohon diberi kesempatan untuk membela diri dan mengajukan segala

²⁸⁶ Jefry Tarantang, Hlm. 142-143



kepentingannya terhadap Penggugat/Pemohon melalui Majelis Hakim dalam persidangan.

- d. Keempat, Replik Pemohon/Penggugat. Penggugat/Pemohon dapat menegaskan kembali gugatannya/permohonannya yang disangkal oleh Tergugat/Termohon dan juga mempertahankan diri dari sangkalan Tergugat/Termohon.
- e. Kelima, Duplik Termohon/Tergugat. Tergugat/Termohon menjelaskan kembali jawaban yang disangkal oleh Penggugat/Pemohon. Replik dan Duplik dapat diulang-ulang sehingga akhirnya Majelis Hakim memandang cukup atas replik dan duplik tersebut.
- f. Keenam, Pembuktian, Penggugat/Pemohon mengajukan semua alat bukti untuk mendukung dalil-dalil gugatan. Demikian juga Tergugat/Termohon mengajukana alat bukti untuk mendukung jawaban (sanggahan) masing-masing pihak berhak menilai alat bukti pihak lawan.
- g. Ketujuh, Kesimpulan, masing-masing pihak baik Penggugat/Pemohon maupun Tergugat/Termohon mengajukan pendapat akhir tentang hasil pemeriksaan.
- h. Kedelapan, Musyawarah Majelis dan Pembacaan Putusan, hakim menyampaikan segala pendapatnya tentang perkara itu dan menyimpulkan dalam amar putusan, sebagai akhir dari sengketa yang terjadi antara Penggugat/Pemohon dan Tergugat/Termohon. Setelah



perkara diputus, pihak yang tidak puas atas putusan tersebut dapat mengajukan upaya hukum (verzet, banding, dan peninjauan kembali) selambat-lambatnya 14 hari sejak perkara diputus atau diberitahukan. Apabila tidak ada upaya hukum setelah tenggang waktu tersebut maka putusan mempunyai kekuatan hukum tetap dan dilakukan eksekusi sesuai putusan Pengadilan.

H. Peradilan Tata Usaha Negara

Peradilan Tata Usaha Negara pertama kali ditetapkan dalam Undang-Undang No. 19 Tahun 1948 sebagai salah satu penyelenggara kekuasaan kehakiman, kemudian dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang No. 19 Tahun 1964, dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 14 Tahun 1970, kemudian barulah tanggal 29 Desember 1986 dibentuk Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara (LN.1986 No.77, TLN No. 3344) dan dinyatakan berlaku efektif tanggal 14 Januari 1991 berdasarkan Peraturan Pemerintah No. 7 Tahun 1991²⁸⁷.

PTUN pertama kali dibentuk pada tanggal 30 Oktober 1990 melalui Keppres No. 52 Tahun 1990, masing-masing berkedudukan di Jakarta, Medan, Palembang, Surabaya, dan Ujung Pandang. Sedangkan untuk Pengadilan Tinggi TUN dibentuk atas dasar undang-undang No. 10 Tahun 1990 pada tanggal 30 Oktober 1990 (LN 1990 No.80) membentuk tiga

²⁸⁷ Mas Bakar, 2010, *Peradilan Satu Atap Dalam Rezim Hukum Administrasi*, Rangkan Education, Yogyakarta, hlm.129.



Pengadilan Tinggi TUN masing-masing di Jakarta, Medan dan Ujung Pandang²⁸⁸.

Terdapat dua alasan penting dibentuknya PTUN berdasarkan penjelasan Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yaitu²⁸⁹; (1) ditujukan untuk memberikan perlindungan kepada hak-hak perorangan sekaligus hak masyarakat atas tindakan sewenang-wenang penguasa yang merugikan kepentingan warga; (2) untuk pemerintah, wajib secara terus menerus membina, menyempurnakan, dan menertibkan aparatur di bidang Tata Usaha Negara agar mampu menjadi alat efisien, efektif, bersih, dan berwibawa, serta dalam melaksanakan tugasnya selalu berdasarkan hukum dengan dilandasi semangat dan sikap pengabdian kepada masyarakat sehingga tercipta aparatur pemerintahan yang bersih, efisien, efektif, dan berwibawa.

Sejalan dengan itu, menurut S.F. Marbun bahwa tujuan PTUN adalah agar rasa keadilan di dalam masyarakat terpelihara dapat ditingkatkan sebagai bagian dari publik service pemerintah terhadap warganya dan agar keseimbangan antara kepentingan perseorangan dengan umum dapat terjamin dengan baik²⁹⁰.

Disamping itu Prayudi Admosudirdjo merumuskan bahwa tujuan daripada Peradilan Tata Usaha Negara adalah untuk mengembangkan dan

²⁸⁸ *Ibid.* hlm.143.

²⁸⁹ Yuslim, hlm.19.

²⁹⁰ S.F. marbun, hlm. 37.



memelihara administrasi yang tepat menurut hukum (*rechtmatic*), atau tepat menurut undang-undang (*wetmatig*) dan atau tepat secara fungsional (efektif) dan atau berfungsi secara efisien²⁹¹.

PTUN sebagai salah satu badan peradilan yang melaksanakan kekuasaan kehakiman sebagaimana yang termaktub dalam Pasal 24 ayat 2 UUD Negara RI 1945, memiliki kewenangan untuk bertugas dan berwenang memeriksa, memutuskan, dan menyelesaikan sengketa TUN²⁹². Sehingga segala jenis sengketa yang dikategorikan sebagai sengketa TUN menurut UUPTUN adalah merupakan kewenangan mengadili daripada PTUN.

Kompetensi absolut dari PTUN adalah untuk memeriksa, mengadili, dan memutuskan sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara antara seseorang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara termasuk sengketa kepegawaian (Pasal 1 angka 10 UU 51/2009) dan tidak dikeluarkannya suatu keputusan yang dimohonkan seseorang sampai batas waktu yang ditentukan dalam suatu peraturan perundang-undangan, sedangkan hal itu telah merupakan kewajiban badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan (Pasal 3 UUPTUN)²⁹³. Kemudian dengan berlakunya UUAP, maka tindakan faktualpun masuk kedalam kewenangan PTUN sehingga menurut Pasal 8 PERMA No. 2 Tahun 2019

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Lihat Pasal 47 UU No. 5 Tahun 1986

²⁹³ Zairin Harahap, hlm.30.



tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Tindakan Pemerintah dan Wewenang Mengadili Perbuatan Melanggar Hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan (*Onrechtsmatig Overheidsdaad*) “keputusan” dalam UUPTUN harus juga dimaknai sebagai tindakan sebagai jembatan terhadap ketentuan dalam Pasal 1 angka 8 jo. Pasal 87 UUAP²⁹⁴.

Pasal 87 UUAP mengatur bahwa; dengan berlakunya undang-undang ini, Keputusan Tata Usaha Negara sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 dan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 harus dimaknai; a) penetapan tertulis yang juga mencakup tindakan faktual; b) Keputusan Badan dan/atau Pejabat TUN di lingkungan eksekutif, legislative, yudikatif, dan penyelenggara negara lainnya; c) berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan AAUPB; d) bersifat final dalam arti lebih luas; e) keputusan yang berpotensi menimbulkan akibat hukum; dan/atau f) keputusan yang berlaku bagi masyarakat²⁹⁵.

Berdasarkan dengan ketentuan Pasal 87 UUAP diatas menurut Ivan Marwadi maka tindakan faktual (*fetelijk handelingen*) yang sering menjadi perbuatan melawan hukum oleh pemerintah/OOD (*Onrechtsmatige Overheidsdaad*) secara hukum menjadi kewenangan PTUN untuk memeriksa

²⁹⁴ Muhammad Noor Halim Perdana Kusuma dan Muhammad Adiguna Bima Sakti, hlm.34.

²⁹⁵ Riawan Tjanra, hlm.152-153.



dan mengadilinya; Keputusan Badan atau Pejabat TUN di lingkungan eksekutif, legislatif, yudikatif, dan penyelenggara negara lainnya. Kalimat Pasal 87 memperluas sumber terbitnya KTUN yang berpotensi menjadi sengketa di PTUN²⁹⁶.

Menurut Jimly Asshiddiqie²⁹⁷ bahwa PTUN merupakan salah satu lingkup badan peradilan tata negara dalam arti yang paling luas, jika hukum tata negara dilihat secara luas mencakup bidang hukum administrasi negara, maka sebenarnya lahan praktik peradilan tata negara itu mencakup peradilan tata negara di Mahkamah Konstitusi dan peradilan tata usaha negara di Mahkamah Agung serta badan-badan peradilan tata usaha negara yang ada dibawahnya.

²⁹⁶ *Ibid*, hlm. 154.

²⁹⁷ Jimly Asshiddiqie, 2013, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm.267.



i. Kerangka Pikir

1. Alur Pikir

Kerangka pikir merupakan serangkaian konsep dan penjelasan yang menggambarkan hubungan antara konsep tersebut yang diestraksi dan dirumuskan oleh penulis dengan merujuk pada tinjauan pustaka, mengacu pada teori yang relevan dengan penelitian dilakukan, serta mengumpulkan bahan hasil penelitian yang terdahulu yang terkait dengan penelitian ini. Penggunaan kerangka pikir menjadi pijakan dasar untuk menjawab permasalahan yang akan dikaji dan diteliti. Dalam kerangka pikir ini peneliti mengalirkan jalan pikiran menurut kerangka logis atau kerangka konseptual yang relevan untuk menjawab apa yang menjadi akar permasalahan yang menjadi case dalam penelitian ini. Untuk membuktikan kecermatan penelitian, dasar dari teori tersebut perlu diperkuat hasil-hasil penelitian terdahulu yang relevan.

Adapun gagasan alur pikir Penulis berjudul Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah Sebagai Objek Sengketa Tata Usaha negara, bertumpuh pada satu titik fokus permasalahan yakni OOD sebagai suatu sengketa tata usaha negara, untuk itu penulis menguraikan beberapa latar belakang masalah yang penting untuk diketengahkan sebagaimana yang telah diuraikan pada bab pertama sebelumnya dalam rangka menjawab fenomena dan/atau masalah yang ada.



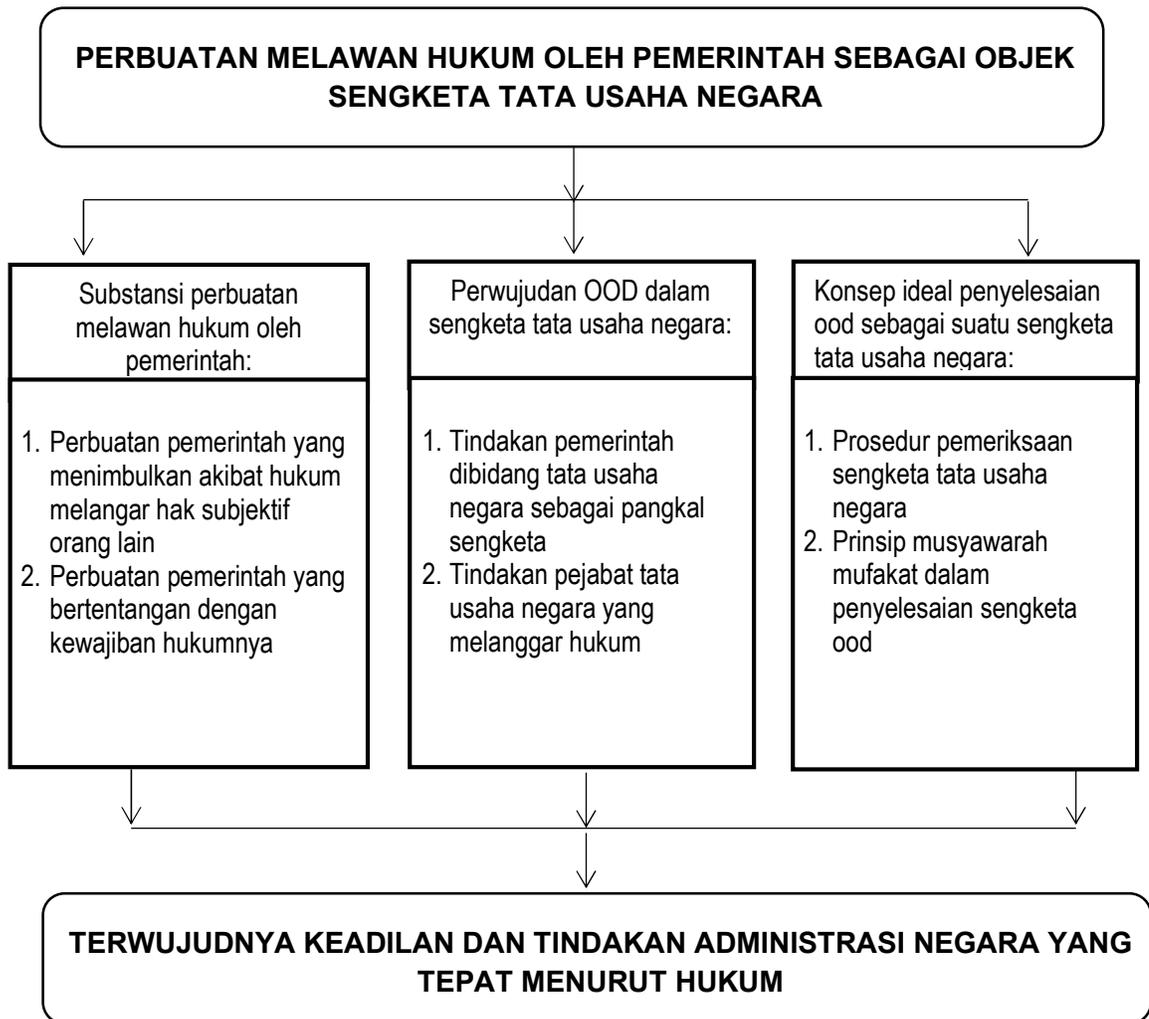
Dari latar belakang tersebut selanjutnya dirumuskan tiga batasan masalah. Masalah yang pertama menggunakan variabel perbuatan melawan hukum oleh pemerintah yang bertentangan dengan hak subjektif orang lain di bidang publik dengan sub variabel melanggar peraturan perundang-undangan, bertentangan dengan AUPB dan penyalahgunaan wewenang, dengan doktrin perbuatan melawan hukum oleh Muchsan untuk menjawab permasalahan yang diteliti. Sementara itu pada variabel yang kedua membahas tentang perwujudan Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah, sub variabel meliputi tindakan pemerintah sebagai pangkal sengketa dan penyelesaian litigasi kewenangan mengadili badan PERATUN, yang didukung dengan konsep "Penyelesaian Sengketa". Sedangkan untuk variabel yang ketiga diletakkan konsep ideal tentang penyelesaian sengketa OOD dengan mengacu pada sub variabel sebelumnya dengan menguraikan tahap pemeriksaan secara non litigasi dan litigasi serta merumuskan konsep pemeriksaan sengketa ood tanpa upaya administratif.



2. Bagan Kerangka Pikir

Atas dasar uraian diatas selanjutnya susunan kerangka pikir yang dibangun oleh penulis digambarkan dalam bentuk bagan sebagai berikut.

Gambar 2. 5 Kerangka Pikir





J. Definisi Operasional

1. Perbuatan hukum adalah suatu perbuatan atau tindakan yang diatur oleh hukum dan menimbulkan akibat hukum.
2. Perbuatan hukum pemerintah adalah tindakan pemerintah dalam bidang perdata yang diatur dalam hukum perdata, dan tindakan dalam bidang publik yang diatur dalam hukum publik.
3. *Onrechtmatig Overheidsdaad* (OOD) adalah perbuatan melawan hukum oleh pemerintah.
4. *Onrechtmatigdaad* adalah perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh seseorang atau badan hukum perdata yang sederajat kedudukannya dengan pihak yang dilanggar haknya atau dirugikan akibat suatu perbuatan melawan hukum.
5. *Wederrechtelijk* adalah suatu perbuatan melawan hukum yang termuat dalam ketentuan pidana.
6. Perbuatan melawan hukum oleh pemerintah adalah perbuatan pemerintah yang menimbulkan akibat hukum namun melanggar hak subjektif orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukumnya dengan ketentuan perbuatan tersebut melanggar peraturan perundang-undangan, melanggar Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB), dan melanggar larangan penyalahgunaan wewenang.
7. Penguasa adalah pemerintahan baik dalam arti yang sempit maupun dalam arti yang luas, dalam arti luas mencakup lingkungan kekuasaan



pembentukan undang-undang dan peradilan (*rechtspraak*) maupun eksekutif, sedangkan dalam arti yang sempit penguasa ialah pemerintah dalam kekuasaan eksekutif dalam rangka menjalankan segala fungsi pemerintahan dan semua pihak yang diberikan wewenang untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan diluar lingkungan kekuasaan membentuk undang-undang dan kekuasaan peradilan.

8. Sengketa tata usaha negara adalah sengketa dibidang tata usaha negara antara warga dengan pemerintah atau sengketa dalam lingkungan internal pemerintahan yang timbul karena dikeluarkannya keputusan tata usaha negara dan/atau tindakan pemerintah dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan.
9. Peradilan Tata Usaha Negara adalah badan peradilan yang menyelenggarakan kekuasaan kehakiman, mempunyai kewenangan memeriksa, mengadili dan memutus sengketa dibidang tata usaha negara dan/atau sengketa lainnya atas dasar peraturan perundang-undangan yang berlaku.
10. Upaya administratif adalah bentuk penyelesaian sengketa tata usaha negara yang ditempuh diluar peradilan tata usaha negara, yang merupakan kewenangan dalam lingkungan badan administrasi pemerintahan.



11. Tindakan pemerintah adalah perbuatan aktif dan sikap pasif pemerintah yang memberikan pengaruh dan mendatangkan manfaat maupun kerugian bagi masyarakat.
12. Wewenang adalah suatu hak dan kewajiban yang sekaligus melekat pada jabatan yang bersumber dari undang-undang sebagai sumber utamanya.
13. *Beschikking* adalah keputusan tata usaha negara.
14. Keputusan tata usaha negara adalah penetapan tertulis dan tindakan pemerintah.
15. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan disebut dengan singkatan UUAP.
16. Undang-Undang Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU No. 5/1986), Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU No. 9/2004), Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU No. 51/2009) disingkat dengan sebutan UUPERATUN.
17. Pengadilan adalah Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) atau Pengadilan Administrasi Negara.