Mexsasai Indra
Oksep Adhayanto
Pery Rehendra Sucipta

HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Editor:
Endri



LABORATORIUM
KOMUNIKASI & SOSIAL
FAKULTAS ILMU SOSIAL DAN ILMU POLITIK
UNIVERSITAS MARITIM RAJA ALI HAJI

HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Sanksi Pelanggaran Pasal 113 Undang-Undang
Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta

1. Hak Cipta adalah hak eksklusif pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan 1. prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. (Pasal 1 ayat [1]).
2. Pencipta atau Pemegang Hak Cipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 2. memiliki hak ekonomi untuk melakukan: a. Penerbitan ciptaan; b. Penggandaan ciptaan dalam segala bentuknya; c. Penerjemahan ciptaan; d. Pengadaptasian, pengaransemenan, atau pentransformasian ciptaan; e. pendistribusian ciptaan atau salinannya; f. Pertunjukan Ciptaan; g. Pengumuman ciptaan; h. Komunikasi ciptaan; dan i. Penyewaan ciptaan. (Pasal 9 ayat [1]).
3. Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang 3. Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). (Pasal 113 ayat [3]).
4. Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang 4. dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah). (Pasal 113 ayat [4]).

HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Mexsasai Indra, Oksep Adhayanto,
Pery Rehendra Sucipta

LABORATORIUM
KOMUNIKASI & SOSIAL
FAKULTAS ILMU SOSIAL DAN ILMU POLITIK
UNIVERSITAS MARITIM RAJA ALI HAJI

HUKUM ADMINISTRASI NEGARA
© Mexsasai Indra, dkk.
viii + 180 halaman; 15.5 x 23 cm.
ISBN

Hak cipta dilindungi oleh Undang-Undang.
Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini dalam bentuk apa pun juga tanpa izin tertulis dari penerbit.

Cetakan I, Oktober 2021

Penulis : Mexsasai Indra
Oksep Adhayanto
Pery Rehendra Sucipta
Editor : Endri
Sampul : Tim Samudra Biru
Layout : M. Fadhal Akhyari

Hak Penerbitan pada:
Laboratorium Komunikasi & Sosial (LAB.KOMSOS)
Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik (FISIP)
Universitas Maritim Raja Ali Haji (UMRAH)
Jln. Raya Dompak, Pulau Dompak, Tanjungpinang 29124
Telepon (04500089, Fax. (0771) 45000091, PO. BOX 155
Laman:http://fisip.umrah.ac.id e-mail:fisip@umrah.ac.id

Bekerjasama dengan:
Penerbit & Percetakan Samudra Biru
Jln. Jomblangan, Gg.Ontoseno B.15 RT 12/30
Banguntapan, Bantul, DI Yogyakarta
Email: admin@samudrabiru.co.id
Website: www.samudrabiru.co.id
WA/Call: 0812-2607-5872

PRAKATA

Tiada kata yang pantas mengawali prakata ini selain ucapan syukur kepada Tuhan Yang Maha Esa. Sebab hanya dengan iringan rahmat dan hidayah-Nya, buku berjudul *Hukum Administrasi Negara* ini dapat terselesaikan.

Buku ini adalah bagian dari ikhtiar akademis penulis terhadap semakin tingginya kebutuhan akan pengetahuan di bidang hukum administrasi negara, baik oleh para akademisi, mahasiswa, praktisi, maupun masyarakat umum. Namun harus diakui pula, tidak mudah untuk menyajikan bahan bacaan hukum administrasi yang utuh dan komprehensif karena persoalan hukum yang berkaitan dengan aktivitas pemerintahan selalu berkembang dan tumbuh secara dinamis. Oleh karenanya, agar buku ini senantiasa mendapatkan relevansinya, penulis lebih menekankan pada konsep-konsep dan teori-teori yang bersifat umum. Dalam perspektif keilmuan, buku ini tergolong sebagai *algemeen deel* (hukum administrasi umum) yang lebih banyak berbicara pada ranah teori dan prinsip yang berlaku secara universal di bidang hukum administrasi, tanpa terikat pada bidang-bidang tertentu.

Kendati demikian, penulis juga tetap berusaha mendekatkan buku ini dengan sistem hukum di Indonesia yang sangat prismatik dalam penerapannya. Di satu sisi, sejarah kemunculan Hukum Administrasi Negara tentu tidak dapat dipisahkan dari sejarah Sistem Hukum Eropa Kontinental. Sehingga tidak dipungkiri, sistem tersebut membawa paradigma berpikir bahwa hukum adalah apa yang tertulis dalam sebuah aturan formal. Untuk itu, penyajian buku ini juga mengangkat hukum positif dalam bidang administrasi pemerintahan sebagaimana tertuang dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Hal ini dianggap penting pula untuk mengetahui dan memahami dinamika serta perkembangan hukum administrasi negara secara formal.

Salah satu pembeda dari buku-buku yang mengangkat topik serupa adalah penulis turut mengangkat pemikiran hukum administrasi dari tokoh melayu yang juga dijuluki sebagai Bapak Bahasa Indonesia, yaitu Raja Ali Haji (1809-1873). Sejauh pembicaraan akademik yang dilakukan, ia hanya dikenal sebagai seorang sastrawan dan budayawan dari abad ke-19 lewat karya sastranya, semisal *Gurindam Dua Belas*. Namun jika ditelaah lebih dalam terhadap karya-karya lain, seperti *Muqaddimah fi Intizam Waza'if Al-Malik* dan *Thamarat Al-Muhimmah Diyafah Li Al-Umara' Wa Al-Kubara' Li Ahl Al-Mahkamah*, Raja Ali Haji juga menaruh perhatian serius terhadap bidang hukum, termasuk hukum administrasi. Di antara pemikirannya itu adalah terkait asas-asas umum pemerintahan yang baik, sebagaimana diuraikan dalam buku ini. Sehingga melalui buku ini, penulis berupaya memperkenalkan sisi lain seorang Raja Ali Haji sebagai Begawan Hukum Ketatanegaraan.

Pada kesempatan ini pula, dengan rasa bahagia, penulis menyampaikan terima kasih kepada para pihak yang telah banyak membantu dan terlibat dalam penyusunan buku. Ucapan terima kasih juga penulis sampaikan kepada Laboratorium Komunikasi & Sosial (LAB.KOMSOS) Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik, Universitas Maritim Raja Ali Haji dan Penerbit & Percetakan Samudra Biru yang telah bersedia menerbitkan buku ini.

Akhir kata dengan membaca *bismillahirrahmanirrahim*, penulis persembahkan buku *Hukum Administrasi Negara* ini ke tengah-tengah masyarakat. Semoga melalui buku ini, ikhtiar dan harapan penulis di atas dapat menjelma menjadi sebuah kenyataan.

Tanjungpinang, Oktober 2021

Penulis

DAFTAR ISI

PRAKATA **v**
DAFTAR ISI **vii**

BAB I PENDAHULUAN **1**
A. Pengertian Hukum 1
B. Pengertian Administrasi 3
C. Pengertian Negara 5
D. Peristilahan dan Pengertian Hukum Administrasi Negara 5
E. Urgensi Hukum Administrasi Negara 8
F. Ruang Lingkup Hukum Administrasi Negara 10
G. Hubungan Hukum Administrasi Negara dengan Ilmu Hukum Lainnya 12

BAB II SUMBER-SUMBER HUKUM ADMINISTRASI NEGARA **21**
A. Pengertian Sumber-Sumber Hukum 21
B. Sumber Materiil Hukum Administrasi Negara 24
C. Sumber Hukum Formal Hukum Administrasi Negara 27

BAB III NEGARA KESEJAHTERAAN (*WELFARE STATE*) DAN *FREIES ERMESSEN* ***37***
A. Perkembangan Bentuk Negara 37
B. *Freies Ermessen* 42

BAB IV KONSEP PEMERINTAH DAN TINDAKAN PEMERINTAH **55**
A. Pengertian Pemerintah dan Tindakan Pemerintah 55
B. Hubungan Hukum Administrasi dan Tindakan Hukum Administrasi 57

C. Pengertian Wewenang 58
D. Perbuatan Pemerintah yang Tercela 60

BAB V ASAS-ASAS UMUM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN YANG BAIK (AAUPPB) 77
A. Pengertian Asas dan AAUPPB 77
B. Peristilahan AAUPPB 80
C. Sekilas Sejarah AAUPPB 81
D. Kedudukan AAUPPB dalam Hukum Formal 84
E. AAUPPB di Indonesia 85
F. Penggolongan dan Perincian AAUPPB 86
G. Fungsi AAUPPB 101

BAB VI PENEGAKAN HUKUM ADMINISTRASI NEGARA 105
A. Sekilas Sejarah Peradilan Tata Usaha Negara 106
B. Peradilan Tata Usaha Negara di Perancis 107
C. Urgensi Peradilan Administrasi Negara 110
D. Peradilan Tata Usaha Negara Menurut Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara 112

BAB VII PERKEMBANGAN HUKUM ADMINISTRASI NEGARA INDONESIA DALAM UNDANG-UNDANG NOMOR 30 TAHUN 2014 TENTANG ADMINISTRASI PEMERINTAHAN 119
A. Perluasan Ruang Lingkup Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan 123
B. Tindakan Pemerintah sebagai Objek Gugatan PTUN 129
C. Kasus Tindakan Pemerintah 133
D. Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik 140
E. Sumber dan Cara Memperoleh Kewenangan (Atribusi, Delegasi, dan Mandat) 144
F. Diskresi 150
G. Keputusan dan/atau Tindakan Fiktif Positif 159
H. Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara 164

DAFTAR PUSTAKA 169
PROFIL PENULIS 177

BAB I
PENDAHULUAN

Sebelum penulis menguraikan pengertian Hukum Administrasi Negara secara komprehensif, terlebih dahulu yang harus dijelaskan adalah pengertian masing-masing dari istilah dalam istilah Hukum Administrasi Negara tersebut. Dalam istilah Hukum Admninistrasi Negara terdiri dari tiga istilah yakni "hukum", "administrasi" dan "negara" yang dikombinasikan menjadi istilah Hukum Administrasi Negara, tentu saja pengertian ketiga istilah itu akan memiliki makna yang berbeda kalau diterjemahkan secara terpisah-pisah dan dikombinasikan. Istilah administrasi misalnya, akan memiliki makna yang berbeda kalau dikombinasikan dengan istilah ilmu, maka akan menjadi istilah "ilmu administrasi" yang juga dipelajari pada Fakultas Ilmu Sosial dan Politik (FISIP), tentu saja akan memiliki makna yang berbeda ketika terminologi administrasi dikombinasikan dengan terminologi hukum, maka akan menjadi istilah "hukum administrasi" tentu saja terminologi administrasi dalam ilmu administrasi memiliki makna yang berbeda dengan administrasi dalam hukum administrasi, yang akan penulis bahas pada subbab tersendiri.

A. Pengertian Hukum

Karena dalam mata kuliah pengantar ilmu hukum sudah panjang lebar dibahas tentang apa pengertian hukum, maka dalam bagian ini penulis hanya akan membahas dan mungkin mengulang pengertian hukum yang telah dibahas dalam mata kuliah Pengantar Ilmu Hukum. Dalam perspektif orang yang masih awam tentang hukum sebagai suatu ilmu, tentunya pertanyaan mendasar yang selalu diajukan adalah *what is law*? (apa itu hukum). Tentunya atas pertanyaan tersebut kalau dalam perspektif awam akan dijawab dengan jawaban yang beraneka ragam. *Man of the*

street (orang-orang jalanan) misalnya akan menjawab bahwa ketika mereka melihat polisi dengan pakaian dinasnya sedang melakukan rahasia lalu lintas, maka mereka akan menjawab bahwa polisilah sebagai hukum, atau ketika mereka melihat hakim memakai toga dan menjatuhkan vonis terhadap seorang terdakwa di sidang pengadilan, maka mereka akan menyatakan bahwa hakimlah yang merupakan hukum, jadi dapat disimpulkan bahwa *man of the street* berpendapat bahwa hukum itu adalah aparat penegak hukum. Begitulah sulitnya untuk memahami apa itu hukum karena tergantung pada persepsi dari mereka yang memberikan definisi, makanya **Apeldoorn** menyatakan bahwa hukum tidak dapat didefinisikan dan tak seorangpun ahli hukum yang dapat memberikan pengertian yang pas tentang apa itu hukum.

Di Indonesia menganut pandangan,bahwa hukum itu berada di mana-mana dalam masyarakat, dalam instansi-instansi pemerintah, dan perusahaan-perusahaan, dalam badan-badan sosial, dan yang paling diperhatikan oleh orang-orang adalah yang terdapat di pengadilan-pengadilan.[1]

Hukum merupakan sekumpulan aturan-aturan (*regels, rules*) mengenai sikap dan tingkah laku (*persoon, person, persona*) atau orang-orang di dalam menghadapi sesama orang mengenai sesuatu yang menjadi objek tata hubungan mereka.[2]

Orang (*persoon, person*) dalam hukum adalah setiap manusia atau badan hukum (*rechtspersoon, legal person*) yang menjadi pemikul (atau pembawa) daripada hak-hak, kewajiban-kewajiban, dan tanggung jawab hukum, jadi semua orang merupakan subjek hukum artinya, pemikul hak hukum (privat, perdata) atau wewenang hukum (publik, kenegaraan) atau *rechtsbevoegdheid*. Hak hukum (*rechtsbevoegdheid*) ini harus dibedakan dari hak melakukan perbuatan hukum (*handelingens bevoegdheid* atau *rechtshandelingensbekwaamheid*).[3]

Dalam paham eropa kontinental memandang hukum itu baik sebagai norma (*norm*), aturan sikap kelakuan (*gedragsregel*), maupun aturan adat kebiasaan masyarakat (*maatschappelijk gebruik*). Artinya, jangan sampai misalnya, terjadi suatu undang-undang yang bertentangan dengan rasa keadilan rakyat atau masyarakat.[4]

---

1 Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1981), hlm. 8.

2 *Ibid*.

3 *Ibid*, hlm. 9.

4 Menurut Savigny hukum itu berasal dari volksgeist (jiwa bangsa).

Di Eropa hingga kini masih terus-menerus terjadi pertentangan antara penganut ajaran hukum normatif (ajaran hukum normatif yang murni, "*reine rechslehre*" adalah dari ajaran **Hans Kelsen**)[5] dan para penganut ajaran hukum sosiologis atau realitas.[6]

Sebetulnya, kedua aliran tersebut sama benarnya, hanya tidak lengkap. Yang sinis adalah ajaran hukum yang hidup dikalangan para yuris terkemuka di Amerika Serikat, di mana hukum itu adalah apa yang ditentukan oleh para hakim (*judge*), *sheriff*, panitera (*clerk*), sipir atau kepala penjara (*jailor*), atau pengacara atau advokat (*lawyer*). Pandangan sinis dapat dipahami di kalangan masyarakat Amerika Serikat yang pada umumnya memandang rendah terhadap hukum, dan pelanggaran hukum dianggap biasa (*nation wide contempt disrespect of law*).[7]

B. Pengertian Administrasi

Secara etimologi[8] istilah administrasi berasal dari bahasa Latin "*administrare*"[9] yang berarti *to manage*. Derivasinya antara lain menjadi "*administratio*" yang berarti *besturing* atau pemerintahan.[10] Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) sebagaimana dikutip **Ridwan HR**,[11] administrasi diartikan sebagai; (1) usaha dan kegiatan yang meliputi penetapan tujuan serta penetapan cara-cara penyelenggaraan organisasi; (2) usaha dan kegiatan yang berkaitan dengan penyelenggaraan kebijaksanaan serta mencapai tujuan; (3) kegiatan yang berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan; (4) kegiatan kantor dan tata usaha.

Dari definisi dan pengertian menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia tersebut di atas dapat dikelompokkan menjadi dua pengertian yakni: *pengertian secara luas*: bahwa administrasi menyangkut manajemen dalam suatu organisasi baik itu pada sektor swasta maupun sektor pemerintah. Sedangkan *pengertian secara sempit*: administrasi hanya dipandang sebagai persoalan yang menyangkut teknik ketatausahan belaka, seperti surat-menyurat, ketik-mengetik, disposisi, dan lain-lain.

---

5 Kelsen berpendapat, hukum harus bersih dari anasir-anasir nonyuridis.

6 Atmosudirdjo, *Op.cit*, hlm. 11.

7 *Ibid*.

8 Etimologi dapat diterjemahkan sebagai cabang ilmu yang mempelajari asal-usul sebuah kata.

9 Philipus M. Hadjon *et al.*, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Cetakan Kesembilan. (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005), hlm. 2. Lihat juga Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 25.

10 Ridwan HR, *Loc.cit*.

11 *Ibid*.

Istilah administrasi dalam konteks akademik terdapat dalam dua rumpun ilmu. *Pertama,* istilah administrasi dalam Hukum Administrasi Negara [HAN yang dipelajari oleh mahasiswa Fakultas Ilmu Sosial dan Politik (Fisipol)]. *Kedua*, istilah administrasi dalam Ilmu Administrasi Negara (IAN). Problemnya apakah arti kata administrasi dalam HAN sama dengan arti kata administrasi dalam IAN? Kalau administrasi dalam HAN disimbolkan dengan A_1 sedangkan administrasi dalam HAN disimbolkan dengan A_2, maka dapat dirumuskan sebagai berikut:[12]

Apakah $A_1 = A_2$?

Terhadap rumusan tersebut **Hadjon dkk**[13] berkesimpulan bahwa istilah administrasi dalam Ilmu Administrasi Negara (IAN) meliputi seluruh kegiatan negara baik kekuasaan legislatif, eksekutif, maupun yudikatif; sedangkan administrasi dalam Hukum Administrasi Negara (HAN) hanya meliputi lapangan "*bestuur*". Dengan demikian kembali kepada rumus tersebut di atas yaitu apakah $A_1 = A_2$ ternyata $A_1 \neq A_2$ karena $A_1 < A_2$ atau $A_2 > A_1$. Di samping itu, administrasi negara merupakan sabang dari administrasi umum. Oleh karena itu dalam IAN, tambahan atribut "negara" bersifat mutlak untuk membedakannya dari administrasi niaga. Dalam Hukum Administrasi, tambahan "negara" tidak perlu dan berkelebihan karena dalam istilah administrasi sudah mengandung konotasi pemerintah/negara.[14]

Dari uraian tersebut di atas dapat ditarik kesimpulan:[15]

1. Arti administrasi dalam HAN tidak sama dengan arti administrasi negara dalam IAN. Hal itu dapat membingungkan mereka yang mempelajari masing-masing ilmu tersebut secara sepihak. Oleh karenanya disrankan agar HAN mencari istilah lain. Istilah Hukum Tata Pemerintahan merupakan salah satu alternatifnya.
2. Arti administrasi dalam HAN sudah mengandung konotasi pemerintah (an). Oleh karena itu, bidang hukum ini tidak perlu menambah atribut negara sehingga cukup dengan sebutan hukum administrasi (selama belum ada istilah pengganti yang disepakati).

---

[12] Hadjon *et al*., *Op.cit*, hlm. 2.
[13] *Ibid*, hlm. 5-6.
[14] *Ibid*, hlm. 6.
[15] *Ibid*.

C. Pengertian Negara

Di dalam berbagai literatur, baik itu Ilmu Negara maupun Hukum Tata Negara telah diuraikan tentang aspek-aspek penting yang terkait dengan negara, namun dalam kaitannya dengan HAN yang teramat penting untuk dikemukakan hanyalah pada aspek unsur-unsur berdirinya suatu negara. Seperti termuat dalam ketentuan Pasal 1 Montevideo (*Pan American*) *Convention and Duties of States of 1993*.[16] Pasal tersebut berbunyi sebagai berikut:

The states as a person of international law should posses the following qualifications:

1. *permanent population;*
2. *defined territory;*
3. *government; and*
4. *capacity to enter into relations with other states.*

Dari persyaratan sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 1 Konvensi Montevideo tersebut di atas sangat jelas bahwa dua dari empat persyaratan berdirinya negara yakni adanya rakyat dan pemerintahan yang berdaulat. Unsur rakyat dan pemerintah merupakan aspek penting dalam membicarakan HAN, karena dalam konteks hubungan antara pemerintah dan rakyat inilah terjadi hubungan *resiprositas* (timbal balik), di mana negara sebagai *public service* bagi masyarakat cenderung atau berpotensi untuk melakukan pelanggaran terhadap hak-hak masyarakat. Pada kondisi seperti inilah diperlukannya HAN sebagai "rel" bagi pejabat administrasi negara dalam menjalankan fungsinya dalam melayani masyarakat.

D. Peristilahan dan Pengertian Hukum Administrasi Negara

Sebelum penulis mengemukakan definisi HAN yang dikemukakan kalangan ahli, ada baiknya kita mengetahui terlebih dahulu beberapa peristilahan yang dipergunakan untuk menyebut istilah lain dari HAN. Adapun istilah-istilah tersebut seperti: Hukum Tata Pemerintahan, Hukum Tata Usaha Negara,

[16] Konvensi Montevideo ini disahkan pada konferensi Internasional negara-negara Amerika di kota Montevideo yang ke-7 pada 26 Desember 1933. Lima belas negara Amerika Latin yang menghadiri konperensi ini dan Amerika Serikat adalah juga peserta konvensi ini. Konvensi ini, terutama ketentuan Pasal 1, telah diterima dan dianggap sebagai unsur-unsur yang umum sebagai prasayarat adanya suatu negara menurut hukum internasional. Lihat dalam CF. D.J. Harris, Cases and Materials on International Law (London: Sweet and Maxwell, 1979), hlm.90; Huala Adolf, Aspek-Aspek Negara dalam Hukum Internasional (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1996), hlm. 90; Moh. Mahfud MD, Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia (Yogyakarta: UII Press, 1993), hlm. 72-73.

dan Hukum Administrasi Negara itu sendiri. Meskipun terdapat perbedaan dari segi penggunaan kosakata dari masing-masing istilah tersebut namun secara substansial menurut penulis tetaplah memiliki makna yang sama.

Adanya perbedaan dalam menggunakan istilah tersebut boleh jadi disebabkan karena perbedaan terjemahan atas istilah asal dari lapangan studi ini atau juga disebabkan oleh perbedaan kecenderungan untuk memilih salah satu dari istilah-istilah yang berbeda-beda yang dipakai para Sarjana terdahulu. Salah satu istilah lapangan studi ini adalah istilah Belanda "*Administratief Recht*" dengan kata pokok 'administrasi'. Istilah 'administrasi' (*administration, administratie*) yang diadopsi menjadi Bahasa Indonesia memang mempunyai beberapa arti yaitu administrasi, pemerintahan, dan tata usaha (administrasi dalam arti sempit)[17] sebagaimana telah diuraikan di atas.

Mereka yang mengartikan "*administration*" dengan "administrasi" saja, menggunakan istilah "Hukum Administrasi Negara" sebagai ganti dari istilah *Administratief Recht*. Sedangkan mereka yang mengartikan "*administration*" dengan "pemerintahan" menggunakan istilah *Hukum Tata Pemerintahan* sebagai terjemahan dari dari *Administratief Recht*. Begitu juga *Tata Usaha Negara*.[18]

Selain itu masih ada istilah asal lainnya dari lapangan studi ini yaitu istilah Belanda "*Bestuursrecht*", "*Bestuurkunde*" dan "*Bestuurwetenshappen*". Kata *bestuur* dalam Bahasa Indonesia berarti pemerintahan. Oleh sebab itu penggunaan istilah Hukum Tata Pemerintahan kalau dikaitkan dengan istilah asalnya dapat berasal dari terjemahan atas istilah *administratief recht* (*administration* = pemerintahan).[19]

Dapat dijelaskan bahwa meskipun istilah yang dipakai dalam lapangan studi ini berbeda-beda namun objek dan maksudnya adalah sama. **Rochmat Soemitro** sebagaimana dikutip **SF. Marbun & Moh. Mahfud MD** di dalam papernya yang berjudul "Hukum Tata Pemerintahan pada Umumnya di Indonesia"[20] mengemukakan bahwa "pengertian Hukum Tata Pemerintahan (*Bestuursrecht*) dapat dipersamakan dengan pengertian *Hukum Administrasi Negara*

[17] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara, Cetakan Keempat. (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2004), hlm. 5.

[18] *Ibid*.

[19] *Ibid*.

[20] Rochmat Soemitro, Bahan Penataran Peradilan Administrasi Negara, kerjasama hukum Indonesia-Belanda yang berlangsung di Universitas Padjajaran, Bandung tanggal 10 sampai dengan 22 Agustus 1987. Dalam *ibid*.

(*Administratief Recht*). Di samping itu, pengertian antara keduanya seringkali dipergunakan secara bergantian, tanpa pembedaan.

Terlepas dari perdebatan tentang istilah yang digunakan untuk HAN, yang jauh lebih penting untuk diketahui adalah pengertian atau definisi dari HAN tersebut. Berikut ini kutipan pengertian HAN yang dikemukakan sejumlah ahli.

1. Menurut **C.J.N. Versteden** sebagaimana dikutip **Ridwan HR**[21] menyatakan bahwa Hukum Administrasi Negara:

   "*Wanner wij, beginend aan inleiding in het algemeen bestuursrecht, trachten tot een begripsbepaling te komen, stuiten wij in de eerste plaats op de term "bestuursrecht." Wat omvat dit onderdeel van het recht? Wij kunnen vaststellen dat bestuursrecht deel uitmaakt van het publickrecht .... Het bestuursrecht kan worden omschreven als de regels* (*van het publiekrecht*) *welke betrekking hebben op het* (*openbaar*) *bestuur*. [Apabila kita, – mengawali pengantar HAN secara umum – berupaya untuk memahami konsep tertentu, pertama-tama kita batasi pada term "hukum administrasi negara". apa isi bagian hukum ini? Kita dapat menetapkan bahwa HAN merupakan bagian dari hukum publik.... HAN dapat dijelaskan sebagai peraturan-peraturan (dari hukum publik) yang berkenaan dengan pemerintahan umum].

2. **J.M. Baron de Gerando** sebagaimana dikutip **Philipus M. Hadjon dkk** mengetengahkan bahwa objek hukum administrasi adalah peraturan-peraturan yang mengatur hubungan timbal balik antara pemerintah dan rakyat. (*Le droit administratif a pour object les regles qui regissent les rapports reciproques de I'administration avec les administres*).[22]

3. **J.H.A. Logemann** sebagaimana juga dikutip **Philipus M. Hadjon dkk** memberikan definisi HAN ialah hukum administrasi meliputi peraturan-peraturan khusus, yang di samping hukum perdata positif yang berlaku umum, mengatur cara-cara organisasi negara ikut serta dalam lalu lintas masyarakat. (*De bijzondere regels, die naast het voor allen geldende burgerlijk recht, beheersen de wijze, waarop de staatsorganisatie aan het maatschappelijk verkeer deelneemt*).[23]

---

[21] C.J.N. Versteden, Inleiding Algemeen Bestuursrecht (Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1984), hlm. 12-13; Ridwan HR, *Op.cit*, hlm. 15-16.

[22] Hadjon et al., *Op.cit*, hlm. 22.

[23] *Ibid*, hlm. 23.

4. **E.Utrecht** memberikan definisi HAN (hukum pemerintahan) menguji hubungan hukum istimewa yang diadakan akan memungkinkan para pejabat (*ambtsdrager*) administrasi negara melakukan tugas mereka yang khusus. Selanjutnya **E. Utrecht** menjelaskan bahwa "HAN adalah hukum yang mengatur sebagian lapangan pekerjaan administrasi negara". Bagian lain lapangan pekerjaan administrasi negara diatur oleh Hukum Tata Negara, hukum privat dan sebagainya.

E. Urgensi Hukum Administrasi Negara

Sebagai bagian dari hukum publik dan spesifikasi dalam ilmu hukum, tentunya HAN memiliki arti penting. Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya bahwa berdasarkan Konvensi Montevideo, dua dari empat syarat berdirinya negara yakni adanya pemerintah dan rakyat. Negara sebagai sebuah organisasi tentunya masih dalam makna yang bersifat pasif/abstrak, negara baru dapat dikatakan aktif/konkret manakala negara tersebut digerakkan oleh perangkat yang namanya pejabat administrasi negara yang bekerja pada institusi/organ negara.

Dalam hubungan antara pemerintah dan rakyat itulah terjadi hubungan timbal balik (*resiprositas*) dalam posisi pejabat administrasi negara sebagai *public service*. Dalam pelaksanaan tugas dan fungsi pejabat administrasi negara itulah terbuka peluang terjadinya penyalahgunaan kekuasaan (*a buse of power/onrechtmetige overheids daad*) oleh pejabat administrasi negara, karena sebagaimana dikatakan **Lord Acton** kekuasaan itu cenderung untuk korup (*power tends to corrupt*).

Dalam perspektif historis sebagai reaksi terhadap kekuasaan tiada batas atau cenderung untuk disalahgunakan itulah berkembang ajaran yang mengharuskan suatu kekuasaan dalam negara dibatasi dan diawasi. Salah satunya adalah melalui gagasan "demokrasi konstitusional" yang mengharuskan kekuasaan dilakukan atau setidak-tidaknya atas kehendak dari rakyat dan dibatasi kekuasaannya oleh suatu konstitusi atau hukum dasar.[24]

HAN mengatur hubungan hukum antara pemerintah/penguasa dengan masyarakat atau anggota masyarakat yang dilayani. Semakin modern sebuah negara, semakin banyak campur tangan pemerintah terhadap kegiatan-kegiatan kehidupan

[24] Miriam Budiarjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (Jakarta: Gramedia, 1993), hlm. 52.

masyarakat sehari-hari, seperti: kegiatan-kegiatan di bidang politik, ekonomi, sosial budaya, keluarga, dan sebagainya.[25] Supaya terjadi keharmonisan di dalam hubungan antara pemerintah dengan masyarakat atau anggota masyarakat tersebut, maka perlu adanya kontrol. Kehadiran HAN merupakan salah satu sarana kontrol terhadap bekerjanya kekuasaan negara yang dijalankan oleh pejabat administrasi negara.

Berdasarkan asas persamaan antara manusia dan warga negara, tidak ada orang atau kelompok orang yang begitu saja berhak untuk memerintah orang lain, kecuali atas penugasan dan persetujuan warga masyarakat sendiri, sungguh pun demikian kekuasaan dibatasi oleh hak-hak asasi semua anggota masyarakat di bawah ketentuan konstitusi dan hukum.[26]

Mengingat negara itu merupakan organisasi kekuasaan (*machtenorganisatie*), maka pada akhirnya hukum administrasi akan muncul sebagai instrumen untuk mengawasi penggunaan kekuasaan pemerintah. Dengan demikian, keberadaan HAN itu muncul karena adanya penyelenggaraan kekuasaan negara dan pemerintahan dalam suatu negara hukum, yang menuntut dan menghendaki penyelenggaraan tugas-tugas kenegaraan, pemerintahan, dan kemasyarakatan yang berdasarkan atas hukum.[27]

Pada masa sekarang ini hampir semua negara-negara di dunia menganut paham negara hukum, yakni menempatkan hukum sebagai aturan main penyelenggaraan kekuasaan negara dan pemerintahan. Sebagai negara hukum, sudah barang tentu memiliki HAN, sebagai instrumen untuk mengatur dan menyelenggarakan tugas-tugas pemerintahan negara. Oleh karena itu, sebenarnya semua negara modern mengenal HAN (*alle moderne staten kennen bestuursrecht*). Hanya saja hukum administrasi itu berbeda-beda antara suatu negara dengan lainnya (*het bestuursreht verschilt van land tot land*), yang disebabkan oleh perbedaan persoalan kemasyarakatan dan pemerintahan yang dihadapi penguasa, perbedaan sistem politik, perbedaan bentuk negara dan bentuk

---

[25] Prajudi Atmosudirdjo, Hukum Administrasi Negara, Edisi Revisi. (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983), hlm. 43; Lintong O. Siahaan, Prospek PTUN Sebagai Pranata Penyelesaian Sengketa Administrasi di Indonesia (Studi Tentang Keberadaan PTUN Selama Satu Dasawarsa 1991-2001) (Jakarta: Perum Percetakan Negara RI, 2005), hlm. 42.

[26] Franz Magnis Suseno, Etika Politik (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2001), hlm. 289 dan 294; Irfan Fachruddin, Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah (Bandung: PT Alumni, 2004), hlm. 14.

[27] Ridwan HR, *Op.cit*, hlm. 21.

pemerintahan, perbedaan Hukum Tata Negara yang menjadi sandaran hukum administrasi, dan sebagainya.[28]

Konsep negara hukum Indonesia sedikit banyak tidak lepas dari pengaruh perkembangan konsep negara hukum di dunia,[29] terutama *rechtsstaat* dan *the rule of law*. Intinya menurut **Sri Soemantri** adalah:

1. Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugasnya dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan;
2. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara);
3. Adanya pembagian kekuasaan;
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechtelijke control*).[30]

F. Ruang Lingkup Hukum Administrasi Negara

Membicarakan ruang lingkup kajian HAN tidak bisa lepas dari tugas dan fungsi dari pemerintahan. Untuk itu yang teramat penting untuk diketahui terlebih dahulu yakni pengertian dari pemerintah. Istilah "pemerintah" digunakan dalam dua pengertian. *Pertama*; dalam arti luas, adalah kegiatan negara dalam melaksanakan kekuasaan politik, *kedua*; dalam arti sempit, adalah meliputi kegiatan negara kecuali tugas pembuatan undang-undang dan peradilan.[31] Pemerintah dalam arti sempit (*bestuur*) mempunyai pengertian sama dengan administrasi.[32] Istilah "administrasi" dan "pemerintah" sudah umum digunakan, baik oleh Pemerintah maupun masyarakat. Di Amerika Serikat digunakan istilah "*the administration*" untuk pengertian keseluruhan pemerintahan, termasuk Presiden.[33]

---

[28] *Ibid*, hlm. 22.

[29] Pembagian konsep negara hukum di dunia dapat dilihat dalam Muhammad Tahir Azhary, Negara Hukum (Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini (Jakarta: Kencana, 2003).

[30] R. Sri Soemantri Martosoewignjo, Bunga Rampai HTN Indonesia (Bandung: Alumni, 1992), hlm. 29-30; Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 25.

[31] Algra N. E., Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae, Belanda Indonesia (Jakarta: Binacipta, 1983), hlm. 50; Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 12.

[32] Belinfante, A.D., Kort Begrip van het Administratief Recht, Terjemahan Boerhanoeddin Soetan Batoeah, Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara (Jakarta: Bina Cipta, 1983), hlm. 1; Lihat juga Fachruddin, *Loc.cit*.

[33] Rochmat Soemitro, "Peradilan Administrasi dalam Hukum Pajak di Indonesia" (Disertasi: Universitas Padjajaran, 1991). Dalam Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 11.

Apabila pengertian pemerintah ini dihubungkan dengan teori *trias politica* dari **Montesqieu**, maka yang dimaksud dengan pengertian pemerintah dalam arti luas meliputi tiga cabang kekuasaan negara sebagaimana dikemukakan Montesqieu yakni kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Sedangkan pengertian pemerintah dalam arti sempit hanya meliputi kekuasaan eksekutif saja.

Menurut **Philipus M Hadjon dkk**[34] kata pemerintahan dapat dipahami melalui dua pengertian: di satu pihak dalam arti "fungsi pemerintahan" (kegiatan memerintah), di lain pihak dalam arti "organisasi pemerintahan" (kumpulan dari kesatuan-kesatuan pemerintahan).

Ridwan HR, dalam bukunya Hukum Administrasi Negara, dari sejumlah pendapat ahli Hukum Administrasi Negara dapat disimpulkan bahwa ruang lingkup HAN mengatur hal-hal sebagai berikut:[35]

1. Perbuatan pemerintah (pusat dan daerah) dalam bidang publik;
2. Kewenangan pemerintahan (dalam melakukan perbuatan di bidang publik tersebut); di dalamnya diatur mengenai darimana, dengan cara apa, dan bagaimana pemerintah menggunakan kewenangannya; penggunaan kewenangan ini dituangkan dalam bentuk instrumen hukum sehingga diatur pula tentang pembuatan dan penggunaan instrumen hukum;
3. Akibat-akibat hukum yang lahir dari perbuatan atau penggunaan kewenangan pemerintahan itu;
4. Penegakan hukum dan penerapan sanksi-sanksi dalam bidang pemerintahan.

Sehubungan dengan adanya hukum administrasi tertulis, yang tertuang dalam berbagai peraturan perundang-undangan dan hukum administrasi tidak tertulis, yang lazim disebut asas-asas umum pemerintahan yang layak (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*); keberadaan dan sasaran dari hukum administrasi adalah sekumpulan peraturan hukum yang mengatur tentang tugas dan kewenangan pemerintahan dalam berbagai dimensinya sehingga tercipta penyelenggaraan pemerintahan dan kemasyarakatan yang baik dalam suatu negara hukum. Dengan demikian, keberadaan HAN dalam suatu negara hukum merupakan *conditio sine quanon*.[36]

---

[34] Hadjon *et al.*, *Op.cit*, hlm. 6.
[35] Ridwan HR, *Op.cit*, hlm. 44.
[36] *Ibid*, hlm. 44-45.

G. Hubungan Hukum Administrasi Negara dengan Ilmu Hukum Lainnya

Dilihat dalam perspektif keilmuan, ilmu yang paling erat kaitannya dengan HAN yakni Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, dan Hukum Perdata.

1. Hubungan Hukum Adiministrasi Negara dengan Hukum Tata Negara

Pada mulanya Hukum Tata Negara (HTN) dan HAN merupakan satu cabang ilmu yang bernama "*Staats en Administratief Recht*". Hal ini bisa dilihat pada *Hager Onderwijs Ordonantie*[37] yang berasal dari Pasal 9 *Reglement Rechtshogeschool* tahun 1924. Kemudian sesudah tahun 1946 diadakan pemisahan antara HTN dengan HAN. Hal mana terlihat dalam *Universcteits Reglement* (S. 1947 No. 170 Pasal 134).[38]

Pertanyaan yang mungkin timbul adalah tentang apa perbedaan HTN dan HAN? Pertanyaan ini wajar saja muncul karena pengertian menata (tata) sulit dibedakan dengan pengertian mengadministrasikan.

Di kalangan para sarjana hukum terdapat perbedaan pandangan tentang masalah ini. Ada yang berpendapat bahwa HTN dan HAN itu berbeda secara prinsip, sebaliknya ada segolongan sarjana lain yang berpendapat bahwa HTN dan HAN tidak mempunyai perbedaan prinsip.

Prins di dalam bukunya "*Inleiding in het Administratiefrecht van Indonesia*" mengemukakan bahwa perbedaan atau penentuan batas antara HTN dan HAN oleh para sarjana dilakukan dengan berbagai cara yang berbeda. Tetapi dari berbagai cara penentuan batas itu, menurut **Prins** ada konsepsi yang sama di antara mereka (para sarjana) yaitu:[39]

a. HTN mempelajari hal-hal yang sifatnya fundamental yakni tentang dasar-dasar dari negara dan menyangkut langsung setiap warga negara.
b. HAN lebih menitikberatkan pada hal-hal yang teknis saja, yang selama ini kita tidak berkepentingan karena hanya penting bagi para spesialisasi.

Prins sendiri berpendapat bahwa sebenarnya tidak ada

[37] Ordonansi tentang Perguruan Tinggi.

[38] R.D.H. Koesoemahatmadja, *Pengantar Hukum Tata Usaha Negara Indonesia* (Bandung: Alumni, 1985), hlm. 9. Seperti dikutip kembali oleh SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 12.

[39] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 13.

perbedaan antara HTN dan HAN itu, sebab lahirnya HAN sebagai ilmu yang berdiri sendiri bukan karena perbedaan isinya dengan HTN, tetapi karena HAN sudah berkembang sedemikian rupa sehingga memerlukan perhatian sendiri.

Van Vollenhoven menerangkan bahwa hukum tata usaha negara itu adalah semua kaidah hukum yang bukan HTN material, bukan hukum perdata material, dan bukan hukum pidana material. **Van Vollenhoven** membuat satu skema mengenai hukum tata usaha negara. Di dalam skema itu, ia membagi hukum tata usaha negara atas golongan-golongan antara lain:[40]

a. Hukum pemerintahan (*bestuursrecht*);
b. Hukum peradilan (*justitierecht*). Ini dibagi lagi atas:
    1). Peradilan ketatanegaraan;
    2). Peradilan perdata;
    3). Peradilan tata usaha;
    4). Peradilan pidana.
c. Hukum kepolisian (*politierecht*);
d. Hukum perundang-undangan (*regelaarsrecht*).

Menurut **Oppenheim**, HTN adalah sekumpulan peraturan hukum yang membentuk alat-alat perlengkapan negara dan aturan-aturan yang memberi wewenang kepada alat-alat perlengkapan negara itu serta membagi-bagikan tugas pekerjaan pemerintah modern antara beberapa alat perlengkapan negara di tingkat tinggi dan di tingkat rendah, artinya HTN itu mempersoalkan negara dalam keadaan diam (berhenti). Sedangkan HAN adalah sekumpulan peraturan hukum yang mengikat alat-alat perlengkapan yang tinggi dan rendah dalam rangka alat-alat perlengkapan menggunakan wewenang yang telah ditetapkan oleh HTN, dengan demikian hukum administrasi merupakan aturan-aturan mengenai negara dalam keadaan bergerak.[41]

Van Vollenhoven semula menentukan batas perbedaan antara HTN dengan HAN itu dengan menggunakan ukuran "bergerak" dan "tidak bergerak" seperti halnya **Oppenheim**. Hal itu terlihat

---

[40] Van Vollenhoven, Omtrek van het Administratief recht (Koninklijke Akademie van Wetenschappen, Afd. Lett., deel 62, Serie B, No. 3, Amsterdam, 1926) dalam Usep Ranawijaya, HTN Indonesia Dasar-Dasarnya (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983), hlm. 11. Lihat juga Wirjono Projodikoro, Asas-Asas HTN di Indonesia, Cetakan Keenam. (Jakarta: Dian Rakyat, 1989), hlm. 8.

[41] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 14.

dalam bukunya yang berjudul *Thorbecke en het Administratief Recht*, di mana **Van Vollenhoven** mengatakan bahwa HTN itu adalah hukum mengenai negara dalam keadaan berhenti, sedangkan HAN adalah hukum mengenai negara dalam keadaan bergerak. Akan tetapi kemudian di dalam bukunya yang berjudul *Omtrek van het Administratiefrecht*, **Van Vollenhoven** menggunakan ukuran lain yang terkenal dengan "Teori Residu" (sisa). Dikatakannya bahwa yang termasuk HAN adalah sisa dari semua peraturan hukum nasional sesudah dikurangi HTN materiil, Hukum Perdata materiil, dan Hukum Pidana materiil. Sebagaimana telah dijelaskan di atas.[42]

Logemann di dalam bukunya *Staats recht van Nederlandsche Indie* juga berpendapat bahwa ada perbedaan prinsip antara HTN dan HAN. Namun **Logemann** menggunakan ukuran yang berlainan dengan **Van Vollehhoven** sebab **Logemann** menyatakan secara lebih tegas tentang garis perbedaan antara HTN dan HAN tersebut. Menurut **Logemann** HTN adalah pelajaran tentang hubungan istimewa. Diuaraikan oleh **Logemann** bahwa sebagai pelajaran tentang kompetensi HTN mempelajari hal-hal sebagai berikut:

a. Jabatan-jabatan yang ada dalam susunan satu negara.
b. Siapakah yang mengadakan jabatan itu.
c. Dengan cara bagaimana jabatan itu ditempati oleh pejabat.
d. Fungsi (lapangan kerja) jabatan-jabatan itu.
e. Kekuasaan hukum jabatan-jabatan itu.
f. Perhubungan antara masing-masing jabatan itu.
g. Dalam batas-batas manakah organ-organ kenegaraan dapat melaksanakan tugasnya.[43]

Sedangkan HAN yang merupakan pelajaran tentang hubungan istimewa itu mempelajari sifat, bentuk dan akibat hukum yang timbul karena perbuatan-perbuatan hukum istimewa yang dilakukan oleh para pejabat dalam menjalankan tugasnya.

2. *Hubungan Hukum Administrasi Negara dengan Hukum Pidana*

HAN dan Hukum Pidana sama-sama merupakan bagian dari hukum publik, karena mengatur hubungan antara warga negara dengan kepentingan negara. Secara teoritik dan normatif, sulit bagi kita untuk mengetahui korelasi antara HAN dengan Hukum Pidana, namun dalam tatanan praktis terlihat jelas hubungan yang

[42] *Ibid*.
[43] *Ibid*, hlm. 16.

erat antara HAN dengan Hukum Pidana. Hal ini terlihat jelas dalam Hukum Pidana Khusus[44] yang terkait dengan perkara tindak pidana korupsi.

Dalam kasus korupsi sangat terlihat jelas hubungan yang erat antara HAN dengan Hukum Pidana. Karena berbicara kewenangan (*bevoegdheid*) merupakan domain/wilayah HAN, tetapi tatkala kewenangan (*bevoegdheid*) yang dimiliki oleh pejabat negara itu disalahgunakan (*a buse of power/onrechtmatige overheids daad*) dan menyebabkan kerugian terhadap keuangan negara, maka kewenangan yang dimiliki itu harus dipertanggungjawabkan di hadapan Hukum Pidana.

Sebagai contoh dalam bidang perizinan di sektor kehutanan, berbicara izin *an sich* merupakan domain atau wilayah Hukum Administrasi Negara, tetapi ketika izin yang dikeluarkan tersebut baru dikeluarkan oleh seorang pejabat administrasi negara karena sudah menerima uang sogokan, maka proses perizinan yang sebelumnya merupakan peristiwa HAN akan bergeser menjadi peristiwa Hukum Pidana.

Peristiwa konkret persinggungan antara HAN dengan Hukum Pidana dapat kita lihat dalam perkara **Akbar Tandjung** dalam kasus *buloggate*. Di mana dalam tingkat pengadilan pertama dan banding, **Akbar Tanjung** dinyatakan bersalah, namun pada tingkat kasasi **Akbar Tandjung** dinyatakan bebas dengan dalil bahwa perbuatan yang dilakukannya masuk dalam *domein* HAN.

Dalam perkara Akbar Tandjung, **S.F. Marbun** berpendapat:[45]

> "Bahwa sehubungan dengan tidak terbuktinya perbuatan penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh **Ir. Akbar Tandjung** tersebut, sedangkan perbuatan menyalahgunakan wewenang tersebut merupakan salah satu bentuk atau wujud dari perbuatan melawan hukum, baik formil maupun materiil, maka unsur perbuatan melawan hukum sebagaimana dakwaan subsider jaksa tidak terpenuhi dalam perbuatan **Ir. Akbar Tandjung**."
>
> "Bahwa karena hubungan antara Presiden dan Mensesneg tersebut bersifat hukum publik atau *publiek rechttelikj*, maka perintah yang diberikan oleh Presiden kepada

[44] Hukum Pidana Khusus dapat diartikan sebagai delik-delik yang pengaturannya di luar Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

[45] SF. Marbun, "Analisis Teoritik Yuridik Kasus Ir. Akbar Tandjung dari Optik Hukum Administrasi Negara," dalam Putusan Perkara Akbar Tandjung Analisis Yuridis Para Ahli Hukum, ed. Amir Symasudin et al. (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2004), hlm. 55.

> Mensesneg sebagai pembantu Presiden tersebut harus pula dilihat sebagai perintah jabatan (*amtelijk bevel*).[46] Artinya perintah itu diberikan berdasarkan suatu jabatan kepada orang-orang bawahan, sedangkan perintah jabatan itu diberikan oleh Presiden sebagai pemegang kekuasaan yang berwenang. Bahkan menurut **Prof. J. Remmelink**, apabila perintah itu dilaksanakan dan sekaligus terjadi suatu tindak pidana, maka sifat dipidana tindakan tersebut akan hilang karena di dalam tindakan tersebut tidak terkandung unsur melawan hukum.[47] Dengan demikian, tidak berlebihan apabila kemudian Mahkamah Agung mengikuti pendapat **Pompe** dan **van Hamel** serta **J. Remmelink** tersebut dalam menerapkan ketentuan Pasal 51 ayat (1) KUHP dalam perkara **Ir. Akbar Tandjung**."

Pendapat berbeda dalam perkara Ir. Akbar Tandjung ini disampaikan oleh **R. Otje Salman**. Menurutnya dalam perkara ini, **Ir. Akbar Tandjung** dapat dijerat dengan ketentuan Pasal 55 KUHP.[48]

Selain perkara di atas, persentuhan antara hukum pidana dan HAN terlihat kental dalam praktik penegakan hukum atas tindak pidana korupsi. Di mana pada umumnya, eksepsi maupun *pledoi* dari *lawyer* terhadap seorang terdakwa tindak pidana korupsi selalu mendalilkan bahwa perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa masuk dalam domain HAN.[49]

Menurut **J. van Kan** dalam bukunya "*Inleiding tot het Rechtswetenchap*" halaman 54-55 dan **Utrecht** dalam bukunya "Hukum Pidana" halaman 64 sebagaimana dikutip **Bachsan Mustafa,** berpendapat bahwa:[50]

> "Hukum Pidana pada pokoknya tidak membuat kaidah-kaidah baru, Hukum Pidana tidak mengadakan kewajiban-kewajiban hukum baru. Kaidah-kaidah yang telah ada di

---

[46] Lihat uraian Pompe dan van Hamel sebagaimana dikutip dalam P.A.F. Lumintang, Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1977), hlm. 526. Lihat juga SF. Marbun, *Loc.cit*.

[47] J. Remmelink, *Hukum Pidana*, Terjemahan. (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2003), hlm. 253.

[48] Pendapat ini disampaikan dalam kuliah filsafat hukum mahasiswa program Doktor Universitas Padjajaran Bandung angkatan 2010 di Gedung Mochtar Kantaadmadja, Jl. Banda Bandung. Tanggal dan bulan tidak diketahui.

[49] Beberapa kasus yang *debatable* seperti bebasnya Adelin Lis, Akbar Tandjung, Kasus Century, dan lain-lain.

[50] Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara* (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1990), hlm. 64.

bagian-bagian lain seperti Hukum Administrasi Negara, Hukum Perburuhan, Hukum Pajak, Hukum Perdata, Hukum Tatanegara dan sebagainya dipertahankan dengan ancaman hukuman atau dengan penjatuhan hukuman yang lebih berat. Dengan perkataan lain kewajiban-kewajiban hukum yang telah ada di bagaian lain dari hukum-hukum itu ditegaskan kembali dengan suatu paksaan istimewa, yakni paksaan yang lebih keras dari paksaan-paksaan yang ada di bagian-bagian lain dari hukum tersebut. Sering kewajiban-kewajiban hukum tersebut dicantumkan dalam ketentuan undang-undang yang juga memuat ancaman hukum yang bersangkutan. Hukum Pidana menyebabkan hal beberapa petunjuk hidup dapat ditegaskan lebih keras. Tetapi Hukum Pidana sendiri tak memuat petunjuk-petunjuk hidup itu. Hukum Pidana hakikatnya hukum sanksi. Hukum Pidana memberi sanksi istimewa baik atas pelanggaran kaidah hukum privat, maupun atas pelanggaran kaidah hukum publik yang telah ada."

Sebagai contoh klasik misalnya: Pasal 68 TST (*Tjatatan Sipil Orang-Orang Tionghoa*) yang menetapkan sebagai berikut: "Setelah dihadapkan seorang pegawai catatan sipil dinyatakan keterangan para pihak yang disebut dalam Pasal 80 BW (KUHS), maka ia akan menyatakan atas nama undang-undang bahwa mereka terikat yang satu pada yang lainnya karena perkawinan, dan membuat segera tentang itu suatu akta dalam daftar yang diperuntukkan untuk itu." Pasal ini mewajibkan seorang pegawai catatan sipil dilangsungkan olehnya suatu perkawinan untuk dengan segera membuat akta nikah dalam daftar perkawinan dan perceraian yang bersangkutan. Apabila pegawai catatan sipil ini lalai mencatatkan akta nikah ini dalam daftar perkawinan tersebut atau menulisnya pada sehelai kertas yang terlepas, maka ia dapat dikenakan Hukum Pidana berdasarkan Pasal 558 KUHP yang berbunyi: "Pegawai catatan sipil, yang alpa menuliskan suatu akta dalam daftar atau yang menuliskan suatu akta pada sehelai kertas yang terlepas dipidana dengan denda sebanyak-banyaknya seribu lima ratus rupiah."[51]

Jadi jelas bahwa pelanggaran Pasal 68 TST yang merupakan salah satu ketentuan HAN, ancaman hukumnya (sanksinya) terdapat dalam Hukum Pidana yang dimuat dalam Pasal 558 KUHP tersebut di atas. Dari uraian pendapat **J. van Kan** dan **Utrecht**

[51] *Ibid*.

tersebut di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa hubungan antara HAN dengan Hukum Pidana terjadi dalam hal:[52]

> "Apabila kaidah HAN yang diulang kembali menjadi kaidah hukum pidana, atau dengan perkataan lain apabila ada pelanggaran kaidah Hukum Administrasi Negara, maka sanksinya terdapat dalam hukum pidana."[53]

3. Hubungan Hukum Administrasi Negara dengan Hukum Perdata

Untuk mengetahui bagaimana hubungan antara HAN dengan Hukum Perdata, terlebih dahulu kita harus mengetahui pendapat ahli. Menurut **Paul Scholten** sebagaimana dikutip **Buchsan Mustafa** berpendapat bahwa:[54]

> "Hukum yang dapat dibedakan dari Hukum Perdata sebagai hukum yang bersifat sendiri adalah hanya hukum tentang organisasi masyarakat, akan tetapi sepanjang hukum publik tidak mengadakan aturan-aturan yang lain, maka di manapun hukum perdata itu berlaku sebagai hukum umum atau hukum rakyat."

Jadi kesimpulan **Scholten** ini ialah, HAN itu merupakan hukum khusus tentang organisasi negara dan hukum perdata sebagai hukum umum, yang mana dalam ajaran ini mengandung dua asas. Asas pertama, negara dan badan hukum publik lainnya dapat menggunakan peraturan-peraturan dari hukum perjanjian yang terdapat dalam buku ke-III KUHS. Asas kedua adalah asas "*lex specialis derogat lex generalis*" yaitu bahwa hukum khusus menyampingkan hukum umum. Artinya apabila suatu peristiwa hukum diatur baik oleh HAN maupun Hukum Perdata, maka peristiwa itu diselesaikan berdasarkan HAN sebagai ketentuan hukum khusus, tidak diselesaikan berdasarkan Hukum Perdata sebagai hukum umum.[55]

HAN dan Hukum Perdata akan bersinggungan atau berhubungan dalam hal:[56]

---

[52] *Ibid*, hlm. 65-66.
[53] *Ibid*, hlm. 66.
[54] *Ibid*, hlm. 61.
[55] *Ibid*.
[56] *Ibid*, hlm. 63.

a. Pada waktu terjadi adaptasi kaidah Hukum Perdata menjadi kaidah Hukum Administrasi Negara.
b. Apabila Badan Administrasi Negara melakukan perbuatan-perbuatan yang dikuasai oleh Hukum Perdata.
c. Apabila suatu kasus dikuasai oleh Hukum Perdata dan Hukum Administrasi Negara, maka kasus itu diselesaikan berdasarkan ketentuan-ketentuan Hukum Administrasi Negara.

BAB II
SUMBER-SUMBER HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

A. Pengertian Sumber-Sumber Hukum

Sebelum penulis menguraikan sumber-sumber Hukum Administrasi Negara, terlebih dahulu penulis menyinggung tentang pengertian dari sumber hukum.

Kata sumber-sumber berarti jamak, artinya sumber dari hukum tidaklah tunggal. Sumber hukum berkaitan erat dengan di manakah hukum itu dapat ditemukan? Dalam kaitannya dengan hukum acara sebagai tempat bagi hakim dapat mencari atau menemukan hukumnya yang dapat digunakan sebagai dasar dalam menjatuhkan putusan (*vonis*)? Atau tempat bagaimana kita dapat mengetahui bahwa suatu peraturan tertentu mempunyai kekuatan mengikat atau berlaku? Pertanyaan-pertanyaan itu hanya dapat dijawab dengan memahami atau mengetahui ajaran tentang sumber hukum.[57]

Kata sumber hukum sering digunakan dalam beberapa arti, yaitu:

1. Sebagai asas hukum, sebagai sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa (*volksgeist*) dan sebagainya;
2. Menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan-bahan kepada hukum yang sekarang berlaku: hukum pancasila, hukum Romawi;
3. Sebagai sumber berlakunya, yang memberi kekuatan

[57] Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Cetakan Ketiga. (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2002), hlm. 76.

berlaku secara formal kepada peraturan hukum (penguasa, masyarakat);

4. Sebagai sumber dari mana kita dapat mengenal hukum, misalnya dokumen, undang-undang, batu bertulis dan sebagainya;
5. Sebagai sumber terjadinya hukum; sumber yang menimbulkan hukum.[58]

Menurut **Bagir Manan**, menelaah dan mempelajari sumber hukum memerlukan kehati-hatian. Karena istilah sumber hukum mengandung berbagai pengertian. Tanpa kehati-hatian dan kecermatan yang mendalam mengenai apa yang dimaksud dengan sumber hukum dapat menimbulkan kekeliruan, bahkan menyesatkan. Dalam hubungan ini **Paton** menyatakan:

> "*The term sources of law has many meanings and is a frequent couse of error unless we scrutinize carefully the particular meaning given to it in many particular text.*"[59]

Algra membagi sumber hukum menjadi sumber hukum meteriil dan sumber hukum formil:[60]

> Sumber hukum materiil ialah tempat dari mana materi hukum itu diambil. Sumber hukum materiil ini merupakan faktor yang membantu pembentukan hukum, misalnya: hubungan sosial, hubungan kekuatan politik, situasi sosial ekonomis, tradisi (pandangan keagamaan, kesusilaan), hasil penelitian ilmiah (kriminologi, lalu lintas), perkembangan internasional, keadaan geografis. Ini semuanya merupakan objek studi penting bagi sosiologi hukum.[61]

Sumber hukum formil merupakan tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu formal berlaku.[62]

---

[58] Willem Zevenbergen, Formele Encyclopedie der Rechtswetenschap, Gebr. Belinfante, s'Gravenhage, 1925. Terpetik dalam Mertokusumo, *Loc.cit*.

[59] George Whitecross Paton, A Text-Book of Jurisprudence, Second ed. (London: Oxford University Press, 1951), hlm. 140, dalam Bagir Manan, Konvensi Ketatanegaraan (Bandung: Armico, 1987), hlm. 10.

[60] Algra, N.E., et al., Rechtsaanvang Instituut Inleiding tot de Rechtswetenschap (Heidelberglaan: R.U. Utrecht, 1975) hlm. 74, dalam Mertokusumo, *Op.cit*, hlm. 76.

[61] *Ibid*, hlm. 77.

[62] *Ibid*.

Masuk ke dalam sumber hukum formal ini adalah: Undang-undang (dalam arti luas), Hukum Adat, Hukum Kebiasaan, Traktat, Yurisprudensi, dan Doktrin.[63]

Bodenheimer membedakan sumber hukum dalam arti formal dan non formal. Sumber hukum dalam arti formal menurut **Bodenheimer** adalah: "*Sources which are available in a articulated textual formulation embodied in a authoritative legal document.*" Termasuk ke dalam sumber hukum dalam arti formal adalah UUD dan undang-undang (*legislation*), peraturan pelaksanaan dan peraturan tingkat daerah (*delegated and autonomous legislation*), perjanjian dan persetujuan internasional (*traties and certain other agreements*), dan yurisprudensi (*judicial precedents*). Sedangkan yang diartikan dengan sumber hukum nonformal adalah "*legally significant materialis and considerations which have not received and authoritative or at least articulated formulation and embodiment in a formalized legal document.*" Termasuk ke dalam sumber non formal adalah: "*Standard of justice, principle of reasons and conciderations of the nature of the things (naturarerum), individual equity, public policies, moral convictions, social trends, and customany law.*"[64]

Hal-hal yang termasuk ke dalam sumber hukum nonformal menurut **Bodenheimer** pada dasarnya sama dengan hal-hal yang termsuk sumber-sumber hukum materiil menurut **Algra-Duyvendijk.** Dengan demikian dapat ditarik kesimpulan bahwa sumber hukum nonformal tidak lain dari sumber hukum dalam arti materiil. Sama dengan **Paton**, **Bodenheimer** memasukkan hukum kebiasaan (*customary law*) ke dalam sumber hukum nonformal atau dalam arti materiil.[65]

Sementara itu menurut **Achmad Sanoesi** sebagai mana dikutip **Sudikno Mertokusumo** membagi sumber hukum menjadi dua kelompok, yaitu:[66]

1. Sumber hukum normal, yang dibaginya lebih lanjut menjadi:
    a. Sumber hukum normal yang langsung atas pengakuan undang-undang, yaitu:

---

[63] Mahadi, *Sumber-Sumber Hukum*, Jilid 1. (Jakarta: N.V. Soeroengan, 1956), hlm. 35-36; Manan, *Op.cit*, hlm. 13.

[64] Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence, the Philosophy, and Method of the Law* (Cambridge-Massachusetts: Havard University Press, 1970), hlm. 271, dalam Manan, *Op.cit*, hlm. 14.

[65] *Ibid*.

[66] Achmad Sanoesi, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia* (Bandung: Penerbit Tarsito, 1977), hlm. 34. Dikutip kembali oleh Mertokusumo, *Op.cit*, hlm. 76-77.

- Undang-undang.
- Perjanjian antar negara.
- Kebiasaan.

b. Sumber hukum normal yang tidak langsung atas pengakuan undang-undang, yaitu:
   - Perjanjian.
   - Doktrin.
   - Yurisprudensi.

2. Sumber hukum abnormal, yaitu:
   - Proklamasi.
   - Revolusi.
   - *Coup d'etat*.

Ilmu HAN adalah salah satu cabang Ilmu Hukum. Sudah dengan sendirinya sumber-sumber HTN tidak terlepas dari pengertian sumber hukum menurut pandangan ilmu hukum pada umumnya. Sumber HAN juga mencakup sumber hukum dalam arti materiil dan sumber hukum dalam arti formal.

B. Sumber Materiil Hukum Administrasi Negara

Sumber hukum materiil dari HAN dapat ditinjau dari pelbagai sudut. Sumber hukum materiil HAN adalah faktor-faktor yang ikut mempengaruhi isi dari aturan hukum adalah historis, filosofis, dan sosiologis/antropologis.[67]

1. Sumber Hukum Historis (Rechtsbron in Historische zin)

Sumber hukum dalam arti historis dapat dimaknai dalam dua arti yaitu:[68] *Pertama, als kenbron (vindplaats) van het recht op een bepaald moment* [sebagai sumber pengenalan (tempat menemukan) hukum pada saat tertentu]; *kedua, als bron waaruit de wetgever geput heeft bij de samenstelling van een wettelijke regeling*, (sebagai sumber dimana pembuat undang-undang mengambil bahan dan membentuk peraturan perundang-undangan). Dalam arti yang *pertama*, sumber hukum historis meliputi undang-undang, putusan-putusan hakim, tulisan-tulisan ahli hukum (*geschriften*

[67] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 21.

[68] P.J.P. Tak, Rechtsvorming in Nederland (Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1991), hlm. 32, dalam Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Revisi. (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011), hlm. 57.

van juristen), juga tulisan-tulisan yang tidak bersifat yuridis sepanjang memuat pemberitahuan mengenai lembaga-lembaga hukum. adapun dalam arti *kedua*, sumber hukum historis meliputi sistem-sistem hukum masa lalu yang pernah berlaku pada tempat tertentu seperti sistem hukum Romawi, sistem hukum Perancis, dan sebagainya. Di samping itu, jugado kumen-dokumen dan surat-surat keterangan yang berkenaan dengan hukum pada saat dan tempat tertentu.

2. Sumber Sosiologis/Antropologis (Rechtsborn in Sociologische zin)

Sumber hukum sosiologis ini memiliki arti penting dalam menentukan isi/materi dari suatu kaedah hukum. Sebagaimana dikatakan oleh von savigny bahwa hukum itu berasal dari *volksgeist* (jiwa bangsa) yang artinya bahwa ketentuan/kaedah hukum itu harus berasal dari nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang di tengah-tengah masyarakat. Begitu juga dalam menentukan materi/ isi kaedah hukum dalam ruang lingkup HAN juga harus memenuhi nilai-nilai sosiologis, sehingga aturan tersebut tidak mendapatkan penolakan dari masyarakat.

Menurut **Muchsan** sebagaimana dikutip **SF. Marbun & Moh. Mahfud MD** dari sudut sosiologis/antropologis ditegaskan bahwa sumber hukum materiil itu adalah seluruh komponen masyarakat. Sudut ini menyoroti lembaga-lembaga sosial sehingga dapat diketahui apakah yang dirasakan sebagai hukum oleh lembaga-lembaga itu. Dari pengetahuan itulah dapat dibuat materi hukum yang sesuai dengan kenyataan sosiologisnya. Dapat juga dikatakan bahwa dari sudut sosiologis/antropologis ini yang dimaksud adalah faktor-faktor dalam masyarakat yang ikut menentukan isi hukum positif, faktor-faktor mana meliputi pandangan ekonomis, pandangan agamis dan pisikologis.[69]

Dalam suatu masyarakat industri atau masyarakat agraris misalnya, maka hukumnya harus sesuai dengan kenyataan-kenyataan yang ada dalam masyarakat industri atau masyarakat agraris tersebut.[70]

Sebagai contoh apa yang dikemukakan oleh **Bernard L Tanya** dalam Disertasinya yang berjudul Beban Budaya Lokal Menghadapi

---

[69] Muchsan, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Cetakan IX. (Jakarta: PT Penerbit dan Balai Buku Ichtiar, 1966), hlm. 76-81, dalam SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 3.

[70] Ridwan HR, *Op.cit*, hlm. 58.

Regulasi Negara (Studi lapangan di Pulau Sabu-Nusa Tenggara Timur):[71]

> "Peraturan Daerah dari kabupaten tentang tertib hewan dan kebun, dimaksudkan untuk menjamin keberhasilan pembangunan/inovasi pertanian dan gerakan penghijauan yang menjadi salah satu paket utama pembangunan daerah (termuat dalam bagian pertimbangan Peraturan Daerah). Pola tertib hewan dan kebun yang diatur lewat Perda, mewajibkan rakyat untuk mengikat atau mengandangkan ternaknya. Untuk jelasnya, beberapa pasal dari Perda No. 5 Tahun 1989 menentukan hal-hal sebagai berikut: Dalam daerah pertanian, peternak dilarang melepaskan ternaknya berkeliaran untuk mencari makan sendiri (ps. 4 ayat 3). Para petani di daerah peternakan, wajib memagari tanamannya (ps. 7 ayat 2). Ternak yang digembalakan di siang hari, wajib dikandangkan pada malam hari (ps. 8 ayat 3)."

Dari contoh di atas dapat disimpulkan bahwa lahirnya Peraturan Daerah tersebut dilatar belakangi oleh situasi dan kondisi masyarakat di daerah Pulau Sabu NTT yang rata-rata hidup di sektor pertanian. Namun, dari analisis yang dilakukan oleh **Bernard** untuk keadaan tertentu materi Perda ini justru mempersulit masyarakat. Menurut **Bernard** untuk musim hujan, aturan Perda ini memang tidak menimbulkan masalah, karena selain sesuai dengan ketentuan *uku*, juga persediaan makanan ternak alamiah dan air cukup tersedia. Tapi persoalannya menjadi lain di musim kemarau. Semua yang dengan mudah dapat diperoleh di musim hujan, menjadi barang langka di musim kemarau. Untuk mengikat ternak di musim kemarau, hampir mustahil. Di sana tidak ada rumput besar yang dapat dipotong, sementara dedaunan pohon juga sudah langka karena ranting-rantingnya telah dipotong untuk keperluan pagar ladang-kebun di musim hujan. Belum lagi persediaan air yang kian langka karena bagian terbesar gubangan-gubangan alamiah telah kering.[72]

3. Sumber Hukum Filosofis (Rechtsbron in Filosofische zin)

Dari sudut filsafat ada dua masalah penting yang dapat menentukan jadi sumber hukum, yaitu:[73]

---

[71] Bernard L. Tanya, Hukum dalam Ruang Sosial (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), hlm. 183-184.

[72] *Ibid*, hlm. 183-184.

[73] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 23

a. Ukuran untuk menentukan bahwa sesuatu itu bersifat adil. Karena hukum itu dimaksudkan, antara lain, untuk menciptakan keadilan maka hal-hal yang secara filosofis dianggap adil dijadikan juga sumber hukum materiil.
b. Faktor-faktor yang mendorong seseorang mau tunduk pada hukum. hukum itu diciptakan agar ditaati, oleh sebab itu semua faktor yang dapat mendorong seseorang taat pada hukum marus diperhatikan dalam pembuatan aturan hukum.

Menurut **P.J.P. Tak**[74] sebagaimana dikutip **Ridwan HR** sumber hukum dalam arti filosofis memiliki dua arti yaitu; *pertama, als bron voor de inhoud van rechtvaarding recht* (sebagai sumber untuk isi hukum yang adil); *kedua, als bron van de vebinde kracht van het recht, waarbijmen denkt aan de vraag; waarom zijn wij aan het gehoorzaamheid verschuldigd* (sebagai sumber untuk kekuatan mengikat dari hukum, untuk menjawab pertanyaan; mengapa kita harus mematuhui hukum).

Dari ketiga sumber hukum tersebut di atas merupakan satu kesatuan dan tidak dipisahkan. Suatu kaedah hukum harus memuat ketiga aspek tersebut baik aspek historis, sosiologis, maupun aspek filosofis.

C. Sumber Hukum Formal Hukum Administrasi Negara

Sumber hukum formal adalah sumber hukum yang berasal dari aturan-aturan hukum yang sudah mempunyai bentuk sebagai pernyataan berlakunya hukum. Dengan demikian sumber hukum formal ini merupakan pemberian bentuk pernyataan bahwa sumber materiil dinyatakan berlaku. Ini berarti bahwa sumber hukum materiil dapat berlaku jika sudah diberi bentuk atau dinyatakan berlaku dengan formal.[75]

Menurut **E. Utrecht**[76] sebagaimana dikutip **SF. Marbun & Moh. Mahfud MD** sumber hukum formal dari HAN adalah:

1. Undang-undang (Hukum Administrasi Negara tertulis).
2. Praktik Administrasi Negara (Konvensi).
3. Yurisprudensi.
4. Doktrin (anggapan para ahli).

---

[74] P.J.P. Tak, dalam Ridwan HR, *Op.cit*, hlm. 59.
[75] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Loc.cit*.
[76] E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat UNPAD, Bandung, 1960, hlm. 58. Dalam SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Loc.cit*.

Sedangkan **Ridwan HR**[77] membagi sumber hukum formal dari HAN adalah:

1. Peraturan Perundang-Undangan.
2. Praktik Administrasi Negara/Hukum Tidak Tertulis.
3. Yurisprudensi.
4. Doktrin.

1. Peraturan Perundang-undangan

Di antara pendapat **E. Utrecht** sebagaimana dikutip **SF. Marbun & Moh. Mahfud MD** dan pendapat **Ridwan HR** tersebut di atas terdapat perbedaan penempatan sumber pertama dari sumber hukum formal HAN yakni undang-undang dan peraturan perundang-undangan, di mana **E. Ultrecht** menyatakan hanya undang-undang yang merupakan sumber hukum formal dari HAN, sedangkan **Ridwan HR** menyatakan bahwa peraturan perundang-undangan merupakan sumber pertama dari sumber hukum formal HAN. Itu artinya bahwa menurut **Ridwan HR**, undang-undang hanyalah salah satu dari sumber hukum formal HAN. Dengan mengacu pada bunyi ketentuan Pasal 1 angka 2 UU No. 5 Tahun 1986[78] tentang Peradilan Tata Usaha Negara, **Ridwan HR** berkesimpulan bahwa peraturan perundang-undangan terdiri dari dua macam yaitu undang-undang/peraturan daerah dan keputusan pemerintah pusat/daerah.

Menurut hemat penulis yang dikatakan peraturan perundang-undangan adalah sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU PPP), bahwa jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan terdiri atas:

a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;

---

[77] Ridwan HR, *Op.cit*, hlm. 61-66.

[78] Berdasarkan ketentuan pasal a quo, peraturan perundang-undangan adalah semua peraturan yang bersifat mengikat secara umum yang dikeluarkan oleh Badan Perwakilan Rakyat bersama pemerintah baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah, serta semua Keputusan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara, baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah, yang jua mengikat umum.

c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
d. Peraturan Pemerintah;
e. Peraturan Presiden;
f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Menurut **Maria Farida Indrati Soeprapto**,[79] Undang-Undang Dasar 1945 tidak tepat kalau dikatakan sebagai peraturan perundang-undangan oleh karena Undang-Undang Dasar 1945 itu dapat terdiri atas dua kelompok norma hukum: (1) Pembukaan UUD 1945 merupakan *staatsfundamentalnorm* atau Norma Fundamental Negara. Norma Fundamental Negara ini merupakan norma hukum tertinggi yang bersifat *pre-supposed* dan merupakan landasan dasar filosofis yang mengandung kaedah-kaedah dasar bagi pengaturan negara itu lebih lanjut. Sifat norma hukumnya masih secara garis besar dan merupan norma hukum tunggal, dalam arti belum dilekati oleh norma hukum sekunder. (2) Selanjutnya, Batang Tubuh UUD 1945 merupakan *staatgrundgesetz* atau Aturan Dasar Negara/Aturan Pokok Negara yang merupakan garis-garis besar atau pokok kebijaksanaan negara untuk menggariskan tata cara membentu peraturan perundang-undangan yang mengikat umum. Sifat dari norma hukumnya masih bersifat garis besar dan pokok dan merupakan norma hukum tunggal, jadi belum dilekati oleh norma hukum sekunder.[80]

Kemudian terkait dengan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat merupakan *staatsgrundgesertz* atau Aturan Dasar Negara/ Aturan Pokok Negara. Seperti halnya Batang Tubuh UUD 1945, Ketetapan MPR ini juga berisi garis-garis besar atau pokok-pokok kebijaksanaan negara, sifat norma hukumnya masih secara garis besar dan merupakan norma hukum tunggal yang tidak dilekati oleh norma hukum sekunder.[81]

Jadi, baik Undang-Undang Dasar 1945 yang terdiri atas Pembukaan dan Batang Tubuhnya maupun Ketetapan MPR tidak termasuk dalam peraturan perundang-undangan, tetapi termasuk dalam *staatsfundamentalnorm* dan *staatgrundgesetz*, sehingga menempatkan keduanya kedalam jenis peraturan perundang-undangan adalah sama dengan menempatkanya terlalu rendah.

---

[79] Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan: Dasar-Dasar dan Pembentukannya* (Yogyakarta: Kanisius, 2008), hlm. 48-54.
[80] *Ibid*, hlm. 48-49.
[81] *Ibid*, hlm. 49.

Undang-Undang Dasar dan Ketetapan MPR pada hakikatnya tidak dapat digolongkan ke dalam peraturan perundang-undangan karena mengandung jenis norma yang lebih tinggi dan berbeda dari pada norma yang terdapat pada undang-undang. Para ahli menyebut norma semacam itu dengan *staatsgrundgesetz*, diterjemahkan dengan Aturan Dasar Negara atau Aturan Pokok Negara. Sifat-sifatnya sebagai norma konstitusi, ia mengatur lembaga-lembaga tinggi negara, tata cara pembentukkannya, tata hubungan sesamanya, dan lingkup tugas masing-masing, serta mengatur secara dasar tata hubungan antara warga negara dengan negara secara timbal balik. Hal itu membedakannya dari norma undang-undang yang selain mengatur warga negara dan penduduk secara langsung juga dapat melengkapkan sanksi pidana dan sanksi pemaksa terhadap pelanggaran norma-normanya, untuk itulah para ahli menyebut undang-undang dengan *formell gesetz*.[82]

Sebagai catatan perlu dikemukakan norma-norma hukum yang terdapat dalam Pembukaan dan norma yang terdapat dalam Batang Tubuh. Penjelasan UUD 1945 sendiri menegaskan: Pokok pikiran yang terdapat dalam Pembukaan yang tidak lain melainkan Pancasila itu di satu pihak merupakan Cita Hukum (*Rechtsidee)* dan di lain pihak merupakan norma tertinggi dalan negara yang oleh Hans Nawiasky disebut *Staatsfundamentalnorm* (diterjemahkan oleh **Prof. Notonagoro** dengan Pokok Kaedah Fundamental Negara). Norma yang terdapat dalam Batang Tubuh UUD 1945 merupakan aturan dasar negara atau aturan pokok negara. Norma-norma yang terdapat dalam TAP MPR juga merupakan Aturan Dasar Negara atau Aturan Pokok Negara meskipun kedudukannya setingkat lebih rendah dari pada norma-norma dalam Batang Tubuh UUD 1945. Hal itu disebabkan karena norma-norma dalam Batang Tubuh dibentuk oleh MPR ketika lembaga negara tertinggi ini melaksanakan kewenangan selaku Konstituante yang berkedudukan 'di atas' dalam arti lebih tinggi dari pada UUD. Sedangkan norma-norma dalam TAP MPR dibentuk oleh MPR ketika lembaga negara tertinggi ini melaksanakan kewenangan selaku lembaga penetap garis-garis haluan negara[83] dan selaku lembaga pemilih (*electoral*) presiden dan wakil presiden yang menjalankan ketentuan-ketentuan UUD dan oleh karena itu berkedudukan 'di bawah' dalam arti lebih rendah dari pada UUD. Namun, sifat-sifat norma dalam Batang Tubuh

[82] *Ibid*, 49-50.

[83] Meminjam istilah Solly Lubis "garis politik" dalam bentuk GBHN tidak dikenal lagi dalam sistem ketatanegaraan Republik Indonesia pasca amandemen UUD 1945 (1999-2002), hal ini sebagai implikasi dari pemilihan presiden dan wakil presiden secara langsung.

UUD dan dalam TAP MPR sama jenisnya. Itu sebabnya pula norma TAP MPR dapat 'mengisi' atau 'melengkapi' norma UUD.

Terlepas dari pendapat kita mengikuti **Maria Farida** atau tidak, menurut hemat penulis yang dapat dijadikan sumber formal HAN adalah undang-undang, peraturan pemerintah, peraturan presiden, dan peraturan daerah. Hal ini menurut penulis disebabkan oleh karena ketentuan-ketentuan di bidang HAN tidak terkodifikasi, sehingga aturan-aturan di bidang HAN itu tersebar dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Sebagai contoh ketika kita ingin melihat tentang aturan di bidang kepegawaian yang terkait dengan disiplin Pegawai Negeri Sipil, maka kita harus mengacu pada ketentuan PP Nomor 30 tahun 1980 tentang Peraturan Disiplin Pegawai Negeri Sipil. Ketika kita ingin melihat bagaimana prosedur pembebasan tanah untuk kepentingan umum, maka kita harus mengacu pada Perpres Nomor 36 Tahun 2005 tentang Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum. Atau ketika kita ingin melihat bagaimana prosedur Izin Mendirikan Bangunan (IMB), maka kita harus mengacu pada peraturan daerah (Perda) yang mengatur tentang IMB tersebut. Bahkan aturan-aturan di bidang HAN juga banyak diatur pada tingkat Peraturan Kebijakan (*Beleids Regel*) seperti misalnya prosedur perizinan di bidang kehutanan, maka hal ini juga bisa dijadikan sebagai sumber formal HAN meskipun dalam ketentuan Pasal 7 ayat (1) UU PPP tidak dinyatakan secara eksplisit.[84]

Di zaman Hindia-Belanda dikenal berbagai peraturan perundang-undangan yang menjadi sumber HANyang secara garis besar terdapat dua macam:[85]

a. Peraturan-peraturan umum (*Algemenee Verordeningen*).
b. Peraturan-peraturan lokal (*Locale Verordeningen*).

Kata "umum" dan "lokal" tersebut menunjukkan luasnya lingkup wilayah (bukan menunjuk pada sifat peraturannya), peraturan umum merupakan peraturan yang melingkupi seluruh wilayah Hindia Belanda, sedangkan peraturan lokal melingkupi daerah tertentu sesuai dengan wilayah hukum daerah

[84] Dalam ketentuan Pasal 7 ayat (2) UU PPP tentang pembentukan peraturan perundang-undangan disebutkan "Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi." Lihat Jazim Hamidi and Budiman N.P.D. Sinaga, Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dalam Sorotan (Jakarta: PT Tatanusa, 2005), hlm. 46.

[85] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 26-27.

yang mengeluarkan peraturan itu seperti residen, bupati, dan sebagainya.[86]

Peraturan perundang-undangan umum (*Algemene verordeningen*) secara *hierarchis* terdiri dari:[87]

a. *Wet*[88]

   Wet ini dibuat oleh lembaga-lembaga perundang-undangan pemerintahan Negeri Belanda yakni Mahkota bersama *Staten Generale*. Mahkota terdiri dari Raja (Ratu) bersama Menteri, sedangkan *Staten Generale* adalah Parlemen. Salah satu contoh *wet* yang berlaku di Hindia Belanda waktu itu ialah *Indische Staatsregeling* (IS) yang merupakan peraturan dasar bagi ketatanegaraan di Hindia Belanda.

b. *Algemene Maatsregels van Bestuur* (AMvB)

   AMvB ini hanya dibuat oleh Mahkota Belanda dan Parlemen tidak ikut membuatnya. Jika dibandingkan dengan ketentuan UUD 1945, *AMvB* ini mirip dengan peraturan pemerintah.

c. *Ordonantie*

   Ordonantie adalah bentuk peraturan perundangan tertinggi yang dapat dikeluarkan di Hindia Belanda. Jika *wet* dan *AMvB* dikeluarkan dari pemerintah penjajahan *Nederland* maka *Ordonantie* dikeluarkan di Hindia Belanda. Berdasarkan hierarkinya maka Ordonantie ini tidak boleh bertentangan dengan *AmvB* maupun *wet*.[89]

   Ordonantie dibuat oleh Gubernur Jenderal Hindia Belanda bersama *Volksraad* (Dewan Rakyat) Hindia Belanda. Dengan demikian lembaga legislatif tertinggi di Indonesia adalah gubernur jenderal bersama *volksraad*.

d. *Regerings verordenings* (Rv)

   Rv adalah satu jenis peraturan perundangan yang dibuat sendiri (tanpa *volksraad*) oleh Gubernur Jenderal Hindia Belanda.

2. *Praktik Administrasi Negara/Hukum Tidak Tertulis/Konvensi*

Konvensi yang menjadi sumber HAN adalah praktik dan keputusan-keputusan pejabat administrasi negara atau hukum

---

[86] *Ibid*, hlm. 27.
[87] *Ibid*.
[88] Sama dengan undang-undang yang kita kenal di Indonesia.
[89] Dalam teori hukum dikenal dengan asas lex superiori derogat lex inferiori.

tidak tertulis tetapi dipraktikkan di dalam kenyataan oleh pejabat administrasi negara.[90] Meskipun undang-undang dianggap sebagai sumber HAN yang paling penting, namun undang-undang sebagai peraturan tertulis memiliki kelemahan. Menurut **Bagir Manan** sebagaimana dikutip **Ridwan HR**,[91] sebagai ketentuan tertulis (*written rule*) atau hukum tertulis (*written law*), peraturan perundang-undangan mempunyai jangkauan terbatas, sekadar "*moment opname*" dari unsur-unsur politik, ekonomi, sosial, budaya, dan hankam yang paling berpengaruh padasaat pembentukan, karena itu mudah sekali aus (*out of date*) bila dibandingkan dengan perubahan masyarakat yang semakin menyepat atau dipercepat.

Oleh karena itu kedudukan konvensi sebagai hukum tidak tertulis memiliki arti penting karena akan melengkapi kekurangan-kekurangan yang terdapat dalam hukum tertulis/undang-undang. Tentunya yang dapat dijadikan konvensi ini dalam kaitannya dengan tindakan administrasi negara adalah kebijakan yang masih bersifat bebas dalam rangka mencapai kesejahteraan masyarakat, bukan kebijakan yang sudah dinormakan dalam undang-undang.

3. Yurisprudensi

Adalah keputusan hakim terdahulu yang diikuti oleh hakim-hakim berikutnya terhadap perkara yang sama. Menurut **Hadjon dkk**[92] secara umum yang dimaksud dengan yurisprudensi adalah peradilan. Akan tetapi dalam arti yang dimaksud dengan yurisprudensi adalah ajaran hukum yang tersusun dari dan dalam peradilan, yang kemudian dipakai sebagai landasan hukum. Selain pengertian di atas, yurisprudensi juga diartikan sebagai himupunan putusan-putusan pengadilan yang disusun secara sistematis. Yurisprudensi sejatinya lahir sebagai akibat dari prinsip yang terkandung dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Pasal 27 ayat (1) yang menyebutkan bahwa "Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib mengadili, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat".[93]

Oleh karena itu dalam perspektif ilmu hukum, agar dapat menjalankan undang-undang sesuai dengan kenyataan sosial, hakim menggunakan beberapa cara penafsiran hukum, yaitu:[94]

---

90 *Ibid*, hlm. 35

91 Ridwan HR, *Op.cit*, hlm. 63.

92 Hadjon et al., *Op.cit*, hlm. 62.

93 Soveigny menyebut hukum yang hidup dalam masyarakat itu dengan volksgeist (jiwa bangsa).

94 Yudha Bhakti, Penafsiran dan Konstruksi Hukum (Bandung: Alumni, 2000), hlm. 9.

a. Menafsirkan undang-undang menurut arti perkataan (istilah) atau biasa disebut penafsiran gramatikal;

   Antara bahasa dengan hukum terdapat hubungan yang erat sekali. Bahasa merupakan alat satu-satunya yang dipakai pembuat undang-undang untuk menyatakan kehendaknya. Karena itu, pembuat undang-undang yang ingin menyatakan kehendaknya secara jelas harus memilih kata-kata yang tepat. Kata-kata itu harus singkat, jelas dan tidak bisa ditafsirkan secara berlainan. Ada kalanya pembuat undang-undang tidak mampu memakai kata-kata yang tepat. Dalam hal ini hakim wajib mencari kata-kata yang tepat. Dalam hal ini hakim wajib mencari arti kata yang dimaksud yang lazim dipakai dalam percakapan sehari-hari, dan hakim dapat menggunakan kamus bahasa atau meminta penjelasan dari ahli bahasa.[95]

b. Menafsirkan undang-undang menurut sejarah atau penafsiran historis;

   Setiap ketentuan perundang-undangan mempunyai sejarahnya. Dari sejarah peraturan perundang-undangan, hakim dapat mengetahui maksud pembuatnya. Terdapat dua macam penafsiran sejarah, yaitu penafsiran menurut sejarah dan sejarah penetapan sesuatu ketentuan perundang-undangan.[96]

c. Menafsirkan undang-undang menurut sistem yang ada di dalam hukum atau biasa disebut dengan penafsiran sistematik;

   Perundang-undangan suatu negara merupakan kesatuan, artinya tidak sebuah pun dari peraturan tersebut dapat ditafsirkan seolah-olah ia berdiri sendiri. Pada penafsiran peraturan perundang-undangan selalu harus diingat hubungannya dengan peraturan perundang-undangan lainnya. Penafsiran sistematis tersebut dapat menyebabkan, kata-kata dalam undang-undang diberi pengertian yang lebih luas atau yang lebih sempit daripada pengertiannya dalam kaidah bahasa yang biasa. Hal yang pertama disebut penafsiran meluaskan dan yang kedua disebut penafsiran menyempitkan.[97]

---

[95] *Ibid*.
[96] *Ibid*, hlm. 10.
[97] *Ibid*.

d. Menafsirkan undang-undang menurut cara tertentu sehingga undang-undang itu dapat dijalankan sesuai dengan keadaan sekarang yang ada di dalam masyarakat atau biasa disebut dengan penafsiran sosiologis atau penafsiran teleologis;

   Setiap penafsiran undang-undang yang dimulai dengan penafsiran gramatikal harus diakhiri dengan penafsiran sosiologis. Apabila tidak demikian, keputusan yang dibuat tidak sesuai dengan keadaan yang benar-benar hidup dalam masyarakat. Karena itu, setiap peraturan hukum mempunyai suatu tujuan sosial, yaitu membawa kepastian hukum dalam pergaulan antara anggota masyarakat. Hakim wajib mencari tujuan sosial baru dari peraturan yang bersangkutan. Apabila hakim mencarinya, masuklah ia kedalam lapangan pelajaran sosiologi. Melalui penafsiran sosiologi hakim dapat menyelesaikan adanya perbedaan atau kesenjangan antara sifat positif dari hukum (*rechtspositiviteit*) dengan kenyataan hukum (*rechtwerkelijkheid*), sehingga penafsiran sosiologis atau teleologis menjadi sangat penting.[98]

e. Penafsiran otentik atau penafsiran secara resmi;

   Adakalanya pembuat undang-undang itu sendiri memberikan tafsiran tentang arti atau istilah yang digunakannya di dalam perundangan yang dibuatnya. Tafsiran ini dinamakan tafsiran otentik atau tafsiran resmi. Di sini hakim tidak diperkenankan melakukan penafsiran dengan cara lain selain dari apa yang telah ditentukan pengertiannya di dalam undang-undang itu sendiri.[99]

f. Penafsiran Interdisipliner;

   Penafsiran jenis ini biasa dilakukan dalam suatu analisis masalah yang menyangkut berbagai disiplin ilmu hukum. Di sini digunakan logika lebih dari satu ilmu hukum. Misalnya adanya keterkaitan asas-asas hukum dari satu cabang ilmu hukum, sebagai contoh hukum perdata dengan asas-asas hukum publik.[100]

---

98 *Ibid*, hlm. 11.
99 *Ibid*.
100 *Ibid*, hlm. 12.

g. Penafsiran Multidisipliner;

Berbeda dengan penafsiran interdisipliner yang masih berada dalam rumpun disiplin ilmu yang bersangkutan, dalam penafsiran multidisipliner seorang hakim harus juga mempelajari suatu atau beberapa disiplin ilmu lainnya di luar ilmu hukum. Dengan perkataan lain, di sini hakim membutuhkan verifikasi dan bantuan dari lain-lain disiplin ilmu.[101]

Yurisprudensi dapat menjadi sumber hukum bagi HAN, tentunya dalam konteks Indonesia adalah putusan hakim pada Pengadilan Tata Usaha Negara. Itulah sebabnya **A.M. Donner** mengaggap HAN memuat peraturan-peraturan yang dibentuk oleh pembuat undang-undang juga dibentuk oleh hakim.[102] Barangkali keberadaan yurisprudensi dalam HAN jauh lebih banyak dibandingkan dengan hukum yang lain, sehubungan dengan dianutnya asas hakim aktif dan ajaran pembuktian bebas dalam hukum acara peradilan administrasi negara, sehingga yurisprudensi akan menempati posisi penting dalam melengkapi dan memperkaya Hukum Administrasi Negara.[103]

4. Doktrin

Adalah pendapat-pendapat para pakar dalam bidangnya masing-masing yang berpengaruh untuk diberlakukan sebagai undang-undang memakan waktu yang lama dan dapat tidak diberlakukan tanpa pencabutan secara resmi.

Dalam konteks HAN, **SF. Marbun & Moh. Mahfud, MD** mengatakan bahwa doktrin atau pendapat para ahli dapat menjadi sumber hukum formal administrasi negara, sebab pendapat para ahli itu dapat melahirkan teori-teori dalam lapangan HAN yang kemudian dapat mendorong timbulnya kaidah-kaidah HAN.[104]

---

[101] *Ibid*.
[102] Ridwan HR, *Op.cit*, hlm. 66.
[103] *Ibid*.
[104] SF. Marbun and Moh. Mahfud, MD, *Op.cit*, hlm. 38-39; Ridwan HR, *Op.cit*, hlm. 68.

BAB III
NEGARA KESEJAHTERAAN (*WELFARE STATE*) DAN *FREIES ERMESSEN*

A. Perkembangan Bentuk Negara

Berbicara perihal tugas dan tanggung jawab negara terhadap masyarakat sangat erat kaitannya dengan fase-fase perkembangan bentuk-bentuk negara hukum. Menurut **Sondang P. Siagian** sebagaimana dikutip **S.F. Marbun & Moh. Mahfud MD** mengemukakan adanya tiga bentuk negara yang memberikan peranan dan fungsi yang berbeda bagi pemerintah,[105] yaitu bentuk *political state* (semua kekuasaan dipegang oleh Raja sebagai pemerintah), bentuk *legal state* (pemerintah hanya sebagai pelaksana peraturan), dan bentuk *welfare state* (tugas pemerintah diperluas untuk menjamin kesejahteraan umum) dengan *discretionary power* dan *freies ermessen*.

Munculnya keinginan untuk melakukan pembatasan yuridis terhadap kekuasaan, pada dasarnya dikarenakan politik kekuasaan yang cenderung korup. Hal ini dikhawatirkan akan menjauhkan fungsi dan peran negara bagi kehidupan individu dan masyarakat. Atas dasar itu, terdapat keinginan yang besar agar dilakukan pembatasan kekuasaan secara yuridis-normatif untuk menghindari penguasa yang despotik. Di sinilah kemudian konstitusi menjadi penting artinya bagi kehidupan masyarakat. Konstitusi dijadikan sebagai perwujudan hukum tertinggi yang harus dipatuhi oleh negara dan pejabat-pejabat pemerintah sekalipun, sesuai dengan dalil *government by laws, not by men* (pemerintah berdasarkan hukum, bukan berdasarkan manusia).[106]

---

[105] Sondang P. Siagian, Administrasi Pembangunan, (PT. Gunung Agung: Jakarta, tanpa tahun), hlm. 101-104. Dalam S.F. Marbun and Moh. Mahfud. MD, *Op.cit*, hlm. 41.

[106] Miriam Budiardjo, Dasar-dasar Ilmu Politik (Jakarta: PT Gramedia, 1983), hlm. 56-63, dalam

Dalam perspektif historis, munculnya gagasan negara hukum terbentuk dari sikap perlawanan (*antithesis*) terhadap pemerintahan yang absolut. Gerakan dan pemikiran dimulai oleh beberapa ahli pikir ketika itu, antara lain melahirkan reformasi, *renaissance*, hukum kodrat, *Aulfklarung*, kaum *bourgeoisie* dan kaum *monarchomachen*.[107] Oleh karena itu, wajar apabila pemikiran tertuju kepada kebebasan dan demokrasi.

Immanuel Kant (1724-1804) yang berkebangsaan Jerman melalui bukunya *Methphysische Ansfangsgrunde de Rechtlehre* mengemukakan konsep negara hukum liberal.[108] Ditambahkan bahwa kekuasaan negara sedapat mungkin dijauhkan dari masyarakat. Negara hanya ditugaskan sebagai penjamin ketertiban dan keamanan masyarakat, sedangkan penyelenggaraan perekonomian dan kemasyarakatan diselenggarakan kepada masyarakat sendiri berdasarkan persaingan bebas *laise faire*, *laise passer*.[109] Sehubungan dengan konsep ini, **Sudargo Gautama** mengatakan:

> "*Negara hanya tugas yang pasif yakni untuk hanya bertindak, apabila hak-hak asasi daripada rakyatnya berada dalam bahaya atau ketertiban umum dan keamanan masyarakat ternacam.*"[110]

Dalam bukunya, *Constitutional Government and Democracy*: *Theory and Practice in Europe and America*, **Carl J. Friedrich** memperkenalkan sebuah istilah negara hukum dengan *rechtsstaat* atau *constitutional law*. Sebagaimana dikutip **Miriam Budiardjo**, tokoh lainnya yang berperan dalam peristilahan *rechtsstaat* adalah **Friedrich J. Stahl**.[111] Setidaknya, menurut **Stahl**, terdapat empat unsur berdirinya *rechtsstaat*, yaitu: (1) hak-hak manusia; (2) pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu; (3) pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan; dan (4) peradilan administrasi dalam perselisihan.

Berdasarkan beberapa pandangan di atas, terlihat bahwa negara tidak bersifat proaktif, melainkan berada pada posisi pasif.

Majda El-Muhtaj, Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia (Jakarta: Prenada Media, 2005), hlm. 23.

[107] Rukmana Amanwinata, "Pengaturan dan Batas Implementasi Kemerdekaan Berserikat dan Berkumpul dalam Pasal 28 UUD 1945" (Disertasi: Universitas Padjajaran, 1996), hlm. 78; Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 112.

[108] Harold H. Titus, Marilyn S. Smith, and Richard T. Nolan, Living Issues in Philosophy, Terjemahan H.M. Rasjidi, Persoalan-persoalan Filsafat (Jakarta: Bulan Bintang, 1984); Fachruddin, *Loc.cit*.

[109] Azhary, *Op.cit*, hlm. 212.

[110] Sudargo Gautama, Pengertian Tentang Negara Hukum (Bandung: Alumni, 1983), hlm. 13, dalam Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 112.

[111] Miriam Budiardjo, *Op.cit*, hlm. 57.

Sikap negara yang demikian ini dikarenakan negara hanya berada pada posisi menjalankan apa yang termaktub dalam konstitusi semata. Dengan kata lain, negara tidak lebih hanya sebatas *nachtwachterstaat* (negara penjaga malam),[112] atau meminjam istilah **Miriam Budiardjo**, "negara hukum klasik".[113]

Konsep negara hukum formal (klasik) mulai digugat menjelang pertengahan abad ke-20 tepatnya setelah Perang Dunia. Beberapa faktor yang mendorong lahirnya kecaman atas negara hukum formal, yang pluralis liberal, seperti dikemukakan oleh **Miriam Budiardjo**[114] antara lain adalah akses-akses dalam industrialisasi dan sistem kapitalis, tersebarnya paham sosialisme yang menginginkan pembagian kekuasaan secara merata serta kemenangan beberapa partai sosialis di Eropa.

Menurut **Jimly Asshiddiqie**, kemunculan kapitalisme di lapangan perekonomian menyebabkan terjadinya kesenjangan dalam distribusi sumber-sumber kemakmuran. Hal tersebut, menurutnya berdampak pada disparitas sosial-ekonomi yang tajam dan tidak dapat dipecahkan oleh negara yang difungsikan secara minimal itu. Negara dianggap tidak dapat melepaskan tanggung jawabnya untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat.[115]

Gagasan bahwa pemerintah dilarang intervensi dalam urusan warga negara baik di bidang sosial maupun di bidang ekonomi akhirnya bergeser ke dalam gagasan baru bahwa pemerintah harus bertanggung jawab atas kesejahteraan rakyat. Untuk itu, pemerintah tidak boleh bersifat pasif atau berlaku sebagai "penjaga malam", melainkan harus aktif melaksanakan upaya-upaya untuk membangun kesejahteraan masyaraktnya dengan cara mengatur kehidupan ekonomi dan sosial.

Gagasan baru inilah yang kemudian dikenal sebagai *welvaart staat*, *verzorgingsstaat*, *welfare state*, *social service state*, atau "negara

---

[112] Dalam perkembangannya pembatasan terhadap fugsi negara "penjaga malam" itu tidak hanya di bidang politik, tetapi juga di bidang ekonomi. Dalam bidang ekonomi ini, paham serupa juga berkembang secara bersamaan, yaitu paham laissez faires yang mendalilkan bahwa negara harus membiarkan atau membebaskan warganya untuk mengurus kepentingan ekonominya masing-masing agar keadaan ekonomi dalam negara itu menjadi sehat. Lihat Jimly Asshiddiqie, "Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia: Pergeseran Keseimbangan antara Individualisme dan Kolektivisme dalam Kebijakan Demokrasi Politik dan Demokrasi Ekonomi Selama Tiga Masa Demokrasi, 1945-1980-an" (Disertasi: Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia, 1993), dalam El-Muhtaj, *Op.cit*, hlm. 24 (khususnya catatan kaki nomor 62).

[113] Miriam Budiardjo, *Op.cit*, hlm. 59.

[114] *Ibid*.

[115] Jimly Assiddiqie, *Loc.cit*. Dalam El-Muhtaj, *Op.cit*, hlm. 25.

hukum material" (dinamis) dengan ciri-ciri berbeda yang dirumuskan dalam konsep negara hukum klasik (formal).[116] Perkembangan ini selanjutnya menjadi *raison d' etre* untuk melakukan revisi atas pemikiran **Dicey** dan **Stahl**, dua tokoh besar negara hukum klasik.

Konsep *welfare state* berkembang di negara-negara Eropa, bahkan meluas hampir keseluruh negara-negara di dunia. Pengertian konsep *welfare state* secara umum sebenarnya sudah dimulai sejak abad ke-XIV dan XV, dimulai dari proses perkembangan *politizei staat* (*welfare state* klasik), *liberale staat*, kemudian *welfare state* modern (akhir abad ke-XIX dan XX).[117]

Pada zaman itu banyak terjadi proses "etatisasi dan nasionalisasi" berbagai kegiatan ekonomi masyarakat. Akan tetapi, di akhir abad ke-20 dan menjelang abad ke-21, pengertian akan konsep *welfare state* tersebut mengalami perubahan-perubahan. Intervensi negara yang terlalu besar terhadap kegiatan-kegiatan kemasyarakatan, ternyata mengalami kelemahan-kelemahan. Hal ini dimulai dengan runtuhnya Uni Soviet, dengan isu-isu *perestorika* dan *glasknot*-nya Mikael Gorbachev.[118] Arus deetatisasi atau privatisasi tidak dapat dihindari, muncullah *the new right*. Isu-isu lingkungan hidup membuat bahwa pengaruh lingkungan hidup akibat pengolahan alam untuk kepentingan ekonomi harus dipertanggungjawabkan. Penggunaan milik publik untuk kepentingan pribadi menjadi tanggung jawab pribadi. Muncullah sistem *property right*.[119]

Demikian juga kebijakan-kebijakan di dalam bidang kesehatan, pendidikan, dan lain-lain pelayanan sosial, berubah menjadi berorientasi bisnis. Hal ini ditandai oleh adanya swadana, efisiensi, dan penggunaan prinsip-prinsip ekonomi di dalam pengelolaannya.

Perkembangan terakhir di negara-negara Eropa, cenderung kembali lagi ke paham yang tidak begitu menghendaki campur tangan negara kepada kegiatan-kegiatan individu dan masyarakat (*the least government is the best government*). Barang kali perkembangan terkahir inilah yang dinamakan oleh **I. Wibowo Francis Wahono** dengan "*Neoliberalisme*", di mana segala kegiatan-kegiatan itu lebih

---

[116] Moh. Mahfud MD, Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia: Studi Tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan (Jakarta: Rineka Cipta, 2000), hlm. 20-30.

[117] Siahaan, Prospek PTUN Sebagai Pranata Penyelesaian Sengketa Administrasi di Indonesia (Studi Tentang Keberadaan PTUN Selama Satu Dasawarsa 1991-2001), hlm. 17.

[118] Jimly Asshiddiqie, Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia, Cetakan Pertama. (Jakarta: PT Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994), hlm. 212. Dalam Siahaan, *Op.cit*, hlm. 18.

[119] *Ibid*.

berorientasi kepada pasar. Zaman "Neoliberal" menjadi matang pada abad ke-21 dan sama sekali belum terbayangkan sebelumnya. Dukungan teknologi komputer dan informasi yang canggih membuat kekuatan kapitalis lokal bergabung dengan kekuatan kapitalis global, mengeruk kekayaan planet Bumi, dengan janji bahwa kemakmuran global akan menjadi kenyataan lebih cepat daraipada yang diinginkan.[120] Segala infrastruktur lokal yang dibuat dan direncanakan oleh pemerintah setempat, digunakan secara bersama-sama.

Campur tangan (intervensi) negara terhadap bagian-bagian kemasyarakatan terjadi, seperti pelayanan sosial (*social security*), kesehatan, kesejahteraan sosial, pendidikan dan pelatihan, perumahan, dan bahkan kegiatan-kegiatan individual maupun badan-badan kolektif (*cooperate bodies*).[121] Campur tangan tersebut kemudian dikenal dengan konsep *welfare state* atau dengan istilah "negara pengurus". Hal ini tercermin kemudian dalam rumusan UUD 1945, yaitu BAB XIV mengenai "Kesejahteraan Sosial."[122] Oleh karenanya menurut **Jimly Asshiddiqie** sebagaimana dikutip **Lintong O Siahaan** di samping UUD 1945 sebagai konstitusi politik, juga dapat disebut sebagai konstitusi ekonomi karena mengandung ide negara kesejahteraan (*welfare state*).[123]

Gambaran tersebut di atas mengukuhkan posisi negara sebagai *welfare state.* Karena adalah mustahil mewujudkan cita-cita *rule of law* sementara posisi dan peran negara sangat minimal. Atas dasar itulah, kemudian negara diberikan kebebasan dan kemerdekaan bertindak atas inisiatif parlemen. Negara, dalam hal ini pemerintah, memiliki *freies ermessen* atau *pouvoir discretionnare*, yaitu kemerdekaan yang dimiliki pemerintah untuk turut serta dalam kehidupan sosial dan keleluasaan untuk tidak selalu terikat produk legislasi parlemen.[124]

Dalam gagasan *welfare state* ternyata negara memiliki kewenangan yang relatif besar ketimbang format negara dalam tipe negara hukum klasik (formal). Selain itu, dalam *welfare state* yang terpenting adalah negara semakin otonom untuk mengatur

---

[120] I. Wibowo Francis Wahono, Neoliberalisme (Yogyakarta: Cinderlaras Pustaka Rakyat Cerdas, 2003), hlm. 2; Siahaan, *Op.cit*, hlm. 19.

[121] Siahaan, *Op.cit*, hlm. 17.

[122] Jimly Asshiddiqie, *Op.cit*, hlm. 224. Dalam Siahaan, *Loc.cit*.

[123] Jimly Asshiddiqie, "Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas Masa Depan" (Pidato diucapkan pada upacara pengukuhan jabatan guru besar tetap madya pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia bertempat di Balai Sidang Universitas Indonesia pada hari Sabtu, 13 Juni 1998), hlm. 1-2. Dalam Siahaan, *Loc.cit*.

[124] Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 30.

dan mengarahkan fungsi dan peran negara bagi kemaslahatan masyarakat. Bahwa dengan model negara dalam formulasi negara hukum material abad XX ini, semakin dirasakan letak kemandirian dan kewenangan negara yang lebih luas.[125]

Sejalan dengan kemunculan ide demokrasi konstitusional yang tak terpisahkan dengan konsep negara hukum, baik *rechtsstaat* maupun *rule of law*, pada prinsipnya memiliki kesamaan yang fundamental, yakni pengakuan penting adanya pembatasan kekuasaan yang dilakukan secara konstitusional. Oleh karena itu, terlepas dari adanya pemikiran dan praktik konsep negara hukum yang berbeda, konsep negara hukum adalah realitas dari cita-cita negara bangsa, tidak terkecuali Indonesia.[126]

Berdasarkan uraian tersebut di atas terlihat jelas bahwa perkembangan bentuk negara hukum yang terakhir adalah negara hukum *welfare state* yang telah membawa implikasi yang luas terhadap peran dan tanggung jawab negara dalam menyejahterakan masyarakat.

B. *Freies Ermessen*

1. *Pengertian Freies Ermessen*

Istilah *Freies Ermessen* yang sudah lazim didengar dalam membicarakan hukum administrasi di Indonesia berasal dari bahasa Jerman, *pouvoir discretionnaire* (Perancis),[127] *discretion* (Inggris), yang dalam literatur hukum administrasi Belanda ditemukan beberapa peristilahan, antara lain *beleids regels*, *bestuurs-regels* dan *beleidslijneen*.[128]

Dalam literatur Hukum Administrasi Indonesia ditemukan juga beberapa peristilahan sebagai terjemahan dari peristilahan asing tersebut, antara lain peraturan kebijakan, perundang-undangan semu, legislasi semu, dan peraturan kebijaksanaan.[129] **S.F. Marbun** lebih cenderung menggunakan istilah "peraturan kebijaksanaan" dengan alasan-alasan sebagai berikut:[130]

---

125 El-Muhtaj, *Op.cit*, hlm. 29

126 *Ibid*.

127 Benny M. Junus, Intisari Hukum Administrasi Negara (Bandung: Alumni, 1980), hlm. 22. Memberi prioritas kepada istilah "diskresi" yang berasal dari Bahasa Inggris discretion..

128 SF. Marbun, "Eksistensi Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak dalam Menjelmakan Pemerintahan yang Baik dan Bersih di Indonesia, (Disertasi: Universitas Padjajaran, 2001), hlm. 238.

129 *Ibid*.

130 *Ibid*, hlm. 238-239.

a. Dalam hukum administrasi Belanda istilah yang lebih populer digunakan adalah istilah *beleidsregels.* Sedangkan menurut Kamus umum Belanda-Indonesia, kata *beleid* mengandung arti "kebijaksanaan" dan kata regel berarti "aturan". Dengan demikian *beleidsregels* dalam bahasa Indonesia dapat dimaknakan sebagai "aturan kebijaksanaan" atau "peraturan kebijaksanaan".
b. Dilihat dari segi objek yang menjadi kajian dari *beleidsregels, pseudo wetgeving,* atau *spiegelrecht,* maka secara konseptual yang menjadi objeknya kajiannya adalah sama-sama tertuju kepada jenis aturan hukum yang dikeluarkan oleh badan/ pejabat administrasi negara atas dasar kewenangan bebas yang dimungkinkan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku.
c. Secara konsepsional peraturan kebijaksanaan memiliki karakteristiknya sendiri yang merupakan kajian dari disiplin hukum administrasi, sedangkan peraturan kebijaksanaan publik atau kebijaksanaan negara merupakan kajian dari disiplin ilmu administrasi negara. artinya peraturan kebijaksanaan berada pada ruang norma-norma kebebasan menggunakan kewenangan menghadapi keadaan suatu aturan, atau menghadapi aturan yang masih samar-samar atau aturan tersebut tidak jelas, sedangkan kebijaksanaan publik lebih diarahkan untuk mencapai sarana tertentu yang disusun secara sadar dan terprogram dengan dukungan aturan-aturan hukum tertentu.[131]

Secara etimologi[132] *freies ermessen* berasal dari kata *frei* yang berarti bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. Sedangkan *freies* artinya orang yang bebas, tidak terikat, dan merdeka. Sementara itu, *ermessen* berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, dan memperkirakan.

Freies ermessen berarti orang yang memiliki kebebasan untuk menilai, menduga dan mempertimbangkan sesuatu. Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan sehingga *freies ermessen* diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus

[131] Solichin Abdul Wahab, Pengantar Analisis Kebijaksanaan Negara (Jakarta: Aneka Cipta, 1990), hlm. 31, dalam *ibid*, hlm. 239.
[132] Ilmu yang mempelajari asal usul sebuah kata.

terikat sepenuhnya pada undang-undang.[133] **Ateng Syafruddin** berpendapat bahwa *freies ermessen* berarti bahwa ia (pejabat administrasi) dapat mengambil suatu keputusan berdasarkan pendapatnya yang wajar, apabila terdapat sesuatu kejelasan dalam sumber hukumnya yan tertulis. Namun, menurut **Ateng Syafruddin** perlu diingat bahwa kebebasan itu tidak boleh menjurus kepada tindakan yang sewenang-wenang, karena pada akhirnya tetap harus tunduk pada ketentuan hukum, dalam arti bahwa di dalam menggunakan kebebasannya (*naar eigen goedvinding*) itu tetap harus memperhatikan tujuan dari suatu tindakan dalam batas-batas yang diperbolehkan menurut hukum.[134]

Sementara itu **Nata Saputra** berpendapat bahwa *freies ermessen* adalah suatu kebebasan yang diberikan kepada alat administrasi, yaitu kebebasan yang pada asasnya memperkenankan alat administrasi negara mengutamakan keefektifan tercapainya suatu tujuan daripada berpegang teguh kepada ketentuan hukum atau kewenangan yang sah untuk turut campur dalam kegiatan sosial demi melaksanakan tugas-tugas menyelenggarakan kepentingan umum.[135]

Bachsan Mustafa menyebutkan bahwa *freies ermessen* diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau administrasi negara, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum yang berbeda dengan fungsi kehakiman untuk menyelesaikan sengketa antar penduduk. Keputusan pemerintah lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasarannya daripada sesuai dengan hukum yang berlaku.[136]

Menurut **Ateng Syafrudin** *Freies ermessen* tidak boleh diartikan secara berlebihan seakan-akan badan atau pejabat administrasi negara boleh bertindak sewenang-wenang atau tanpa dasar dan dasar-dasar yang tidak jelas ataupun dengan pertimbangan yang subjektif individual.[137] Menurut **Wolf**, lebih baik jika dikatakan

---

[133] Marcus Lukman, "Eksistensi Peraturan Kebijaksanaan dalam Bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan di daerah Serta Dampaknya Terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional" (Universitas Padjajaran, 1997), hlm. 205.

[134] Ateng Syafrudin, "Asas-Asas Pemerintahan yang Layak Pegangan bagi Pengabdian Kepala Daerah" (Pidato Pengukuhan Penerimaan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan Bandung), dalam Himpunan Makalah Azas-Azas Umum Pemerintahan yang Baik (A.A.U.P.B), ed. Paulus Effendie Lotulung (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1994), hlm. 27.

[135] Nata Saputra, Hukum Administrasi Negara (Jakarta: Rajawali, 1988), hlm. 46.

[136] Mustafa, *Op.cit*, hlm. 55.

[137] Ateng Syafrudin, *Op.cit*, hlm. 27.

mereka bertindak berdasarkan "kebijaksanaan."[138] Jadi suatu keputusan akan melawan hukum apabila:

a. Melanggar batas-batas yang ditentukan hukum.
b. Digunakan dengan cara yang tidak sesuai dengan tujuan pemberian wewenang.[139]

Diberinya *freies ermessen* kepada administrasi negara itu sebenarnya berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), sebagai badan legislatif, dipindahkan ke dalam tangan pemerintah, administrasi negara, sebagai badan eksekutif. Mengenai hal ini, **Utrecht** mengantarkan pendapat **Lemaire** yang mengatakan bahwa *bestuur* tidak dapat diikat oleh suatu himpunan peraturan-peraturan yang telah dibuat, karena turut sertanya pemerintah dalam suatu pergaulan manusia yang berbelit-belit memerlukan suatu jalan yang tidak terikat dan memerlukan kemandirian yang lebih luas. Sebelumnya tidak dapat diperkirakan bila dan dengan cara bagaimana pemerintah yang menjalankan *bestuur* itu harus bertindak.[140] Tetapi hal ini tidak berarti bahwa administrasi negara dengan begitu saja dapat melanggar undang-undang atau mengesampingkan undang-undang. Kemerdekaan administrasi negara berarti bahwa administrasi negara dapat mencari kaidah-kaidah (norma-norma) baru dalam lingkungan undang-undang atau sesuai dengan jiwa undang-undang.[141] Walaupun merdeka, administrasi negara masih juga berpegangan pada azas legalitas dan tidak dapat bertindak secara sewenang-wenang terhadap hak-hak dan kemerdekaan-kemerdekaan pokok manusia seperti yang ditegaskan oleh **Donner** yang dimaksud dengan kemerdekaan terhadap undang-undang. Di sini adalah kemerdekaan membuat penyelesaian. Undang-undang tidak membuat spesifikasi; penyelesaian hal-hal konkrit diserahkan kepada administrasi negara.

Kemerdekaan administrasi negara tidak boleh menjadi sebab negara bukan lagi "negara hukum".[142] Hanya dalam hal diperlukan suatu penyelesaian secara secepat-cepatnya, maka administrasi negara dapat menggunakan kemerdekaan tersebut. Adanya kemerdekaan administrasi negara itu hanya dapat

[138] Hans J. Wolf, Verwaltungsrecht I, CH Beck'sche Verlagsbuch handlung, (Munchen und Berlin, 1956), hlm. 118. Dalam, *ibid*.
[139] *Ibid*.
[140] Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 46.
[141] E. Utrecht, Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia (Bandung: Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Padjajaran, 1960), hlm. 9.
[142] *Ibid*, hlm. 18.

dipertanggungjawabkan bilamana kemerdekaan itu sungguh-sungguh digunakan bagi kepentingan umum.

Oleh karena itu, **Sjahran Basah** mengemukakan unsur-unsur *freies ermessen* dalam suatu negara hukum, yaitu:[143]

a. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas pelayanan publik;
b. Merupakan sikap tindak aktif dari pejabat administrasi negara;
c. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
d. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
e. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba; dan
f. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Sedangkan **S.F. Marbun** merumuskan unsur-unsur dari *freies ermessen* sebagai berikut:[144]

a. Sikap-tindak itu ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas servis publik;
b. Sikap-tindak itu dilakukan dengan aktif atas inisiatif sendiri;
c. Sikap-tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang mendesak yang timbul secara tiba-tiba;
d. Sikap tindak itu belum ada peraturannya; dan
e. Sikap-tindak itu harus dapat dipertanggung-jawabkan secara hukum dan moral.

2. *Hubungan Konsep Negara Hukum Welfare State dan Freies Ermessen*

Lahirnya konsep *freies ermessen* sangat erat kaitannya dengan ajaran negara *welfare state*. Menurut **Bagir Manan**[145] dalam konsep negara *welfare state*, pemerintah tidak hanya sebagai penjaga

[143] Sjachran Basah, Perlindungan Hukum atas Sikap Tindak Administrasi Negara (Bandung: Alumni, 1992), hlm. 3-5.
[144] S.F. Marbun, *Op.cit*, hlm. 243.
[145] Bagir Manan, Politik Perundang-Undangan dalam Rangka Mengantisipasi Liberalisasi Perekonomian (Bandar Lampung: FH UNILA, 1996), hlm. 16.

keamanan atau ketertiban masyarakat saja, tetapi juga memikul tanggung jawab mewujudkan keadilan sosial, kesejahteraan umum dan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Pemerintah di dalam negara yang menganut paham negara *welfare state* dituntut memainkan peran yang lebih luas dan aktif karena ruang lingkup kesejahteraan rakyat semakin meluas dan mencakup berbagai segi kehidupan.

Dalam suatu negara hukum modern, lapangan administrasi negara menjadi sangat luas, hal ini disebabkan karena ikut campurnya pemerintah (*staats-bermoeiennis*) dalam segala lapangan kehidupan masyarakat, maka tugas administrasi negara bertambah pula banyaknya karena harus melayani kebutuhan masyarakat yang tak terhingga banyaknya dan yang beranekaragam coraknya.[146]

Freies ermessen ini muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas. Bagi negara yang bersifat *welfare state*, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara aktif dan maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi. *Freies ermessen* dilakukan oleh administrasi negara dalam hal-hal sebagai berikut:

a. Belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur penyelesaian *in concreto* terhadap suatu masalah tertentu, padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera.
b. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan yang sepenuhnya.
c. Adanya delegasi perundang-undangan, maksudnya adalah aparat pemerintahan diberikan kekuasaan untuk mengatur sendiri, yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya.[147]

Freies ermessen ini bertitik tolak dari kewajiban pemerintah dalam negara *welfare state,* di mana tugas pemerintah yang utama adalah memberikan pelayanan umum atau mengusahakan kesejahteraan bagi warga negara, di samping memberikan perlindungan bagi warga negara. Apabila dibandingkan dengan Indonesia, *freies ermessen* muncul bersamaan dengan pemberian tugas kepada

[146] Mustafa, *Op.cit*, hlm. 40.
[147] Muchsan, Beberapa Catatan Tentang Hukum Administrasi Negara dan Peradilan Administrasi di Indonesia (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1981), hlm. 27-28.

pemerintah untuk merealisasikan tujuan negara seperti yang tercantum dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945. Dengan alasan tugas utama pemerintah dalam konsepsi *welfare state* itu memberikan pelayanan bagi warga negara, muncul prinsip "pemerintah tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat dengan alasan tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya atau belum atau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum."[148]

Meskipun kepada pemerintah diberikan kewenangan bebas atau *freies ermessen*, dalam suatu negara hukum penggunaan *freies ermessen* ini harus dalam batas-batas yang dimungkinkan oleh hukum yang berlaku. Penggunaan *freies ermessen* tidak boleh bertentangan dengan hukum yang berlaku, baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Menurut **Muchsan**, pembatasan pengunaan *freies ermessen* adalah sebagai berikut:

a. Penggunaan *freies ermessen* tidak boleh bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif);
b. Pengunaan *freies ermessen* hanya ditujukan untuk kepentingan umum (*public intrest*).

Sjahran Basah[149] berpendapat bahwa pelaksanaan *freies ermessen* tersebut harus dapat dipertanggung jawabkan secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, demi kepentingan bersama. Lebih lanjut **Sjahran Basah** mengatakan bahwa secara hukum terdapat pula batas atas dan batas bawah. Yang dimaksud dengan batas atas adalah ketaat-asasan ketentuan perundang-undangan berdasarkan asas taat asas, yaitu peraturan yang tingkat derajatnya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang derajatnya lebih tinggi. Sementara itu, batas bawah adalah peraturan yang dibuat atau sikap tindakan administrasi negara (baik aktif maupun pasif) tidak boleh melanggar hak dan kewajiban asasi warga.[150]

Dalam ilmu hukum administrasi negara, *freies ermessen* hanya diberikan kepada pemerintah atau administrasi negara baik untuk melaksanakan tindakan biasa maupun tindakan hukum, dan ketika *freies ermessen* ini diwujudkan dalam instrumen yuridis dan tertulis,

[148] Ridwan HR, Hukum Administrasi Negara (Yogyakarta: UII Press, 2002), hlm. 181.
[149] Sjachran Basah, Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara (Bandung: Alumni, 1985), hlm. 151.
[150] Basah, *Op.cit*, hlm. 4-5.

lahirlah peraturan kebijakan. Sebagai sesuatu yang lahir dari *freies ermessen* dan hanya diberikan kepada pemerintah atau administrasi negara, kewenangan pembuatan peraturan kebijakan inheren pada pemerintahan.

Menurut **Lemaire** sebagaimana dikutip **Buchsan Mustafa**[151] menyebutkan:

> Tugas administrasi negara dalam *welfare state* ini adalah "*Bestuurzorg*" yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum, yang mempunyai tanda istimewa yaitu kepada administrasi negara diberikan kebebasan untuk atas inisiatif sendiri bertindak cepat dan tepat untuk menyelesaikan kepentingan-kepentingan guna kesejahteraan masyarakat, yaitu "memberi" kepada administrasi negara keleluasaan untuk menyelenggarakan dengan cepat dan berfaedah (*doeltreffen*) kepentingan-kepentingan guna kesejahteraan umum atau dengan perkataan lain, dalam melaksanakan "*Bestuurzorg*" itu kepada administrasi negara diberikan "*fries ermessen*" yang artinya kepada administrasi negara diberikan kebebasan untuk atas inisiatif sendiri melakukan perbuatan-perbuatan guna menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak dan yang peraturan penyelesaiannya belum ada, yaitu belum dibuat oleh badan kenegaraan yang diserahkan tugas pembuat undang-undang.

Turut sertanya pemerintah dalam segala segi penghidupan kemasyarakatan membawa suatu konsekuensi *enorme uitbouw van desociale wetgeving*[152] dan suatu *encormegroei van het administrative recht*.[153] Dalam suatu *welfare state,* administrasi negara diserahi apa yang disebut **Lamaire** tersebut di atas sebagai *bestuurzorg* dan *bestuurzorg* itu meliputi segala lapangan kemasyarakatan di mana turut serta pemerintah secara aktif dalam pergaulan manusia, dirasa perlu. *Bestuurzorg* itu menjadi tugas pmerintah *welfare state,* yaitu suatu negara hukum modern yang memperhatikan kepentingan seluruh rakyat dan yang telah meninggalkan azas *staatsonthouding*. Dapat dikatakan bahwa adanya *bestuurzorg* tersebut menjadi suatu tanda yang menyatakan adanya suatu *welfare state*.

---

[151] *Ibid*.

[152] Perluasan raksasa perundang-undangan sosial.

[153] Pertumbuhan raksasa hukum administrasi negara.

Menurut **Prajudi Atmosudirdjo**[154] dalam setiap negara modern masa kini banyak sekali campur tangan penguasa negara ke dalam kehidupan masyarakat sehari-hari, yakni (a) campur tangan bidang politik, (b) campur tangan bidang ekonomi, (c) dalam bidang sosial budaya: kehidupan keluarga, perkawinan, perhimpunan, hiburan, kesenian, olahraga, dan sebagainya, (d) dalam bidang agama dan kepercayaan, dan (e) dalam bidang teknologi.

Segala campur tangan penguasa negara tersebut diberi bentuk hukum agar segala sesuatunya tidak bersimpang-siur dan tidak menimbulkan keragu-raguan pada semua pihak yang bersangkutan, dan bilamana timbul konflik penyelesaiannya lebih mudah.[155] Pada akhirnya campur tangan penguasa negara tersebut dilakukan oleh para pejabat/petugas administrasi negara dan di sinilah letak pentingnya Hukum Administrasi Negara.[156]

Dewasa ini, campur tangan penguasa negara telah tersistemasi melalui berbagai fungsi yang dijalankan oleh kelembagaan negara. Di Indonesia misalnya, susunan penguasa negara beserta kelembagaan yang bertanggung jawab di dalamnya dapat dilihat sebagai berikut:

a. Penguasa Konstitutif = MPR (Majelis Permusyawaratan Rakyat).
b. Penguasa Legislatif = Presiden + Dewan Perwakilan Rakyat.
c. Penguasa Eksekutif = Pemerintah[157] = Presiden (dengan dibantu oleh pejabat-pejabat pemerintah).
d. Penguasa Administratif = Administratir Negara = Presiden (dengan mengepalai administrasi negara).
e. Penguasa Militer = Presiden, dengan membawahi angkatan perang.
f. Penguasa Yudikatif = Mahkamah Agung, dengan membawahi peradilan.[158]

---

[154] Prajudi Atmosudirdjo, Hukum Administrasi Negara, Cetakan Kesembilan. (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988), hlm.26.

[155] *Ibid*.

[156] *Ibid*, hlm. 27.

[157] Menurut Miriam Budiardjo kata Pemerintah dapat dilihat dari dua sisi yakni pemerintah dalam arti luas dan dalam arti sempit. Pemerintah dalam arti luas mencakup kekuasaan Eksekutif, Legislatif, dan Yudikatif. Sedangkan pemerintah dalam arti sempit hanya kekuasaan Eksekutif saja.

[158] Berdasarkan ketentuan Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945, Kekuasaan Kehakiman di Indonesia dilakukan oleh Mahkamah Agung dan badan-badan peradilan yang ada di bawahnya [Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Tata Usaha Negara, dan Peradilan Militer. Di samping empat badan-badan peradilan tersebut di atas

g. Penguasa Konsultatif = Dewan Pertimbangan Presiden.[159]

h. Penguasa Insfektif/Auditif = Badan Pemeriksa Keuangan.[160]

Adapun yang sangat banyak dirasakan kehendak-kehandaknya atau keputusan-keputusannya oleh masyarakat adalah:[161]

a. Penguasa Legislatif = Penguasa Undang-undang/Peraturan Daerah.

b. Penguasa Eksekutif = Penguasa Pemerintahan.

c. Penguasa Administratif = Penguasa Administrasi Negara.

d. Penguasa Yudikatif = Pengadilan.

Perumusan kehendak-kehendaknya dan produksinya adalah sebagaimana tabel di bawah ini:[162]

Penguasa	Fungsinya	Produknya
Penguasa Legislatif	Perumusan kehendak bangsa dan negara (penjabaran UUD dan GBHN)	Undang-undang Nasional
Penguasa Pemerintah (Undang-undang/*Wet*)	Pelaksanaan UU dengan menetapkan strategi dan *policy* pelaksanaan UU merumuskan rencana, program, *budget*, dan instruksi untuk Administrasi Negara dan Angkatan Perang	Peraturan Pembinaan masyarakat Kepolisian Peradilan Penegakan Kedaulatan
Penguasa Administrasi (*beschikking*)	Realisasi UU dengan menjalankan kehendak dan perintah daripada Pemerintah (Penguasa-	Penetapan *(Beschikking)* Tata Usaha Negara Pelayanan-

sesungguhnya di Indonesia terjadi perkembangan peradilan-peradilan yang bersifat Ad Hoc seperti Pengadilan Anak, Pengadilan Hubungan Industrial, Pengadilan Tindak Pidana Korupsi (Tipikor) dan lain-lain] dan sebuah Mahkamah Konstitusi.

159 Berdasarkan ketentuan Pasal 16 Undang-Undang Dasar 1945 disebutkan bahwa "Presiden membentuk suatu Dewan Pertimbangan yang bertugas memberikan nasihat dan pertimbangan kepada presiden, yang selanjutnya diatur dalam undang-undang." Dalam perkembangannya, pasal a quo telah dihapuskan tatkala UUD 1945 diamandemen.

160 Berdasarkan ketentuan Pasal 23E ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 disebutkan bahwa "Untuk memeriksa pengelolaan dan tanggung jawab tentang keuangan negara diadakan satu Badan Pemeriksa Keuangan yang bebas dan mandiri."

161 *Ibid*.

162 *Ibid*, hlm. 27-28.

	Pemerintahan) sesuai peraturan, rencana, program, dan intruksi secara nyata, kasual, individual	masyarakat Penyelenggaraan pekerjaan, kegiatan-kegiatan nyata
Penguasa Yudikatif (*Vonnis*)	Penegakan dari pada fungsi-fungsi hukum	Putusan *(Vonnis)* Menilai fakta hukum Interpretasi Revisi Kasasi

Dari tabel tersebut di atas terlihat jelas betapa luasnya tugas administrasi negara masa kini, dan hampir semua menyangkut campur tangan pemerintah (penguasa negara) ke dalam kehidupan masyarakat sehari-hari. Dengan demikian, maka warga masyarakat dan masyarakat pada umumnya sangat tergantung dari pelaksanaan tugas serta keputusan-keputusan para pejabat administrasi negara (dalam percakapan sehari-hari disebut "pejabat pemerintah", tidak dibedakan antara pejabat pemerintah yang menjalankan tugas politik negara (pemerintahan) dan pejabat pemerintah sebagai pejabat administrasi negara (yang menjalankan tugas teknis fungsional atau operasional menjalankan kehendak pemerintah dan melayani masyarakat umum).[163]

Menurut **Jimly Asshiddiqie** atas pengaruh sosialisme yang sangat menentang paham individualisme dan liberalisme, muncul konsepsi baru mengenai negara sejak permulaan abad ke-20 ini sebagai ganti dari "*nachwachterstaat*", yaitu "*welvaart staat*" (negara kesejahteraan).[164]

Dalam konsep negara kesejahteraan ini, negara dituntut untuk memperluas tanggung jawabnya kepada masalah-masalah sosial ekonomi yang dihadapi rakyat banyak. Perkembangan inilah yang memberikan legalisasi bagi "negara intervensionis" abad ke-20. Negara justru perlu dan bahkan harus melakukan intervensi dalam berbagai masalah sosial dan ekonomi untuk menjamin terciptanya kesejahteraan bersama dalam masyarakat.[165]

---

[163] *Ibid*, hlm. 28.
[164] Asshiddiqie, *Op.cit*, hlm. 223.
[165] *Ibid*.

Alhasil, dengan intervensi ini, fungsi negara juga meliputi kegiatan-kegiatan yang sebelumnya berada di luar jangkauan fungsi negara, seperti meperluas ketentuan pelayanan sosial kepada individu dan keluarga dalam hal-hal khusus, seperti "*social security*", kesehatan, kesejahteraan sosial, pendidikan dan pelatihan serta perumahan. Di samping itu, kegiatan intervensi negara itu juga meluas sampai pada pengaturan terhadap berbagai aktivitas masyarakat, baik secara individual maupun badan-badan kolektif (*corporate bodies*) untuk maksud mengubah kondisi hidup dan kehidupan individu dan kelompok penduduk secara relatif cepat.[166]

Kecenderungan intervensionis ini muncul dan berkembang di mana-mana, termasuk di negara-negara baru yang muncul sebagai akibat dari proses dekolonialisasi global pada abad ke-20. Indonesia, tak terkecuali, juga dipengaruhi oleh gagasan negara kesejahteraan ini. Seperti dikemukakan oleh **Hatta** dalam sidang BPUPKI tangal 15 Juli 1945, Negara Indonesia yang akan didirikan dengan konstitusi yang sedang mereka rumuskan dalam sidang BPUPKI itu adalah "negara pengurus."[167] Apa yang dimaksudkan oleh **Hatta** dengan negara pengurus itu, tidak lain adalah negara kesejahteraan (*welfare state*) itu.

Apa yang dikatakan oleh **Hatta** sebagai "negara pengurus" tersebut dapat secara *eksplisit* kita lihat dalam Undang-Undang Dasar 1945 pada alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945 yang menyatakan:

> ".... Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa ...."

Adanya kata "melindungi", "kesejahteraan" dan "mencerdaskan" menunjukkan bahwa UUD 1945 sangat menganut *spirit* negara "*welfare state*". Dalam pasal-pasal UUD 1945 juga dapat dilihat bukti nyata Indonesia menganut paham *welfare state.* Hal ini dapat ditelusuri dalam ketentuan Pasal 34 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan "Fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara." Kata "dipelihara" dalam ketantuan Pasal 34 tersebut secara nyata menunjukkan Indonesia menganut paham negara *welfare state.*

---

[166] *Ibid*.

[167] Muhammad Yamin, Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945, Jilid I, III, dan III. (Jakarta: Jajasan Parapanja, 1959), dalam *ibid*.

BAB IV
KONSEP PEMERINTAH DAN TINDAKAN PEMERINTAH

A. Pengertian Pemerintah dan Tindakan Pemerintah

Government menurut bahasa diartikan sebagai pemerintah,[168] yang asal katanya dari Bahasa Latin, yaitu "*gobernaculum*" berarti "kemudi".[169] Menurut **Wilson** sebagaimana dikonstair **Ateng Syafrudin**:

> "*Government… is organized force… two or few men, or many men, or of a community prepared by organization to realise its own purposes with references to the common affairs or the community.*"[170] (Pemerintah... adalah suatu kekuatan yang diorganisir... adalah hasil perbuatan beberapa orang beberapa orang atau sekelompok orang yang dipersiapkan oleh suatu organisasi untuk merealisir maksud-maksudnya bersama referensi-referensi yang dapat menangani persoalan-persoalan umum atau masyarakat).

Pendapat **Wilson** ini mengakomodir pengertian pemerintah sebagai kekuatan yang dorganisir untuk merealisir kekuasaan mengurus kepentingan-kepentingan umum.[171]

Dari aspek ruang lingkup kekuasaan oleh **Van Vollenhoven** dikemukakan arti "pemerintahan" dalam pengertian yang luas meliputi keempat kekuasaan dalam ajaran "catur praja" yaitu: (i)

---

[168] Jhon M. Echols and Hassan Shadily, Kamus Inggris-Indonesia (Jakarta: Gramedia, 1996), hlm. 227.

[169] Ateng Syafrudin, Pengaturan Koordinasi Pemerintah di Daerah (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993), hlm. 2, dalam Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 27.

[170] *Ibid*. hlm. 28.

[171] *Ibid*.

membuat peraturan (*regel geven*), (ii) pemerintah/pelaksana (*bestuur/ executive*), (iii) peradilan (*rechtspraak*), dan (iv) polisi (*politie*).[172]

Tidak jauh berbeda dengan pendapat **Van Vollenhoven**, **Kuntjoro Purbopranoto** berpendapat bahwa pemerintah dalam "arti luas" adalah kegiatan negara dalam melaksanakan kekuasaan politiknya, mencakup ketiga kekuasaan negara dalam ajaran "*trias politica*" yang digagas oleh **Montesquieu** yaitu (i) kekuasaan pembentukan undang-undang (*Ia puissance legislative*), (ii) kekuasaan pelaksana (*Ia puissance executive*), dan (iii) kekuasaan peradilan (*Ia puissance de juger*).[173]

Selain pengertian pemerintah dalam "arti luas" di atas, **N.E Algra et al**., mengemukakan pengertian "pemerintah" dalam "arti sempit" yaitu "*bestuur*", yang meliputi bagian tugas pemerintah yang tidak termasuk tugas pembuatan undang-undang (*legislatif*) atau tugas peradilan (*yudikatif*).[174]

Dalam pengertian ini pemerintahan merupakan bagian dari badan perlengkapan dan fungsi pemerintahan, yang bukan merupakan badan perlengkapan atau fungsi pembuat undang-undang dan badan perlengkapan atau fungsi peradilan.[175]

Pendapat senada dikemukakan oleh **Kuntjoro Purbopranoto**, dikatakan bahwa pemerintah dalam "arti sempit" hanya badan pelaksana (*executive, bestuur*) saja, tidak termasuk badan perundang-undangan (*regelgeven*), badan peradilan (*rechtspraak*), dan kepolisian (*politie*).[176]

Berkenaan dengan pemerintah dalam arti sempit, menurut **Belinfante** dan **Willem Konijebelt**, fungsi "*administratie*" sama dengan "*bestuur*" yaitu fungsi pemerintahan yang tidak mencakup fungsi pembentukan undang-undang dan peradilan.[177] **F. A. M Stroink** mengutip **Belinfante**:

> "*Administratie betekent hetzelfde als bestuur, Administratief recht wordt daarom ook wel bestuursrecht genoemd. Men kan bestuur ook opvatten als bestuursfunctie, dat wil zeggen als een overheidstaak*

---

[172] Kuntjoro Purbopranoto, Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi, (Alumni: Bandung, 1985), hlm. 40, dalam *ibid*, hlm. 28.

[173] *Ibid*.

[174] N.E. Algra et al., Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae, Belanda-Indonesia, (Bina Cipta: Jakarta, 1983), hlm. 50, dalam *ibid*

[175] Belinfante, A.D, Kort Begrip van het Administratief Recht, Terjemahan Batoeah, *Op.cit*, hlm. 1; Hadjon et al., *Op.cit*, hlm. 309; Fachruddin, *Loc.cit*.

[176] Kuntjoro Purbopranoto, *Op.cit*, hlm. 40-41, dalam Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 29.

[177] Belinfante A.D, dalam Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 29.

die noch wetgeving, noch rechtspraak is." (Administrasi artinya sama dengan pemerintahan. Dengan demikian hukum administrasi disebut juga hukum pemerintahan. Pemerintah dapat pula diartikan sebagai fungsi pemerintahan yangh tidak termasuk pembentukan undang-undang dan peradilan).[178]

B. Hubungan Hukum Administrasi dan Tindakan Hukum Administrasi

Hubungan hukum administrasi adalah suatu hubungan hukum antara pemerintah dengan warga negara, yang dalam kehidupan dimasukkan dalam tindakan hukum administrasi yang tidak terdapat di dalam hukum perdata.[179]

Berbeda dengan hukum perdata, hubungan hukum administrasi tidak langsung terjadi dari undang-undang. Hal ini sesuai dengan definisi hukum administrasi, yang mengatakan bahwa hukum administrasi hanya bertalian dengan fungsi pemerintahan yang dalam garis besarnya berhubungan dengan badan-badan pemerintahan. Apabila undang-undang memerintahkan atau melarang (anda harus jujur, anda tidak boleh membunuh) adalah hal ini merupakan perintah, namun kita sulit untuk mempertahankan bahwa di sini dibicarakan mengenai hubungan hukum antarpemerintah (penguasa) di satu pihak, dan warga negara di lain pihak. Lagi pula, hubungan ini sepenuhnya berada di luar badan yang dibebankan kepada penguasa (pemerintahan) dan yang dijalankan bukan fungsi pemerintahan.[180]

Apabila undang-undang pada umumnya hendak melarang atau memerintahkan suatu tingkah laku sepenuhnya, maka kita namakan undang-undang itu hukum pidana. Undang-undang hukum pidana bersifat keras: ia melarang atau memerintahkan kepada setiap orang, di mana dan kapan pun. Dan adakalanya di mana masyarakat tidak mendapat manfaat dari perintah ataupun larangan yang kaku dan keras, tetapi mengingat sulitnya hubungan perorangan serta tempatnya, maka perlu adanya peraturan yang disesuaikan dengan keadaan itu.[181]

---

[178] Lihat dalam Nasaruddin Umar and Nadhifah Attamimi, Pengantar Hukum Administrasi Negara dan Mekanisme Pengawasan Notaris di Indonesia, Ceatakan Pertama. (Ambon: LP2M IAIN Ambon, 2020), hlm. 3.

[179] Belinfante, A.D, Kort Begrip van het Administratief Recht, Terjemahan Batoeah, *Op.cit*, hlm 33.

[180] *Ibid*.

[181] *Ibid*.

Karena itu undang-undang memberikan kepada badan pemerintah suatu wewenang untuk menciptakan pelaksanaan hukum yang bersifat HAN antara badan tersebut dengan warga negara (rakyat).[182]

C. Pengertian Wewenang

Usaha untuk mencapai tujuan negara kesejahteraan, negara sebagai organisasi kekuasaan menempati kedudukan yang istimewa. Untuk memutar roda pemerintahan "kekuasaan" dan "wewenang" adalah dianggap penting. Dalam ilmu HTN dan HAN istilah "kekuasaan" dan "wewenang" terkait erat dengan pelaksanaan fungsi pemerintahan.[183]

Menurut pengertian umum atau bahasa, kata "kekuasaan" secara etimologi berasal dari kata "kuasa" artinya kemampuan atau kesanggupan (untuk berbuat sesuatu); kekuatan.[184] **Soerjono Soekanto** mengemukakan pengertian "kekuasaan" sebagai kemampuan untuk mempengaruhi pihak lain menurut kehendak yang ada pada pemegang kekuasaan. Dijelaskan lebih lanjut bahwa adanya kekuasaan bergantung kepada hubungan antara yang berkuasa yang dikuasai, atau dengan kata lain antara pihak yang memiliki kemampuan melancarkan pengaruh dan pihak lain yang menerima pengaruh itu dengan rela atau karena terpaksa.[185] Beda antara "kekuasaan" dan "wewenang" adalah bahwa setiap kemampuan untuk mempengaruhi pihak lain dapat dinamakan kekuasaan, sedangkan "wewenang" adalah kekuasaan yang ada pada seseorang atau kelompok orang yang mempunyai dukungan atau mendapat pengakuan dari masyarakat.[186]

Menurut **Bagir Manan**, "kekuasaan" (*macht*) tidak sama artinya dengan wewenang. Kekuasaan menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Wewenang berarti hak dan sekaligus kewajiban (*rechten en plichten*).[187]

---

182 *Ibid*.

183 Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 38.

184 Anton M. Moeliono et al., Kamus Umum Bahasa Indonesia (Jakarta: Balai Pustaka, 1995), hlm. 533.

185 Soerjono Soekanto, Pokok-Pokok Sosiologi Hukum (Jakarta: Rajawali Pers, 1988), hlm. 79-80.

186 *Ibid*.

187 Bagir Manan, "Wewenang Provinsi, Kabupaten dan Kota dalam Rangka Otonomi Daerah," Makalah pada Seminar Nasional Pengembangan Wilayah dan Pengelolaan Sumber Daya Alam di Kawasan Pesisir dalam Rangka Penataan Ruang, Fakultas Hukum Universitas Padjajaran Bandung, 13 Mei 2000, hlm. 1-2, dalam Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 39; Mohammad Effendy, "Beberapa Pemikiran ke Arah Terwujudnya Kemandirian Daerah di Era Otonomi

H.D. Stout memberikan pengertian wewenang adalah:[188]

> "*Bevoegheid... wat kan worden omschreven als het geheel van regels dat betrekking heeft op de verkrijging en uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden door publiekrechtelijke rechtssubjecten in het bestuursrechtelijke rechtsverkeer.*" (Wewenang... dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan per-olehan dan penggunaan wewenang pemerintah oleh subjek hukum publik).

Sedangkan **Nicolai** memberikan pengertian:[189]

> "*Met bevoegdheid wordt bedoeld: het vermogen tot het verrichten van bepaalde rehtshandelingen (handelingen die op rechtsgevoig gericht zijn en dus ertoe strekken dat bepaalde rechtsgevolgen ontstaan of teniet gaan.*" (Kewenangan berarti: kemampuan untuk melakukan tindakan hukum tertentu (tindakan yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum, dan mencakup timbul dan lenyapnya akibat hukum tertentu).

Prajudi Atmosudirdjo memberikan perbedaan pengertian antara "kewenangan" dengan "wewenang":[190]

> Kita perlu membedakan antara kewenangan (*authority, gezag*) dan wewenang (*competence, bevoegdheid*), walaupun dalam praktik perbedaannya tidak selalu dirasakan perlu. "Kewenangan" adalah apa yang disebut "kekuasaan formal", kekuasaan yang berasal dari kekuasaan legislatif (diberi oleh undang-undang) atau dari kekuasaan eksekutif administratif.
>
> Kewenangan yang biasanya terdiri atas beberapa wewenang adalah kekuasaan terhadap segolongan orang-orang tertentu atau kekuasaan terhadap sesuatu bidang pemerintahan (atau bidang urusan) tertentu yang bulat, sedangkan wewenang hanya mengenai sesuatu onderdil tertentu saja. "Kewenangan" di bidang kehakiman atau kekuasaan mengadili sebaiknya kita sebut *kompetensi* atau *yurisdiksi* saja.[191]

Daerah Dalam Kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia" (Disertasi: Universitas Padjajaran, 2011), hlm. 12.

188 Stout, H.D, De Betekenissen van de wet, (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994) hlm. 102, dalam Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 40.

189 P. Nicolai and B.K. Oliver, Bestuursrecht (Amsterdam, 1994) hlm. 4, dalam *ibid*.

190 Atmosudirdjo, *Op.cit*, hlm. 76; Ateng Syafrudin, Memantapkan Pemerintah yang Bersih Kuat dan Berwibawa (Bandung: Penerbit Tarsito, 1982), hlm. 20.

191 *Ibid*.

Di dalam kewenangan terdapat wewenang-wewenang (*rechtsbevoegdheden*). Wewenang adalah kekuasaan untuk melakukan sesuatu tindak hukum publik, misalnya wewenang menandatangani/menerbitkan surat-surat izin dari seorang pejabat atas nama menteri, sedangkan kewenangan tetap berada di tangan menteri (delegasi wewenang).[192] Dalam konteks negara hukum, antara kewenangan dan hukum memiliki kaitan yang sangat erat, hal ini dikarenakan secara teknis, kaidah hukum dapat dibedakan ke dalam tipe kaidah perilaku, kaidah kewenangan,[193] dan kaidah sanksi.

D. Perbuatan Pemerintah yang Tercela

Dari pelaksanaan asas negara kesejahteraan (*welfare state*) memunculkan 2 (dua) konsekuensi yakni intervensi pemerintah yang cukup luas terhadap aspek kehidupan masyarakat serta digunakannya asas diskresi, menimbulkan suatu dilema. Apabila kedua konsekuensi tersebut dilaksanakan, fungsi administrasi akan terhambat, yang berarti akan menghambat terwujudnya kesejahteraan dalam kehidupan masyarakat. Akan tetapi apabila tidak terkendali, mudah terjadinya perbuatan pemerintah yang tercela, yang tendensinya menimbulkan kerugian pada pihak tertentu. Perbuatan yang tercela ini dalam HAN sering disebut perbuatan penguasa yang sewenang-wenang (*willekeur*). Problemnya adalah, kapan perbuatan penguasa dikatakan tercela (sewenang-wenang)?[194]

Perbuatan sewenang-wenang ini frekuensinya lebih banyak terjadi dalam penyelenggaraan pemerintahan yang bersifat bebas (*vrij bestuur*). Dalam penyelenggaraan pemerintahan yang bersifat mengikat (*gebonden bestuur*), perbuatan tersebut jarang terjadi.[195]

Dalam pengambilan suatu keputusan, pemerintah harus mempertimbangkan seluruh kepentingan yang terkait atau mungkin akan terkait dengan keputusan yang akan diambilnya itu. Bahkan sering terjadi kepentingan-kepentingan tersebut bersifat antagonis antara yang satu dengan yang lainnya, misalnya kepentingan umum

---

[192] *Ibid*.

[193] Kaidah kewenangan adalah kaidah yang memberikan kewenangan untuk menetapkan kaidah perilaku. Lihat B. Arief Sidharta, Asas Hukum, Kaidah Hukum, Sistem Hukum, dan Penemuan Hukum. Makalah tidak dipublikasikan. (Bandung, Juli 2004), hlm. 1.

[194] Muchsan, Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia, Ceatakan Keempat. (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2007), hlm. 14.

[195] *Ibid*.

dan kepentingan individu. Pemerintah harus jeli dan teliti dalam mempertimbangkan seluruh kepentingan tersebut, jangan sampai yang satu akan merugikan yang lain. Ini berarti, pemerintah dituntut untuk dapat menyerasikan antara kepentingan-kepentingan yang berbeda tersebut dalam keputusannya. Suatu keputusan dikatakan tepat, apabila kepentingan yang diatur oleh keputusan tersebut merupakan kepentingan yang paling menguntungkan, terutama bagi kepentigan umum. Apabila pemerintah dalam memproduksi keputusan salah dalam mempertimbangkan kepentingan tersebut sehingga keputusan yang dibuatnya lebih banyak merugikan kepentingan umum, di sinilah terjadi perbuatan penguasa yang sewenang-wenang (*willekeur*).[196]

Dapatlah dianalisa, perbuatan penguasa yang sewenang-wenang dapat terjadi apabila terpenuhi unsur-unsur sebagai berikut:[197]

- Penguasa yang berbuat secara yuridis memiliki kewenangan untuk berbuat (ada peraturan dasarnya).
- Dalam mempertimbangkan kepentingan yang terkait dalam keputusan yang dibuat oleh pemerintah, unsur kepentingan umum kurang diperhatikan.
- Perbuatan tersebut menimbulkan kerugian konkret bagi pihak tertentu.

Muchsan membagi macam/jenis perbuatan pemerintah yang tercela ini sebagai berikut:[198]

- Perbuatan melawan hukum oleh penguasa (*onrechtmatige overheidsdaad*);
- Perbuatan melawan undang-undang (*onwetmatige*);
- Perbuatan yang tidak tepat (*onjuist*);
- Perbuatan yang tidak bermanfaat (*ondoelmatig*); dan
- Perbuatan yang menyalahgunakan wewenang (*detournement de pouvoir*).

Secara rinci macam/jenis perbuatan-perbuatan tersebut diuraikan berikut ini:

---

196 *Ibid*, hlm. 14-15.
197 *Ibid*, hlm. 15.
198 *Ibid*.

1. *Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa (Onrechtmatige Overheidsdaad)*

Perbuatan melawan hukum ini pertama dikenal dalam hukum perdata, dan telah mendapat kepastiannya dalam rumusan Pasal 1365 BW[199] Indonesia atau ketentuan Pasal 1401 BW Belanda. Pasal tersebut menyatakan: "Tiap-tiap perbuatan melawan hukum yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut."

Dari ketentuan di atas jelaslah bahwa pasal tersebut tidak memberikan uraian apakah yang dimaksud dengan perbuatan melawan hukum ini. Dari rumusan pasal tersebut nampak bahwa di samping unsur melawan hukum, terdapat unsur-unsur lain yang harus dipenuhi, seperti unsur kerugian, adanya hubungan antara perbuatan yang dilakukan dengan kerugian yang ditimbulkannya, serta unsur kesalahan dari si pelaku, agar si pelaku dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya tersebut. Pasal 1365 BW juga tidak membedakan antara perbuatan yang dilakukan oleh individu ataupun badan hukum, baik publik maupun perdata. Konklusi yang dapat dikemukakan, sebagai asas dapat diutarakan, baik orang perseorangan, badan hukum privat maupun publik, dapat saja berbuat melanggar hukum dan menimbulkan kerugian bagi orang lain.[200]

Di Negeri Belanda ada dua macam yurisprudensi tentang konsep perbuatan melawan hukum ini, yakni (1) Pengertian sempit dan (2) Pengertian luas.

a. Pengertian Sempit

   Sebelum tahun 1919 *Hoge Raad* (selanjutnya disingkat HR) berpendapat bahwa perbuatan melawan hukum adalah perbuatan yang melanggar hak subjektif seseorang atau perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat.[201]

   Pandangan HR yang sempit ini dapat dijumpai dalam putusannya yang terkenal dengan sebutan *Zutphense waterleiding Arrest* (HR 10 Juni 1910). Adapun kasusnya adalah sebagai berikut:

---

[199] Dalam dunia praktisi hukum ketentuan Pasal 1365 BW ini dikenal juga dengan istilah "pasal sapu jagad".

[200] Muchsan, Sistem Pengawasan... *Op.cit*, hlm. 15-16.

[201] *Ibid*, hlm. 16.

Suatu malam dalam Bulan Januari 1910, sebagai akibat udara yang sangat dingin, saluran air di gudang milik **Mijhof** pecah. Di tempat tersebut disimpan sejumlah kulit. Keran induk terdapat di ruang atas dari rumah bertingkat yang bersangkutan yang disewakan dan ditempati oleh **Nona de Vries**. Walaupun **Mijhof** berulang kali meminta agar keran induk tersebut ditutup namun **Nona de Vries** menolak. Sebagai akibatnya sebagian gedung tersebut tergenang air dan kulit yang tersimpan di situ rusak.

Asuransi menutup kerugian tersebut tetapi selanjutnya perusahaan asuransi ini menggugat **Nona de Vries** untuk mengganti seluruh kerugian yang telah dibayarkannya atas dasar Pasal 1401 BW jo Pasal 284 WvK.[202] Pengadilan tingkat pertama mengabulkan gugatan tersebut atas dasar pendirian bahwa "tidak melakukan sesuatu yang oleh karenanya melalaikan kepentingan orang lain atau barang milik orang lain" termasuk pengertian perbuatan melanggar/melawan hukum. Akan tetapi putusan tersebut dibatalkan HR dengan alasan sikap pasif **Nona de Vries** tidak merupakan pelanggaran terhadap kewajiban menurut undang-undang yang ada pada **Nona de Vries**. Keharusan untuk memberikan pertolongan hanyalah diwajibkan dalam hal-hal yang ditentukan menurut undang-undang, seperti yang diatur dalam Pasal 450 *WvS Nederland*.[203] Sehubungan dengan ini, kelalaian **Nona de Vries** untuk tidak memberikan pertolongan tidak merupakan perbuatan melanggar/melawan hukum sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 1401 BW. Meskipun di sini timbul kerugian terhadap hak milik orang lain, tetapi karena hal itu bukan merupakan suatu kewajiban yang berdasarkan undang-undang, maka hubungan kausal antara kelalaian dan pelanggaran terhadap hak orang lain tidak ada. Kesimpulannya gugatan tidak dapat diterima.

b. Pengertian yang Luas

Putusan HR dalam kasus *Zutphense waterleding*, mengundang reaksi ketidakpuasan terutama di kalangan

[202] Sama dengan ketentuan Pasal 1365 BW Indonesia dan Pasal 281 WvK Indonesia (KUHP).
[203] Pasal 531 KUHP.

para sarjana hukum, meskipun masih ada pendukungnya seperti **Land** dan **Simona**. Sebagai konsekuensinya, mencullah pendapat yang memberikan penafsiran yang luas terhadap pengertian perbuatan melawan hukum ini, seperti diajukan oleh ***Melengraad*** dalam tulisannya yang dimuat pada *Rechtsgeleerd* Magazijn yang menganggap "*onrechtmatig*" identik dengan "*onbetamelijk*".[204]

Demikian juga pada tahun 1911, oleh pembentuk UU diajukan RUU (*ontwerp*) yang memberikan perumusan yang lebih luas tentang kata melawan hukum (*onrechtmatig*). Meskipun banyak pendapat yang menyetujui penafsiran yang luas ini, akan tetapi pada waktu *Raad* (pengadilan) masih tetap berpegang teguh pada penafsiran yang sempit.[205]

Pada tahun 1913 diajukan lagi suatu RUU yang telah diubah dan disempurnakan (perubahan dari *Heemskeerk* yang merupakan penyempurnaan terhadap rumusan tentang pengertian perbuatan melawan hukum dalam RUU sebelumnya). Dalam RUU ini diusulkan tentang pengertian perbuatan melawan hukum sebagai berikut:[206]

> "*Onrechtmatige daad is een handelen of nalaten, of in breuk maakt op eens andersrecht, of in strijd is met des dadersrecht-splicht, of indrust, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen dezerg-vuldigheid, welke in het maats schappelijk verkeerbetaamt ten aanzien van eens anders persoons of goed.*"

Jelaslah di sini bahwa perbuatan melawan hukum dalam RUU ini dirumuskan sebagai sikap perbuatan (ataupun tidak berbuat) yang atau melanggar hak subjektif orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukum sipembuat atau bertentangan dengan kepatutan, ketelitian dan sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap harta benda orang lain.[207]

Dapatlah disimpulkan, bahwa kriteria perbuatan melawan hukum menurut rumusan yang baru ini terdiri dari:

---

[204] Muchsan, Sistem Pengawasan... *Op.cit*, hlm. 17.
[205] *Ibid*.
[206] *Ibid*, hlm. 18.
[207] *Ibid*.

a. Melanggar hak subjektif orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku (dalam rumusan yang lama kriteria ini juga dipakai).
b. Melanggar kepatutan, ketelitian dan sikap hati-hati.
c. Kesemuanya itu yang seharusnya dimiliki oleh seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap benda orang lain.[208]

Meskipun RUU tersebut tidak sempat disyahkan menjadi UU akan tetapi rumusan yang terdapat di dalamnya secara harfiah diambil oleh HR dalam putusannya terhadap perkara **Lindebaum** melawan **Cohen** (Arrest 31 Januari 1919). Kasus ini menyangkut perbuatan yang tidak patut dalam dunia perusahaan. Kasus posisinya sebagai berikut:[209]

> Dua perusahaan percetakan buku, yang satu milik **Cohen** dan lainnya **Lindebaum**, keduanya bersaingan dengan hebat. Pada suatu hari seorang pegawai dari **Lindebaum** dibujuk oleh **Cohen** dengan bermacam-macam pemberian hadiah dengan kesanggunpan supaya memberitahukan kepada **Cohen** terkait turunan (*copy*) dari penawaran-penawaran yang dilakukan oleh **Lindebaum** kepada khalayak ramai dan memberitahukan pula nama orang-orang yang melakukan pesanan di kantor **Lindebaum** atau minta keterangan harga-harga cetak.[210]
>
> Dengan data tersebut ditetapkanlah suatu siasat oleh **Cohen** sehingga khlayak lebih suka pergi ke kantor perusahaannya. **Lindebaum** merasa dirugikan dengan tindakan tersebut dan menggugat **Cohen** di muka Pengadilan dengan mendalilkan perbuatan **Cohen** sebagai perbuatan melanggar hukum sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 1401 BW dan mohon ganti kerugian.[211]
>
> Dalam pemeriksaan perkara tingkat pertama, **Cohen** dikalahkan, tetapi dalam pemeriksaan tingkat banding, yaitu di *Gerechtschof* di Amsterdam, **Lindebaum** dikalahkan. Alasan yang digunakan oleh putusan banding tersebut dikarenakan berdasarkan yurisprudensi yang sudah sejak lama dianut, tindakan **Cohen** tidak dianggap

[208] *Ibid*.
[209] *Ibid*.
[210] *Ibid*, hlm. 19.
[211] *Ibid*.

sebagai perbuatan melawan hukum karena dalam hal ini tidak dapat ditunjukkan suatu pasal dari undang-undang yang telah dilanggar oleh **Cohen**. Selanjutnya **Lindebaum** mengajukan kasasi kepada HR. Dalam pemeriksaan tingkat kasasi ini, HR memenangkan **Lindebaum** dengan menyatakan bahwa dalam pengertian perbuatan melanggar hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1401 BW, termasuk perbuatan yang memperkosa hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat atau bertentangan dengan kesusilaan atau dengan kepatutan (kepantasan) dalam hidup bermasyarakat. Justru putusan HR yang memberikan penafsiran yang luas terhadap pengertian perbuatan melawan hukum inilah yang sampai saat sekarang dianut.[212]

Dapatlah disimpulkan, bahwa berdasarkan *Arrest* 31 Januari 1919, unsur-unsur untuk adanya perbuatan melawan hukum adalah:

a. Melanggar suatu hak orang lain, atau
b. Melanggar kewajiban hukum dari si pelaku perbuatan tersebut, atau
c. Melanggar kesusilaan, atau
d. Melanggar kepatutan/kepantasan yang berlaku dalam masyarakat terhadap orang atau barang milik orang lain.

Munculnya konsep *onrechtmatige overheids daad* (selanjutnya disingkat OOD) dalam ruang lingkup HAN tidak bisa dipisahkan dari perkembangan konsep *onrechtmatige daad* yang kita kenal dalam ruang lingkup hukum perdata. Di Negeri Belanda, ajaran OOD dikenal pertama kali dengan timbulnya *Arrest* HR tanggal 29 Mei 1886 tentang perkara *Vrouw Elake*. Dalam *Arrest* ini pengertian OOD sama dengan ajaran melawan hukum dalam arti sempit, yakni suatu perbuatan yang (1) bertentangan dengan kewajiban hukum sipelaku dan (2) yang melanggar hak subjektif orang lain, yang kedua-duanya telah diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Dalam perkara *Vrouw Elake*, seorang pemilik kapal yang menderita kebocoran karena menabrak sebuah tiang di perairan *Gemeente Leeuwarden.* Tiang ini berada di bawah air, sehingga tidak dapat dilihat oleh nahkoda kapal tersebut. Karena kapal bocor, akhirnya tenggelam. Pemilik kapal menggugat Walikota sebagai wakil dari Kotamadya *Leeuwarden*, den menuntut

[212] *Ibid.*

ganti kerugian berdasarkan Pasal 1401 BW. Dalam gugatnnya, penggugat mendalilkan bahwa pihak Kotamadya tidak memenuhi kewajibannya sebagaimana dibebankan kepadanya berdasarkan *Gemeentewet*. Dalam hal ini Kotamadya dianggap tidak melakukan pengamanan jalur pelayaran umum yang secara yuridis menjadi kewajibannya. Dengan demikian Kotamadya tidak melakukan kewajibannya dalam bidang hukum publik, yang berarti telah melakukan perbuatan melanggar hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1401 BW.[213]

Dalam tingkat kasasi, HR menolak gugatan tersebut dengan pertimbangan bahwa orang perseorangan tidak memiliki dasar hukum untuk menuntut Pemerintah Kotamadya agar mengusahakan pengamanan jalur pelayaran umum, sehingga tidak dapat menuntut ganti kerugian atas dasar kelalaian yang dilakukan oleh Pemerontah tersebut. Dalam perkara ini, HR berpendapat tidak ada kelalaian pihak pemerintah dalam melakukan kewajiban hukum privat, sehingga ketentuan Pasal 1401 BW tidak dapat diterapkan.[214]

Dapatlah disimpulkan bahwa dalam *arrest* ini, HR berpendapat penguasa hanya dapat dituntut pertanggungjawabannya atas dasar perbuatan melanggar hukum menurut Pasal 1401 BW apabila pelanggaran tersebut merupakan pelanggaran kewajiban di bidang hukum perdata. Apabila pelanggaran tersebut merupakan kewajiban di bidang hukum publik, gugatan berdasarkan Pasal 1401 BW tidak dapat dilakukan. Inilah pendapat HR tentang perbuatan melanggar hukum oleh penguasa yang berhubungan dengan pelanggaran terhadap kewajiban hukum si pelaku.[215]

Sedangkan pendapat HR tentang perbuatan melawan hukum oleh penguasa yang berhubungan dengan pelanggaran terhadap hak subjektif orang lain terlihat dalam *Arrest* HR tanggal 21 April 1898 dalam perkara "*Rhedensekoe*". Kasusnya sebagai berikut:[216]

> Seekor sapi milik seorang petani telah lepas dari kandangnya, dan sapi tersebut mengamuk dalam kota Rheden. Karena dianggap membahayakan keamanan umum dan lalu lintas, maka Walikota Rheden memerintahkan menembak sapi yang bersangkutan. Setelah dagingnya ditanam, kulitnya diserahkan kepada pemilik sapi. Ternyata si pemilik

[213] *Ibid*, hlm. 20.
[214] *Ibid*, hlm. 20-21.
[215] *Ibid*, hlm. 20.
[216] *Ibid*.

menolaknya, bahkan mengajukan gugatan ke Pengadilan atas dasar Kotamadya telah melakukan perbuatan melawan hukum. Pengadilan tingkat pertama sampai tingkat kasasi menolak gugatan atas dasar pemikiran bahwa sifat perbuatan melawan hukum oleh penguasa hanya dinilai menurut hukum publik, tidak dapat dinilai menurut hukum privat, jelasnya dalam hal menjalankan kewajibannya menurut hukum publik penguasa tidak dapat melanggar hak subjektif orang lain.[217]

Dapatlah disimpulkan bahwa sampai sekitar tahun 1900-an, HR menganut suatu pendapat bahwa penguasa hanya dapat dianggap melakukan perbuatan melawan hukum apabila penguasa bertindak dalam kedudukannya yang sama dengan perseorangan. Dengan perkataan lain, penguasa sedang ikut dalam pergaulan masyarakat pada kedudukan yang sederajat dengan orang biasa. Sedangkan perbuatan penguasa dalam rangka pelaksanaan hukum publik tidak dapat bertentangan dengan hukum.[218]

Ternyata pada tahun 1902, HR telah meninggalkan pendapat tersebut di atas dan mengintroduksi suatu pendapat lain. Dalam *arrest*-nya pada tanggal 9 Mei 1902, yang memutus gugatan **Baron Van Der Borch Verwolde** terhadap Kotamadya, sehubungan dengan perbuatan Kotamadya yang membuat saluran air tepat di atas balok penyangga penggugat, HR menyatakan pendapatnya sebagai berikut:[219]

a. Bahwa negara dan alat perlengkapannya selaku penguasa juga dapat dianggap melakukan perbuatan melanggar hukum dan dapat dianggap melakukan perbuatan melanggar hukum dan dapat dipertanggungjawabkan menurut hukum terhadap perbuatannya.
b. Bahwa Pasal 2 RO tidak mengadakan pembatasan-pembatasan tentang sengketa keperdataan antara "*bijzondere personen*" sehingga semua sengketa tentang hak milik dan hak-hak yang timbul daripadanya menjadi kewenangan kekuasaan kehakiman, termasuk juga sengketa dengan penguasa yang timbul karena pelanggaran terhadap hak subjektif orang lain.

[217] *Ibid*, hlm. 21.
[218] *Ibid*.
[219] *Ibid*, hlm. 21-22. Lihat juga Ridwan HR, Hukum... (2011), hlm. 324-325.

Jelaslah bahwa perbuatan melawan hukum oleh penguasa yang berbentuk melanggar hak subjektif orang lain tidak lagi terbatas pada perbuatan yang bersifat *privaatrechtelijk* saja. Dapatlah disimpulkan bahwa penguasa dapat dianggap melakukan perbuatan melawan hukum karena melanggar hak subjektif orang lain, apabila:[220]

a. Penguasa melakukan perbuatan yang bersumber pada hubungan hukum perdata serta melanggar ketentuan dalam kaidah hukum tersebut.
b. Penguasa melakukan perbuatan yang bersumber pada hukum publik serta melanggar ketentuan kaidah hukum tersebut.

Masalah selanjutnya yang muncul adalah bagaimana apabila yang dilanggar oleh perbuatan penguasa yang bersumber pada hukum publik adalah kewajiban hukum si penguasa itu sendiri yang diatur dalam ketentuan hukum publik.

Untuk ini, HR telah memproduksi putusannya yang termuat dalam *arrest* tanggal 20 November 1924, yang dikenal dengan sebutan ***Ostermann Arrest***. Adapun duduk perkaranya adalah sebagai berikut:[221]

> **Ostermann**, seorang eksportir, menyerahkan barang-barang yang akan diekspor untuk diperiksa kepada pegawai-pegawai *douane* di Amsterdam. Tanpa alasan, pegawai-pegawai tersebut menolak untuk memberitahukan syarat-syarat formal yang diperlukan untuk ekspor barang-barang tersebut sehingga terjadi keterlambatan pengiriman barang. Akibatnya **Ostermann** menderita kerugian. Selanjutnya **Ostermann** mengajukan gugatan ke Pengadilan dan menyatakan bahwa penolakan yang dilakukan oleh pegawai *douane* tersebut dilakukan tanpa dasar suatu peraturan bahkan bertentangan dengan undang-undang.[222]

Raad dan Hof[223] dalam putusannya menyatakan tuntutan tersebut tidak dapat diterima karena perbuatan penjabat administrasi negara itu (cq. pegawai *douane*) tidak mengakibatkan gangguan yang nyata terhadap barang, juga tidak melanggar hak milik **Ostermann**. Pengadilan juga berpendapat bahwa penolakan

---

[220] *Ibid*, hlm. 22.
[221] *Ibid*.
[222] *Ibid*, hlm. 22-23.
[223] Setingkat dengan Pengadilan Tinggi.

yang dilakukan oleh pegawai *douane* tersebut hakikatnya hanya tidak memberikan pertolongan untuk melakukan perbuatan yang diinginkan oleh **Ostermann**. Sikap seperti ini (tidak melakukan pertolongan) tidak melanggar hak privat dari si pemilik barang atau tidak bertentangan dengan kewajiban *privatrechtelijk* dari pegawai-pegawai tersebut. Jelaslah, bahwa di sini Pengadilan berpendapat dalam hal hubungan-hubungan *publiekrechtelijk*, perlindungan hukum yang bersifat *privaatrechtelijk* dari Pasal 1401 BW tidak berlaku.[224]

Terhadap putusan ini, ternyata HR berpendapat lain, HR berpendapat bahwa siapapun yang melanggar berarti sudah melakukan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*), tidak peduli apakah peraturan yang dilanggar itu bersifat *privaatrechtelijk* ataupun *publiekrechtelijk*.[225]

Apakah dengan perbuatan tersebut telah dilanggar hak subjektif seseorang, di sini bukan masalah karena berbuat atau tidak berbuat itu sudah bersifat melawan hukum apabila berbuat atau tidak berbuatnya itu melawan ketentuan undang-undang. Dengan perkataan lain, HR berpendapat bahwa badan-badan hukum publik dalam menjalankan fungsinya wajib memenuhi kewajiban-kewajiban hukumnya, baik yang bersifat *publiekrechtelijk* maupun yang bersifat *privaatrechtelijk*. Apabila hal itu tidak ditaatinya, berarti badan hukum publik ini sudah melakukan perbuatan melawan hukum dan oleh karenanya harus membayar ganti kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatnnya tersebut.[226]

Dari uraian tersebut di atas, dapatlah dianalisa bahwa sampai dengan *Ostermann Arrest* pada tahun 1924, yurisprudensi mengenai perbuatan melawan hukum oleh penguasa, masih mendasarkan pada dua alasan, yakni (1) perbuatan penguasa melanggar hak subjektif orang lain dan (2) perbuatan penguasa melanggar kewajiban hukumnya sendiri, baik yang bersifat *publiekrechtelijk* maupun *privaatrechtelijk*. Ini berarti pengujian HR terhadap perbuatan melawan hukum oleh penguasa masih tetap didasarkan pada undang-undang/peraturan formal atau peraturan yang tertulis.[227]

Mengenai perbuatan melawan hukum oleh penguasa ini, ternyata Negara RI memiliki suatu Yurisprudensi MA yang terdapat dalam putusan MA No. 838 K/Sip/1870 tertanggal 3 Maret 1971.

---

[224] Muchsan, Sistem Pengawasan... *Op.cit*, hlm. 23.
[225] *Ibid*.
[226] *Ibid*.
[227] *Ibid*.

Duduk perkara dalam putusan tersebut adalah sebagai berikut:[228]

> "Seorang bernama **W. Yosopandoyo** telah menggugat Pemerintah Daerah Khusus Ibukota Jakarta Raya karena Gubernur dengan keputusan yang telah mengharuskan **Yosopandoyo** untuk menyerahkan tiga ruangan dari rumah di Jalan Gadjah Mada No. 9 lantai bawah, yang disewa oleh **Yosopandoyo** kepada pemilik rumah, yakni **Ali Husain Tajibally.** Alasan yang digunakan oleh Gubernur dalam keputusannya tersebut karena **Yosopandoyo** telah menyalahgunakan pemakaian ketiga ruangan tersebut. Dalam perjanjian ruangan tersebut akan digunakan sebagai tempat tinggal, akan tetapi kenyataannya digunakan sebagai tempat usaha. Keputusan Gubernur ini oleh penggugat dianggap sebagai perbuatan yang melampaui wewenang yang ada karena telah meniadakan hubungan sewa-menyewa yang sah antara penggugat dengan pemilik sekarang sebagai ahli waris dari pemilik semula. Bahwa karenanya perbuatan Gubernur tersebut dianggap sebagai tindakan yang melawan hukum."

Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi mengabulkan gugatan tersebut dengan menyatakan tindakan Gubernur tersebut merupakan perbuatan welawan hukum (*onrechtmatigedaad*). Akan tetapi dalam tingkat kasasi, putusan Pengadilan Tinggi yang menguatkan putusan Pengadilan Negeri dibatalkan oleh MA dan gugatan ditolak. Dalam Putusan MA No. 838 K/Sip/1970 tertanggal 3 Maret 1971, antara lain menyatakan:

> "Perbuatan melanggar hukum oleh penguasa harus diukur dengan undang-undang dan peraturan-peraturan formal yang berlaku... yang dalam perkara ini tidak ada yang dilanggar."
>
> "Selain itu harus pula diukur dengan kepentingan dalam masyarakat yang seharusnya dipatuhi oleh Penguasa, yang dalam hal inipun tidak ada yang dilanggar oleh Kepala Daerah."

Nampak dengan jelas, bahwa putusan MA berpendapat untuk menyatakan adanya perbuatan melawan hukum oleh penguasa digunakan dua kriteria, yakni:[229]

---

[228] *Ibid*, hlm. 27.
[229] *Ibid*, hlm. 28.

a. Perbuatan penguasa melanggar undang-undang dan peraturan normal yang berlaku;
b. Perbuatan penguasa melanggar kepentingan dalam masyarakat yang seharusnya dipatuhinya.

Dapatlah disimpulkan bahwa dalam hal ini, MA menganut ajarah HR dalam ***Ostermann Arrest*** pada tahun 1924. Kendati demikian pada tanggal 25 Februari 1977, MA telah mengeluarkan surat edaran, yakni SEMA No. MA/Pemb./0157/1977, yang materinya memberi petunjuk/menyarankan agar yurisprudensi lama yang terdapat dalam Putusan MA tertanggal 3 Maret 1971 No. 838 K/Sip/1970 disempurnakan.[230]

Hakim perlu menyadari falsafah hidup bangsa Indonesia yang menghendaki keseimbangan antara perlindungan terhadap perseorangan (individu) dan terhadap kepentingan persekutuan seperti penguasa.[231]

Dalam menetukan adanya suatu perbuatan melawan hukum oleh penguasa, disarankan agar para hakim tidak hanya melihat pada perbuatan materiil yang dilakukan oleh penguasa, tetapi penilaian itu terutama harus dilakukan pada keadaan di mana perbuatan tersebut terjadi.[232]

Perlu diketahui, bahwa dalam suatu negara hukum seperti Republik Indonesia, perbuatan pemerintah/penguasa haruslah bersifat *rechtmatige*. Dengan demikian, perbuatan penguasa dapat diuji dengan tolak ukur hukum baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Dengan kata lain, perbuatan melawan hukum oleh penguasa di samping dinilai dari aturan-aturan tertulis, semestinya dapat juga dinilai atas dasar kaidah hukum yang tidak tertulis.

2. *Perbuatan Melawan Undang-Undang (Onwetmatige)*

Salah satu ciri dari negara hukum adalah berlakunya asas legalitas dalam negara tersebut. Ini berarti bahwa dalam negara hukum seperti Indonesia, semua perbuatan pemerintah haruslah legal, maksudnya sah menurut undang-undang (*wetmatige*). Perbuatan pemerintah yang tidak sesuai dengan undang-undang ini disebut perbuatan yang *illegal* atau *onwetmatige* (perbuatan yang melanggar undang-undang). Undang-undang di sini harus diartikan secara luas, baik dalam pengertian yang formil (*wet in*

---

[230] *Ibid*.
[231] *Ibid*.
[232] *Ibid*.

formele zin) maupun dalam pengertian yang materiil (*wet in materiele zin*).[233]

Beberapa contoh perbuatan yang *onwetmatige*, misalnya:[234]

a. Seorang pejabat mengambil keputusan sendiri, padahal ketentuan undang-undang mewajibkannya meminta persetujuan dari instansi pemerintah lain dan memberitahukan persoalan tersebut kepadanya. Keputusan yang demikian jelas merupakan keputusan yang bersifat *onwetmatige*.
b. Penjabat polisi lalu lintas memarkir atau menjalankan kendaraannya dengan melanggar undang-undang lalu lintas (*Wegverkeersordonantie*) tahun 1933, *Wegverkeersverordening* tahun 1936, dan sebagainya. Perbuatan polisi tersebut termasuk perbuatan yang *onwetmatige*.
c. Penjabat menggunakan kendaraan sitaan yang perkaranya belum diputuskan oleh hakim, baik untuk keperluan dinas lebih-lebih lagi untuk keperluan non dinas.

Dapatlah disimpulkan bahwa untuk adanya perbuatan yang *onwetmatige* (melanggar undang-undang) diperlukan unsur-unsur sebagai berikut:[235]

a. Penguasa melakukan suatu perbuatan yang memang termasuk dalam kewenangannya, menurut atau berdasar suatu ketentuan peraturan perundang-undangan.
b. Perbuatan penguasa tidak sesuai dengan ketentuan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar perbuatannya.

Perlu diketahui bahwa suatu perbuatan yang *wetmatig* belum tentu selalu merupakan perbuatan yang *rechtmatig*. Misalnya suatu perbuatan penggusuran pedagang kaki lima demi ketertiban merupakan perbuatan yang *wetmatig* karena memang ada peraturan perundang-undangan yang mewajibkan perbuatan penggusuran tersebut. Akan tetapi perbuatan mengangkut dengan seenaknya barang-barang milik si pedagang kaki lima tersebut ke dalam sebuah truk yang penuh sehingga barang-barang tersebut menjadi rusak merupakan perbuatan yang *onrechtmatig*.[236]

---

[233] *Ibid*, hlm. 32.
[234] *Ibid*.
[235] *Ibid*, hlm. 33.
[236] *Ibid*.

3. *Perbuatan yang Tidak Tepat (Onjuist)*

Onjuistheid atau ketidaktepatan dari suatu perbuatan atau keputusan dari administrasi negara adalah masalah interpretasi (penafsiran) dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang disengketakan atau selisihpahamkan.[237]

Misalnya suatu permohonan izin ditolak padahal menurut pendapat si pemohon, dia sudah memenuhi persyaratan yang ditentukan. Ketidaktepatan ini dapat pula terjadi apabila dalam melakukan suatu perbuatan penguasa (pemerintah) menggunakan dasar pertimbangan yang salah ataupun keliru. Dasar pertimbangan ini meliputi baik yang berbentuk fakta maupun yang berbentuk peraturan-peraturan hukum yang mendasari dilakukannya perbuatan tersebut. Dengan dasar pertimbangan yang keliru, sudah barang tentu konklusi atau diktum yang diambil akan keliru juga.[238]

4. *Perbuatan yang Tidak Bermanfaat (Ondoelmatige)*

Fungsi aparat administrasi negara, di samping melaksanakan tugas pemerintahan juga melaksanakan tugas pembangunan. Dalam melaksanakan tugas pembangunan inilah aparat tersebut dituntut untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat (*public service*) dengan tujuan untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Hasil dari perbuatan aparat tersebut ternyata tidak bermanfaat bagi masyarakat, maka perbuatan ini disebut sebagai perbuatan yang *ondoelmatig*. Dengan demikian untuk menetapkan ada tidaknya perbuatan yang *ondoelmatig* ini, bukan dilihat dari perbuatannya *an sich*, akan tetapi lebih ditekankan pada hasil yang diwujudkan sebagai akibat perbuatan yang dilakukan.[239]

5. *Perbuatan Menyalahgunakan Wewenang (Detournement de Pouvoir)*

Asas legalitas (wewenang penguasa itu harus berdasarkan undang-undang) itu diperkuat dengan adanya larangan *detournement de pouvoir*, artinya suatu wewenang yang diberikan oleh undang-undang itu hanya semata-mata boleh digunakan untuk mencapai tujuan-tujuan untuk maksud mana wewenang itu diberikan.[240]

---

[237] *Ibid*.

[238] *Ibid*.

[239] *Ibid*, hlm. 34.

[240] Indroharto, "Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik," dalam Himpunan Makalah Azas-Azas Umum Pemerintahan yang Baik (A.A.U.P.B), ed. Paulus Effendi Lotulung (Bandung:

Ada dua hal yang diliputi oleh larangan *detournement de pouvoir* ini: *Pertama*, wewenang penguasa itu hanya semata-mata boleh digunakan untuk kepentingan umum (jadi tidak dibenarkan untuk mencapai sesuatu tujuan yang bermotifkan kepentingan pribadi pejabatnya); *kedua*, dalam kerangka kepentingan umum itu wewenang tersebut hanya untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu yang ditetapkan oleh pembuat undang-undang.[241] Larangan *detournement de pouvoir* (dalam arti kedua) berlaku bagi penggunaan semua wewenang penguasa yang diberikan untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu.

Menurut **A.D Belinfante & Boerhanoeddin Soetan Batoeah**, mengenai *detournement de pouvoir* dikatakan, apabila administrasi jelas menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain daripada tujuan wewenang yang diberikan di dalam undang-undang.[242] Kita dapat mempertahankan bahwa suatu tindakan hukum yang diambil dalam *detournement de pouvoir* bertentangan dengan undang-undang yang tertulis, yaitu dengan peraturan dan atas nama wewenang itu diterapkan bertentangan dengan maksud dan tujuannya.

Contoh klasik diberikan oleh **A.D Belinfante & Boerhanoeddin Soetan Batoeah** dalam HR 14 Januari 1949, N.J. 557; D. 113: Walikota Zandvoort menuntut ruang tempat tinggal untuk seorang inspektur polisi yang sangat membutuhkannya. Ia menuntut sebuah rumah dengan rumah kecil untuk musim panas. Hal ini bukan karena ia menggunakan kesempatan tempat tinggal itu, tetapi karena pemilik rumah itu, menyewakan rumah kecil untuk musim panas tersebut dengan harga yang terlalu tinggi. Dengan tuntutan itu walikota bertujuan hendak mencegah peningkatan sewa yang sangat tinggi. Sedangkan Undang-undang Perumahan 1947 tidak dibuat untuk mengatur mengenai harga sewa, tetapi untuk menyelenggarakan pembagian ruang hidup yang adil. Wewenang penuntutan berdasarkan Undang-undang Perumahan 1947 jadinya jelas digunakan untuk keperluan lain dari wewenang yang ditentukan. Tuntutan itu dinyatakan melanggar hukum.[243]

Menurut **W.F. Prins** sebagaimana dikutip **Muchsan** mengajukan tentang pengertian *detournement de pouvoir* ini sebagai berikut:[244]

Citra Aditya Bakti, 1994), hlm. 164.

[241] *Ibid*.

[242] A.D. Belinfante, "Kort Begrip van Het Administratief Recht," Terjemahan. Batoeah, *Op.cit*, hlm. 27.

[243] *Ibid*.

[244] Muchsan, Sistem Pengawasan... *Op.cit*, hlm. 34-35.

> "*Er schijnt bij de huidige standdar jurisprudentie inzake het begrip misbruik van macht geen reden meer te bestaan voor een ruime opvatting van het begrip detournement de pouvoir, die medeallelei vormen van ongrechtvaardige discriminatie zou omvatten. Wilmen deze term handhaven teraanduiding van een eigen,van bijzondere vorm van machtsmisbruik, dan lijk het gewest van detournement de pouvoir alleen te spreken, wanneer de administratie van haar verleende bevoegdheid gebruik maakt ter behartiging van een ander publiek belang dan dat met het oog waarop die bevoegdheid haar verleend*."

Dari uraian di atas jelaslah bahwa menurut **Prins**, pengertian *detournement de pouvoir* ini hanya dapat dipakai untuk menyatakan suatu kekurangan dalam suatu perbuatan yang diadakan administrasi negara. *Detournement de pouvoir* terjadi apabila aparat pemerintah menggunakan wewenangnya untuk menyelenggarakan suatu kepentingan umum yang lain daripada kepentingan umum yang dimaksud oleh peraturan yang menjadi dasar wewenang itu.[245]

Jelaslah kiranya, bahwa *detournement de pouvoir* bukanlah merupakan perbuatan yang melawan hukum, karena secara formal di sini tidak ada kaidah hukum yang dilanggar oleh aparat pemerintah. Di sini aparat pmenggunakan wewenang yang dimilikinya untuk memenuhi kepentingan umum yang lain yang berbeda dengan kepentingan umum yang dikehendaki oleh peraturan dasar yang memberikan kewenangan tersebut.[246]

Dengan demikian, dapatlah disimpulkan bahwa *detournement de pouvoir* hanyalah merupakan perbuatan yang melawan kepentingan umum, bukan merupakan perbuatan yang melawan hukum.[247]

---

[245] *Ibid*, hlm. 35.
[246] *Ibid*.
[247] *Ibid*.

BAB V
ASAS-ASAS UMUM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN YANG BAIK (AAUPPB)

A. Pengertian Asas dan AAUPPB

Asas menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia (KUBI), adalah kebenaran yang menjadi pangkal tolak berpikir. Dalam pemahaman hukum secara elementer, perbedaan antara asas dan norma disederhanakan sebagai berikut:[248]

1. Asas
   - Dasar pemikiran yang umum dan abstrak.
   - Ide atau konsep.
   - Tidak mempunyai sanksi.
2. Norma
   - Aturan yang konkret.
   - Penjabaran dari ide.
   - Mempunyai sanksi.

Dengan perkataan lain, pemahaman pokok tentang asas dapat disebut bahwa dari norma hukum yang konkret yang mengatur perilaku konkret tertentu, dapat diangkat atau diabstraksikan sebagai norma yang lebih umum, yang lingkup keberlakuannya lebih luas atau lebih umum dari norma yang konkret itu. Norma yang lebih umum itu dapat diabstraksikan lagi, sehingga diperoleh suatu norma yang lebih umum lagi yang lingkup keberlakuannya lebih luas lagi.[249]

---

[248] Ateng Syafrudin, "Butir-Butir Bahan Telaahan Tentang Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Layak Untuk Indonesia," dalam Himpunan Makalah Azas-Azas Umum Pemerintahan Yang Baik (A.A.U.P.B), ed. Paulus Effendi Lotulung (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1994), hlm. 65..

[249] *Ibid*.

Norma dasar yang paling umum yang tidak dapat diabstraksikan lagi, itulah asas. Asas hukum mengandung nilai etis tertentu. Suatu norma hukum merupakan konkretisasi dari asas hukum; suatu asas dapat dijabarkan menjadi norma yang konkret.[250]

Menurut **Bachsan Mustafa**, kata "asas" yang dalam Bahasa Belandanya (*beginsel*) asal dari perkataan *begin* artinya permulaan atau awal. Berarti asas itu mengawali atau menjadi permulaan sesuatu dan yang dimaksudkan sesuatu di sini adalah kaidah. Sedangkan kaidah atau norma adalah ketentuan-ketentuan tentang bagaimana seharusnya manusia bertingkah laku dalam pergaulan hidupnya dengan manusia lainnya. Jadi asas adalah dasar dari suatu kaidah.[251]

Lain halnya dengan **Hooegerwerf** yang membedakan secara tegas antara "asas" dengan "norma". Asas adalah aturan tingkah laku secara umum dan norma merupakan aturan tingkah laku secara khusus.[252]

Dalam kaitannya dengan AAUPPB sebagai asas hukum, karena AAUPB itu mengandung dua unsur penting, yakni, *pertama,* asas tersebut mengandung asas-asas yang sifatnya *etis normatif. Kedua,* asas-asas tersebut mengandung asas-asas yang sifatnya menjelaskan.[253]

AAUPPB sebagai asas hukum merupakan norma yang dijabarkan dari hukum positif yang oleh ilmu hukum dianggap tidak berasal dari aturan-aturan yang lebih umum, akan tetapi merupakan pengendapan dari hukum positif dalam suatu masyarakat.[254] Asas demikian ini disebut asas dalam hukum karena itu AAUPPB bukanlah merupakan kecenderungan etik[255] atau moral pemerintahan umum. AAUPPB sebagai asas hukum atau sendi hukum bahannya juga berkaitan dengan "ajaran tentang sumber hukum materiil." Yang terdiri dari bahan hukum idiil dan bahan hukum riil. Sedangkan bahan hukum idiil terdiri dari unsur

---

[250] *Ibid*.

[251] Mustafa, *Op.cit*, hlm. 54.

[252] Jazim Hamidi, Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak (AAUPPB) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia (Upaya Menuju Clean and Stable Government) (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), hlm. 24.

[253] H.D. van Wijk and Willem Konijnenbelt, Hoofdstukken van Administratief Recht (Breda, 1988), hlm. 9, dalam S.F. Marbun, *Op.cit*, hlm. 50

[254] Bandingkan dengan pengertian "Asas Hukum Umum" yang dirumuskan oleh Bellefroid dalam Mertokusumo, Mengenal Hukum Suatu Pengantar (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1991), hlm. 32. Dalam *ibid*.

[255] A.M.A. Maassen, de Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur (V. Alphenan den Rijn: N. Samson, n.d.), hlm. 24. Dalam *ibid*.

ratio dan susila (*zedelijk*). Akhirnya dari unsur susila inilah lahir AAUPPB sebagai sendi hukum (asas hukum) yang bersumber dari bahan hukum idiil.

AAUPPB sebagai asas hukum juga bertalian erat dengan bahan hukum riil yang sifatnya berubah-ubah (*variabel*) sesuai dengan waktu, tempat dan keadaan,[256] sehingga AAUPPB sebagai asas hukum mempunyai kekuatan mengikat dan harus dipatuhi sebagaimana halnya norma/aturan hukum (*rechtsregel*) atau kaidah hukum (*rechtsnorm*). Hal demikian ini sejalan dengan makna *norm* (norma) sebagai aturan hukum dari undang-undang atau hukum kebiasaan, pedoman tingkah laku yang diatur oleh hukum, aturan tingkah laku yang penataannya dikehendaki. Akhirnya pandangan demikian ini juga diterima dan dianut oleh **Bruggink** dalam bukunya *Rechtreflecties* yang diterjemahkan oleh **Arief Sidharta**.[257]

Jazim Hamidi[258] memberikan pengertian (*begrip*) dari AAUPPB secara komprehensif sebagai berikut:

a. AAUPPB merupakan nilai-nilai etik yang hidup dan berkembang dalam lingkungan hukum administrasi negara.
b. AAUPPB berfungsi; sebagai pegangan bagi Pejabat Administrasi Negara dalam menjalankan fungsinya, merupakan alat uji bagi hakim administrasi dalam menilai tindakan administrasi negara (yang berwujud penetapan/ *beschikking*), dan sebagai dasar pengajuan gugatan bagi pihak penggugat.
c. Sebagian besar dari AAUPPB masih merupakan asas-asas yang tidak tertulis, masih abstrak, dan dapat digali dalam praktek kehidupan di masyarakat.
d. Sebagian asas yang lain sudah menjadi kaidah hukum tertulis dan terpencar dalam berbagai peraturan hukum positif. Meskipun sebagian dari asas itu berubah menjadi kaidah hukum tertulis, namun sifatnya tetap sebagai asas hukum.

---

[256] *Ibid*. hlm. 19.
[257] Arief Sidharta, Refleksi Tentang Hukum (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 120. Dalam S.F. Marbun, *Op.cit*, hlm. 19.
[258] Hamidi, *Op.cit*, hlm. 24

B. Peristilahan AAUPPB

Berdasarkan himpunan literatur yang dilakukan **Jazim Hamidi**[259] didapatkan istilah-istilah yang beraneka ragam untuk penyebutan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak di antaranya: "Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik",[260] "Asas-Asas Pemerintahan yang Sehat",[261] "Asas-Asas Pemerintahan yang Bersih dan Wajar",[262] "Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak",[263] "Asas-Asas Hukum Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Patut" dan " Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Administrasi Negara yang Layak".[264]

Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak (AAUPPB) lazim disebut *algemene beginselen van berhoorlijk bestuur* (Belanda) atau *principes generaux du droit coutumier public* (Perancis)[265] atau *algemene rechtsbeginslen* (Belgia).[266] Kemudian dalam khasanah HAN Indonesia, Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak tersebut, selalu dikaitkan dengan *algemene beginselen van berhoorlijk bestuur* yang berasal dari literatur hukum administrasi Belanda.[267] Akibatnya sering muncul kesulitan ketika *algemene beginselen van berhoorlijk bestuur* tersebut diterjemahkan dan dicarikan padanannya ke dalam khasanah Bahasa Indonesia.

Algemen dalam Bahasa Indonesia diterjemahkan dengan kata umum, padanannya dalam Bahasa Inggris adalah *general*,[268] atau *generaux* (Perancis). Mengenai kata *algemene* yang diterjemahkan dengan kata umum tersebut terdapat perbedaan yang prinsipil di kalangan pakar hukum administrasi Indonesia. Demikian juga

---

[259] *Ibid*, hlm. 17-21.

[260] Adapun ahli yang menggunakan istilah ini adalah Kuntjoro Purbopranoto, Indroharto, Amrah Muslimin, M. Solly Lubis, Muchsan, Paulus Effendi Lotulung, Moh. Mahfud MD dan S.F. Marbun. Namun, S.F. Marbun dalam Disertasinya menggunakan istilah Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak.

[261] Adapun ahli yang menggunakan istilah ini adalah Rohmat Soemitro.

[262] Adapun ahli yang menggunakan istilah ini adalah A. Baramuli.

[263] Adapun ahli yang menggunakan istilah ini adalah Ateng Syafrudin, Sjahran Basah, Philipus M. Hadjon, dan M. Laica Marzuki.

[264] Adapun ahli yang menggunakan istilah ini adalah A. Hamid S. Attamimi dan Bagir Manan.

[265] A.J.C. de Moor van Vugt, Algemen Beginselen van Berhoorlijk Bestuur en Buiten Landseequivalenten, (Zhole: W.E.J. Tjeenk Willink, 1987), hlm.110-134. Dalam S.F. Marbun, *Op.cit*, hlm. 44.

[266] *Ibid*.

[267] Muh. Arsath Ro'is, Kamus Praktis Belanda-Indonesia, Indonesia-Belanda (Amsterdam: Uitgeversmaatschappij bv, 1987), hlm. 8. Lihat juga Arif S, Kamus Hukum, (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, n.d.), hlm. 16. Dalam S.F. Marbun, *Loc.cit*.

[268] John M. Echolas dan Hasan Shadily, Kamus Inggris-Indonesia, Cetakan XV. (Jakarta: Gramedia, 1987), hlm. 265. Dalam S.F. Marbun, *Op.cit*, hlm. 45.

dengan kata *beginselen*,[269] yang diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia sebagai asas, dasar atau prinsip[270] yang padanannya dalam Bahasa Inggris adalah *principles* atau *principes* (Perancis). Terhadap hal ini kalangan ahli hukum administrasi Indonesia juga tidak terdapat perbedaan pendapat yang prinsipil karena secara epististimologis kata asas, dasar atau prinsip mengandung makna yang hampir sama.[271]

Dalam khasanah hukum administrasi Indonesia, kata *berhoorlijk* yang diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia baik, layak, atau patut, ternyata dalam penggunaannya masih banyak ditemukan ketidakseragaman. Munculnya ketidakseragaman tersebut menurut **S.F. Marbun** disebabkan rasa kepekaan bahasa daripada segi epistimologis. Sebab, secara epistimologi kata baik berarti elok, teratur (apik, rapi dan tidak ada celanya, dan sebagainya) dan kata layak berarti wajar, pantas atau patut,[272] sedangkan kata patut berarti baik, layak, pantas, senonoh.[273] Dengan demikian dari segi *etimologi* kata patut sesungguhnya mengandung makna lebih lengkap daripada kata layak dan/atau kata baik. Namun karena rasa kepekaan bahasa, ternyata dalam prakteknya kata layak lebih sering digunakan.

C. Sekilas Sejarah AAUPPB

Sejarah kelahiran AAUPPB tidak terlepas dari sejarah perkembangan *administratief recht* di Negeri Belanda. Konsep *algemene beginselen van berhoorlijk bestuur* tidak dapat dipisahkan dengan sejarah munculnya suatu konsep yang diajukan oleh Komisi *La De Monchy* di Parlemen Belanda pada tahun 1950. Konsep itu berisi tentang gagasan peningkatan perlindungan hukum (*Verhoogde Rechtscherming*) bagi rakyat dari tindakan administrasi negara yang dipandang merugikan.[274]

Komisi *La De Monchy* berpendapat, agar upaya perlindungan itu didasarkan kepada asas hukum (pemerintahan) yang hidup di masyarakat, artinya asas hukum yang lahir dari kebutuhan hukum bagi para warga dalam upaya melindungi diri mereka

[269] *Ibid*.
[270] Echolas and Shadily, *Loc.cit*.
[271] Anton M. Moeliono et al., Kamus Besar Bahasa Indonesia, (Balai Pustaka, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan R.I: Jakarta, 1990), hlm. 52, 185, 701. Dalam S.F. Marbun, *Op.cit*, hlm. 45.
[272] *Ibid*.
[273] *Ibid*. hlm. 46.
[274] Hamidi, *Op.cit*, hlm. 58.

dari perlakuan administrasi negara yang tidak sewenang-wenang. Konsep tersebut pada tahun 1959 dimuat dalam laporan tentang Peradilan Administrasi dan Peradilan Pelanggaran-pelanggaran Disiplin dalam Organisasi Perusahaan.[275]

Pada mulanya timbul keberatan terhadap konep *de Monchy* tersebut terutama dari pejabat-pejabat dan pegawai-pegawai pemerintah di *Nederland* karena ada kekhawatiran di kalangan mereka bahwa hakim atau peradilan administrasi kelak akan mempergunakan istilah itu untuk memberikan suatu penilaian terhadap kebijaksanaan-kebijaksanaan yang telah diambil pemerintah.[276]

Secara akdemik awal diperkenalkannya dan dikembangkannya AAUPPB dalam arena ilmu pengetahuan, ditemukan melalui *discours* (wacana ilmiah) dalam pandangan yang *antagonistist* antara **Struyeken** dan **Karbbe** yang sama-sama dilatarbelakangi oleh kebencian mereka terhadap asas *legalisme*, meskipun di antara mereka terdapat perbedaan di dalam menemukan dasar bagi pentingnya kehadiran AAUPPB tersebut.[277]

Menurut **Struycken** pentingnya kehadiran AAUPPB merupakan persyaratan bagi kehidupan dan perkembangan negara hukum modern,[278] sedangkan **Karbbe** berjasa menemukan dasar tuntutan bagi pentingnya kehadiran AAUPPB pada kesadaran hukum umum, sehingga ia lebih mencurahkan perhatiannya kepada sifat hukum dari AAUPPB yang tidak tertulis. Namun demikian, **Struycken** dan **Krabbe** hanya mampu menawarkan peta wilayah yang tidak jelas bagi bidang norma-norma yang tidak tertulis, baik kepada administrasi negara maupun kepada hakim administrasi negara yang sedang kesulitan mencari-mencari hukumnya, sedangkan yang berhasil menunjukkan dengan tegas dan jelas *demarkasi (demarcation)* AAUPPB tersebut adalah **Boasson** dan **Leydesdorff**. Bahkan lebih dari itu **Boasson** dan **Leydesdorff** mampu mengungkapkan dan menunjukkan batas wilayah kelayakan dari materi norma-norma hukum tidak tertulis, beserta batas wilayah dari kelayakan motivasi bagi setiap keputusan administrasi sebagai tuntutan "persiapan yang cermat" dan sebagai dasar yang sungguh-sungguh nyata.[279]

---

[275] *Ibid*.
[276] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 57.
[277] S.F. Marbun, *Op.cit*, hlm. 146.
[278] *Ibid*.
[279] *Ibid*.

Masa-masa yang dilalui oleh **Struycken**, **Krabbe**, **Boasson**, dan **Leydesdorff** tersebut di atas, oleh **Nicolai**[280] disebut sebagai masa-masa penuh pergolakan dan kesedihan serta ketidak-tentuan yang ditandai oleh tumbuhnya kesadaran hukum yang belum diungkapkan sebagai hukum yang berlaku. Demikian juga pada masa-masa itu tidak pernah dijelaskan bagaimana dan atas dasar apa berlakunya suatu asas kelayakan yang dirumuskan. Karenanya pada masa-masa itu dirasakan juga sebagai masa kesedihan yang mendalam. Sebab, meskipun beberapa dari asas-asas tersebut telah dihasilkan, namun asas-asas yang dihasilkan tidak memperhatikan dan tidak menunjukkan adanya hubungan yang sistematis serta tidak dapat ditentukan dengan jelas tempat asas-asas itu berada, sehingga akhirnya yang ditentukan hanyalah berupa rawa-rawa asas.[281]

Masa-masa kesunyian yang mendalam dirasakan pula setelah ilmu pegetahuan menemukan *arsenal* yang lengkap dari norma-norma administratif yang tidak tertulis tersebut, tetapi bersamaan dengan itu administrasi negara mulai dihinggapi rasa takut akan terkena ranjau dari *arsenal* norma-norma kelayakan administratif itu. Ketakutan serupa juga mehinggapi para hakim dan pembentuk undang-undang. Para hakim dan pembentuk undang-undang selalu berusaha menghindarkan diri dan berusaha menutup mata terhadap norma-norma hukum administrasi yang tidak tertulis itu. Akhirnya aliran *legalistis* menang kembali dan bersemayam di singgasananya.[282]

Dalam tataran praktis, awal diperkenalkannya dan dikembangkannya AAUPPB, dapat dilacak melalui yurisprudensi dan peraturan perundang-undangan serta penyelenggaraan pemerintahan, sehingga terlihat adanya keterkaitan perkembangan AAUPPB di dalam ketiga arena tersebut.[283]

Dalam yurisprudensi, awal diperkenalkannya AAUPPB dimulai dari adanya langkah-langkah dari hakim pegawai negeri yang mengejutkan dan adanya rambu-rambu pertama dari hakim sipil. Yurisprudensi dari hakim pegawai negeri dimulai sejak berlakunya *Amtenarenwet* 1929 pada tanggal 1 Maret 1933. *Centrale Raad van Beroep* dalam putusannya tanggal 22 Juni 1933 mengenai Urusan Pegawai Negeri, menyatakan ia tidak akan membatasi diri pada gugatan yang diajukan atas dasar hukum tertulis dan karenanya

---

280 *Ibid*.
281 *Ibid*, hlm. 147-148.
282 *Ibid*, hlm. 148.
283 *Ibid*.

pemerintah seharusnya terikat kepada asas-asas hukum umum. Dengan demikian, putusan *Centrale Raad van Beroep* memberikan harapan baru bagi kemungkinan dipetiknya asas-asas kelayakan hukum tidak tertulis yang telah diinvenatarisir oleh **Leydesdorff** dan **Boasson**, meskipun baru terbatas pada asas larangan untuk bertindak dengan cara berlaku surut terhadap posisi yang telah ditetapkan menurut hukum.[284]

Dalam yurisprudensi yang dibuat oleh hakim sipil, awal diperkenalkannya AAUPPB ditemukan sejak adanya putusan *Hoge Raad* 13 November 1936 dalam kasus penahanan. *Hoge Raad* dalam putusannya menunjukkan dengan jelas adanya pelanggaran terhadap norma hukum tidak tertulis dalam melaksanakan atau menggunakan wewenang hukum publik, sehingga tindakan atau penggunaan wewenang hukum publik dianggap tidak sesuai dengan pengertian hukum dalam Pasal 1401 BW.[285]

Dalam peraturan perundang-undangan ditemukan awal diperkenalkannya dan diterimanya AAUPPB merupakan refleksi dari perkembangan dari yurisprudensi dan ilmu pengetahuan (literatur) hukum administrasi, sehingga wajar apabila ditemukan rentang waktunya yang sangat panjang bagi terbentuknya AAUPPB dalam berbagai peraturan perundang-undangan.[286]

D. Kedudukan AAUPPB dalam Hukum Formal

Asas-asas penyelenggaraan pemerintahan yang baik (AAUPPB) belum pernah dituangkan secara resmi di dalam peraturan perundang-undangan sebagai asas-asas umum pemerintahan, sehingga kekuatan hukumnya secara yuridis formal belumlah ada. Materi AAUPPB masih berserakan di berbagai peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi. Jadi tidak ada peraturan formal khusus tentang AAUPPB. Dengan demikian AAUPPB ini secara utuh lebih mengikat secara moral, atau sebagai sumber hukum ia lebih bersifat doktrinal.[287]

Menurut **S.F. Marbun**[288] AAUPPB bukanlah kecenderungan etis dan moral, akan tetapi lebih merupakan hukum tidak tertulis yang mempunyai kekuatan mengikat dan sanksi yang dapat dipaksakan.

---

[284] *Ibid*, hlm. 149.
[285] *Ibid*, hlm. 149-150.
[286] *Ibid*, hlm. 150.
[287] S.F. Marbun and Moh. Mahfud. MD, *Op.cit*, hlm. 58.
[288] S.F. Marbun, *Op.cit*, hlm. 53.

Untuk memperkuat argumentasinya tersebut **S.F. Marbun** merujuk kepada pendapat **H.L.A. Hart**[289] yang membedakan antara peraturan hukum dan peraturan moral sebagai berikut: 1) peraturan hukum mewajibkan seseorang untuk mengikutinya dan 2) pelanggaran terhadap peraturan hukum dapat diperkirakan bilamana orang tersebut telah bertindak dengan itikad baik serta 3) peraturan hukum merupakan bagian dari suatu kompleks peraturan moral tidak membutuhkan hubungan yang dapat menimbulkan akibat karena mereka dengan sendirinya akan patuh.

P. Nicolai sebagaimana dikutip **S.F. Marbun**[290] juga cenderung menyatakan AAUPPB bukan sebagai kecenderungan etis dan bukan pula sebagai norma-norma moral, akan tetapi sebagai peraturan hukum. Adapun alasan yang dikemukakan oleh **Nicolai** adalah sebagai berikut:

1. Peradilan dan hukum administrasi Belanda telah membuktikan adanya pencarian dan perumusan yang harus diperhatikan oleh administrasi negara untuk memerintah dengan layak;
2. Badan pembentuk undang-undang Belanda telah menyatakan hakim berwenang membatalkan suatu keputusan, apabila bertentangan dengan AAUPPB. Dengan demikian sifat daya penerapan AAUPPB ternyata lebih didahulukan;
3. *Centrale Raad van Beroep* sebagai hakim pegawai negeri bahkan telah pula menyarankan agar AAUPPB dapat diterapkan sebagai peraturan;
4. Fungsi utama AAUPPB akan memperoleh tempat yang lebih baik lagi apabila lembaga-lembaga pemerintahan dapat dan selalu mengorientasikan dirinya kepada norma-norma yang terdapat dalam AAUPPB untuk ditetapkan.

E. AAUPPB di Indonesia

Perkembangan AAUPPB sudah mulai dikenal sejak tahun 1953, melalui buku **G.A. van Poelje** yang diterjemahkan oleh **B. Mang Reng Say**,[291] akan tetapi asas-asas tersebut tidak banyak memperoleh perhatian di lingkungan hukum administrasi Indonesia. Kemudian

---

[289] H.L.A. Hart, The Concept of Law (Oxford: Clarendom Press, 1981), hlm. 169.

[290] S.F. Mabun, *Op.cit*, hlm. 60.

[291] G.A. van Poelje, Terjemahan, B. Mang Reng Say, Pengantar Umum Ilmu Pemerintahan (Jakarta: PT Soeroengan, 1953), hlm. 152-159. Dalam S.F. Marbun, *Op.cit*, hlm. 166.

barulah sejak diperkenalkan oleh **Crince de Roy** dalam kuliahnya pada Penataran Lanjutan Hukum Tata Usaha Negara/Hukum Tata Pemerintahan di Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya tahun 1978, AAUPPB tersebut mulai banyak memperoleh perhatian di lingkungan Hukum Administrasi Indonesia.

F. Penggolongan dan Perincian AAUPPB

1. Penggolongan AAUPPB

Mengingat AAUPPB merupakan nilai-nilai etik yang hidup dan berkembang dalam pergaulan suatu masyarakat (*living law*), maka wajar kalau di antara para ahli hukum beragam dalam menentukan macam dan pengelompokan asas-asas tersebut.[292]

A.M. Donner dan **Wiarda** sebagai perintis di bidang ini hanya merinci AAUPPB ke dalam 5 (lima) macam asas, yakni:[293]

a. Asas kejujuran (*fair play*).
b. Asas kecermatan (*zorgvuldigheid*).
c. Asas kemurnian dalam tujuan (*zuiverheid van oogmerk*).
d. Asas keseimbangan (*evenwichtigheid*).
e. Asas kepastian hukum (*rechts zekerheid*)

A.D. Belinfante hampir senada dengan pakar terdahulu, membagi AAUPPB ke dalam 5 (lima) asas, hanya saja klasifikasi nama asasnya sedikit berbeda, yaitu:[294]

a. Asas larangan bertindak sewenang-wenang.
b. Asas larangan *detournement de pouvoir*.
c. Asas kepastian hukum.
d. Asas kesaksamaan.
e. Asas persamaan.

J. in't Veld dan **N.S.J. Koemen** dalam bukunya "*Beginselen van Behoorlijk Bestuur*" menyebutkan AAUPPB ke dalam 8 (delapan) macam asas sebagai berikut:[295]

a. Asas larangan *detournement de pouvoir*.
b. Asas larangan bertindak tidak sewenang-wenang (*willekeur*).

---

[292] Hamidi, *Op.cit*, hlm. 30.
[293] *Ibid*, hlm. 31.
[294] *Ibid*.
[295] *Ibid*, hlm. 31-32.

c. Asas persamaan (*het gelijkheids beginsel*).
d. Asas kepastian hukum (*rechtszekerheid*).
e. Asas harapan-harapan yang ditumbuhkan (*gewekte verwachtingen*).
f. Asas kejujuran (*fair play*).
g. Asas kecermatan (*zorgvuldigheid*).
h. Asas pemberian dasar pertimbangan (*motivering*).

De Haan, **Durpsteen**, dan **Fernhout** mengelompokkan asas-asas itu dalam kelompok yang bersifat formal dan material atau substansial. Menurutnya yang dianggap termasuk bersifat formal ialah yang berkenaan dengan cara-cara pengambilan keputusan, meliputi asas kecermatan, asas *fair play*, dan asas pemberian motivasi. Sedangkan yang bersifat material atau substansial adalah; asas kepastian hukum, asas persamaan, asas larangan bertindak tidak sewenang-wenang, dan asas penyalahgunaan wewenang.[296]

Dalam kaitannya dengan pembentukan Keputusan Administrasi Negara, AAUPPB dapat dikelompokkan seperti digambarkan pada tabel di bawah ini.[297]

No	Pengelompokkan AAUPPB	Rincian-rincian Asas
1	Asas-asas Formal Mengenai Pembentukan Keputusan.	1. Asas Kecermatan Formal 2. Asas *Fair Play* 3. Asas Larangan *Detournement De Pouvoir*
2	Asas-asas Formal Mengenai Formulasi Keputusan	1. Asas Motivasi 2. Asas Kepastian Hukum Formal
3	Asas-asas material Mengenai Isi Keputusan	1. Asas Kepastian Hukum Materil 2. Asas Kepercayaan/Asas-Harapan-harapan yang telah ditimbulkan 3. Asas Persamaan 4. Asas Kecermatan Material 5. Asas Keseimbangan 6. Asas Larangan *Willekeur*

[296] *Ibid*, hlm. 33-34.
[297] Indroharto, Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Cetakan Kedua. (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1991), hlm. 307-312, dalam, Hamidi, *Op.cit*, hlm. 40.

Koentjoro Purbopranoto sebagaimana dikutip **S.F. Marbun** & **Moh. Mahfud. MD**[298] AAUPPB dapat dikategorikan ke dalam tiga belas asas sebagai berikut:

1) Asas kepastian hukum (*principle of legal securirty*).
2) Asas keseimbangan (*principle of proportionality*).
3) Asas kesamaan dalam mengambil keputusan pangreh (*principle of equality*).
4) Asas bertindak cermat (*principle of carefulness*).
5) Asas motivasi untuk setiap keputusan pangreh (*principle of motivation*).
6) Asas jangan mencampuradukkan kewenangan (*principle of non misuse of competence*).
7) Asas permainan yang layak (*principle of fair play*).
8) Asas keadilan atau kewajaran (*principle of reasonable or prohibitition of arbitrariness*).
9) Asas menanggapi pengharapan yang wajar (*principle of meeting raised expectation*).
10) Asas meniadakan akibat suatu keputusan yang batal (*principle of undoing the consequences of annuled decision*).
11) Asas perlindungan atas pandangan (cara) hidup pribadi (*principle of protecting the personal way of laife*).
12) Asas kebijaksanaan (*sapientia*).
13) Asas penyelenggaraan kepentingan umum (*principle of public service*).

2. Perincian AAUPPB

a. Asas Kepastian Hukum

Asas ini menghendaki dihormatinya hak yang telah diperoleh seseorang berdasarkan suatu keputusan badan atau pejabat administrasi negara.

Sebagai contoh kasus yang diajukan ke PTUN Jakarta berupa gugatan yang diajukan oleh seorang pengusaha melawan Gubernur DKI Jakarta sebagai tergugat II. Penggugat telah menguasai sebidang tanah garapan sejak tahun 1984. Walaupun penggugat telah berkali-kali mengajukan permohonan kepada tergugat agar diterbitkan Surat Izin Penunjukkan Penggunaan Tanah, namun tergugat I tidak menjawabnya. Juga penggugat telah menulis surat kepada Menteri

[298] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 59-60.

Dalam Negeri, akan tetapi juga tidak dijawab. Selanjutnya pada tanggal 1 Agustus 1986 Wakil Gubernur mengeluarkan Nota Dinas yang menyatakan bahwa pada prinsipnya tergugat menyetujui agar kepada penggugat diberikan izin yang dimaksud. Tetapi izin yang dimohonkan tersebut tidak kunjung datang.

Dengan S.K. Gubernur KDKI No: 1567 tertanggal 5 Oktober 1992 sebagian tanah tersebut seluas 141.984 M diberikan kepada pengusaha lain untuk pembangunan apartemen, yang kemudian disahkan oleh Mendagri dengan suratnya No: 595.31.1337 tertanggal 31 Desember 1992. Dengan demikian tergugat I dan tergugat II telah melanggar Pasal 53 ayat (2) sub. a dan sub. b dari UU No. 5 Tahun 1986. PTUN Jakarta dengan putusannya No: 063/G/1993/IJ/PTUN-Jkt tertanggal 24 Januari 1994 telah mempertimbangkan bahwa tergugat I dan tergugat II telah melanggar **Asas Kepastian Hukum**.[299]

b. Asas Keseimbangan

Asas keseimbangan ini menghendaki proporsi yang wajar dalam penjatuhan hukuman terhadap pegawai yang melakukan kesalahan. Artinya hukuman yang dijatuhkan tidak boleh berlebih-lebihan sehingga tidak seimbang dengan kesalahan yang dilakukan pegawai yang bersangkutan. Pada saat ini di Indonesia sudah ada undang-undang tentang Peradilan Administrasi Negara (UU No. 5 tahun 1986[300]) yang diharapkan lebih bisa menjamin pelaksanaan asas kesimbagan ini sehingga perlindungan hukum bagi pegawai negeri dapat lebih sempurna.[301]

Sebagai contoh dalam penerapan Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 30 Tahun 1980 tentang Disiplin Pegawai Negeri Sipil (PNS) dikenal adanya tiga jenis sanksi yakni: Hukuman Disiplin Ringan, Hukum Disiplin Sedang, dan Hukuman Disiplin Berat. Maka, dalam hal terjadi pelanggaran terhadap PP tersebut jenis hukuman yang diberikan harus sesuai dengan tingkat kesalahan yang dilakukan oleh seorang Pegawai Negeri Sipil hal inilah yang dimaksud dengan asas keseimbangan. Misalnya seorang anggota Polri yang terbukti memakai Narkoba maka sudah selayaknya diberikan sanksi berat secara administratif dalam bentuk pemberhentian

---

[299] Olden Bidara, "Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik dalam Teori dan Praktek Pemerintahan," in Himpunan Makalah Azas-Azas Umum Pemerintahan yang Baik (A.A.U.P.B), ed. Paulus Effendi Lotulung (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1994), hlm. 97.

[300] Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 ini telah dilakukan revisi dengan UU No. 9 Tahun 2004 dan UU No. 51 Tahun 2009.

[301] SF. Marbun and Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 61.

dengan tidak hormat (PTDH) karena bagaimana mungkin seorang anggota POLRI yang seharusnya menegakkan aturan hukum justru melanggar aturan hukum.

c. 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. Adanya asas ini mungkin akan menimbulkan kekaburan pengertian dengan asas yang pernah dikemukakan oleh **Van Vollenhoven** yaitu *asas kasuistis* dalam melaksanakan tindakan administrasi negara. Prinsip kasuistis ini menghendaki perbedaan tindakan atau keputusan tersendiri atas peristiwa tertentu sehingga keputusan itupun tidak berlaku umum.[302]

Kekaburan pengertian ini bisa diatasi jika kita berpegang pada sikap bahwa badan-badan pemerintahan tetap bertindak secara kasuistik (terhadap berbagai fakta) dalam menghadapi masalah-masalah pada bidangnya masing-masing, tetapi bersamaan dengan itu harus dijaga pula dalam menghadapi peristiwa dan fakta yang sama janganlah sampai mengambil keputusan yang sifatnya saling bertentangan.[303]

d. Asas Bertindak Cermat

Asas ini menghendaki agar administrasi negara senantiasa bertindak secara hati-hati supaya tidak menimbulkan kerugian bagi warga masyarakat. Tentang ini ada yurisprudensi *Hooge Raad* tanggal 9 Januari 1942 yang dapat kemukakan sebagai contoh. Ditegaskan apabila ada bagian jalan yang keadaannya tidak baik dan membahayakan, maka pemerintah harus memberikan tanda atau peringatan agar keadaan itu dapat ketahui oleh para pemakai jalan. Jika pemerintah lalai melakukan ini dan ternyata betul menimbulkan kecelakaan (kerugian) bagi warga masyarakat maka pemerintah dapat digugat agar mengganti kerugian.[304]

Contoh konkret misalnya, dalam kasus **Galung Hutabarat**. Pada tanggal 24 Oktober 1985, **Galung** bersama cucunya naik sepeda motor di Jalan Sungai Merah, Medan terperosok di sebuah lubang besar ukuran 60 x 60 cm dekat Pasar Peringgan. Lubang itu tidak terlihat karena tergenang air hujan yang baru turun. Motor ringsek

---

[302] *Ibid*.
[303] *Ibid*.
[304] *Ibid*, hlm. 62.

dan cucunya pingsan walau tidak cedera. Di sekitar lubang itu, tidak ada penerangan dan tidak ada rambu-rambu yang dipasang secara sepatutnya sehingga bisa menjadi peringatan bagi siapa saja yang akan melalui jalan itu.

Merasa dirugikan, **Galung** (60 tahun) memperkarakan Walikotamadya Medan dan Dinas Pekerjaan Umum (PU) Medan ke Pengadilan Negeri Medan, yang dianggap lalai memberi tanda-tanda dan lalai memperbaiki jalan yang berlubang, sehingga membawa kecelakaan yang merugikan bagi Galung.

Pengadilan Negeri (PN) Medan, 11 Agustus 1986, melalui Hakim **H. Simajuntak**, **S.H.,** memutuskan agar tergugat memberi ganti rugi sebesar Rp70.815,00 kepada penggugat (**Galung**). Penasihat Hukum (PH) Pemko Medan **H. Syarief Siregar, S.H.,** menyatakan naik banding karena beranggapan bahwa kasus itu merupakan kecelakaan lalu lintas yang harus ditangani oleh Polisi Lalu Lintas.

Pengadilan Tinggi (PT) Sumatera Utara berpendirian bahwa alasan Penasihat Hukum Pemerintah Kotamadya Medan tidak dapat diterima. Terperosoknya **Galung** bukanlah tindak pidana yang harus diproses polisi, tetapi hal itu merupakan kelalaian Dinas Pekerjaan Umum (PU) yang melalaikan kewajiban hukumnya, yang tidak memperbaiki dan menutup lubang itu dan juga melalaikan kewajiban hukum untuk memberikan rambu-rambu yang patut dalam rangka melindungi pengguna jalan raya. Akhirnya Pengadilan Tinggi (PT) Sumatera Utara, 30 April 1988 melalui Hakim **Nurazaman, S.H.,** dengan anggota **Muhammad Nur, S.H.,** dan **I Made Dewabrata, S.H.,** mengukuhkan tuntutan ganti rugi **Galung** atas Walikotamadya Medan **AS Rangkuti** dan Dinas Pekerjaan Umum (PU) Kotamadya Medan. Di tingkat Kasasi, kembali lagi Mahkamah Agung berpendapat sama dengan Putusan Pengadilan Tinggi (PT) Sumatera Utara, yaitu menyatakan bahwa Pemerintah Kotamadya Medan serta Dinas Pekerjaan Umum Medan lalai atas kewajiban hukumnya dan karenanya harus memberikan ganti rugi kepada **Galung**.[305]

Dari yurisprudensi *Hoge Raad* dan Mahkamah Agung dalam perkara **Galung** tersebut di atas dapat menjadi pedoman bagi masyarakat untuk melakukan gugatan pada pemerintah karena

[305] Lihat dalam M. Husnu Abadi, Dari Plagiat Ke Contempt of Court (Pekanbaru: UIR Pres kerja sama Persatuan Dosen Perguruan Tinggi Swasta (PDPTS), 2005), hlm. 87-88. Tulisan ini sebelumnya pernah dimuat di Harian Suara Kita, Rabu, 5 Juli 2000 dengan judul "Arifin Ahmad dan Galung Hutabarat".

telah melalaikan kewajibannya dalam menyejahterakan masyarakat sebagai salah satu implementasi konsep negara hukum *welfare state*.

e. 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. Dengan alasan atau motivasi ini maka orang yang terkena keputusan itu menjadi tahu betul tentang alasan-alasan keputusan itu sehingga bila orang itu tidak menerimanya dapat memilih kontra-argumen yang tepat untuk naik banding guna memperoleh keadilan.[306]

f. Asas Jangan Mencampuradukan Kewenangan

Asas ini menghendaki agar dalam mengambil keputusan pejabat administrasi negara tidak menggunakan kewenangan atas kekuasaan di luar maksud pemberian kewenangan atau kekuasaan itu. Penggunaan kewenangan di luar maksud pemberiannya dalam hukum dikenal dengan "*detournement de pouvoir*" (penyalahgunaan wewenang), satu istilah yang berasal dari tradisi hukum Perancis. Bila pemerintah menggunakan uang untuk pembinaan olahraga yang diambil dari anggaran yang sebenarnya diberikan untuk pembinaan Koperasi Unit Desa (KUD) maka tindakan pemerintah itu termasuk *detournement di pouvoir*.[307]

g. Asas Permainan yang Layak.

Asas ini menghendaki agar pejabat pemerintah dapat 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. Dengan kata lain, asas ini sangat menghargai eksistensi instansi peradilan yang dapat diminta untuk memberi putusan yang adil oleh masyarakat baik melalui *administratief beroep* (instansi pemerintahan yang bersangkutan yang lebih tinggi) maupun melalui badan-badan peradilan (di luar instansi itu). Pentingnya asas ini ialah agar dapat dilakukan antisipasi jika ternyata instansi pemerintah memberikan keterangan yang kurang jelas, menyesatkan, berat sebelah atau subjektif. Banyak contoh yang dapat dikemukakan dalam rangka *fair play* ini, tetapi yang terpenting dari asas ini, pemerintah itu harus memberikan keterangan yang jelas, terbuka dan objektif.[308]

---

[306] SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 62.

[307] *Ibid*.

[308] *Ibid*, hlm. 62-63.

h. 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 atau berlaku tidak layak maka keputusan yang berkaitan dengan tindakannya dapat dibatalkan.[309]

i. Asas Menanggapi Pengharapan yang Wajar

Asas ini menghendaki agar tindakan pemerintah dapat menimbulkan harapan-harapan yang wajar bagi yang berkepentingan. Seorang pegawai negeri yang memakai mobil pribadinya untuk keperluan dinas, misalnya, dapat (wajar) untuk berharap mendapatkan kompensasi biaya pembelian bensin dan lain-lain. Pada tanggal 13 Januari 1959, *Centrale Read van Beroep* di *Nederland* memutuskan perkara yang posisi kasusnya sebagai berikut: Seorang pegawai negeri yang memakai mobil pribadinya untuk keperluan dinas meminta uang pengganti untuk pemakaian mobil itu. Ia memperoleh uang pengganti untuk pemakaian mobilnya itu, ia mendapati aturan-aturan kepegawaian tidak memuat ketentuan yang memperbolehkan pemberian uang pengganti kepada pegawai negeri atas pengganti tersebut ditarik kembali. *Centrale Read van Beroep* menyatakan keputusan (penarikan kembali) dari instansi itu batal sebab penarikan kembali keputasan itu bertentangan dengan harapan yang ditimbulkan secara wajar.[310]

j. Asas Meniadakan Akibat Suatu Keputusan yang Batal

Asas ini menghendaki agar jika terjadi pembatalan atas satu keputusan maka akibat dari keputusan yang dibatalkan itu harus dihilangkan sehingga yang bersangkutan (terkena) harus diberikan ganti rugi atau rehabilitas, misalnya satu instansi membuat keputusan memberhentikan seorang pegawainya. Ternyata keputusan memberhentikan pegawai itu kemudian dibatalkan oleh lembaga peradilan administrasi (bidang kepegawaian). Maka semua akibat dari keputusan yang kemudian dibatalkan itu harus dihilangkan sehingga instansi yang membuat keputusan pemberhentian itu bukan saja harus menerima pegawai yang bersangkutan untuk bekerja lagi di instansi itu, tetapi juga harus mengganti kerugian akibat keputusan yang pernah dibuatnya.[311]

---

[309] *Ibid*, hlm. 63.
[310] *Ibid*, hlm. 63-64.
[311] *Ibid*, hlm. 64.

k. Asas Perlindungan atas Pandangan (Cara) Hidup

Asas ini menghendaki agar setiap pegawai negeri diberikan kebebasan atau hak untuk mengatur kehidupan pribadinya 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. Dengan demikian pandangan hidup itu dalam pelaksanaanya harus diberikan batasan moral sesuai dengan kepribadian bangsa Indonesia yang religius. Yurisprudensi di *Nederland* yang membatalkan tindakan disiplin atas pegawai yang melakukan hubungan kelamin dengan sekretaris wanita di instansinya (lihat putusan *Centrale Raad van Beroep* tanggal 29 Mei 1951) kiranya tidak harus diberlakukan pula di Indonesia, sebab tindakan pegawai yang seperti itu bertentangan baik dengan perasaan moral maupun dengan jiwa peraturan disiplin pegawai yang berlaku. Di Indonesia perlindungan atas pandangan (cara) hidup harus tetap diberikan tetap diberikan tetapi harus pula dalam kerangka nilai-nilai moral yang sesuai dengan Pancasila sebagai pandangan hidup dan kepribadian bangsa.

l. Asas Kebijaksanaan

Asas ini menghendaki agar dalam melaksanakan tugasnya pemerintah diberikan kebebasan untuk melakukan kebijaksanaan tanpa harus selalu menunggu instruksi. Pemberian kebebasan ini berkaitan dengan perlunya tindakan positif dari pemerintah yaitu menyelenggarakan kepentingan umum. Jadi di samping melaksanakan peraturan perundangan yang telah ada, (eksekutif) pemerintah juga dapat melakukan tindakan positif atau kebijaksanaan untuk menyelenggarakan kepentingan umum. **Koentjoro Poerbo-pranoto** menyatakaan kecenderungannya pada pendapat **O. Notohamidjojo** yang mengemukakan bahwa pengertian hikmah kebijaksanaan itu berimplikasi tiga unsur, yaitu:[312]

1) Pengetahuan yang tandas dan anlisa situasi yang dihadapi.
2) Rancangan penyelesaian atas dasar '*staats idee*' ataupun '*rechts idee*' yang disetujui bersama yaitu Pancasila bagi pemerintah kita, Indonesia.
3) Mewujudkan rancangan penyelesaian untuk mengatasi situasi dengan tindakan perbuatan dan penjelasan yang tepat, yang dituntut oleh situasi yang dihadapi.

[312] O. Notohamidjojo, Demokrasi Pancasila (Jakarta: BPK, 1970), hlm. 38, dalam SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, hlm. 65-66.

Koentjoro Purbopranoto mengemukakan pula bahwa asas kebijaksanaan ini jangan dikaburkan pengertiannya dengan '*freies ermessen*', sebab *freies ermessen* pada hakikatnya memberikan kebebasan bertindak pada pemerintah dalam menghadapi situasi yang konkret, sedangkan kebijaksanaan merupkan satu pandangan jauh ke depan dari pemerintah. Oleh karenanya *freies ermessen* merupakan kebijaksanaan yang menghendaki bahwa pemerintah dalam segala tindakannya harus berpandangan luas dan selalu dapat menghubungkan dalam menghadapi tugasnya itu gejala- gejala masyarakat yang harus dihadapainya serta pandai memperhitungkan lingkungan akibat tindakan pemerintahannya itu dengan pengelihatan yang jauh ke depan. Selanjutnya agar memperoleh hasil-hasil yang efektif maka kebijaksanaan pemerintah itu harus mendapatkan dukungan dari bawah (warga negara). Oleh sebab itu segala tindak pemerintahan perlu mempunyai otoritas dan wibawa.[313]

m. Asas Penyelenggaraan Kepentingan Umum

Asas ini menghendaki agar dalam menyelenggarakan tugas, 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 penyelanggaraan kepentingan umum (vide alinea IV Pembukaan UUD 1945 dan Pasal 33 dan 34 Batang Tubuh UUD 1945). Oleh sebab itu, asas ini menjadi salah satu asas pemerintahan yang baik yang diakomodir di Negara Republik Indonesia.

Akhirnya perlu dikemukan lagi bahwa asas-asas pemerintahan yang baik itu semula berasal dari pemikiran dan praktek hukum administrasi di Negeri Belanda. Begitu juga ketigabelas asas yang diterangkan di atas. Oleh karana situasi dan kondisi antara Eropa dan Indonesia tidak selalu sama maka penerapan asas-asas tersebut di Indonesia harus disesuaikan dengan sikap budaya dan pandangan hidup bangsa dengan nilai-nilai luhurnya. Artinya, praktik administrasi negara (pemerintahan) di Indonesia tidak harus meniru atau mengikuti begitu saja praktik hukum dan yurisprudensi yang hidup di Negara Belanda.[314]

---

[313] Kuntjoro Purbopranoto, Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara, (Bandung: Alumni, 1978), hlm. 29-30. Dalam SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Op.cit*, 66.

[314] *Ibid*.

3. *AAUPPB dalam Pemikiran Raja Ali Haji*[315]

a. *Asas Musyawarah*

Sebagai seorang begawan hukum dan pemerintahan yang beberapa kali diangkat sebagai penasihat kerajaan, **Raja Ali Haji**[316] mempunyai *consern* terhadap penyelenggaraan pemerintahan yang baik, adil, dan sejahtera. Kemudian ia menggariskan beberapa asas penting untuk mewujudkan hal tersebut, di antaranya asas musyawarah yang dalam karyanya *Thamarat Al-Muhimmah* menjadi salah satu prinsip fundamental. Bahkan dalam pengangkatan seorang raja, musyawarah menjadi syarat utama. Sebagaimana dinulilkan Pasal 1 *Thamarat Al-Muhimmah*:[317]

> "*…. Bermula adalah sah pendirian raja itu yaitu dengan tiga sebab: Pertama dengan bay'ah ahl al hall wa al aqd daripada ulama, yakni sebab dilantik kemudian daripada selesai daripada muafakat dengan mushawarah beberapa laki-laki yang adil daripada orang baik-baik dan serta kepala-kepala dan serta daripada ulama-ulama yang hadir…*"

Ketika seorang raja telah terpilih sekalipun, ia tidak boleh menjalankan pemerintahannya secara sewenang-wenang atau otoritarian. Setiap keputusan dan kebijakan yang diambil wajib terlebih dahulu melakukan musyawarah dengan para cendekiawan atau ulama. Kewajiban itu meliputi empat perkara pokok, yaitu:[318] *Pertama*, pekerjaan memulai perang. *Kedua*, memberi nama dan gelar. *Ketiga*, memberi *cap*, *moho*r, dan tanda tangan. *Keempat*, pekerjaan memberi kuasa dan menyerahkan sesuatu kepada seseorang.

---

[315] Terkait bahasan sub bab ini ditulis ulang dari artikel Pery Rehendra Sucipta and Rilo Pambudi S, "The General Principles of Good Governance in the Mind of Raja Ali Haji," Jurnal Hukum PERATUN 2, no. 2 (2019): 259–274.

[316] Dalam pemikiran klasik, sosok Raja Ali Haji hanya dikenal sebagai sastrawan dan budayawan di masa Kerajaan Melayu Riau-Lingga pada abad ke-19. Pada kenyataannya, ia merupakan ulama multidisiplin ilmu, yang mencakup bidang politik, pemerintahan, dan Hukum Tata Negara, bahkan Hukum Administrasi Negara. Terdapat beberapa bukti yang dapat dijadikan justifikasi bahwa Raja Ali Haji memiliki kepiawaian dalam bidang hukum dan pemerintahan, di antaranya: (i) Pasal 12 Gurindam Dua Belas, yang juga karya Raja Ali Haji, secara khusus berisikan tentang asas-asas ketatanegaraan dan good governance; (ii) semasa hidup, ia menjadi penasihat kerajaan dan memegang jabatan tertinggi untuk masalah-masalah hukum; dan (iii) terdapat banyak karya yang membahas persoalan hukum seperti Thamarat Al-Muhimmah, Muqaddimah fi Intizam, Syair Hukum Faraid, Syair Hukum Nikah, Syair Siti Shianah, dan lain sebagainya. Tidak berlebihan jika ia disebut sebagai "Begawan Hukum" dari Tanah Melayu. Lihat dalam *ibid*, hlm. 262-267.

[317] Raja Ali Haji, Thamarat Al-Muhimmah Diyafah Li Al-Umara' Wa Al-Kubara' Li Ahl Al-Mahkamah (Lingga: Pejabat Kerajaan Lingga, 1886), hlm. 7.

[318] *Ibid*, hlm. 67.

b. Asas Kecermatan

Asas kecermatan juga menjadi perhatian **Raja Ali Haji** dalam tulisannya. Pada *wazifah* yang kedua *Muqaddimah fi Intizam*, ia menyebutkan asas ini dengan istilah "Jaga daripada Adu-aduan Orang". Selanjutnya ia menukilkan bahwa:

> "*Bermula adalah aduan-aduan orang itu terbahagi atas tiga bahagi: pertama, adua-aduan dibangsakan aduan dibangsakan aduan malakiyy (yang mempunyai sifat-sifat Malaikat) yakni aduan bangsa malaikat; kedua, aduan bangsa hawa nafsu; ketiga, dibangsakan aduan shaytaniyyah yakni dibangsakan aduan syaitan. Bermula adalah ketiganya itu ada lamatnya da nada akibat akan tetapi ketiganya bershubhah (bermaksud samar-samar) sama berbunyian molek, awalnya menerima akal, sebelum lagi ditapisnya yakni sebelum lagi disiasat antara kedua pihak. Adalah pada pekerjaan yang ketiga ini hendak jaga benar serta hendak sabar serta dihabiskan fikiran jangan tergopoh menjawabnya, dan jangan bersegera memberi titah dan perintah, hentikan dahuluan alamatnya dan apa akibatnya, serta musyawarah kan dahulu alamatnya dan apa akibatnya, serta musyawarah kan dahulu mana-mana hamba sahaya yang diridai, kemudian baharu fikirkan siasah insya Allah Ta'ala dapatlah alamatnya dan akibatnya*."[319]

Raja Ali Haji menegaskan, penting bagi seorang pemimpin dalam menjalankan pemerintahan untuk cermat dan teliti dalam setiap pengambilan keputusan. Salah satunya keputusan yang harus di ambil dengan mendasarkan dari aduan-aduan masyarakat. Setiap pemimpin harus memiliki kemampuan untuk memilah dan membedakan aduan-aduan yang datang tersebut, setidaknya menurut **Raja Ali Haji** ada 3 (tiga) jenis dan sifat dari aduan tersebut, yaitu: Aduan yang mempunyai sifat malaikat, aduan berdasarkan hawa nafsu, dan aduan yang mempunyai sifat setan. Setiap keputusan yang lahir harus dengan mempertimbangkan tujuan dan akibatnya, agar tidak merugikan negeri dan seisinya.

Sebagaimana kita ketahui, bahwa indikator asas kecermatan adalah Badan atau Pejabat Administrasi Negara senantiasa bertindak secara hati-hati, untuk mempertimbangkan secara cermat pada waktu membuat Keputusan TUN, dengan terlebih dahulu mencari gambaran yang jelas mengenai semua fakta hukum relevan,

[319] Raja Ali Haji, Muqaddimah Fi Intizam Waza'if Al-Malik (Lingga: Pejabat Kerajaan Lingga, 1886), hlm. 12-13.

serta peraturan perundang-undangan yang mendasarinya dan memperhatikan kepentingan pihak ketiga, agar tidak menimbulkan kerugian bagi warga masyarakat.[320]

c. Asas Keadilan

Selanjutnya pemerintahan harus berarsaskan keadilan. Secara tegas **Raja Ali Haji** memaknai adil sebagai menghukumkan atau melakukan sesuatu atas seseorang dengan patutnya dengan mufakat dengan Quran, hadits, dan *ijma'* atau melakukan sesuatu yang dibilangkan indah dan patut serta manfaat kepada orang yang benar dan kepada orang yang mempunyai mata hati.[321] Keadilan yang dikonsepsikan ini erat kaitannya dengan kepemimpinan raja dalam menegakkan hukum. Oleh karena itu, **Raja Ali Haji** menekankan pentingnya seorang raja memiliki hati manusia dengan jalan kasih sayang dan memahami hukum syariat Islam yang bersumber pada Al-Quran dan hadits, dengan begitu barulah keadilan dapat diwujudkan.[322]

d. Asas Ketidakberpihakan

Dalam tulisan **Raja Ali Haji**, asas ini disebutkan dengan istilah "*… jangan dilebihkan orang dalam dengan orang luar pada hukuman yang didirikan*." Penerapannya sendiri dijadikan tolak ukur keberhasilan seorang pemimpin dalam menjalankan pemerintahan. Sikap keberpihakan seorang pemimpin akan menyebabkan kebinasaan dan kerugian bagi suatu kerajaan.[323] Sama halnya dalam penegakkan hukum yang pada prinsipnya raja tidak boleh menunjukkan keberpihakan, seperti dituliskan:

> "*… jangan dilebihkan orang dalam dengan orang luar pada hukuman yang didirikan dan jangan sekali-kali diberikan ibu bapa, sanak saudara menzalim seorang daripada isi negeri apabila yang demikian itu wajib diterangkan jikalau bapa atau ibu sekalipun. Tiada dihukumkan Allah Ta'ala atas yang demikian itu nama durhaka kepada ibu, bapa, sanak saudara*."[324]

---

[320] Cekli Setya Pratiwi et al., "Penjelasan Hukum Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB) Hukum Administrasi Negara" (Jakarta, 2016), hlm. 16, https://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-Asas-Asas-Umum-Pemerintahan-yang-Baik-Hukum-Administrasi-Negara.pdf.

[321] Haji, Thamarat… *Op.cit*, hlm. 48.

[322] Haji, Muqaddimah… *Op.cit*, hlm. 6-7.

[323] *Ibid*, hlm. 11.

[324] Lihat Wazifah Ketiga, *Ibid*, hlm. 15-16.

e. Asas Profesionalitas

Secara universal, asas ini menghendaki adanya pengutamaan kualitas, pengetahuan, dan keahlian dalam setiap keprofesian. Penjelasan Pasal 3 angka 6 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme menentukan bahwa Asas Profesionalitas adalah asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sudah seyogyanya seorang pejabat pemerintah yang bertanggung jawab atas fungsi pemerintahan dan penyelenggaraan negara mempunyai kapabilitas, kualitas, dan keahlian yang sesuai dengan tugas dan fungsinya itu. Terlebih ketika ia akan diangkat atau dipilih dalam jabatan yang strategis.

Dalam konteks ini, **Raja Ali Haji** juga mempunyai pemikiran yang serupa, bahwa setiap pejabat seperti raja, menteri, mahkamah, hingga jabatan yang terendah sekalipun harus diisi oleh orang-orang yang kompeten dan sesuai dengan tanggung jawab yang akan diemban. Semisal dalam pengangkatan wazir untuk membantu pekerjaan raja, **Raja Ali Haji** mengatakan: "*Bermula menjadikan wazir-wazir itu kepala-kepala negeri maka seyogianya hendaklah dipilih akan orang yang ahli memegang jabatan….*"[325]

f. Asas Akuntabilitas

Asas ini mengharuskan setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dasar filosofisnya yakni adanya tanggung jawab yang melekat pada setiap amanah yang diberikan atau dalam hukum publik dikenal dengan prinsip "*geen bevoegdheid zonder veraantwoordelijkheid*" yang berarti tiada kekuasaan tanpa pertanggungjawaban. Adanya pertanggungjawaban tersebut selaras dengan kehendak untuk membatasi kekuasaan seseorang agar tidak terjadi penyelahgunaan wewenang.

Bagi **Raja Ali Haji**, prinsip akuntabilitas berfungsi untuk membatasi kuasa raja atau pemimpin dengan tujuan agar tidak melakukan kezaliman. Meskipun ia lebih menitikberatkan pada bentuk tanggung jawab moral dan akhlak. Oleh karenanya pengakuan akuntabilitas oleh **Raja Ali Haji** terjadi hanya apabila

[325] Haji, Thamarat... *Op.cit*, hlm. 10-11.

seorang raja melakukan enam perkara yaitu:[326] Ia kafir dan berpaling dari agama islam, perkataan atau perilaku raja yang menghalalkan yang haram dan mengharamkan yang halal, terbukti melakukan kejahatan dan fasik, lemah daripada *masalih al-muslimin* yang berada di bawah kekuasaannya, menjadi tawanan musuh dan tidak ada harapan akan lepas, dan jika ia gila yang *musabaqah* (sebenar-benarnya gila) atau buta atau tuli dan bisu. Jika terjadi salah satunya, raja boleh dimakzulkan sebagai bentuk pertanggungjawabannya.

g. Asas Kepastian Hukum

Asas ini menghendaki setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan didasarkan pada landasan peraturan perundang-undangan yang berlaku, kepatutan, keajegan, dan keadilan. **H. D. Stout** mendefinisikannya dengan istilah "*Dat het bestuur aan de wet is onderworpen*"[327] yang berarti pemerintah tunduk kepada undang-undang. Senada dengan itu, **Raja Ali Haji** juga menghendaki pemerintahan yang dijalankan berdasarkan pada hukum, meskipun pendekatan yang digunakan adalah hukum syariat karena sejalan dengan pemerintahan yang ia idealkan. Ditegaskan dalam Pasal 5, Bab Kedua *Thamarat* bahwa "*Pada menyatakan hukum yang terpakai di dalam ugama Islam yang dihukumkan atas rakyatnya yaitu hukum Shari'at, yang di dalam hadits Nabi sallallah alayhi wa sallam sudah dibayankan maknanya….*"[328] Selain itu, dalam tulisannya yang lain dikatakan bahwa dalam penyelesaian perkara keduniaan pun harus merujuk pada qanun, adat, dan resam raja-raja terdahulu yang tidak menyalahi *Shari'at*. Hal ini menandakan adanya sikap keterbukaan **Raja Ali Haji** terhadap eksistensi hukum buatan manusia yang dibuat oleh Raja, Wazir, ataupun al-Mahkamah. Asalkan hukum tadi tidak bertentangan dengan hukum tertingginya yaitu hukum syara'.

h. Asas Kepentingan Umum

Asas ini menghendaki adanya pengutamaan terhadap kesejahteraan rakyat dengan cara aspiratif, akomodatif, dan selektif. Tidak dapat dipungkiri, tujuan penyelenggaraan negara yang sebenarnya ingin dicapai adalah menciptakan kemakmuran bagi semua rakyatnya. Tujuan ini tidak luput dari pemikiran **Raja Ali Haji**. Ia menilai kesejahteraan hanya dapat dicapai apabila hukum

---

[326] *Ibid*, hlm. 15-16.

[327] Lihat dalam Ridwan HR, Hukum Administrasi Negara, Edisi Revisi. (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2014), hlm. 95.

[328] Haji, Thamarat... *Op.cit*, hlm. 29.

agama ditegakkan. Dalam penegakkan hukum itu, apabila tidak sejalan dengan kepentingan rakyat dan menyimpang dari ketentuan hukum, maka setiap pemimpin harus membuka ruang kepada publik untuk menyampaikan aspirasinya. Oleh sebab itu, **Raja Ali Haji** mengatakan "*Kami bebaskan kamu berjumpa kami dan sembah kepada kami, jika ada perbuatan kami yang tidak berbetulan dengan Shari'at dan adat, atau barang yang tiada sedap kepada hati kamu tingkah laku kami atau ahli-ahli kami….*"[329] Penyataannya menjadi sebuah justifikasi bahwa ia menentang kekuasaan yang kuku besi atau memerintah sesuka hati dan mengabaikan kesejahteraan rakyatnya.

i. Asas Tidak Mencampuradukkan Kewenangan

Asas ini mengharuskan kepada setiap pemegang jabatan untuk melakukan kewenangannya sesuai dengan apa yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan, baik dari segi materi kewenangan, waktu, ataupun wilayah. Dengan kata lain, setiap pejabat dilarang untuk melampaui batas kewenangannya yang dalam pemikiran **Raja Ali Haji** diistilahkan dengan *fuduli'*. Menurutnya "orang-orang besar" yang memegang jabatan telah diberikan mandat untuk melakukan pekerjaan yang berbeda-beda. Ia pun menekankan bahwa hal tersebut telah menjadi adab dalam membina negara yang baik. Oleh karenanya setiap pejabat harus memfokuskan diri pada masing-masing pekerjaan dan melarangnya untuk mencampuri yang bukan menjadi bagian dari pekerjaannya.

G. Fungsi AAUPPB

S.F. Marbun dalam bukunya *Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak*, menemukan 4 (empat) fungsi/catur fungsi dari AAUPPL atau AAUPPB, yakni sebagai *stimulans* dalam pembuatan undang-undang, sebagai alasan (kriteria) bagi gugatan, sebagai dasar pengujian (*rechtmatigheidstoetsing*) bagi hakim administrasi dan terakhir sebagai arahan atau patokan bagi pelaksanaan wewenang badan/pejabat administrasi Indonesia.[330] Lebih lanjut di uraikan oleh **S.F. Marbun**:[331]

1. Fungsi AAUPPL dalam Pembuatan Undang-Undang

Meskipun AAUPPL secara teoritis tidak dapat berfungsi sebagai sumber wewenang bertindak bagi Badan/Pejabat TUN,

[329] *Ibid*, hlm. 40.
[330] SF. Marbun, Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak, Pertama. (Yogyakarta: FH UII Press, 2014), hlm. 52.
[331] *Ibid*, hlm. 52-70.

namun fungsi AAUPPL sebagai stimulans bagi pembentukan undang-undang mempunyai arti yang sangat penting dan strategis. Sebab dengan dicantumkannya AAUPPL dalam undang- undang, maka dari undang-undang ini akan mengalir wewenang yang dapat dijadikan pegangan, patokan atau arahan bagi Badan/ Pejabat TUN dalam melaksanakan wewenangnya, utamanya dalam menggunakan kewenangan bebasnya *(vrij bestuur)*, sehingga penggunaan kewenangan bebas tersebut akan terkoreksi dan terkontrol oleh hukum administrasi dan AAUPPL.[332]

Fungsi AAUPPL sebagai *stimulans* bagi pembentukan undang-undang akan semakin penting artinya, utamanya dikaitkan dengan perkembangan konsepsi negara hukum modern yang selalu cenderung tergelincir menjadi pemerintahan yang bebas (*vrij bestuur*). Dalam suatu pemerintahan yang bebas (*vrij bestuur*), peranan pembuat undang-undang formal ketika menetapkan norma-norma hukum untuk kehidupan masyarakat seiring hanya menentukan norma-norma pokoknya saja, sedangkan untuk pengaturan selanjutnya pembuat undang-undang lebih banyak menyerahkannya kepada pemerintah untuk membuat peraturan pelaksanaannya sesuai dengan keadaan konkrit yang dihadapi dalam masyarakat. Dengan demikian, pembuat undang-undang secara sadar telah menyerahkan sebagian wewenang yang dimilikinya kepada Badan/Pejabat TUN untuk membuat berbagai peraturan pelaksanaan itulah yang pada akhirnya akan menentukan.[333]

Akibatnya, pembatasan terhadap kewenangan Badan/Pejabat TUN untuk menentukan dan merumuskan sendiri substansi dan formulasi berbagai pelaksanaannya semakin longgar. Dalam kondisi dan situasi demikian inilah yang diharapkan AAUPPL dapat memainkan fungsi primernya. Karena itu kedudukan AAUPPL seyogianya diformalkan dengan cara memasukkan atau menebarkan butir-butir AAUPPL itu ke dalam berbagai undang-undang, sehingga AAUPPL akan ditempatkan dalam fungsinya yang sekunder.[334]

2. Fungsi AAUPPL bagi Kriteria Gugatan

Dimungkinkannya AAUPPL dijadikan sebagai alasan (kriteria) bagi suatu gugatan, termasuk alasan gugatan pada semua tingkat, akan memberikan berbagai implikasi positif terhadap fungsi sekunder AAUPPL. Hakim administrasi dan instansi banding

---

[332] *Ibid*, hlm. 52.
[333] *Ibid*, hlm. 53.
[334] *Ibid*, hlm. 54-55.

administratif serta keberatan akan memiliki pegangan, patokan dan dasar untuk membatalkan suatu keputusan yang disengketakan. Dengan demikian secara yuridis hakim tidak lagi mempunyai alasan untuk menolak membatalkan suatu keputusan yang disengketakan. Dengan kata lain, secara yuridis hakim tidak lagi mempunyai alasan untuk tidak mengakui AAUPPL tersebut.[335]

Pada sisi lain Badan/Pejabat TUN akan lebih berhati-hati dalam segala tindakannya agar tidak merugikan hak-hak masyarakat. Sebab, setiap tindakan mereka yang merugikan dan bertentangan dengan AAUPPL dan tidak adil, akan membuka peluang bagi mereka yang dirugikan untuk menggugatnya pada setiap tingkatan peradilan dan instansi upaya administratif, sehingga Badan/Pejabat TUN akan menjauhkan diri dari pelaksanaan wewenang yang tidak layak dan tidak adil.[336]

Sebalikan Badan/Pejabat TUN sendiri yang bertindak dengan benar dan menurut hukum juga akan terlindungi secara hukum, utamanya oleh AAUPPL. Setiap tindakan Badan/Pejabat TUN akan selalu terkontrol dan selalu dalam koridor hukum administrasi dan AAUPPL. Dengan demikian, melalui fungsionalisasi AAUPPL tersebut, cita-cita negara hukum Indonesia akan semakin mendekati realisasinya.[337]

3. Fungsi AAUPPL bagi Hakim Peradilan Administrasi

Fungsi AAUPPL sebagai patokan, pegangan, arahan dan dasar bagi hakim peradilan administrasi dalam menilai atau membatalkan suatu keputusan yang dikeluarkan oleh Badan/Pejabat TUN, menurut Petunjuk Pelaksanaan (Juklak) Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 052/Td.TUN/III/1992, tanggal 24 Maret 1992, hanya dimungkinkan dimasukkan dalam pertimbangan hukum suatu putusan dengan menyebutkan asas mana dari AAUPPL tersebut yang dilanggar, sedangkan di dalam diktum putusan tidak boleh dimasukkan.[338]

Di dalam penjelasan Pasal 53 UU Nomor 5 Tahun 1986 diberikan wewenang kepada hakim peradilan administrasi menggunakan hukum tidak tertulis untuk menguji suatu keputusan (KTUN) yang dikeluarkan atas dasar kewenangan bebas (*vrije beschikking*). Meskipun penjelasan Pasal 53 tersebut tidak secara tegas menunjuk kepada AAUPPL sebagai hukum tidak tertulis, namun dalam penyelenggaraan pemerintahn

---

335 *Ibid*, hlm. 57.
336 *Ibid*, hlm. 58.
337 *Ibid*.
338 *Ibid*, hlm. 63.

yang dimaksud hukum tidak tertulis tersebut adalah mengacu kepada AAUPPL, sehingga AAUPPL secara fungsional dapat digunakan oleh hakim peradilan administrasi untuk menguji suatu keputusan yang dikeluarkan atas dasar kewenangan bebas.[339]

Beberapa putusan hakim peradilan administrasi yang di dalam pertimbangan hukumnya mengacu kepada AAUPPL antara lain asas persamaan, asas kecermatan dan bertindak hati-hati, asas kepastian persamaan, asas kecermatan dan bertindak hati-hati, asas kepastian hukum, asas bertindak sewenang-wenang, asas penyalahgunaan wewenang, asas kejujuran atau keterbukaan, asas kepercayaan dan pengharapan, dan lain-lain.[340]

4. Fungsi AAUPPL bagi Pelaksanaan Wewenang Badan/Pejabat Administrasi Indonesia

Menurut **P. Nicolai** bahwa fungsi primer AAUPPL tersebut tidak hanya sebagai dasar bagi pembatalan gugatan oleh hakim peradilan administrasi dan sebagai dasar gugatan, tetapi juga memiliki fungsi primer lainnya yakni sebagai patokan pelaksanaan wewenang yang harus diperhatikan oleh pemerintah.[341]

Terbentuknya AAUPPL tersebut dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia, maka AAUPPL sebagai patokan yang berlaku (hidup) dalam penyelenggaraan pemerintahan memiliki fungsi yang primer. Artinya tanpa pengakuan hukum dari hakim pun, AAUPPL tersebut telah berlaku sebagai asas-asas yang hidup sebagai asas-asas hukum. Asas-asas yang hidup itu telah diterima dan berlaku sebelum dirumuskan sebagai hukum atas sebagai asas-asas hukum oleh hakim. Di sinilah letaknya fungsi primer dari AAUPPL bahwa meskipun ia baru terungkapkan dalam suatu gugatan, tetapi tidak berarti asas-asas tersebut menurut sifatnya tidak berisikan patokan yang ditujukan kepada Badan/Pejabat TUN.[342]

Fungsi AAUPPL semakin penting utamanya sebagai arahan dan patokan bagi badan/pejabat administrasi Indonesia ketika menggunakan kewenangan bebas mempertimbangkan (*beoordelingscrijheid*), dalam proses pembentukan dan penerapan peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*). Terhadap peraturan kebijaksaan tersebut dapat dilakukan pengujian keabsahannya dengan menggunakan AAUPPL.[343]

---

339 *Ibid*.
340 *Ibid*.
341 *Ibid*, hlm. 68.
342 *Ibid*, hlm. 70.
343 *Ibid*.

BAB VI
PENEGAKAN HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Sebagai bagian sub sistem yang membangun ilmu hukum, HAN memiliki karakter yang berbeda dibandingkan dengan hukum pidana dan hukum perdata. Karena ketentuan-ketentuan di bidang HAN belum terkodifikasi ke dalam suatu kitab undang-undang. Dalam hukum pidana dikenal adanya hukum pidana formil yang bersumber dari Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) sebagai "rel" bekerjanya hukum pidana materil yang bersumber dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), atau di dalam hukum perdata dikenal hukum perdata formil yang bersumber pada *HIR* dan *RBG*, sedangkan hukum perdata materil bersumber pada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata/BW).

Menurut **Doner** sebagaimana disadur oleh **SF. Marbun & Moh. Mahfud MD** ada dua alasan sulitnya untuk melakukan kodifikasi terhadap HAN, yaitu:

- Peraturan-peraturan di bidang HAN itu berubah dan berkembang lebih cepat dan sering mendadak. Berbeda dengan peraturan-peraturan hukum privat dan hukum pidana yang perubahannya terjadi secara pelan dan berangsur-angsur.
- Pembuatan peraturan-peraturan di bidang HAN tidak hanya terletak di satu tangan, sebab di luar pembuat undang-undang pusat hampir semua departemen/ kementerian dan pemerintah daerah otonom membuat juga peraturan-peraturan HAN sehingga lapangan HAN ini sangat beranekaragam dan tidak bersistem.[344]

[344] Donner dalam E. Utrecht, *Op.cit*, hlm. 59. Lihat juga SF. Marbun and Moh. Mahfud MD,

Meskipun HAN belum terkodifikasi kedalam suatu kitab undang-undang bukan berarti secara institusional tidak ada yang melakukan penegakan hukum tehadap kaedah-kaedah hukum di bidang hukum administrasi negara. Secara konkret kaedah di bidang HAN, penegakan hukumnya melalui peradilan administrasi/Pengadilan Tata Usaha Negara. Artinya sikap/ tindakan yang dilakukan oleh pejabat administrasi negara dalam rangka melakukan *public service* diuji melalui Pengadilan Tata Usaha Negara.

A. Sekilas Sejarah Peradilan Tata Usaha Negara

Dalam zaman Hindia Belanda dahulu, tidak ada suatu instansi kehakiman yang khusus melakukan pemeriksaan perkara tata usaha negara, berdasarkan Pasal 134 IS dan Pasal 2 RO (LNHB 1847 No. 23 jo LNHB 1848 No. 57), maka pengadilan biasa-lah yang dimintakan putusannya. Kedua pasal tersebut dikonkordansikan dengan Pasal 160 *Grondwet* Belanda dan Pasal 2 RO Belanda. Tetapi ada suatu perbedaan kecil, yaitu yurisprudensi Indonesia mengindahkan, baik Pasal 134 IS maupun Pasal 2 RO, sedangkan yurisprudensi Belanda hanya mengindahkan Pasal 2 RO saja dan tidak mengindahkan Pasal 160 *Gronwet*.[345]

Di samping pengadilan biasa itu terdapat pula beberapa badan khusus yang bertugas melakukan peradilan tata usaha negara seperti Majelis Pertimbangan Pajak, bagian banding dari Dewan *Oktroi* dan lain-lain.[346]

Sesudah Indonesia merdeka, yaitu pada tahun 1948 pernah dicantumkan dalam UU RI tahun 1948 No. 19 Pasal 66 yang menentukan sebagai berikut: "Jika dengan undang-undang atau berdasar atas undang-undang tidak ditetapkan badan-badan kehakiman lain untuk memeriksa dan memutus perkara-perkara dalam soal Tata Usaha Pemerintahan, maka Pengadilan Tinggi dalam tingkatan pertama dan Mahkamah Agung dalam tingkatan kedua memeriksa dan memutus perkara-perkara itu."[347]

Op.cit, hlm. 20.

345 W.F. Prins, Inleiding in het Administratief Recht van Indonesie, (Jakarta: J.B. Wolters-Groningen, 1950), hlm. 93, dalam Djenal Hoesen Koesoemahatmadja, Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1990), hlm. 219.

346 *Ibid*.

347 Koesnodiprodjo, Himpunan Undang-undang, Peraturan-peraturan, Penetapan-penetapan, Pemerintah Republik Indonesia (1958), hlm. 19. Dalam Djenal Hoesen Koesoemahatmadja, *Op.cit*, hlm. 220.

Baik Konstitusi RIS (Keputusan Presiden RIS 31-1-1950 No. 48 LN 50-3) dalam Pasal 161 maupun UUD Sementara RI dalam Pasal 108 memuat ketentuan yang sama, bahwa "pemutusan tentang sengketa, yang mengenai hukum tata usaha, diserahkan kepada Pengadilan yang mengadili perdata...". Akan tetapi berdasarkan Pasal 192 ayat (1) Konstitusi RIS dan Pasal 142 UUDS 1950, ketentuan-ketentuan hukum Hindia Belanda dahulu masih tetap berlaku, karenanya badan-badan khusus yang tugasnya melakukan peradilan administratif masih tetap dipertahankan.[348]

B. Peradilan Tata Usaha Negara di Perancis

Sebagai studi *comparative* berikut ini akan diuraikan perkembangan pemikiran Peradilan Administrasi di Negara Perancis.

1. Sejarah

Ketika Revolusi Perancis pecah pada tahun 1789, maka "*le Conseil du Roi*" sebagai lembaga pemerintahan lama (*ancien regime*) ikut dihapuskan karena dianggap tidak sesuai dengan "semangat baru".[349]

Tetapi baru sebelas tahun kemudian, yaitu pada tahun 1799, **Napoleon Bonaparte** selaku konsul pertama[350] berhasil membentuk kembali lembaga tersebut dengan nama "*le Conseil d'Etat*".

Berdasarkan dekritnya, "*le Conseil d'Etat*" dibentuk sebagai "*assemble*" ke-4 daripada parlemen bentukan konstitusi revolusi 1789 dengan fungsi sebagai "Dewan Pertimbangan Agung,"[351] yang harus mendampingi *Le Premier Consul* dalam mengemudikan pemerintahan negara.[352]

Le Conseil d'Etat berkedudukan sejajar dengan "*assemble-assemble*" lainnya dari parlemen, yaitu Tribunal, Senat dan *Corps* Legislatif.[353]

---

348 *Ibid*.

349 *Ibid*, hlm. 222.

350 Negara Perancis pada waktu itu diperintah oleh 3 (tiga) orang consul dan Napoleon sebagai Le Premier Consul. Lihat *ibid*.

351 Di Indonesia disebut dengan Dewan Penasihat Presiden.

352 Djenal Hoesen Koesoemahatmadja, *Loc.cit*.

353 Tugas-tugas lain dari "le Conseil d'Etat" antara lain: (1) memberikan nasihat kepada konsul pertama dalam pembuatan peraturan-peraturan pemerintah, berikut keputusan-keputusan dan seterusnya yang harus dikeluarkan; dan (2) menyelesaikan soal-soal yuridis yang oleh konstitusi diberikan kepada konsul pertama, khususnya yang menyangkut perselisihan dan pengaduan mengenai pelanggaran batas-batas kewenangan seorang pejabat dalam melaksanakan peraturan-peraturan dan keputusan tersebut. Dalam *ibid*.

2. *Perkembangan Segi Administrasinya*

Berdasarkan kedudukan dan tugas "*le Conseil d'Etat*" 1799 itu, lembaga tersebut tumbuh menjadi lembaga semacam "Dewan Pertimbangan Agung", yaitu sebagai pembantu dan penasihat Konsul Pertama (**Napoleon**) dalam kedudukannya sebagai "pemegang pemerintahan" atau lebih tepat lagi sebagai "pucuk pimpinan pemerintahan".[354]

Dari ketentuan-ketentuan statusnya dan berdasarkan praktek perkembangannya, sejak semula "*le Conseil d'Etat*" adalah suatu badan administrasi negara, suatu lembaga teknis pemerintahan dari mana pucuk pimpinan pemerintah memperoleh nasihat hukum yang diperlukan.[355] Oleh sebab itu, maka kepala pemerintahan[356] secara *ex-officio* menduduki jabatan ketuanya untuk menggambarkan kesatuan dan keutuhannya.[357]

Mengenai tugas memberikan nasihat hukum pemerintahan dari "*le Conseil d'Etat*" dapat dibagi dalam 2 (dua) macam:

a. Nasihat hukum di bidang perundang-undangan yang harus diputuskan dan ditentukan oleh pemerintah bersama-sama parlemen.[358]
b. Nasihat hukum di bidang peraturan pelaksanaan (peraturan-peraturan pemerintah, keputusan-keputusan dan sebagainya). Perkembangan terakhir dalam tugas ini membawa "*le Conseil d'Etat*" menjadi lebih memasuki bidang "pertimbangan-pertimbangan kebijaksanaan" daripada hanya sekedar "tugas hukum" seperti semula. Dengan tugas di bidang pertimbangan kebijaksanaan ini, "*le Conseil d'Etat*" berkembang menjadi "Dewan Pertimbangan Agung" pucuk pimpinan pemerintahan.[359]

3. *Perkembangan Segi Peradilannya*

Perkembangan "*le Conseil d'Etat*" menjadi "badan peradilan administrasi" merupakan konsekuensi logis daripada ketentuan

---

354 *Ibid*.

355 *Ibid*.

356 Setelah konstitusi diubah dan Kepala Pemerintahan disebut Perdana Menteri (Le premier = yang pertama), maka ex-officio Ketua Conseil d'etat adalah le Premier.

357 Djenal Hoesen Koesoemahatmadja, *Op.cit*, hlm. 224.

358 Contoh karya hukum yang penting pada zaman Napoleon, yang telah dihasilkan oleh " Le Conseil d'Etat" adalah "Code Napoleon" terdiri atas Code Civil, Code Penal dan Code du Commerce. Code Napoleon ini ternyata dicontoh oleh hampir semua negara-negara di Eropa bahkan oleh negara-negara di luar Eropa dan melalui Negeri Belanda kemudian dibawa juga ke Indonesia. Lihat *ibid*.

359 *Ibid*. hlm. 225.

hukum dasar Perancis sejak zaman revolusi, yang mengadakan pemisahan mutlak antara bidang administrasi pemerintahan dan bidang pengadilan, sesuai dengan ajaran "*Trias Politica*" dari **Montesquieu**. Jadi para hakim dilarang secara mutlak untuk mencampuri bidang pemerintahan.[360]

Ketentuan ini ternyata menimbulkan banyak kesulitan bagi para warga negara yang dirugikan oleh tindakan pihak pelaksana pemerintahan (administrator), oleh karena bagi mereka tidak ada tempat untuk mencari keadilan. Satu-satunya jalan adalah mengajukan pengaduan kepada kepala negara.[361]

Untuk mengatasi kesulitan tersebut, mula-mula dalam lingkungan "*le Conseil d'Etat*" dibentuk Panitia Perselisihan (*Comite du Contentieux*). Dari panitia inilah tumbuh kemudian Seksi Perselisihan dari "*le Conseil d'Etat*". Di tahun 1807, pada Seksi Perselisihan ditambahkan sub-seksi Pemeriksa Keuangan, yang memutuskan pengaduan-pengaduan kasasi, maka "*le Conseil d'Etat*" nyata-nyata memperoleh peranan sebagai suatu Mahkamah Agung.[362] Pada tahun 1849, "*le Conseil d'Etat*" ditetapkan menjadi "Mahkamah Administrasi" yang berdiri sendiri.[363]

Berdasarkan Dekrit tanggal 2 November 1864, kewenangan "*le Conseil d'Etat*" sebagai "Mahkamah Administrasi" diperluas dengan diberikan kepadanya hak mengadili dan memutuskan perkara "*ultra vires*", yang memberikan hak kepada warga negara dan penduduk untuk menuntut pembatalan tindakan pemerintah berdasarkan beberapa syarat hukum yang harus dipenuhi.[364]

Pada tahun 1953 pengadilan-pengadilan prefektur[365] direorganisir dan dijadikan pengadilan administrasi tingkat pertama, sedangkan "Mahkamah Administrasi" ditegaskan kedudukannya menjadi mahkamah tingkat banding dan kasasi berdasarkan Konstitusi 1946.[366]

Pada tahun 1958, berdasarkan Konstitusi 1958 (baru) ditegaskan kedudukan dan fungsi "*le Conseil de E'tat*" sebagai "Mahkmah Agung Administrasi" dengan membawahi dan mengawasi semua pengadilan administrasi yang dibentuk di wilayah-wilayah

[360] *Ibid*.
[361] *Ibid*.
[362] *Ibid*.
[363] Tidak lagi hanya sekedar pemberi saran atau usul penyelesaian perkara administrasi kepada kepala negara. Lihat *ibid*, hlm. 225-226.
[364] *Ibid*, hlm. 226.
[365] Kalau di Indonesia sama dengan kabupaten.
[366] Djenal Hoesen Koesoemahatmadja, *Op.cit*, hlm. 226.

pengadilan administrasi [25 (dua puluh lima) buah wilayah *metropole* dan 4 (empat) buah di daerah seberang lautan].[367]

Pada tahun 1963 wewenang dan tugas "*le Conseil de E'tat*" ditegaskan pemekarannya sebagai berikut:[368]

a. Penasihat Agung Administrasi (di bidang "*law making*" dan "*rule making*" *activities*).
b. Mahkamah Agung Administrasi, (yang mengadili pemerintah).
c. Badan Peneliti dan Pengembangan Kebijaksanaan Administrasi (*Etude et Documment*), yang berfungsi semacam badan peneliti strategi pemerintah.

Le Conseil de E'tat sekarang merupakan suatu dewan tertinggi pemerintah, yang secara organisatoris bernaung di bawah lingkungan kekuasaan perdana menteri sebagai pucuk pimpinan pemerintahan dan secara operasional memberi nasihat dan membantu pimpinan pemerintahan tersebut demikian rupa, sehingga pemerintahan selalu menjalankan pemerintahan sesuai dengan UUD dan peraturan perundang-undangan di bawahnya, jika perlu dapat "mengadili" pemerintah atas segala perbuatannya, yang melanggar hukum.[369] Dengan nasihat dan bantuannya tersebut, "*le Conseil de E'tat*" sejauh mungkin berusaha untuk mencegah pemerintah menjalankan tindakan yang melawan hukum.

Demikianlah "*le Conseil de E'tat*" pada satu pihak bertindak selaku "pengaman dan pengawal" pemertintah dalam menjalankan kewajibannya, tetapi di lain pihak juga merupakan "pengaman dan pelindung" hak-hak rakyat. Kekuasaan "*le Conseil de E'tat*" tidak terdapat di lain-lain negara, khususnya dilingkungan negara *Anglo-Saxon*.[370]

C. Urgensi Peradilan Administrasi Negara

Di dalam bekerjanya negara dalam rangka memberikan pelayanan terhadap masyarakat terjadi hubungan *resiprositas* antara negara dengan masyarakat sebagai pihak yang diberikan pelayanan. Dalam paham negara *welafare state* sebagaimana telah diuraikan pada bab terdahulu ditandai dengan makin luasnya campur tangan negara ke dalam kehidupan masyarakat yang disertai

[367] *Ibid*.
[368] *Ibid*.
[369] *Ibid*, hlm. 227.
[370] *Ibid*.

dengan berbagai macam wewenang yang membuat administrasi negara itu sukar sekali untuk diawasi atau dikendalikan, maka akan mudah sekali timbul berbagai jenis dan rupa penyelewengan, penyalahgunaan wewenang, dan berbagai bentuk sikap atau perbuatan sewenang-wenang.

Perbuatan sewenang-wenang adalah perbuatan yang menyimpang dari perhitungan atau harapan menurut undang-undang dan peraturan-peraturan yang berlaku, atau menyimpang dari cara berpikir atau norma-norma pikiran sehat (*common sense*).[371]

Dalam perspektif historis, munculnya gagasan tentang perlindungan kepentingan warga masyarakat terhadap perbuatan hukum administrasi, menurut sejarahnya timbul di Perancis (pada saat Revolusi Perancis), kemudian meluas ke mana-mana. Pada awal abad ke-19 di mana-mana di Eropa, juga di Amerika Serikat dan tanah jajahan Inggris: Australia, Afrika Selatan, Kanada, kasus-kasus perbuatan sewenang-wenang administrasi (pemerintah) terhadap warga masyarakat itu banyak sekali jikalau tidak dapat dikatakan umum terjadi. Apa lagi di Indonesia pada waktu itu, boleh dikatakan, bilamana dibandingkan dengan sekarang, tidak ada hukum sama sekali bagi rakyat Indonesia.[372]

Ide politik dan hukum di mana-mana selalu memakan waktu yang panjang sekali sebelum ada realisasi. Demikian pula dengan ide perlindungan kepentingan hukum warga masyarakat yang timbul di Perancis pada akhir abad ke-18 tersebut di atas. Di Negeri Belanda sendiri, ide perlindungan kepentingan hukum warga masyarakat itu praktis baru mendapatkan realisasi atau perwujudan dalam abad ke-20. Sebelum itu hukum itu ada pada yang kuat, kuat ekonominya atau kuat koneksinya dengan pihak yang berkuasa atau berwenang mengadili.[373]

Ide perlindungan kepentingan hukum warga masyarakat di Perancis berdasar atas dua pikiran dasar yang hingga kini praktis masih berlaku, yakni: (a) asas legalitas (dalam arti luas) bagi seluruh kegiatan (perbuatan dan keputusan) administrasi negara di satu pihak, dan (b) asas otonomi bagi HAN (rezim administratif) di lain pihak.[374] Dengan perkataan lain: (a) di satu pihak administrasi negara harus diawasi, (b) di lain pihak administrasi negara tidak boleh dicampuri urusan internalnya oleh pihak mana pun.

---

[371] Atmosudirdjo, Hukum... (1988), hlm. 140.
[372] *Ibid*, hlm. 140-141.
[373] *Ibid*, hlm. 141.
[374] *Ibid*.

Oleh karena itu salah satu bentuk pengawasan terhadap sikap/tindak administrasi negara adalah dalam bentuk pengawasan yudisial oleh peradilan administrasi yang melalui mekanisme gugatan oleh orang atau badan hukum perdata. Pada hakikatnya tidak berbeda dengan tugas peradilan pada umumnya yaitu mempertahankan hukum *materiil* dalam hal ini hukum administrasi *materiil*.[375]

Pengawasan ini dilakukan oleh badan kekuasaan kehakiman yang merdeka, yang dibedakan dengan pengawasan melalui upaya administratif yang oleh **Rochmat Soemitro** disebut dengan "perdilan semu". Beberapa ciri peradilan administrasi, yang pada pokoknya adalah: (1) dilaksanakan oleh hakim yang bebas dari pengaruh kekuasaan lain; (2) pengujian terbatas pada aspek "*rechtmetigheid*" saja; (3) hanya dapat meniadakan keputusan administrasi dan bila perlu menentukan pemberian ganti rugi, tetapi tidak membuat putusan lain yang menggantikan keputusan administrasi yang pertama; (4) hanya mempertimbangkan fakta dan keadaan saat pengambilan keputusan.[376]

Sedangkan ciri-ciri dari badan banding administrasi[377] adalah (1) diselenggarakan oleh instansi yang hierarkhis lebih tinggi dari pada yang mengambil keputusan pertama atau di bawah pengaruh badan lain; (2) pengujian dari kedua aspek "*doelmatigheid*" dan "*rechtsmatigheid*" dari keputusan yang dipersoalkan; (3) dapat mengganti, mengubah, atau meniadakan keputusan administrasi yang disengketakan; (4) dapat memperhatikan perubahan-perubahan keadaan sejak saat diambilnya keputusan.[378]

D. Peradilan Tata Usaha Negara Menurut Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara

Dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986,[379] lahirlah apa yang disebut Peradilan Tata Usaha Negara yang

[375] Fachruddin, *Op.cit*, hlm. 18.

[376] *Ibid*.

[377] Sebagai contoh penyelesaian banding administrasi ini adalah sebelum terbentuknya Pengadilan Hubungan Industrial . dalam penyelesaian sengketa perburuhan/ketenaga-kerjaan dikenal penyelesaian melalui Panitia Penyelesaian Perselisihan Perburuhan Daerah (P4D), Panitia Penyelesaian Perselisihan Perburuhan Pusat (P4P) untuk tingkat Banding, dan terakhir Veto oleh Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi (Menakertrans).

[378] Sjachran Basah, Eksistensi Dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia (Bandung: Alumni, 1997), hlm. 62.

[379] Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 ini telah dilakukan dua kali perubahan melalui Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara dan terakhir melalui Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

merupakan tambahan bagi Sistem Peradilan Administrasi Negara yang sudah ada.[380]

Menurut Pasal 4 UU tersebut di atas, Peradilan Tata Usaha Negara adalah "salah satu pelaku kekuasaan kehakiman" bagi rakyat pencari keadilan terhadap sengketa Tata Usaha Negara.

Sengketa Tata Usaha Negara adalah 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.[381]

Menurut **Indroharto**,[382] secara global dapat dikemukakan beberapa ciri-ciri dasar dari proses di muka peradilan administrasi kita sebagai berikut:

1. Dalam proses peradilan TUN itu selalu tersangkut baik kepentingan umum maupun kepentingan perseorangan. Bahwa dalam proses peradilan TUN yang selalu menjadi pokok permasalahan adalah mengenai sah tidaknya penggunaan wewenang pemerintahan Badan atau Jabatan TUN menurut hukum publik. Jadi dengan kata lain selalu mengenai pelaksanaan wewenang kekuasaan umum. Dalam konkretonya, yang disengketakan itu selalu berupa salah satu bentuk tindakan hukum TUN yang dilakukan oleh suatu Badan atau Jabatan TUN yang berupa suatu "penetapan tertulis" menurut pengertian Pasal 1 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1986. Jadi dalam proses peradilan TUN ini, keputusan-keputusan hukum menurut hukum publik selalu menduduki titik sentral. Pengujian mengenai sah tidaknya "penetapan tertulis" yang disengketakan tersebut juga merupakan suatu bagian dari keseluruhan kepentingan umum. Namun yang merupakan motor penggerak agar proses peradilan ini mulai bekerja adalah kepentingan perorangan yang merasa dirugikan karena terbitnya suatu keputusan TUN yang berupa suatu penetapan tertulis tersebut.[383]

---

380 Basah, Eksistensi... (1997), hlm. 125.

381 Pasal 1 butir 10 UU No. 51 Tahun 2009.

382 Indroharto, Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Edisi Baru. (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2003), hlm. 25-28.

383 *Ibid*, hlm. 26.

2. Pihak yang berinteraksi dalam proses PERATUN itu adalah:
   a. Para hakim dan staf kepaniteraan;
   b. Para pencari keadilan yang akan mengajukan sengketa PERATUN;
   c. Para Badan dan Jabatan TUN yang selalu akan berkedudukan sebagai Tergugat;
   d. Mereka, baik yang berkedudukan sebagai suatu instansi resmi maupun sebagai warga masyarakat biasa pada suatu saat mungkin memegang kunci penentu jalannya proses mengenai perkara tertentu berupa kejelasan-kejelasan maupun alat-alat bukti yang berada di tangannya, pada umumnya relatif masih baru saja mengenal UU ini serta prinsip-prinsip hukum yang dikandung di dalamnya.
3. Tujuan dari gugatan di PERATUN adalah selalu untuk memperoleh putusan hakim yang menyatakan keputusan yang digugat itu tidak sah atau batal.
4. Dalam proses peradilan ini terdapat keseragaman dan kesederhanaan dalam arti hukum acaranya hanya terdiri dari acara biasa dan acara-acara khusus yang berupa penyelesaian perkara dengan acara cepat,[384] penyelesaian dengan acara singkat[385] baik yang berbentuk proses *dismissal* maupun proses perlawanan,[386] acara penundaan pelaksanaan putusan yang digugat[387] dan acara permohonan untuk bersengketa cuma-cuma.[388]
5. Pemeriksaan yang dilakukan selama proses berjalan adalah bersifat *contradictoir* dengan unsur-unsur yang bersifat *inguisitoir*.
6. Dalam hukum TUN itu berlaku suatu asas, bahwa selama suatu keputusan TUN itu tidak digugat, maka ia selalu dianggap sah menurut hukum.
7. Dalam proses PERATUN kita itu berlaku asas pembuktian bebas terbatas.

Sedangkan menurut **Philipus M Hadjon dkk** ciri khas hukum acara peradilan Tata Usaha Negara terletak pada asas-asas hukum yang melandasinya, yaitu:[389]

---

[384] Pasal 98 UU No. 5 Tahun 1986.
[385] Pasal 62 UU No. 5 Tahun 1986.
[386] Pasal 62 dan 118 UU No. 5 Tahun 1986.
[387] Pasal 67 UU No. 5 Tahun 1986.
[388] Pasal 60 UU No. 5 Tahun 1986.
[389] Hadjon et al., *Op.cit*, hlm. 313.

1. Asas praduga *rechmatig* (*vermoeden van rechtmatigheid = persumptio iustae causa*). Asas ini mengandung makna bahwa setiap tindakan penguasa selalu harus dianggap *rechmatig* sampai ada pembatalannya. Dengan asas ini, gugatan tidak menunda pelaksanaan KTUN yang digugat.[390]
2. Asas pembuktian bebas. Hakim yang menetapkan beban pembuktian. Hal ini berbeda dengan ketentuan Pasal 1365 BW. Asas ini dianut Pasal 107 UU Nomor 5 Tahun 1986, hanya saja masih dibatasi ketentuan Pasal 100.
3. Asas keaktifan hakim (*dominus litis*). Keaktifan hakim dimaksudkan untuk mengimbangi kedudukan para pihak karena tergugat adalah pejabat tata usaha negara sedangkan penggugat adalah orang atau badan hukum perdata. Penerapan asas ini antara lain terdapat dalam ketentuan Pasal 58, Pasal 63 ayat (1) dan (2), Pasal 80, dan Pasal 85 UU Nomor 5 Tahun 1986.
4. Asas putusan pengadilan mempunyai kekuatan mengikat "*erga omnes*". Sengketa TUN adalah sengketa hukum publik. Dengan demikian putusan pengadilan TUN berlaku bagi siapa saja, tidak hanya bagi para pihak yang bersengketa.

Kemudian, dengan mengacu pada peraturan perundang-undangan yang berlaku, **Zairin Harahap** membagi beberapa asas hukum yang terdapat dalam Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara:[391]

1. *Asas praduga rechmatig* (*vermoeden van rechtmatigheid = persumptio iustae causa*). Asas ini mengandung makna bahwa setiap tindakan penguasa selalu harus dianggap *rechmatig* sampai ada pembatalannya.[392]
2. *Asas gugatan pada dasarnya tidak dapat menunda pelaksanaan keputusan tata usaha negara (KTUN) yang dipersengketakan*, kecuali ada kepentingan yang mendesak dari penggugat.[393]
3. *Asas para pihak harus didengar* (*audi et alteram partem*). Para pihak mempunyai kedudukan yang sama dan harus diperlakukan dan diperhatikan secara adil. Hakim tidak dibenarkan hanya memperhatikan alat bukti, keterangan, atau penjelasan salah satu pihak saja.

[390] Pasal 67 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1986.
[391] Zairin Harahap, Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara, Edisi Revisi. (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2005), hlm. 23-26.
[392] Lihat ketentuan Pasal 67 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1986.
[393] Lihat ketentuan Pasal 67 ayat (1) dan ayat (4) huruf a UU No. 5 Tahun 1986.

4. *Asas ketentuan beracara dalam perkara sejenis*, baik dalam pemeriksaan di peradilan *judex facti*, maupun kasasi dengan Mahkamah Agung sebagai puncaknya.
5. *Asas penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka* dan bebas dari segala macam campur tangan kekuasaan yang lain baik secara langsung maupun tidak langsung bermaksud untuk mempengaruhi objektivitas putusan pengadilan.[394]
6. *Asas peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan.* Sederhana adalah hukum acara yang mudah dipahami dan tidak berbelit-belit. Dengan hukum acara yang mudah dipahami peradilan akan berjalan dengan waktu yang relatif cepat. Dengan demikian biaya perkara juga menjadi ringan.[395]
7. *Asas hakim aktif.* Sebelum dilakukan pemeriksaan terhadap pokok sengketa hakim mengadakan rapat permusayawaratan untuk menetapkan apakah gugatan dinyatakan tidak diterima atau tidak berdasar yang dilengkapai dengan pertimbangan-pertimbangan[396] dan pemeriksaan persiapan untuk mengetahui apakah gugatan penggugat kurang jelas, sehingga penggugat perlu untuk melengkapinya.[397] Dengan demikian asas ini memberikan peran kepada hakim dalam proses persidangan guna memperoleh suatu kebenaran materiil dan untuk itu UU PTUN mengarah pada pembuktian bebas.[398] Bahkan, jika dianggap perlu untuk mengatasi kesulitan penggugat memperoleh informasi atau data yang diperlukan, maka hakim dapat memerintahkan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara sebagai pihak tergugat itu untuk memberikan informasi atau data yang diperlukan itu.[399]
8. *Asas sidang terbuka untuk umum.* Asas ini membawa konsekuensi bahwa semua putusan pengadilan hanya sah dan mempunyai kekuatan hukum apabila diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum.[400]

---

394 Lihat ketentuan Pasal 24 UUD 1945 jo. Pasal 4 UU 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.
395 Lihat ketentuan Pasal 4 UU 14 Tahun 1970.
396 Lihat ketentuan Pasal 62 UU No. 5 Tahun 1986.
397 Lihat ketentuan Pasal 62 UU No. 5 Tahun 1986.
398 Rozali Abdullah, Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara, Ketiga. (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1994), hlm. 1-2.
399 Lihat ketentuan Pasal 85 UU No. 5 Tahun 1986.
400 Lihat ketentuan Pasal 17 dan Pasal 18 UU No. 14 Tahun 1970 jis. Pasal 70 UU No. 5 Tahun

9. *Asas peradilan berjenjang.* Jenjang peradilan dimulai dari tingkat terbawah yaitu Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN), kemudian Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara (PTTUN), dan puncaknya adalah Mahkamah Agung (MA). Dengan dianutnya asas ini, maka kesalahan dalam putusan pengadilan yang lebih rendah dapat dikoreksi oleh pengadilan yang lebih tinggi. Terhadap putusan yang belum mempunyai kekuatan hukum tetap dapat diajukan upaya hukum banding kepada PTTUN dan kepada MA. Sedangkan terhadap putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap dapat diajukan upaya hukum permohonan peninjauan kembali kepada MA.
10. *Asas pengadilan sebagai upaya terakhir untuk mendapatkan keadilan.* Asas ini menempatkan pengadilan sebagai *ultimum remedium*. Sengketa Tata Usaha Negara sedapat mungkin terlebih dahulu diupayakan penyelesaiannya melalui musyawarah untuk mencapai mufakat bukan secara konfrontatif. Penyelesaiannya melalui upaya administratif yang diatur dalam ketentuan Pasal 48 UU PTUN lebih menunjukkan penyelesaian ke arah itu. Apabila musyawarah tidak mencapai mufakat, maka barulah penyelesaian PTUN dilakukan.
11. *Asas objektivitas.* Untuk tercapainya putusan yang adil, maka hakim atau panitera wajib mengundurkan diri apabila terkait hubungan sedarah atau semenda sampai derajat ketiga atau hubungan suami atau istri meskipun telah bercerai dengan tergugat, penggugat, atau panasihat hukum atau hakim dengan salah seorang hakim atau panitera juga terdapat hubungan sebagaimana yang disebutkan di atas, atau hakim atau panitera tersebut mempunyai kepentingan langsung atau tidak langsung dengan sengketanya.[401]

1986.

[401] Lihat ketentuan Pasal 78 dan Pasal 79 UU No. 5 Tahun 1986.

BAB VII
PERKEMBANGAN HUKUM ADMINISTRASI NEGARA INDONESIA DALAM UNDANG-UNDANG NOMOR 30 TAHUN 2014 TENTANG ADMINISTRASI PEMERINTAHAN

Mengutip dari Sri Soemantri, bahwa di Belanda ada dua faktor yang memengaruhi perkembangan Hukum Administrasi Negara, faktor-faktor itu adalah sebagai berikut:[402]

a. Terjadinya perluasan tugas-tugas pemerintah/penguasa secara berangsur-angsur. Perluasan tugas-tugas itu berjalan pararel dengan terjadinya revolusi industri. Seperti kita ketahui, sifat negara pada abad-abad yang lalu dapat dirumuskan sebagai penjaga malam (*nachtwakerstaat*). Dalam negara yang demikian ini, tindakan pemerintah/penguasa hanya terbatas pada usaha menjaga tata tertib umum dan menjaga keamanan dalam masyarakat. Menurut pandangan ini, negara seolah-olah tidak ikut campur dalam kehidupan bersama; warga masyarakat bebas (tanpa campur tangan pemerintah) untuk memenuhi kebutuhannya.
b. Dengan terjadinya revolusi industri, tenaga manusia diganti dengan tenaga mesin. Hal ini kemudian menyebabkan terjadinya pengangguran. Maka terjadilah dalam masyarakat-negara masalah papan, pangan, kesehatan, tingkat kematian anak-anak tinggi dan lain-lainnya. Golongan pekerja (buruh) berada dalam posisi

[402] R. Sri Soemantri Martosoewignjo, HTN Indonesia: Pemikiran dan Pandangan (Bandung: PT Remaja Rosdakarya, 2014), hlm. 349.

tidak memiliki jaminan hukum. Pandangan liberal dalam ketatanegaraan membawa konsekuensi tidak adanya perhatian pemerintah terhadap masalah sosial warga masyarakat. Melihat kenyataan-kenyataan di atas, mau tidak mau pemerintah/penguasa dipaksa bertindak untuk mengatasi masalah sosial itu. Terjadilah kemudian perkembangan tugas negara dari sekadar negara sebagai penjaga malam menjadi negara kesejahteraan (*welvaarsstaat*/*welfare state*), dan kemudian berkembang lagi menjadi negara hukum sosial (*sociale rechtsstaat*).

Lebih lanjut menurut Sri Soemantri dengan mensarikan dari pendapat H.D. van Wijk dan Willem Konijnenbelt, ada 4 (empat) macam faktor yang berkaitan dengan kebutuhan pemerintah/penguasa (*overheid*) untuk bertindak secara aktif dalam kehidupan kemasyarakatannya. Keempat faktor itu adalah sebagai berikut:[403]

a. Pertumbuhan atau jumlah penduduk yang terus meningkat. Meningkatnya jumlah penduduk jelas akan memberi dampak yang luas. Pertama-tama pemerintah harus dapat menyediakan pangan yang cukup, kemudian pakaian, dan setelah itu tempat tinggal. Selain itu, masih banyak hal lain yang harus ditangani pemerintah, seperti masalah kesehatan, pendidikan, kerohanian, dan lain-lainnya.
b. Kemajuan ilmu dan teknologi. Adanya hubungan antarnegara dan antarbangsa membawa akibat bahwa Indonesia juga harus mengikuti perkembangan ilmu. Dengan demikian, sektor pendidikan, pengajaran, dan penelitian harus mendapat perhatian yang sungguh-sungguh dari pemerintah. Sebagai akibatnya, kemajuan ilmu membawa pengaruh terhadap perkembangan teknologi. Ini berarti turut campurnya pemerintah lebih jauh dalam kehidupan kemasyarakatan.
c. Adanya bencana alam dan situasi yang kritis. Setiap negara akan menghadapi berbagai macam tantangan, ancaman, dan hambatan, baik dari dalam maupun dari luar. Salah satu bentuk ancaman atau hambatan itu adalah bencana alam dan/atau situasi yang kritis. Untuk mengatasi hal-hal itu, pemerintah harus bekerja sekuat tenaga untuk mengatasinya. Dengan demikian, pemerintah harus aktif terjun dalam kehidupan kemasyarakatan.

[403] *Ibid*, hlm. 355-356.

d. Tumbuh dan berkembanganya hak-hak asasi sosial. Kemajuan ilmu dan teknologi membawa akibat bahwa kebutuhan manusia (warga negara) menjadi bertambah dan kompleks. Oleh karena itu, kebutuhan yang semula masih sederhana menjadi bervariasi yang sering kali sukar untuk membatasinya. Hal ini membawa akibat bahwa pemerintah juga harus selalu mengantisipasi setiap kejadian yang timbul.

Dari apa yang tulis oleh **Sri Soemantri** tersebut di atas, dikaitkan dengan perkembangan HAN di Indonesia, maka salah satu wujud dari perkembangan HAN adalah dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP). Jelas tergambar di dalam ketentuan UU AP terkait faktor-faktor yang mendorong terbentuknya UU ini sebagai wujud perkembangan HAN di Indoensia. Berikut diuraikan pokok-pokok pikiran yang menjadi latar belakang pembuatan UU AP, di antaranya:

a. Pada bagian "Menimbang" atau "Konsiderans" dalam suatu peraturan perundang-undangan memuat uraian singkat mengenai pokok-pokok pikiran yang menjadi latar belakang dan alasan pembuatan peraturan perundang-undangan tersebut.[404] Pokok-pokok pikiran pada konsiderans undang-undang memuat unsur-unsur filosofis, yuridis, dan sosiologis yang menjadi latar belakang pembuatannya.[405] Berikut bagian Menimbang huruf a, huruf b, dan huruf c dari UU AP:
    1) Bahwa dalam rangka meningkatkan kualitas penyelenggaraan pemerintahan, badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam menggunakan wewenang harus mengacu pada asas-asas umum pemerintahan yang baik dan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan (Menimbang huruf a UU AP).
    2) Bahwa untuk menyelesaikan permasalahan dalam penyelenggaraan pemerintahan, pengaturan mengenai administrasi pemerintahan diharapkan dapat menjadi solusi dalam memberikan pelindungan hukum, baik bagi warga masyarakat maupun pejabat pemerintahan (Menimbang huruf b UU AP).

[404] Maria Farida Indrati Soeprapto, Ilmu Perundang-Undangan: Proses dan Teknik Pembentukannya (Yogyakarta: Kanisius, 2007), hlm. 108.
[405] *Ibid*.

3) Bahwa untuk mewujudkan pemerintahan yang baik, khususnya bagi pejabat pemerintahan, undang-undang tentang administrasi pemerintahan menjadi landasan hukum yang dibutuhkan guna mendasari keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintahan untuk memenuhi kebutuhan hukum masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan (Menimbang huruf c UU AP).

b. Undang-undang tentang Administrasi Pemerintahan dimaksudkan sebagai salah satu dasar hukum bagi badan dan/atau pejabat pemerintahan, warga masyarakat, dan pihak-pihak lain yang terkait dengan administrasi pemerintahan dalam upaya meningkatkan kualitas penyelenggaraan pemerintahan.[406]

c. Tujuan undang-undang tentang Administrasi Pemerintahan adalah: a. menciptakan tertib penyelenggaraan administrasi pemerintahan; b. menciptakan kepastian hukum; c. mencegah terjadinya penyalahgunaan wewenang; d. menjamin akuntabilitas badan dan/atau pejabat pemerintahan; e. memberikan pelindungan hukum kepada warga masyarakat dan aparatur pemerintahan; f. melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan dan menerapkan AUPB; dan g. memberikan pelayanan yang sebaik-baiknya kepada warga masyarakat.[407]

d. Tugas pemerintahan untuk mewujudkan tujuan negara sebagaimana dirumuskan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tugas tersebut merupakan tugas yang sangat luas. Begitu luasnya cakupan tugas administrasi pemerintahan sehingga diperlukan peraturan yang dapat mengarahkan penyelenggaraan pemerintahan menjadi lebih sesuai dengan harapan dan kebutuhan masyarakat *(citizen friendly),* guna memberikan landasan dan pedoman bagi badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam menjalankan tugas penyelenggaraan pemerintahan.[408]

---

406 Pasal 2 UU AP.

407 Pasal 3 UU AP.

408 Lihat alinea ke-3 Penjelasan Umum UU AP.

Pusat Telaah dan Informasi Regional (PATTIRO)[409] memandang bahwa semangat dari UU AP sangat selaras dengan misi yaitu: (i) Mendorong terpenuhinya hak-hak dasar masyarakat secara adil dalam penyelenggaraan pelayanan publik dan alokasi anggaran publik; (ii) Memperkuat kapasitas masyarakat warga dan aparatur pemerintah dalam pembuatan kebijakan publik yang partisipatif dan berkualitas; dan (iii) Mengembangkan model tata pemerintahan lokal (*local governance*) yang baik untuk terwujudnya keadilan sosial.

Berikut diuraikan beberapa hal terkait perkembangan HAN sebagaimana diatur dalam UU AP:

A. Perluasan Ruang Lingkup Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan

Terbitnya UU AP memberikan kepastian hukum dalam hal perluasan ruang lingkup Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang tidak hanya administrasi eksekutif, tetapi juga meliputi fungsi-fungsi pemerintahan di legislatif dan yudikatif. Lebih lanjut diuraikan dalam ketentua Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 87 huruf b, disebutkan:

Pasal 4

1. Ruang lingkup pengaturan Administrasi Pemerintahan dalam Undang-Undang ini meliputi semua aktivitas:
    a. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang menyelenggarakan Fungsi Pemerintahan dalam lingkup lembaga eksekutif;
    b. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang menyelenggarakan Fungsi Pemerintahan dalam lingkup lembaga yudikatif;
    c. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang menyelenggarakan Fungsi Pemerintahan dalam lingkup lembaga legislatif; dan
    d. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan lainnya yang menyelenggarakan Fungsi Pemerintahan yang disebutkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan/atau undang-undang.

[409] Tim Penyusun, Anotasi Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan (Jakarta: Universitas Indonesia – Center for Study of Governance and Administrative Reform (UI-CSGAR), 2017), hlm. ix-x.

Pasal 87

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 UndangUndang Nomor 51 Tahun 2009 harus dimaknai sebagai:

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;
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.

Jika kita membaca kembali ketentuan Pasal 1 angka 1 UU No. 5 Tahun 1986, bahwa yang dimaksud Tata Usaha Negara adalah Administrasi Negara yang melaksanakan fungsi untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan baik di pusat maupun di daerah. Dalam penjelasannya disebutkan bahwa yang dimaksud dengan "urusan pemerintahan" ialah kegiatan yang bersifat eksekutif. Menurut **A.D. Belifante**,[410] "*het word bestuur pleegt te worden gelijkgesteld met uitvoerende macht. Het betekent dan het gedeelte van de overheidsorganen en van overheidsfuncties, die niet zijn wetgevende en rechtsprekende organen en functies*." (Kata pemerintahan diartikan sama dengan kekuasaan eksekutif. Artinya pemerintahan merupakan bagian dari organ dan fungsi pemerintahan, selain organ dan fungsi pembuatan undang-undang dan peradilan). Di tegaskan kembali oleh **C.J.N. Versteden**, "*order (openbaar) bestuur verstaan wij alle activiteiten van de overheid die niet als wetgeving en rechtspraak zijn aan te merken*."[411] (Pemerintahan umum diartikan semua aktivitas pemerintah, yang tidak termasuk sebagai pembuatan undang-undang dan peradilan).

Perluasan ruang lingkup administrasi pemerintahan mencakup semua aktivitas badan dan/atau pejabat pemerintahan yang

[410] A.D. Belifante dalam Ridwan HR, Hukum Administrasi Negara (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2016), hlm. 150.
[411] C.J.N. Versteden dalam *Ibid*, hlm. 151.

menyelenggarakan fungsi pemerintahan. Tidak hanya yang berada di eksekutif, tetapi termasuk pula di legislatif, yudikatif dan badan dan/atau pejabat pemerintahan lainnya yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan yang disebutkan UUD NRI Tahun 1945 dan/atau undang-undang sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 4 UU AP. Secara hukum, pasal *a quo* juga memberikan kekuatan mengikat terhadap pendapat para ahli yang sudah lebih dulu memberikan kontruksi tentang kriteria apa yang disebut Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan, berikut diuraikan lebih lanjut:

a. **Philipus M. Hadjon**[412] menyebutkan: "Wewenang hukum publik hanya dapat dimiliki oleh "penguasa." Dalam ajaran ini terkandung bahwa setiap orang atau setiap badan yang memiliki hukum publik harus dimasukkan dalam golongan penguasan sesuai dengan definisinya. Ini berarti bahwa setiap orang atau badan memiliki wewenang hukum publik dan tidak termasuk dalam daftar nama badan-badan pemerintahan umum seperti disebutkan dalam UUD (pembuat undang-undang pemerintah, menteri, badan-badan provinsi dan kotapraja) harus dimasukkan dalam desentralisasi (fungsional). Bentuk organisasi yang bersifat yuridis tidak menjadi soal. Badan yang bersangkutan dapat berbentuk suatu badan yang didirikan oleh undang-undang, tetapi dapat juga badan pemerintahan dari yayasan/lembaga yang bersifat hukum perdata yang memiliki wewenang hukum publik."
b. **Indroharto**[413] menyebutkan bahwa ukuran untuk dapat disebut Badan atau Pejabat TUN adalah fungsi yang dilaksanakan, bukan nama sehari-hari, bukan pula kedudukan strukturalnya dalam salah satu lingkungan kekuasaan dalam negara. Selanjutnya **Indroharto** mengelompokkan organ pemerintahan atau tata usaha negara itu sebagai berikut:
    1) Instansi-instansi resmi pemerintah yang berada di bawah presiden sebagai kepala eksekutif;
    2) Instansi-instansi dalam lingkungan negara di laur lingkungan kekuasaan eksekutif yang berdasarkan peraturan perundang-undangan melaksanakan urusan pemerintahan;

[412] Philipus M. Hadjon, dalam *Ibid*, hlm. 79-80.
[413] Indroharto, dalam *Ibid*, hlm. 80-81.

3) Badan-badan hukum perdata yang didirikan oleh pemerintah dengan maksud untuk melaksanakan tugas-tugas pemerintahan;
4) Instansi-instansi yang merupakan kerja sama antara pihak pemerintah dengan pihak swasta yang melaksanakan tugas-tugas pemerintahan;
5) Lembaga-lembaga hukum swasta yang berdasarkan peraturan perundang-undangan dan sistem perizinan melaksanakan tugas pemerintahan.

Berdasarkan rumusan ketentuan Pasal 1 angka 2 UU No. 5 Tahun 1986, ukuran untuk dapat menganggap apa dan siapa saja yang dimaksud dengan Badan atau Jabatan TUN ialah asal apa dan siapa saja berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku melaksanakan suatu urusan pemerintahan.[414]

1. **SF. Marbun**[415] menyebutkan kelompok Badan atau Pejabat TUN yang menyelenggarakan urusan, fungsi atau tugas pemerintahan, yakni sebagai berikut:
   a. Mereka yang termasuk dalam lingkungan eksekutif mulai dari presiden sebagai kepala pemerintahan (termasuk pembantu-pembantunya di pusat sepert wakil presiden, para menteri, dan lembaga-lembaga nondepartemen);
   b. Mereka yang menyelenggarakan urusan desentralisasi, yaitu Kepala Daerah Tingkat I (termasuk Sekretariat Daerah Tingkat I dan Dinas-dinas Daerah Tingkat I), Kepala Daerah Tingkat II (termasuk Sekretariat Daerah Tingkat II dan Dinas-dinas Daerah Tingkat II), dan Pemerintahan Desa;
   c. Mereka yang menyelenggarakan urusan dekonsentrasi, seperti gubernur (termasuk sekretariat wilayah dan kanwil-kanwil), bupati (termasuk sekretariat wilayah dan kandep-kandep), walikotamadya, walikota administratif, camat, serta lurah;
   d. Pihak ketiga atau pihak swasta yang mempunyai hubungan istimewa atau hubungan biasa dengan pemerintah, baik yang diatur atas dasar hukum publik maupun hukum privat;

[414] Indroharto dalam Riawan Tjandra, Teori & Praktek Peradilan Tata Usaha Negara (Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, 2010), hlm. 19.
[415] SF. Marbun, dalam Ridwan HR, Hukum... (2016), hlm. 81-82.

e. Pihak ketiga atau swasta yang memperoleh konsesi atau izin dari pemerintah;
f. Pihak ketiga atau swasta yang diberi subsidi oleh pemerintah, misalnya sekolah-sekolah swasta;
g. Yayasan-yayasan yang didirikan dan diawasi oleh pemerintah;
h. Pihak ketiga atau koperasi yang didirikan dan diawasi oleh pemerintah;
i. Pihak ketiga atau bank-bank yang didirikan dan diawasi oleh pemerintah;
j. Pihak ketiga atau swasta yang bertindak bersama-sama dengan pemerintah (Persero), seperti BUMN yang memperoleh atribusi wewenang, PLN, Pos dan Giro, PAM, Telkom, Garuda, dan lain-lain;
k. Ketua Pengadilan Negeri, Ketua Pengadilan Tinggi dan Ketua Mahkamah Agung serta Panitera dalam lingkungan peradilan;
l. Sekretariat pada lembaga tertinggi negara (MPR) dan lembaga-lembaga tinggi negara serta sekretariat pada DPRD.

2. H.D van Wijk[416] menyebutnya sebagai pihak swasta yang bertindak sebagai pemerintah (*particuleren als overheid*). Lebih lanjut disebutkan:

> *"Openbaar bestuur wordt ook uitgeoefend door particuliere instanties. Bekende voorbeelden zijn de bedrijfsverenigingen en de instellingen can bijzonder onderwijs. De bedrijs verenigingen zijn verenigingen, per bedrijftak opgericht door organisaties can werkegevers en werknemers. Ze-althans; hun besturen-zijn belast met de uitvoering van sociale-verzekerings wetten, zoals de Ziektewet en de WAO. Volgens diverse onderwijswetten zijn intellingen van bijzonder onderwijs op dezelfde voet als het openbare onderwijs bevoegd, wettelijke diploma en getuigschriften af te geven. In het algemeen gesproken vindt men 'particulieren in het bestuur' vooral op sociaal-economisch gebied- waar de particuliere organisaties voor een deel zijn 'gepubliceerd' door middle van publiekrechtelijke bedriffsorganisatie- bij de landbow,*

[416] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, dalam *Ibid*, hlm. 83-84.

het onderwijs, de gezondheidszorg en het wegvervoer."[417] (Pemerintahan umum juga dijalankan oleh instansi swasta. Contoh terkenal adalah perkumpulan perusahaan dan lembaga pendidikan khusus. Perkumpulan perusahaan adalah perkumpulan, di mana tiap-tiap cabang perusahaan didirikan oleh organisasi pengusaha dan pekerja. Perusahaan-perusaahan itu bagaimanapun juga pengelolaannya digabungkan dengan pelaksanaan undang-undang jaminan sosial, seperti undang-undang asuransi kesehatan dan undang-undang pendidikan umum. Berdasarkan undang-undang pendidikan lainnya lembaga pendidikan khusus itu dijalankan dengan kewenangan yang sama dengan pendidikan umum, memberikan ijazah dan surat keterangan sesuai undang-undang. Secara umum kita menemukan perkataan 'swasta dalam pemerintahan' terutama pada bidang sosial-ekonomi di mana organisasi perusahaan publik pada bidang pertanian/perkebunan, pendidikan, pelayanan kesehatan dan angkutan jalan).

3. **Riawan Tjandra**[418] menyebutkan Badan atau Pejabat TUN juga mencakup apa dan siapa saja di luar aparat resmi negara (pihak swasta) berdasarkan suatu perundang-undangan tertentu diberi tugas untuk melaksanakan suatu tugas/fungsi urusan pemerintahan, misalnya dalam bidang pendidikan, kesejahteraan rakyat, kesehatan, dan sebagainya. Kriteria yang dipergunakan adalah kriteria fungsional.
4. **Ridwan HR**[419] menyebutkan dalam literatur Hukum Administrasi Negara, badan hukum keperdataan dapat dikategorikan sebagai administrasi negara, dengan syarat: 1) badan-badan itu dibentuk oleh organisasi publik; 2) badan-badan tersebut menjalankan fungsi pemerintahan; 3) peraturan perundang-undangan secara tegas memberikan kewenangan untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan, dan dalam kondisi tertentu berwenang menerapkan sanksi administrasi.

---

[417] *Ibid*.
[418] Tjandra, *Loc.cit*.
[419] Ridwan HR, Hukum... (2016), hlm. 83.

B. Tindakan Pemerintah sebagai Objek Gugatan PTUN

Pemerintah atau administrasi negara adalah subjek hukum (pendukung hak dan kewajiban). UU AP tidak hanya menjadikan keputusan sebagai objek gugatan tetapi juga tindakan pemerintah. Di dalam Penjelasan Umum diuraikan bahwa dalam rangka memberikan jaminan perlindungan, warga masyarakat juga dapat mengajukan gugatan terhadap Keputusan dan/atau Tindakan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan kepada Peradilan Tata Usaha Negara, karena undang-undang ini merupakan hukum materiil dari sistem Peradilan Tata Usaha Negara.[420]

Dalam lingkup kajian Hukum Administari Negara dikenal 2 (dua) macam konsep tindakan pemerintahan yang disebutkan dalam UU AP, yaitu "Tindakan Administrasi Pemerintahan" sebagaimana dimaksud Pasal 1 angka 8 UU AP dan "Tindakan Faktual" sebagai perluasan "Keputusan TUN" sebagaimana dimaksud dalam Pasal 87 huruf UU AP. Berikut diuraikan lebih lanjut tentang 2 konsep tindakan pemerintahan yang dimaksud:

1. Tindakan Administrasi Pemerintahan

Tindakan Administrasi Pemerintahan yang selanjutnya disebut Tindakan adalah perbuatan pejabat pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.[421]

Tindakan hukum adalah tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya dapat menimbulkan akibat hukum tertentu,[422] atau *een rechtshandelingen is gericht op het schepen van rechten of plichten* (tindakan hukum adalah tindakan yang dimaksudkan untuk menciptakan hak dan kewajiban).[423]

Untuk memperjelas konsep tindakan administrasi pemerintahan, menurut Sudarsono ada 2 (dua) langkah yang dapat dilakukan, yaitu:[424] *Langkah pertama*, pendekatan konseptual. Berangkat dari unsur-unsur norma Pasal 1 angka 8 UU AP dan mengaitkannya secara sistematis dengan beberapa pengertian dalam UU AP, Tindakan Administrasi Pemerintahan dapat dimaknai sebagai perbuatan pejabat pemerintahan atau penyelenggara

[420] Penjeleasan Umum Paragraf Kelima UU AP.
[421] Pasal 1 angka 8 UU AP.
[422] Huisman, dalam Ridwan HR, Hukum... (2016), hlm. 113.
[423] Ten Berge, dalam *Ibid*.
[424] Sudarsono, Legal Issues pada Peradilan Tata Usaha Negara Pasca Reformasi Hukum Acara dan Peradilan Elektronik (Jakarta: Kencana, 2019), hlm. 37-39.

negara lainnya dalam melaksanakan fungsi pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya, berupa tindakan (atau tidak melakukan tindakan) yang berwujud konkret/nyata.

Langkah kedua, *a-contrario*. Nomeklatur tindakan administrasi pemerintahan atau "tindakan" dalam UU AP selalu dipasangkan dengan nomeklatur Keputusan Administrasi Pemerintahan atau "keputusan", dengan jumlah keseluruhan frasa "keputusan dan/atau tindakan" dalam UU AP sebanyak 59 frasa. Pemasangan frasa "keputusan dan/atau tindakan" dalam UU AP tersebut menunjukkan bahwa tindakan pemerintah yang hendak diatur oleh UU AP adalah "keputusan dan/atau tindakan".

Berdasarkan kedua langkah tersebut, menurut Darsono, dapat disimpulkan bahwa pengertian Tindakan Administrasi Pemerintahan sebgaimana dimaksud Pasal 1 angka 8 UU AP adalah semua perbuatan pejabat pemerintahan atau penyelenggaraan negara lainnya (kecuali penerbitan keputusan), dalam melaksanakan fungsi pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya, berupa tindakan (atau tidak melakukan tindakan) yang berwujud konkret/nyata.[425]

2. *Tindakan Faktual*

Pasal 87 huruf a UU AP menyebutkan:

> 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 sebagai: (a) penetapan tertulis yang juga mencakup tindakan faktual; (b) …; dan seterusnya.

Nomeklatur 'tindakan faktual" adalah sebagai terjemahan dari *feitelijkehandelingen.* **Van Wijk** dan **Willem Konijnenbelt** membagi tindak pemerintahan *(bertuurs handelingen)* menjadi tindakan hukum (*rechtshandelingen)* dan tindakan nyata/faktual *(feitelijke handelingen)*.[426] Tindakan nyata adalah tindakan-tindakan yang tidak ada relevansinya dengan hukum sehingga menimbulkan akibat hukum.[427]

---

[425] *Ibid*.

[426] Van Wijk dan Willem Konijnenbelt dalam Suparto Wijoyo, Karakteristik Hukum Acara Peradilan Administrasi (Surabaya: Airlangga University Press, 1997), hlm. 19.

[427] Ridwan HR, Hukum… (2016), *Loc.cit*.

Koentjoro Purbopranoto menerjemahkan *feitelijkehandelingen* sebagai "tindak pemerintahan yang berdasarkan fakta", dan mendefenisikannya sebagai tindakan yang tidak mempunyai hubungan atau akibat langsung dengan kewenangannya, seperti upacara/seremonial pembukaan jembatan atau pelebaran jalan raya.[428] Adapun **Utrecht** memaknai *feitelijkehandelingen* sebagai "golongan perbuatan yang bukan perbuatan hukum, yang menurutnya dalam hukum administrasi termasuk "*irrelevant*" (tidak berarti)", seperti pembuatan jembatan atau lapangan olahraga, yang pada dasarnya adalah perbuatan konstruksi (*constructie handelingen*).[429]

Beberapa contoh *feitelijke handeling* yang dipetik dari pelbagai putusan Pengadilan Tata Usaha Negara di Negeri Belanda, antara lain perbuatan-perbuatan tata usaha negara seperti halnya pemasangan suatu *tegelpad* (putusan *Afdeling Rechtspraak van de Raad van Stata,* bertanggal 12 Juli 1978, *administratief rechtelijke beslissing* 433), perubahan *banenstelsel* dari Bandara Udara *Teuge* (Putusan A.R. bertanggal 26 Agustus 1977, A.B. 421), penutupan jalan bagi lalu lintas mobil berkenaan dengan pemasangan tiang-tiang beton (Putusan A.R. bertanggal 26 Maret 1981, *De Gemeenstestem* 6666), dan *fortshoff* (sebagaimana kelompok perbuatan yakni *feitelijke en rechtshandelingen*).[430]

Feitelijke handeling tidak melahirkan akibat hukum sedang *rechtshandeling* justru dimaksudkan untuk melahirkan akibat hukum. **P. de Haan et al**.,[431] menjelaskan pembedaan dari kedua *bestuurshandelingen* dimaksud, berikut ini:

> "*De laatste categorie van bestuurshandelingen die hier enige berspreking verdienen, zijn de feitelijke handelingen van de overheid. Zij onderschoiden zich van rechtshandelingen niet door hun feitelijke karakter op zich, want ook de lattsten zijn feiten, namelijk rechtsfeiten. Het verschil ligt echter hierin, dat rechshandelingen een beoogd, dus op een rechtens relevante wil steunend rechtsvolg hebben. Feitelijke handelingen hebben dat*

[428] Koentjoro Purbopranoto, Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara (Bandung: Alumni, 1978), hlm. 44.

[429] E. Utrecht, Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1986), hlm. 87-88.

[430] Philipus M. Hadjon et al., Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesian Administrative Law) (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1999), hlm. 176.

[431] P. de Haan, Th. G. Drupsteen, and R. Fernhout, Besturrsrecht in de Sociale Rechtsstaat (Deel I: Kluwer-Deventer, 1986), hlm. 113.

> *niet,behoeven zelfs helemaal geen rechtsgevolg te hebben en, voorzover dat het geval is, is van een beoogd rechsgevolg geen sprake*." (Kategori terakhir dari tindak pemerintahan adalah perbuatan materil dari penguasa perbuatan ini dibedakan dari perbuatan hukum bukan karena sifanya yang "*fleitelijk"* oleh karena dalam perbuatan, hukum pun sifatnya *"fleitleijk*" yaitu *"rechtsfeiten"*. Perbedaan antara keduanya ialah bahwa dalam perbuatan hukum ada maksud untuk melahirkan akibat hukum. Perbuatan materil tidak punya maksud itu).

A.M. Donner[432] berpendapat bahwa beberapa *feitelijke handeling* dari tata usaha negara seperti halnya pemasangan papan nama jalanan dan pengukuran tanah swasta guna pembangunan gedung-gedung pemerintah merupakan perbuatan-perbuatan yang secara langsung menimbulkan akibat-akibat hukum (*rechtsgevolgen*). Ada kalanya suatu *feitelijke handeling* merupakan *onrechtmatige overheidsdaad* (perbuatan penguasa yang melanggar hukum). **B. de Goede**, seperti dikutip oleh **P.M. Hadjon**[433] memandang bahwa pembangunan jembatan penyebrangan yang dilakukan pemerintah merupakan *feitlijke handeling*. Dalam pelaksanaan pembangunan jembatan tersebut mungkin saja terjadi suatu 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.[434] Wewenang publik dimaksud diadakan berdasar peraturan perundang-undangan.[435]

Dalam naskah akademik RUU AP dijelaskan pula bahwa tindakan nyata pemerintah (tindakan faktual) sebagai:[436]

> "Instrumen yang ditujukan pada akibat fakta dari sebuah tindakan yang tidak memiliki dampak terhadap status hukum dari warga negara (tindakan sederhana dari pihak berwenang). Sedangkan warga negara yang terkena akibat dapat mengajukan klaim sebelum masuk ke peradilan administrasi. Selain itu, masyarakat dapat mengajukan

---

[432] A.M. Donner, Nederlands Bestuursrecht: Algemeen deel (Alphen aan den Rijn, vijfde druk: Samson HD Tjeenk Willink, 1987), dalam Philipus M. Hadjon et al., *Op.cit*, hlm. 178

[433] Philipus M. Hadjon, Pengertian-Pengertian Dasar Tindak Pemerintahan (Bestuurshandeling) (Surabaya: Djamali, 1987), hlm. 3.

[434] Hadjon et al., Pengantar... (1999), hlm. 178.

[435] *Ibid*.

[436] Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, Naskah Akademik Rancangan Undang Undang Administrasi Pemerintahan (Jakarta: Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, 2013), hlm. 56.

klaim akan kompensasi atau kerusakan atas setiap kerugian yang dideritanya akibat tindakan nyata yang ilegal sebelum masuk ke peradilan sipil."

Menurut **Darsono**, "perbuatan faktual" sebagaimana dimaksud Pasal 87 huruf a UU AP tersebut adalah *feitelijke handelingen*.[437] Dengan demikian, setiap tindakan faktual yang bukan dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum, namun dalam kenyataannya telah/berpotensi menimbulkan akibat hukum, maka tindakan tersebut dapat menjadi objek sengketa di Peradilan TUN.[438]

Darsono menggunakan skema dari *Algemen Bepalingen van Administratief Recht* yang dianggap sangat relevan untuk memperjelas dan meringkas pembagian tindak pemerintahan dan mengaitkannya dengan konsep tindakan administrasi pemerintahan (Pasal 1 angka 8 UU AP) dan konsep tindakan faktual (Pasal 87 huruf a UU AP), maka *feitelijke handelingen* dinormakan dalam Pasal 87 huruf a UU AP sebagai "Tindakan Faktual", dan "*rechtshandelingen"* dinormakan dalam Pasal 1 angka 8 UU AP sebagai Tindakan Aministrasi Pemerintahan.[439]

Terakhir mengutip dari **Paulus Efendi Lotulung,** bahwa masuknya tindakan faktual pemerintah *(feitelijke handelingen)* dalam UU AP sebagai upaya penambahan *objektum litis* kewenangan/ kompetensi PTUN. Sebagaimana diterangkan:[440]

> "Bila pemberlakuan UU AP terwujud kelak, diharapkan akan menjadi titik balik naik atau pasangnya kewenangan PTUN, terutama apabila kewenangannya dimasa depan berdasar UU itu juga akan menjangkau dan meliputi sengketasengketa yang bersumber pada perbuatan-perbuatan faktual pemerintah (feitelijke handelingen) yang merugikan warga negara dan melanggar hukum publik (perkara OOD). Jadi, tidak saja terbatas pada sengketa TUN yang bersumber pada keputusan tertulis".

C. Kasus Tindakan Pemerintah

1. Kasus Take Down Internet di Papua (Putusan Nomor 230/G/TF/2019/PTUN-JKT)

Sekilas tentang Duduk Sengketa:

a. Terjadi kerusuhan di Papua pada tahun 2019;

---

[437] Lihat Sudarsono, *Op.cit*, hlm. 41.

[438] *Ibid*.

[439] *Ibid*, hlm. 41-42.

[440] Paulus Effendi Lotulung, Lintasan Sejarah dan Gerak Dinamika Peradilan Tata Usaha Negara (PERATUN) (Jakarta: Salemba Humanika, 2013), hlm. 86.

b. Untuk mengendalikan simpang siurnya data beralaskan data internet, maka pemerintah melakukan *shut down* jaringan internet di Papua;

c. Tindakannya berupa:

   1) *Throttling* atau pelambatan akses/*bandwidth* di beberapa wilayah Provinsi Papua Barat dan Provinsi Papua pada tanggal 19 Agustus 2019 sejak pukul 13.00 WIT sampai dengan Pukul 20.30 WIT;

   2) Pemblokiran layanan data dan/atau pemutusan akses internet secara menyeluruh di Provinsi Papua (29 kota/kabupaten) dan Provinsi Papua Barat (13 kota/kabupaten) tertanggal 21 Agustus 2019 sampai dengan setidak-tidaknya pada 4 September 2019 pukul 23.00 WIT;

   3) Perpanjangan pemblokiran layanan data dan/atau pemutusan akses internet di 4 kota/kabupaten di Provinsi Papua dalam hal ini Kota Jayapura, Kabupaten Jayapura, Kabupaten Mimika, dan Kabupaten Jayawijaya, serta 2 kota/kabupaten di Provinsi Papua Barat yakni Kota Manokwari dan Kota Sorong sejak 4 September 2019 pukul 23.00 WIT sampai dengan 9 September 2019 pukul 18.00 WIB/20.00 WIT.

d. Tindakan tersebut di atas diakui secara tegas dan terbuka melalui Siaran Pers No. 154/HM/KOMINFO/08/2019 pada Senin, 19 Agustus 2019 tentang Pelambatan Akses di Beberapa Wilayah Papua dan Papua yang dimuat pada web resmi Kementerian Komunikasi dan Informatika (Kominfo).

e. Rangkaian tindakan yang dilakukan pemerintah tersebut didalilkan penggugat telah melanggar beberapa ketentuan berikut:

   1) UUD NRI Tahun 1945 Pasal 28J jo. UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 73;

   2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, khususnya Pasal 4 ayat (1);

   3) UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik, Pasal 19 ayat (2) dan (3);

4) Perppu No. 23 Tahun 1959 tentang Pencabutan UU No. 74 Tahun 1957, Pasal 2 ayat (2);
5) UU No. 9 Tahun 98 tentang Kemerdekaan Menyatakan Pendapat di Muka Umum, Pasal 1 angka 1;
6) UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, Pasal 40 ayat (2), ayat (2a), dan ayat (2b);
7) UU No. 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik.

e. Tindakan pemerintah juga melanggar Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik, meliputi:
1) Asas kepastian;
2) Asas tertib penyelenggara negara;
3) Asas kepentingan umum;
4) Asas keterbukaan;
5) Asas tidak menyalahgunakan kewenangan;
6) Asas proporsionalitas UU No 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.

f. Setelah melalui pembahasan di level Menteri pada tanggal 19 Agustus 2019 dan dilanjutkan adanya pertemuan di *WhatsApp group* (yang ditindaklanjuti dengan eskalasi di lapangan dan **memberikan perintah kepada operator untuk melakukan pelambatan akses internet dan dilanjutkan dengan penutupan terbatas**).

g. Keputusan tersebut **tidak dituangkan dalam bentuk surat keputusan**, dan saksi juga menyatakan bahwa dasar hukum dilakukannya tindakan *a quo* adalah UU ITE Pasal 40 ayat (2a) dan (2b) dengan tujuan untuk mengembalikan kondisi menjadi normal kembali dengan melakukan tindakan *a quo*.

h. Menteri terkait memberi perintah kepada operator untuk melakukan pemutusan internet **merupakan suatu diskresi dan secara lisan** mengumumkannya kepada publik dengan landasan keterbukaan informasi sehingga semuanya diumumkan kepada publik karena bersifat wajib.

Pertimbangan Hakim:

1) Bahwa terjadi perluasan arti yaitu dari mencegah penyebarluasan konten ilegal dengan melakukan tindakan pemutusan akses terhadap informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki

muatan yang melanggar hukum agar dapat diakses dari yuridiksi Indonesia menjadi sebagai pemutusan akses internet terhadap jaringan internet;

2) Bahwa objek sengketa dalam kasus ini merupakan pelambatan dan **pemutusan jaringan internet yang melebihi tindakan pembatasan HAM yang diperbolehkan** bukan lagi merupakan **bentuk pembatasan (*restriction*) hak atas internet akan tetapi merupakan bentuk pengurangan (*derogation*) hak atas internet yang berimplikasi pada hak-hak lainnya**;
3) Bahwa tindakan Menteri berupa pelambatan maupun pemutusan akses internet yang menjadi objek sengketa merupakan **suatu rangkaian tindakan Pemerintahan** yang saling berkaitan dan tidak didahului dengan adanya suatu keputusan pernyataan keadaan bahaya;
4) Bahwa **Gubernur tidak melaksanakan kewenangan dan kewajibannya** yang berkaitan dengan penetapan status keadaan bahaya serta tidak membentuk/ mengangkat badan yang membantu sesuai Perppu No. 23 Tahun 1959/UU No. 23 Prp Tahun 1959 tentang Keadaan Bahaya **merupakan bentuk tidak melakukan tindakan/perbuatan** dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan yang dapat dikategorikan sebagai Tindakan Pemerintahan yang bertentangan dengan kewenangan dan kewajiban;

- Bahwa tindakan **Menteri dan Gubernur secara prosedur dan substansi juga bertentangan dengan peraturan perundangundangan**;
- AAUPB tidak lagi menjadi pertimbangan.

Putusan Hakim:

1) Mengabulkan gugatan Para Penggugat;
2) **Menyatakan Tindakan-Tindakan Pemerintahan** yang dilakukan oleh Tergugat I dan Tergugat II berupa:
   a) **Tindakan Pemerintahan** *Throttling* atau pelambatan akses/*bandwidth* di beberapa wilayah Provinsi Papua Barat dan Provinsi Papua pada 19 Agustus 2019 sejak pukul 13.00 WIT (Waktu Indonesia Timur) sampai dengan pukul 20.30 WIT;

b) **Tindakan Pemerintahan** yaitu pemblokiran layanan data dan/atau pemutusan akses internet secara menyeluruh di Provinsi Papua (29 Kota/Kabupaten) dan Provinsi Papua Barat (13 Kota/Kabupaten) tertanggal 21 Agustus 2019 sampai dengan setidak-tidaknya pada 4 September 2019 pukul 23.00 WIT;

c) **Tindakan Pemerintahan** yaitu memperpanjang pemblokiran layanan data dan/atau pemutusan akses Adalah **perbuatan melanggar hukum** oleh **Badan dan/ atau Pejabat Pemerintahan.**

3) Kasus Ucapan Jaksa Agung (Putusan Nomor: 99/G/2020/ PTUN-JKT)

Sekilas tentang Duduk Sengketa:

a) Tergugat adalah Jaksa Agung.

b) Objek Gugatan berupa Tindakan Administrasi Pemerintahan berupa pernyataan, yaitu ".... Peristiwa Semanggi I dan Semanggi II yang sudah ada hasil rapat paripurna DPR RI yang menyatakan bahwa 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 ...."

c) Akibat dari ucapan jaksa agung, proses hukum akan mengalami "hambatan" berupa:

(1) **Mendelegitimasi penyelidikan** yang telah dilakukan oleh Komnas HAM dan **tidak akan dilakukan penyidikan** atas kasus tersebut.

(2) Menimbulkan **ketidakpastian hukum** (*rechtsonzekerheid*) mengingat penentuan suatu kasus tertentu dapat dilakukan penyelidikan dan penyidikan dengan mekanisme penyelidikan penyidikan pelanggaran HAM yang berat **hanya berdasarkan pendapat Dewan Perwakilan Rakyat (DPR)** yang bernuansa politis dan membuka peluang intervensi politis atas proses hukum.

(3) Jaksa Agung sekarang dan Jaksa Agung berikutnya tidak melakukan penyidikan karena **Semanggi I-II diyakini** sebagai **bukan pelanggaran HAM berat** hanya semata-mata berdasar kutipan.

Pertimbangan Hakim:

1) Bahwa Komisioner Komnas HAM menerangkan bahwa Menko Polhukam menyatakan bahwa **tidak ada perubahan status terkait kasus TSS** dan **proses hukum tetap berjalan** (termasuk konsultasi dengan Presiden, **Jaksa Agung,** Menkumham, dan Mensetneg).
2) Bahwa dari kedua peristiwa hukum tersebut Tergugat seakan dihadapkan kepada dua pilihan, yaitu menyatakan tidak ada pelanggaran HAM berat dengan mendasarkan kepada hasil Rapat Paripurna DPR RI tanggal 9 Juli 2001 atau menjelaskan Proses penegakan HAM berat yang masih berjalan.
3) Bahwa pada faktanya **proses penyelidikan masih berlangsung** dan **tidak terpengaruh** terhadap objek sengketa tetapi dapat mempengaruhi citra Kejaksaan itu sendiri sebagai lembaga yang tidak transparan karena apa **yang dilaporkan** bertentangan dengan **kewajiban yang masih melekat** kepadanya, laporan tersebut menjadi preseden buruk bagi keberlangsungan penegakan hukum atas dugaan pelanggaran HAM berat.
4) Bahwa tindakan Tergugat sebagaimana yang dimaksud objek sengketa adalah tidak sesuai dengan fakta yang sesungguhnya atau setidak-tidaknya Tergugat tidak menguraikan proses penyelidikan secara lengkap.
5) Bahwa tindakan Jaksa Agung **mengandung kebohongan** (*bedrog*) juga **melanggar asas kecermatan** dari asas-asas umum pemerintahan yang baik karena tidak memperhatikan nilai hukum yang terkandung dalam Putusan MK No. 18/PUUV/2008 tanggal 21 Februari 2008.

Putusan Hakim:

1) Mengabulkan gugatan para Penggugat seluruhnya;
2) **Menyatakan Tindakan Pemerintah** berupa **Penyampaian** Tergugat dalam Rapat Kerja antara Komisi III DPR RI dan Jaksa Agung RI pada tanggal 16 Januari 2020 yang menyampaikan: ".... Peristiwa Semanggi I dan

Semanggi II yang sudah ada hasil rapat paripurna DPR RI yang menyatakan bahwa 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;

3) Mewajibkan Tergugat untuk **membuat pernyataan** terkait penanganan **dugaan Pelanggaran** HAM berat Semanggi I dan Semanggi II sesuai dengan **keadaan yang sebenarnya** dalam rapat kerja dengan Komisi III DPR RI berikutnya, **sepanjang belum ada putusan/keputusan yang menyatakan sebaliknya**;
4) Mengabulkan gugatan para Penggugat seluruhnya;
5) **Menyatakan Tindakan Pemerintah** berupa **Penyampaian** Tergugat dalam Rapat Kerja antara Komisi III DPR RI dan Jaksa Agung RI pada tanggal 16 Januari 2020 yang menyampaikan: "…. Peristiwa Semanggi I dan Semanggi II yang sudah ada hasil rapat paripurna DPR RI yang menyatakan bahwa 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;
6) Mewajibkan Tergugat untuk **membuat pernyataan** terkait penanganan **dugaan Pelanggaran** HAM berat Semanggi I dan Semanggi II sesuai dengan **keadaan yang sebenarnya** dalam rapat kerja dengan Komisi III DPR RI berikutnya, **sepanjang belum ada putusan/keputusan yang menyatakan sebaliknya**.

Lahirnya putusan ini telah membawa dampak perubahan pengaturan yang signifikan pada UU AP karena menjadikan tindakan pemerintahan menjadi objek yang dapat diuji di PTUN,

jadi tidak hanya keputusan yang konkret, individual, final saja. Penerapan gugatan terhadap tindakan tersebut sudah dijalankan dan dikabulkan oleh PTUN Jakarta.

D. Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik

Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik yang selanjutnya disingkat AUPB adalah prinsip yang digunakan sebagai acuan penggunaan wewenang bagi pejabat pemerintahan dalam mengeluarkan keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan.[441]

Paulus Effendi Lotulung[442] menyatakan "asas-asas ini (AUPB) bukan menjadikan hukum normatif, tetapi menjiwai UU ini dan setiap keputusan pejabat administrasi pemerintahan harus mengacu pada AUPB."

Menurut **Santer Sitorus**,[443] adanya pengaturan AUPB dalam UU AP ini juga menegaskan bahwa AUPB tidak lagi sebatas pedoman, tetapi sudah merupakan keharusan untuk dipertimbangkan dalam membentuk suatu keputusan dan sebagai landasan serta pedoman lebih jauh bagi pejabat pemerintah dalam membuat keputusan atau tindakan.

UU AP merupakan transformasi AUPB yang telah dipraktikkan selama berpuluh-puluh tahun dalam penyelenggaraan pemerintahan dan dikonkretkan ke dalam norma hukum yang mengikat. Berikut konkritisasi dari AUPB dalam UU AP:

1. Tujuan UU AP adalah melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan dan menerapkan AUPB.[444]
2. Penyelenggaraan administrasi pemerintahan berdasarkan AUPB.[445]
3. Pejabat pemerintahan memiliki hak untuk menggunakan kewenangan dalam mengambil keputusan dan/atau tindakan. Hak yang dimaksud meliputi melaksanakan kewenangan yang dimiliki berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan AUPB.[446]

---

441 Pasal 1 angka 17 UU AP.

442 Disampaikan pada Seminar Nasional RUU Administrasi Pemerintahan. Lihat dalam Tim Penyusun, Anotasi Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, hlm. 85.

443 Santer Sitorus, sebagai narasumber dalam Focus Group Discussion Anotasi UU Administrasi Pemerintahan di Universitas Indonesia, 22 Desember 2016, dalam *Ibid*.

444 Pasal 3 huruf f UU AP.

445 Pasal 5 huruf c UU AP.

446 Pasal 6 ayat (1) dan ayat (2) huruf a UU AP.

4. Pejabat pemerintahan berkewajiban untuk menyelenggarakan administrasi pemerintahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, kebijakan pemerintahan, dan AUPB.[447]
5. Badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam menggunakan wewenang wajib berdasarkan AUPB.[448]
6. Setiap keputusan dan/atau tindakan wajib berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan AUPB.[449]
7. Pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi harus memenuhi syarat sesuai dengan AUPB.[450]
8. Penggunaan diskresi dikategorikan mencampuradukkan wewenang apabila bertentangan dengan AUPB.[451]
9. Pejabat pemerintahan yang berwenang dapat menerbitkan izin, dispensasi, dan/atau konsesi dengan berpedoman pada AUPB dan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan.[452]
10. Sahnya keputusan didasarkan pada ketentuan peraturan perundang-undangan dan AUPB.[453]
11. Keputusan dapat dilakukan perubahan dengan mencantumkan alasan objektif dan memperhatikan AUPB.[454]
12. Dalam hal keputusan dicabut, harus diterbitkan keputusan baru dengan mencantumkan dasar hukum pencabutan dan memperhatikan AUPB.[455]
13. Dalam hal keputusan dibatalkan, harus ditetapkan keputusan yang baru dengan mencantumkan dasar hukum pembatalan dan memperhatikan AUPB.[456]
14. Dengan berlakunya UU AP, 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

[447] Pasal 7 Ayat (1) UU AP.
[448] Pasal 8 Ayat (2) huruf b UU AP.
[449] Pasal 9 ayat (1) UU AP.
[450] Pasal 24 huruf c UU AP.
[451] Pasal 31 ayat (1) huruf c UU AP.
[452] Pasal 39 ayat (1) UU AP.
[453] Pasal 52 ayat (2) UU AP.
[454] Pasal 63 ayat (1) dan (2) UU AP.
[455] Pasal 64 ayat (2) UU AP.
[456] Pasal 66 ayat (2) UU AP.

9 Tahun 2004 dan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 harus dimaknai sebagai "berdasarkan ketentuan perundang-undangan dan AUPB".[457]

15. Alasan-alasan objektif adalah alasan-alasan yang diambil berdasarkan fakta dan kondisi faktual, tidak memihak, dan rasional serta berdasarkan AUPB.[458]
16. Iktikad baik adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan didasarkan atas motif kejujuran dan berdasarkan AUPB.[459]

Selanjutnya lebih detail terkait macam-macam AUPB di jabarkan dalam ketentuan Pasal 10 UU AP, disebutkan:

1. AUPB yang dimaksud dalam Undang-Undang ini meliputi asas:
   a. kepastian hukum;

      Yang dimaksud dengan "asas kepastian hukum" adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan.[460]

   b. kemanfaatan;

      Yang dimaksud dengan "asas kemanfaatan" adalah manfaat yang harus diperhatikan secara seimbang antara: (1) kepentingan individu yang satu dengan kepentingan individu yang lain; (2) kepentingan individu dengan masyarakat; (3) kepentingan warga masyarakat dan masyarakat asing; (4) kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain; (5) kepentingan pemerintah dengan warga masyarakat; (6) kepentingan generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang; (7) kepentingan manusia dan ekosistemnya; (8) kepentingan pria dan wanita[461].

   c. ketidakberpihakan;

      Yang dimaksud dengan "asas ketidakberpihakan" adalah asas yang mewajibkan badan dan/atau

[457] Pasal 87 huruf c UU AP.
[458] Pasal 24 huruf d UU AP.
[459] Pasal 24 huruf f UU AP.
[460] Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf a UU AP.
[461] Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf b UU AP.

pejabat pemerintahan dalam menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan dengan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.[462]

d. kecermatan;

Yang dimaksud dengan "asas kecermatan" adalah asas yang mengandung arti bahwa suatu keputusan dan/atau tindakan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas penetapan dan/atau pelaksanaan keputusan dan/atau tindakan sehingga keputusan dan/atau tindakan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat sebelum keputusan dan/atau tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan[463].

e. tidak menyalahgunakan kewenangan;

Yang dimaksud dengan "asas tidak menyalahgunakan kewenangan" adalah asas yang mewajibkan setiap badan dan/atau pejabat pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut, tidak melampaui, tidak menyalahgunakan, dan/atau tidak mencampuradukkan kewenangan.[464]

f. keterbukaan;

Yang dimaksud dengan "asas keterbukaan" adalah asas yang melayani masyarakat untuk mendapatkan akses dan memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.[465]

g. kepentingan umum;

Yang dimaksud dengan "asas kepentingan umum" adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan dan kemanfaatan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif, dan tidak diskriminatif.[466]

---

462 Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf c UU AP.
463 Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf d UU AP.
464 Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf e UU AP.
465 Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf f UU AP.
466 Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf g UU AP.

h. pelayanan yang baik;

Yang dimaksud dengan "asas pelayanan yang baik" adalah asas yang memberikan pelayanan yang tepat waktu, prosedur dan biaya yang jelas, sesuai dengan standar pelayanan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan.[467]

Sedangkan bagi asas-asas umum lainnya di luar AUPB sebagaimana yang disebutkan dalam ketentuan Pasal 10 ayat (1) UU AP dapat diterapkan sepanjang dijadikan dasar penilaian hakim yang tertuang dalam putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.[468] Asas-asas umum lainnya di luar AUPB adalah asas umum pemerintahan yang baik yang bersumber dari putusan pengadilan negeri yang tidak dibanding, atau putusan pengadilan tinggi yang tidak dikasasi atau putusan Mahkamah Agung.[469]

E. Sumber dan Cara Memperoleh Kewenangan (Atribusi, Delegasi, dan Mandat)

Dalam kajian HAN, mengetahui sumber dan cara memperoleh wewenang organ pemerintahan ini penting karena berkenaan dengan pertanggungjawaban hukum dalam penggunaan wewenang tersebut, seiring dengan salah satu prinsip dalam negara hukum "*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid* atau *there is no authority without responsibility*" (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban).[470] Setiap pemberian kewenangan kepada pejabat pemerintahan tertentu, tersirat di dalamnya pertanggungjawaban dari pejabat yang bersangkutan.[471] Secara teoritis, pemberian kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan dapat diperoleh dengan 3 (tiga) cara, yakni atribusi, delegasi, dan mandat.

1. Atribusi

Atribusi adalah pemberian kewenangan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau undang-undang.[472]

Lebih lanjut diatur dalam ketentuan Pasal 12 UU AP terkait kriteria, sumber dan cara memperoleh, serta tanggung jawab dari wewenang atribusi, disebutkan:

[467] Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf h UU AP.
[468] Pasal 10 ayat (2) UU AP.
[469] Lihat Penjelasan Pasal 10 ayat (2) UU AP.
[470] Ridwan HR, Hukum... (2016), hlm. 105.
[471] *Ibid*.
[472] Pasal 1 angka 22 UU AP.

a. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan memperoleh wewenang melalui atribusi apabila:
    1) diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan/atau undang-undang;
    2) merupakan wewenang baru atau sebelumnya tidak ada; dan
    3) Atribusi diberikan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan.
b. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui Atribusi, tanggung jawab kewenangan berada pada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang bersangkutan.
c. Kewenangan atribusi tidak dapat didelegasikan,kecuali diatur di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan/atau undang-undang.

H.D. van Wijk dan **Willem Konijnenbelt**[473] mendefinisikan atribusi sebagai *toekenning van een bestuursbevoegheid dooer een wetgever aan een bestuursorgaan* (atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan).

Definisi di atas tidak jauh berbeda dengan pengertian atribusi berdasarkan *Algemene Bepalingen van Administratief Recht*. Dalam ketentuan ini dinyatakan bahwa "*van attributie van bevoegdheid kan worden gesproken wanner de wet* (*in materiele zin*) *een bepaalde bevoegdheid aan een bepaald orgaan teokent*." Jika diterjemahkan, maka atribusi wewenang dikemukakan bilamana undang-undang (dalam arti materiil) menyerahkan wewenang tertentu kepada organ tertentu.

Menurut **Ridwan HR**,[474] wewenang yang diperoleh secara atribusi itu bersifat asli yang berasal dari peraturan perundang-undangan. Dengan kata lain, organ pemerintahan memperoleh kewenangan secara langsung dari redaksi pasal tertentu dalam suatu peraturan perundang-undangan. Dalam hal atribusi, penerima wewenang dapat menciptakan wewenang baru atau memperluas wewenang yang sudah ada, dengan tanggung jawab intern dan ekstern pelaksanaan wewenang yang diatribusikan sepenuhnya berada pada penerima wewenang (*atributaris*).

---

[473] H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt, dalam *Ibid*, hlm.102.
[474] *Ibid*.

2. Delegasi

Delegasi adalah pelimpahan kewenangan dari badan dan/atau pejabat pemerintahan yang lebih tinggi kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan yang lebih rendah dengan tanggung jawab dan tanggung gugat beralih sepenuhnya kepada penerima delegasi.[475]

Lebih lanjut diatur dalam ketentuan Pasal 13 UU AP terkait kriteria, sumber dan cara memperoleh, serta tanggung jawab dari wewenang delegasi, yang menentukan:

a. Pendelegasian kewenangan ditetapkan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan.
b. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan memperoleh wewenang melalui delegasi apabila:
    1) diberikan oleh Badan/Pejabat Pemerintahan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan lainnya;
    2) ditetapkan dalam Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan/atau Peraturan Daerah; dan
    3) merupakan wewenang pelimpahan atau sebelumnya telah ada.
c. Kewenangan yang didelegasikan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak dapat didelegasikan lebih lanjut, kecuali ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan.
d. Dalam hal ketentuan peraturan perundangundangan menentukan lain sebagaimana dimaksud pada ayat (3), Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat mensubdelegasikan tindakan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan lain dengan ketentuan:
    1) dituangkan dalam bentuk peraturan sebelum Wewenang dilaksanakan;
    2) dilakukan dalam lingkungan pemerintahan itu sendiri; dan
    3) paling banyak diberikan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan 1 (satu) tingkat di bawahnya.
e. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memberikan delegasi dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah

[475] Pasal 1 angka 23 UU AP.

diberikan melalui delegasi, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan.

f. Dalam hal pelaksanaan wewenang berdasarkan delegasi menimbulkan ketidakefektifan penyelenggaraan pemerintahan, Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memberikan pendelegasian kewenangan dapat menarik kembali wewenang yang telah didelegasikan.

g. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi, tanggung jawab kewenangan berada pada penerima delegasi.

H.D. van Wijk dan **Willem Konijnenbelt**[476] mendefinisikan delegasi sebagai *overdracht van een bevoegheid van het ene bestuursorgaan aan een ander* (delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya).

Dalam hal delegasi disebutkan "*... te verstaan de overdacht van die bevoegdheid door het bestuursorgaan waaraan deze is gegeven, aan een ander orgaan, dat de overdragen bevoedgheid als eigen bevoegdheid zal uitoefenen*" (... berarti pelimpahan wewenang oleh organ pemerintahan yang telah diberi wewenang, kepada organ lainnya yang akan melaksanakan wewenang yang telah dilimpahkan itu sebagai wewenangnya sendiri).

Di dalam *Algemene Wet Bestuurrecht* (Awb), delegasi diartikan sebagai "*het overdragen door een bestuursorgaan van zjin bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent*" (pelimpahan wewenang oleh organ pemerintahan kepada organ lain untuk mengmabil keputusan dengan tanggung jawab sendiri). Artinya dalam penyerahan wewenang melalui delegasi ini, pemberi wewenang telah lepas dari tanggung jawab hukum atau dari tuntutan pihak ketiga, jika dalam penggunaan wewenang itu menimbulkan kerugian pada pihak lain.

Dalam hal pelimpahan wewenang pemerintahan melalui delegasi ini terdapat syarat-syarat sebagai berikut:[477]

a. Delegasi harus definitif dan pemberi delegasi *(delegans)* tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;

---

[476] Dalam *Ibid*.

[477] Philipus M. Hadjon, Tentang Wewenang (Surabaya, 1998), hlm. 9-10. Makalah pada penataran hukum administrasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga.

b. Delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;
c. Delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hubungan hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;
d. Kewajiban memberikan keterangan (penjelasan), artinya delegans berhak untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut;
e. Dalam peraturan kebijakan *(beleidsregel),* artinya delegans memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.

Menurut **Ridwan HR**,[478] pada delegasi tidak ada penciptaan wewenang, yang ada hanya pelimpahan wewenang dari pejabat yang satu kepada pejabat lainnya. Tanggung jawab yuridis tidak lagi berada pada pemberi delegasi (*delegans*), tetapi beralih pada penerima delegasi (*delegataris*).

3. Mandat

Mandat adalah pelimpahan kewenangan dari Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang lebih tinggi kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang lebih rendah dengan tanggung jawab dan tanggung gugat tetap berada pada pemberi mandat.[479]

Lebih lanjut diatur dalam ketentuan Pasal 14 UU AP terkait kriteria, sumber dan cara memperoleh, serta tanggung jawab dari wewenang mandat, disebutkan:

a. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan memperoleh mandat apabila:
    1) ditugaskan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan di atasnya; dan
    2) merupakan pelaksanaan tugas rutin.
b. Pejabat yang melaksanakan tugas rutin sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b terdiri atas:
    1) pelaksana harian yang melaksanakan tugas rutin dari pejabat definitif yang berhalangan sementara;
    2) pelaksana tugas yang melaksanakan tugas rutin dari pejabat definitif yang berhalangan tetap.

[478] Ridwan HR, Hukum... (2016), hlm.105.
[479] Pasal 1 angka 24 UU AP.

c. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dapat memberikan mandat kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan lain yang menjadi bawahannya, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan.
d. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang menerima mandat harus menyebutkan atas nama Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memberikan mandat.
e. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memberikan mandat dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah diberikan melalui mandat, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan.
f. Dalam hal pelaksanaan wewenang berdasarkan mandat menimbulkan ketidakefektifan penyelenggaraan pemerintahan, badan dan/atau pejabat pemerintahan yang memberikan mandat dapat menarik kembali wewenang yang telah dimandatkan.
g. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui mandat tidak berwenang mengambil keputusan dan/atau tindakan yang bersifat strategis yang berdampak pada perubahan status hukum pada aspek organisasi, kepegawaian, dan alokasi anggaran.
h. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui mandat tanggung jawab kewenangan tetap pada pemberi mandat.

Selanjutnya **H.D. van Wijk** dan **Willem Konijnenbelt** menjelaskan mandat adalah *een bestuursorgaan laat zijn bevoegheid namens hem uitoefenen door een ander* (mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya).[480]

Definisi tersebut tidak jauh berbeda denga napa yang ditentukan dalam *Algemene Wet Bestuurrecht* (Awb),[481] yang mengartikan mandat sebagai "*het door een bestuursorgaan aan een ander verlenan van de bevoegdheid in zijn naam besluiten te nemen*" yaitu pemberian wewenang oleh organ pemerintahan kepada organ lainnya untuk mengambil keputusan atas namanya.

Kemudian dipertegas oleh **Ridwan HR**,[482] pada mandat, penerima mandat (mandataris) hanya bertindak untuk dan

[480] H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt, dalam Ridwan HR, Hukum... (2016), hlm. 102.
[481] Afdeling I Article 1:1 Awb 1992.
[482] Ridwan HR, Hukum... (2016), *Loc.cit*.

atas nama pemberi mandat (mandans). Tanggung jawab akhir keputusan yang diambil mandataris tetap berada pada mandans. Hal ini karena pada dasarnya penerima mandat ini bukan pihak lain dari pemberi mandat.

UU AP selain di dalamnya mengatur setiap kriteria, baik sumber, cara memperoleh, serta tanggung jawab dari wewenang atribusi, delegasi dan mandat, juga mengatur pembatasan kewenangan (Pasal 15 UU AP), sengketa kewenangan (Pasal 16 UU AP), dan larangan penyalahgunaan wewenang (Pasal 17-Pasal 21 UU AP). Pengaturan tersebut dalam rangka menjamin adanya akuntabilitas dan menghindari terjadinya penyalahgunaan wewenang ketika mengemban tanggung jawab yang diberikan.

F. Diskresi

Sebelum diundangkannya UU AP, tidak ada satu pun ketentuan positif yang mengatur mengenai apa yang dimaksud dengan diskresi, sehingga dalam praktik pemaknaannya didasarkan pada doktrin-doktrin dan yurisprudensi. Dalam buku HAN ini sudah dibahas secara teori tentang diskresi atau dengan menggunakan istilah "*Freies Ermessen"* dalam Bab III yang membahas tentang Negara Kesejahteraan (*Welfare State*) dan *Freies Ermessen*.

Berbeda halnya sejak diterbitkan UU AP yang di dalamnya mengatur secara komprehensif terkait dengan diskresi, meliputi definisi, hak dan kewajiban pejabat pemerintah dalam penggunaan diskresi, batasan-batasan diskresi yang meliputi: kewenangan, tujuan penggunaan, lingkup diskresi, syarat penggunaan, prosedur, dan akibat hukum penyalahgunaan diskresi. Dengan begitu, keberadaan diskresi dalam UU AP harus dilihat sebagai upaya untuk menciptakan kepastian hukum agar mencegah terjadinya penyalahgunaan wewenang serta memberikan pelindungan hukum kepada warga, masyarakat dan aparatur pemerintahan. UU AP merupakan payung hukum bagi aparatur pemerintah agar tidak secara gegabah dikriminalisasikan. Terlebih lagi saat ini telah terjadi penjarahan dan kriminalisasi fungsi administrasi, kasus-kasus yang harusnya masuk domain hukum administrasi dibawa ke wilayah hukum pidana dengan alasan untuk pemberantasan korupsi.[483]

[483] Pery Rehendra Sucipta, "Kekuatan Hukum Kebijakan Pemerintah Daerah Dalam Menerbitkan Keputusan (Beschikking) Dihubungkan Dengan Penerapan Asas Praesumptio Iustae Causa," Jurnal Selat 2, no. 1 (2014), hlm. 204.

Walaupun hingga detik ini, UU AP tersebut belum dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya dan masih terjadi kegamangan di kalangan aparatur pemerintahan untuk melakukan diskresi.

Mengenai diskresi sendiri telah didefinisikan secara yuridis di dalam ketentuan Pasal 1 angka 9 UU AP. Disebutkan bahwa "diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan."

Untuk memahi lebih jauh terhadap pengaturan diskresi, maka penulis jabarkan poin-poin penting yang dimuat dalam UU AP sebagai berikut:

1. Tujuan Diskresi

Setiap penggunaan diskresi pejabat pemerintahan **bertujuan** untuk: a) melancarkan penyelenggaraan pemerintahan; b) mengisi kekosongan hukum; c) memberikan kepastian hukum; dan d) mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.[484]

2. Lingkup Diskresi

Adapun lingkup diskresi pejabat pemerintahan meliputi 4 (empat) hal berikut:

a. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan keputusan dan/atau tindakan.[485] Kemudian pada bagian Penjelasan Pasal 23 huruf a UU AP dikatakan bahwa "pilihan keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintahan dicirikan dengan kata dapat, boleh, atau diberikan kewenangan, berhak, seharusnya, diharapkan, dan kata-kata lain yang sejenis dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Sedangkan yang dimaksud pilihan keputusan dan/atau tindakan adalah respons atau sikap pejabat pemerintahan dalam melaksanakan atau tidak melaksanakan administrasi pemerintahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan."

[484] Pasal 22 ayat (2) UU AP.
[485] Pasal 23 huruf a UU AP.

b. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur.[486] Yang dimaksud dengan "peraturan perundang-undangan tidak mengatur" adalah ketiadaan atau kekosongan hukum yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dalam suatu kondisi tertentu atau di luar kelaziman.[487]

c. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas.[488] Yang dimaksud dengan "peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas" apabila dalam peraturan perundang-undangan masih membutuhkan penjelasan lebih lanjut, peraturan yang tumpang tindih (tidak harmonis dan tidak sinkron), dan peraturan yang membutuhkan peraturan pelaksanaan, tetapi belum dibuat.[489]

d. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.[490] Yang dimaksud dengan "kepentingan yang lebih luas" adalah kepentingan yang menyangkut hajat hidup orang banyak, penyelamatan kemanusiaan dan keutuhan negara, antara lain: bencana alam, wabah penyakit, konflik sosial, kerusuhan, pertahanan dan kesatuan bangsa.[491]

3. Syarat Diskresi

Pasal 24 UU AP mengatur, pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi harus memenuhi syarat:

a. Sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
c. Sesuai dengan aupb;
d. Berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
f. Dilakukan dengan iktikad baik.

---

[486] Pasal 23 huruf b UU AP.
[487] Penjelasan Pasal 23 Huruf b UU AP.
[488] Pasal 23 huruf c UU AP.
[489] Penjelasan Pasal 23 huruf c UU AP.
[490] Pasal 23 huruf d UU AP.
[491] Penjelasan Pasal 23 huruf d UU AP.

4. *Penggunaan Diskresi yang Wajib Memperoleh Persetujuan dari Atasan Pejabat*

Penggunaan diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran wajib memperoleh persetujuan dari atasan pejabat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.[492] Lebih lanjut diatur dalam Penjelasan Pasal 25 ayat (1) UU AP disebutkan bahwa:

> Yang dimaksud dengan "memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat" adalah memperoleh persetujuan dari atasan langsung pejabat yang berwenang menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan.
>
> Bagi pimpinan Satuan Kerja Perangkat Daerah (SKPD) mengajukan persetujuan kepada kepala daerah.
>
> Bagi bupati/walikota mengajukan persetujuan kepada gubernur.
>
> Bagi gubernur mengajukan persetujuan kepada menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan dalam negeri.
>
> Bagi pimpinan unit kerja pada kementerian/lembaga mengajukan persetujuan kepada menteri/pimpinan lembaga.
>
> Sistem pengalokasian anggaran sebagai dampak dari persetujuan diskresi dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Persetujuan dari atasan pejabat tersebut di atas dilakukan terhadap penggunaan diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran seperti penggunaan diskresi yang termuat dalam Pasal 23 huruf a, huruf b, dan huruf c UU AP serta menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara.[493]

Dalam hal prosedur penggunaan diskresi yang wajib memperoleh persetujuan dari atasan pejabat diatur dalam ketentuan Pasal 26 UU AP, di mana pejabat yang menggunakan diskresi wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, serta dampak administrasi dan keuangan. Pejabat tersebut wajib menyampaikan permohonan persetujuan secara tertulis kepada atasan pejabat. Dalam waktu 5 (lima) hari kerja setelah berkas permohonan diterima, atasan pejabat menetapkan persetujuan, petunjuk perbaikan, atau pe-

[492] Pasal 25 ayat (1) UU AP.
[493] Pasal 25 ayat (2) UU AP.

nolakan. Apabila atasan pejabat melakukan penolakan, maka ia harus memberikan alasan penolakan secara tertulis.

5. Penggunaan Diskresi yang Wajib Memberitahukan kepada Atasan Pejabat

Penggunaan diskresi yang wajib memberitahukan kepada atasan pejabat diatur pada Pasal 25 ayat (3), ayat (4) dan ayat (5) UU AP. Kewajiban untuk memberitahukan dilakukan sebelum pejabat menggunakan diskresi yang menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam. Selain itu, melekat pula kewajiban untuk melaporkan kepada atasan pejabat pasca diskresi digunakan.

Pemberitahuan dilakukan tidak pada seluruh model penggunaan diskresi, hanya yang didasarkan pada ketentuan Pasal 23 huruf d UU AP yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat. Begitu juga dengan pelaporan setelah penggunaan diskresi, hanya dilakukan apabila penggunaan diskresi berdasarkan ketentuan dalam Pasal 23 huruf d UU AP yang terjadi dalam keadaan darurat, keadaan mendesak, dan/atau terjadi bencana alam. Keadaan mendesak yang dimaksud adalah suatu kondisi objektif dimana dibutuhkan dengan segera penetapan dan/atau pelaksanaan keputusan dan/atau tindakan oleh pejabat pemerintahan untuk menangani kondisi yang dapat mempengaruhi, menghambat, ataumenghentikan penyelenggaraan pemerintahan.[494]

Pelaporan kepada atasan digunakan sebagai instrumen untuk pembinaan, pengawasan, dan evaluasi serta sebagai bagian dari akuntabilitas pejabat.[495]

Selanjutnya terkait prosedur penggunaan diskresi yang wajib memberitahukan kepada atasan pejabat diatur dalam ketentuan Pasal 27 UU AP. Di mana pejabat yang menggunakan diskresi wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak administrasi yang berpotensi mengubah pembebanan keuangan negara. Pejabat yang menggunakan diskresi juga wajib menyampaikan pemberitahuan secara lisan atau tertulis kepada atasan pejabat. Pemberitahuan disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja sebelum penggunaan diskresi.

Selain kewajiban menyampaikan pemberitahuan sebagaimana yang dimaksud pada ketentuan Pasal 27 ayat (2) dan ayat (3) UU AP, pejabat yang menggunakan diskresi juga diwajibkan menyampaikan

[494] Penjelasan Pasal 25 ayat (5) UU AP.
[495] Penjelasan Pasal 25 ayat (3) UU AP.

laporan secara tertulis kepada atasan pejabat setelah penggunaan diskresi.[496] Pelaporan tersebut disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja terhitung sejak penggunaan diskresi.[497]

6. Pemberitahuan yang Dikecualikan kepada Masyarakat

Pada dasarnya, UU AP menentukan salah satu kewajiban yang dimiliki oleh pejabat pemerintahan adalah kewajiban memberitahukan kepada warga masyarakat atas keputusan dan/atau tindakan yang menimbulkan kerugian.[498] Pemberitahuan dilakukan paling lama 10 (sepuluh) hari kerja terhitung sejak keputusan dan/atau tindakan ditetapkan dan/atau dilakukan.

Namun demikian, UU AP memberikan pengecualian seperti dimuat dalam Pasal 29 yang berbunyi:

> Pejabat yang menggunakan diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 dikecualikan dari ketentuan memberitahukan kepada warga masyarakat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2) huruf g.

7. Akibat Hukum Diskresi

Terhadap akibat hukum yang ditimbulkan dari penggunaan diskresi telah dijabarkan dalam Pasal 30 hingga Pasal 32, sebagai berikut:

Pasal 30

a. Penggunaan diskresi dikategorikan melampaui wewenang apabila:
    1) bertindak melampaui batas waktu berlakunya wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan;
    2) bertindak melampaui batas wilayah berlakunya wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan; dan/atau
    3) tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28.
b. Akibat hukum dari penggunaan diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menjadi tidak sah.

---

[496] Pasal 28 ayat (2) UU AP.
[497] Pasal 28 ayat (3) UU AP.
[498] Pasal 7 ayat (2) huruf g UU AP.

Pasal 31

a. Penggunaan diskresi dikategorikan mencampuradukkan wewenang apabila:
   1) menggunakan diskresi tidak sesuai dengan tujuan wewenang yang diberikan;
   2) tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28; dan/atau
   3) bertentangan dengan AUPB.
b. Akibat hukum dari penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dibatalkan.

Pasal 32

a. Penggunaan diskresi dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang.
b. Akibat hukum dari penggunaan diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menjadi tidak sah.

Kritik datang dari **Laica Marzuki** dalam tulisannya yang menyatakan diskresi yang diatur pada Bab VI, Pasal 22 s/d 32 UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan merupakan diskresi yang terpasung. Lebih lanjut menurut **Laica**:[499]

> Sesungguhnya, yang menjadi batu penguji *(toetsteen)* dari penggunaan diskresi adalah sejauh mana diskresi bersesuai atau melampaui kewenangan *(de bevoegdheden)* yang melekat pada jabatan dari pejabat yang bersangkutan. Ketika terjadi pelampauan kewenangan dari suatu jabatan maka hal dimaksud bukan lagi hal ihwal diksresi tetapi pelanggaran hukum *(onrechtmatig)* atau melawan hukum *(wederrechtelijk).* Persyaratan persetujuan atasan dalam hal tertentu sama sekali tidak berpaut dengan hal diskresi tetapi berpaut hubungan atasan dan bawahan secara *administratief rechtelijk*. Persyaratan persetujuan dari atasan tidak lazim dikenal, sekalipun dalam kaitan penyelenggaraan *gebonden bestuur*. Tatkala diskresi mensyaratkan persetujuan *(by consent)* atasan maka diskresi mengalami pemasungan. Hal dimaksud menjadikan diskresi kehilangan esensi kebebasannya. Diskresi tanpa esensi kebebasan bermakna diskresi tanpa diskresi. *Suatu contradictio in adjekto.*

[499] H. M. Laica Marzuki, "Menyoal Diskresi Yang Terpasung (Mengkritisi UndangUndang Administrasi Pemerintahan)," Amanna Gappa 25, no. 2 (2017), hlm. 5.

Sedangkan **Muhammad Yasin dkk** dalam "Anotasi Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan," menerangkan diskresi tidak hanya memberi manfaat positif tetapi juga berdampak negatif. Selengkapnya dikatakan bahwa:[500]

> Bagai sekeping uang yang memiliki dua sisi, diskresi dapat memberikan manfaat yang positif bagi terselenggaranya kegiatan pemerintahan yang berkesinambungan, tidak terhambat oleh kekosongan hukum, dan memberi kesempatan bagi pejabat pemerintah berinovasi dalam pelayanan publik. Namun tanpa batasan yang jelas, diskresi dapat menimbulkan dampak yang negatif apabila di dalam pelaksanaanya justru melanggar rambu-rambu hukum yang ada serta bertentangan dengan norma-norma yang ada di masyarakat dan kepentingan umum. Oleh karena itu, kebutuhan untuk menetapkan ketentuan-ketentuan terhadap diskresi menjadi suatu hal yang harus diatur dalam UU AP.

Pusat Kajian Sistem dan Hukum Administrasi Negara pada Lembaga Administrasi Negara RI mengidentifikasi persoalan yang timbul dalam kaitannya penggunaan diskresi. Ditinjau dari perspektif hukum, salah satu persoalan yang muncul adalah hak diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan yang masih belum banyak dimanfaatkan pejabat. Hal ini disebabkan oleh norma diskresi dalam UU AP yang masih terkesan seperti halnya pengambilan kebijakan dalam keadaan normal. Bahkan hampir semua pejabat pemerintahan enggan atau malah tidak mau menggunakan UU AP untuk dasar pengambilan kebijakan. Padahal hampir semua inovasi pastinya memerlukan payung diskresi sebagai dasar pengaman pengambilan keputusan.

Salah satu rekomendasi yang diberikan dalam kajiannya tentang "Diskresi dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan" yaitu operasionalisasi diskresi perlu diatur lebih lanjut dalam peraturan pemerintah yang bersifat mandiri, karena tidak ada amanat langsung dalam UU AP untuk ditindaklanjuti dalam peraturan pemerintah. Dalam peraturan tersebut nantinya harus diatur pula mengenai siapa pejabat yang bisa melakukan diskresi dan lembaga yang dapat memberikan advokasi terkait keterpenuhan syarat diskresi dan prosedur diskresi.

[500] Tim Penyusun, Anotasi Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, hlm. 116.

Dalam perkembangan selanjutnya, tepatnya pada 02 November 2020, pemerintah telah mengundangkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang dianggap sebagai terobosan hukum yang dapat menyelesaikan berbagai permasalahan dalam beberapa undang-undang ke dalam satu undang-undang secara komprehensif. Terbitnya UU Cipta Kerja sebagai upaya perubahan pengaturan yang berkaitan kemudahan, perlindungan, dan pemberdayaan koperasi dan usaha mikro, kecil, dan menengah, peningkatan ekosistem investasi, dan percepatan proyek strategis nasional, termasuk peningkatan perlindungan dan kesejahteraan pekerja dilakukan melalui perubahan undang-undang sektor yang belum mendukung terwujudnya sinkronisasi dalam menjamin percepatan cipta kerja. Salah satu ruang lingkup perubahan dan penyempurnaan undang-undang ini meliputi pelaksanaan administrasi pemerintahan dalam hal ini terkait dengan pengaturan diskresi.

Beberapa aspek hukum administrasi yang diatur dalam UU Cipta Kerja dan perbandingannya dengan UU AP dapat dilihat pada tabel di bawah ini.

UU Cipta Kerja	UU AP
Pasal 175 Beberapa ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 20l4 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601) diubah menjadi sebagai berikut : Ketentuan Pasal 24 diubah sehingga berbunyi sebagai berikut: **Pasal 24** Pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi harus memenuhi syarat: sesuai dengan tujuan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2); sesuai dengan AUPB; berdasarkan alasan-alasan yang objektif; tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan dilakukan dengan iktikad baik.	**Pasal 24** Pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi harus memenuhi syarat: sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2); tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; sesuai dengan AUPB; berdasarkan alasan-alasan yang objektif; tidak menimbulkan Konflik Kepentingan; dan dilakukan dengan iktikad baik.

Terhadap perubahan tersebut, **Sigit Riyanto dkk**[501] mengatakan bahwa:

Terkait diskresi, dengan menghilangkan syarat "tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan" yang sebelumnya ada di UU AP, UU Cipta Kerja telah membuka lebar keran diskresi. Meskipun hal tersebut telah sesuai dengan teori, yang dikhawatirkan adalah hal tersebut dapat dipahami secara *a contrario* bahwa boleh melakukan diskresi secara 'serampangan" yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

G. Keputusan dan/atau Tindakan Fiktif Positif

Perubahan dalil fiktif negatif menjadi fiktif positif sebagaimana tertuang dalam UU AP merupakan salah satu bentuk perubahan yang progresif.

PATTIRO[502] menyatakan bahwa penggunaan fiktif positif adalah satu konsep tentang relasi dan komunikasi antara warga masyarakat dengan pemerintah. Lebih lanjut disampaikan:

> "Jika pemerintah tidak merespon permohonan dari Warga Masyarakat dalam jangka waktu tertentu yang ditetapkan, maka permohonan warga dianggap dikabulkan, Penggunaan fiktif positif merupakan terobosan luar biasa karena sebelum UU ini, konsep yang digunakan adalah fiktif negatif, yaitu jika warga mengajukan permohonan dan tidak ada respons dari pemerintah maka dianggap permohonan tersebut ditolak."[503]

Sebagaimana di atur dalam ketentuan Pasal 53 UU AP, disebutkan bahwa:

1. Batas waktu kewajiban untuk menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
2. Jika ketentuan peraturan perundang-undangan tidak menentukan batas waktu kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat (1), maka Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan wajib menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/

[501] Tim Penyusun, Catatan Kritis Terhadap UU No. 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja, Edisi 2/6 (Yogyakarta, 2020), hlm. 9.

[502] Tim Penyusun, Anotasi Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan (Jakarta: Universitas Indonesia – Center for Study of Governance and Administrative Reform (UI-CSGAR), 2017), hlm. x.

[503] *Ibid*.

atau tindakan dalam waktu paling lama 10 (sepuluh) hari kerja setelah permohonan diterima secara lengkap oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan.

3. Apabila dalam batas waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan, maka permohonan tersebut dianggap dikabulkan secara hukum.
4. Pemohon mengajukan permohonan kepada Pengadilan untuk memperoleh putusan penerimaan permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (3).
5. Pengadilan wajib memutuskan permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (4) paling lama 21 (dua puluh satu) hari kerja sejak permohonan diajukan.
6. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan wajib menetapkan keputusan untuk melaksanakan putusan pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) paling lama 5 (lima) hari kerja sejak putusan pengadilan ditetapkan.

Pernyataan bahwa permohonan akan dianggap dikabulkan atau diterima secara hukum apabila dalam batas waktu tersebut pemerintah tidak menetapkan atau melakukan keputusan dan/atau tindakan merupakan bentuk dari fiktif positif. Hal ini sangat berbeda dengan ketentuan sebelumnya yang mengambil bentuk fiktif negatif, di mana jika pemerintah tidak mengambil keputusan dan/atau tindakan, maka permohonan tersebut dianggap ditolak.

Lebih lanjut terkait keputusan fiktif negatif diatur dalam Pasal 3 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, yang berbunyi:

1. Apabila Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tidak mengeluarkan keputusan, sedangkan hal itu menjadi kewajibannya, maka hal tersebut disamakan dengan Keputusan Tata Usaha Negara
2. Jika suatu Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tidak mengeluarkan keputusan yang dimohon, sedangkan jangka waktu sebagaimana ditentukan data peraturan perundang-undangan dimaksud telah lewat, maka Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tersebut dianggap telah menolak mengeluarkan keputusan yang dimaksud.

3. Dalam hal peraturan perundang-undangan yang bersangkutan tidak menentukan jangka waktu sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), maka setelah lewat jangka waktu empat bulan sejak diterimnya permohonan, Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang bersangkutan dianggap telah mengeluarkan keputusan penolakan.

Menurut **Indroharto,**[504] Pasal 3 ayat (1) tersebut menentukan prinsip dasarnya, yaitu bahwa setiap badan atau Jabatan TUN itu wajib melayani setiap permohonan warga masyarakat yang ia terima apabila hal yang dimohonkan kepadanya itu menurut peraturan dasarnya menjadi tugas kewajibannya.

Dalam Penjelasan Pasal 3 ayat (2) UU PTUN disebutkan bahwa "Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang menerima permohonan dianggap telah mengeluarkan keputusan yang berisi penolakan permohonan tersebut apabila tenggang waktu yang ditetapkan telah lewat dan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara itu bersikap diam, tidak melayani permohonan yang telah diterimanya."

Istilah "fiktif negatif" dan "fiktif positif" secara eksplisit tidak disebutkan baik dalam UU PTUN maupun UU AP. Kedua istilah ini, atau persisnya *neulogisme*, merupakan fiksi hukum yang digunakan untuk mempermudah konstruksi hukum dalam Pasal 3 UU PTUN ataupun Pasal 53 UU AP.[505] Terhadap kedua istilah ini, **Azza Azka Norra** memberikan uraian perbandingan sebagai berikut:[506]

Kriteria	Fiktif Negatif	Fiktif Positif
Sikap Diam	Penolakan penerbitan keputusan	Persetujuan atas permohonan
Jenis Perkara	Gugatan	Permohonan
Subjek	Penggugat dan Tergugat (dimungkinkan pihak Intervensi)	Pemohon dan Termohon (tidak dimungkinkan adanya intervensi)
Objek	Keputusan	Keputusan dan/atau tindakan

[504] Indroharto, Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara: Buku II Beracara di Pengadilan Tata Usaha Negara (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2015), hlm. 185.

[505] Enrico Simanjuntak, Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara: Transformasi & Refleksi (Jakarta: Sinar Grafika, 2018), hlm. 144-145.

[506] Azza Azka Norra, "Pertentangan Norma Fiktif Negatif dan Fiktif Positif Serta Kontekstualisasinya Menurut Undang Undang Administrasi Pemerintahan," Jurnal Hukum PERATUN 3, no. 2 (2020), hlm. 147.

Tenggang Waktu	Dihitung 90 (sembilan puluh) hari sejak 4 (empat) bulan diterimanya permohonan Apabila tidak diatur di peraturan dasarnya	Dihitung 90 (sembilan puluh) hari sejak 10 (sepuluh) hari kerja diterimanya permohonan Apabila tidak diatur di peraturan dasarnya
Batas Waktu Pemeriksaan	Sama dengan pemeriksaan gugatan Biasa	Harus diputus 21 (dua puluh satu) hari kerja
Upaya Hukum	Dapat dilakukan upaya hukum	Tingkat pertama final

Berdasarkan ketentuan Pasal 53 UU AP, bahwa apabila badan/pejabat mendiamkan (melalaikan kewajibannya untuk menertibkan keputusan/melakukan suatu tindakan) atas suatu permohonan yang diajukan oleh warga masyarakat, maka secara hukum suatu permohonan tersebut dianggap dikabulkan. Meski secara hukum, suatu permohonan yang diajukan telah dianggap dikabulkan, namun terdapat prosedur yang harus ditempuh untuk mendapatkan keputusan/tindakan dari badan/pejabat dimaksud, yaitu harus dilakukan permohonan terlebih dahulu ke Pengadilan TUN. Selanjutnya Pengadilan TUN akan memutusnya paling lama 21 (dua puluh satu) hari kerja.

Guntur Hamzah mengemukakan adanya perubahan dari fiktif negatif menjadi fiktif positif lebih dikarenakan untuk mendesak pemerintah agar dapat lebih cepat dalam memproses suatu permohonan sehingga masyarakat atau pihak yang mengajukan permohonan tersebut akan lebih cepat mendapatkan kepastian hasil keputusan dan tidak berbelit-belit.[507]

Pendapat **Guntur Hamzah** dikuatkan dengan pendapat Guru Besar Ilmu Administrasi Universitas Indonesia, **Eko Prasojo**, yang menjelaskan lembaga fiktif positif dimaksudkan untuk mendorong badan/pejabat pemerintahan untuk memberikan pelayanan publik yang baik kepada masyarakat.[508] Pemerintah diharuskan secara hukum untuk memberikan respon atas permohonan

[507] Tim Penyusun, Anotasi Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, hlm. 201.

[508] Lihat Muhammad Yasin, "Begini Cara Hakim Menambal Kelemahan Lembaga Fiktif Positif," Maret 2018, accessed August 3, 2021, https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5aa7cc5c4b574/begini-cara-hakim-menambal-kelemahan-lembaga-fiktif-positif.

masyarakat atas keputusan/tindakan tertentu. Jika dalam waktu yang ditetapkan tidak ditanggapi, maka ada hak masyarakat untuk memperkarakannya ke pengadilan.

Perkembangan selanjutnya, pada tahun 2017, Mahkamah Agung (MA) menerbitkan Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 8 Tahun 2017 tentang Pedoman Beracara untuk Memperoleh Putusan atas Penerimaan Permohonan Guna Mendapatkan Keputusan dan/atau Tindakan Badan atau Pejabat Pemerintah. Perma ini sebagai pelaksanaan Pasal 53 UU AP. Secara substantif, Perma No. 8 Tahun 2017 mengatur proses permohonan atas dasar pelaksanaan Pasal 53 UU AP yang diajukan ke PTUN, mulai dari registrasi perkara, penjadwalan sidang, materi permohonan, tata cara pengajuan permohonan, tenggang waktu pengajuan permohon ke pengadilan (PTUN), pemeriksaan persidangan, pembuktian, dan putusan pengadilan. Selain itu, Perma ini intinya menyeragamkan penerapan hukum acara ketika mengadili perkara permohonan tindakan/keputusan pejabat pemerintah di PTUN dikarenakan perbedaan pendapat yang sering terjadi di antara hakim PTUN ketika mengadili permohonan yang tidak mendapatkan keputusan atau tindakan pejabat pemerintahan yang putusannya bersifat *final and binding*.

Mengutip dari **Azza Azka Norra**,[509] bahwa untuk menegaskan ketentuan yang berlaku adalah permohonan "fiktif positif" pada UU AP dan Perma No. 8 Tahun 2017 maka Mahkamah Agung telah membuat Rumusan Hukum Kamar Tata Usaha Negara yng dituangkan dalam Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 1 Tahun 2017 yang menyatakan Permohonan Fiktif Positif dan Gugatan Fiktif Negatif:

1. Berdasarkan ketentuan Pasal 53 UU AP yang mengatur mengenai permohonan fiktif positif, maka ketentuan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 mengenai gugatan fiktif negatif tidak dapat diberlakukan lagi, karena akan menimbulkan ketidakpastian hukum tentang tata cara penyelesaian permasalahan hukum yang harus diterapkan oleh PERATUN.
2. Oleh karena ketentuan Pasal 53 UU AP dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 mengatur permasalahan hukum yang sama, yaitu tata cara pemberian perlindungan hukum bagi warga masyarakat untuk memperoleh

[509] Norra, *Op.cit*, hlm. 149.

keputusan pejabat pemerintahan, dan juga dalam rangka mendorong kinerja birokrasi agar memberikan pelayanan prima (*excellent service*), atas dasar prinsip *lex posteriori derogat lex priori*.[510]

Dalam perkembangannya, selain pengaturan tentang diskresi sebagaimana diatur dalam UU AP yang terjadi perubahan melalui UU Cipta Kerja, termasuk juga tentang pengaturan fiktif positif. Hal ini sejalan dengan pendapat **Sigit Riyanto dkk** yang menyebutkan:

> Perubahan pengaturan mengenai Fiktif Positif di dalam UU Cipta Kerja, di satu sisi harus diapresiasi karena menunjukkan keinginan pemerintah untuk melayani masyarakat dengan lebih cepat. Namun di sisi lain, pemendekan waktu untuk berlakunya fiktif positif menjadi 5 hari akan menjadikan permasalahan tersendiri pada tataran praktis. Selain itu, dihilangkannya ketentuan mengenai penetapan PTUN justru menghilangkan kepastian hukum bagi masyarakat dan menjadikan makin berlarutnya administrasi. Ini karena pejabat yang tidak mengeluarkan keputusan dalam 5 hari, yang sebelumnya dipaksa untuk mengeluarkan keputusan melalui penetapan TUN, menjadi tidak memiliki paksaan hukum untuk mengabulkan atau mengeksekusi permintaan warga negara.[511]

H. Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara

Kompetensi (kewenangan) PTUN untuk mengadili sebuah perkara dapat dibedakan menjadi kompetensi relatif dan kompetensi absolut. Kompetensi relatif PTUN berhubungan dengan kewenangan mengadili suatu perkara yang dibatasi oleh daerah hukum kewenangannya. Dengan kata lain, kewenangan PTUN untuk mengadili sesuai dengan wilayah hukum yang telah ditentukan. Wilayah hukum tersebut meliputi wilayah kotamadya, kabupaten, dan provinsi. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 6 UU No. 51 Tahun 2009 yang berbunyi:

1. Pengadilan Tata Usaha Negara berkedudukan di ibu kota kabupaten/kota, dan daerah hukumnya meliputi wilayah kabupaten/kota.

[510] *Ibid*, hlm. 149-150.
[511] Tim Penyusun, Catatan Kritis... *Loc.cit*.

2. Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara berkedudukan di ibu kota provinsi, dan daerah hukumnya meliputi wilayah provinsi.

Selanjutnya UU No. 5 Tahun 1986 juga mengatur kompetensi yang terkait dengan tempat kediaman atau kedudukan para pihak, yakni Penggugat atau Tergugat. Lebih lanjut Pasal 54 mengatur bahwa:

1. Gugatan sengketa Tata Usaha Negara diajukan kepada Pengadilan yang berwenang yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan Tergugat.

2. Apabila Tergugat lebih dari satu Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dan berkedudukan tidak dalam satu daerah hukum Pengadilan, gugatan diajukan kepada Pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan salah satu badan atau Pejabat Tata Usaha Negara.

3. Dalam hal tempat kedudukan Tergugat tidak berada dalam daerah hukum Pengadilan tempat kediaman Penggugat, maka gugatan dapat diajukan ke Pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kediaman Penggugat untuk selanjutnya diteruskan kepada Pengadilan yang bersangkutan.
4. Dalam hal-hal tertentu sesuai dengan sifat sengketa Tata Usaha Negara yang bersangkutan yang diatur dengan Peraturan Pemerintah, gugatan dapat diajukan kepada Pengadilan yang berwenang yang daerah hukumnya meliputi tempat kediaman Penggugat.
5. Apabila Penggugat dan Tergugat berkedudukan atau berada di luar negeri, gugatan diajukan kepada Pengadilan di Jakarta.
6. Apabila Tergugat berkedudukan di dalam negeri dan Penggugat di luar negeri, gugatan diajukan kepada Pengadilan di tempat kedudukan Tergugat.

Sesuai dengan fungsi primernya untuk memberikan perlindungan dan kemudahan bagi para pencari keadilan, maka UU No. 5 Tahun 1986 telah menggariskan ketentuan-ketentuan berikut:[512]

[512] Tim Penyusun, Perkembangan Peradilan Tata Usaha Negara dan Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara Dilihat dari Beberapa Sudut Pandang (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2011),

a. Tempat kedudukan Pengadilan Tata Usaha Negara terdapat di kotamadya atau ibu kota kabupaten, sehingga dengan kedudukan itu akan lebih mempermudah rakyat mencapainya.
b. Penggugat dapat mengajukan gugatannya kepada Pengadilan Tata Usaha Negara yang paling dekat dengan tempat kediamannya untuk kemudian diteruskan ke Pengadilan yang berwenang mengadilinya.
c. Dalam hal-hal tertentu gugatan dimungkinkan untuk diadili oleh Pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kediaman penggugat.

Adapun kompetensi absolut PTUN merupakan kewenangan untuk mengadili suatu perkara berdasarkan objek, materi, atau pokok sengketa. Dalam perspektif yuridis, yang dimaksud kompetensi absolut PTUN adalah sengketa Tata Usaha Negara adalah 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.[513]

Dalam perkembangannya, kehadiran UU AP telah membawa perubahan paradigma beracara di PTUN, khususnya terhadap kompetensi absolut PTUN yang terkait dengan: a) kewenangan mengadili sengketa tindakan pemerintahan dan b) kewenangan mengadili perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah, yaitu perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh pemegang kekuasaan pemerintahan (Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan) yang biasa disebut dengan *onrechtmatige overheidsdaad.*

Perubahan paradigma ini menjadi semakin tampak nyata pasca ditindaklanjuti oleh Mahkamah Agung dengan penerbitan Peraturan Mahkamah Agung (Perma) Nomor 2 Tahun 2019 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Tindakan Pemerintah dan Kewenangan Mengadili Perbuatan Melanggar Hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan (*Onrechtmatige Overheidsdaad*).

Latar belakang (baik filosofis, yuridis, dan sosiologis) terbitnya Perma No. 2 Tahun 2019 ini secara normatif tergambar di dalam dasar "menimbang", di antaranya:

---

hlm. 78-79.

[513] Pasal 1 angka 10 UU No. 51 Tahun 2009 (UU AP Perubahan Kedua).

1. Bahwa Penjelasan Umum alinea ke 5 (lima) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, menyebutkan warga masyarakat dapat mengajukan gugatan terhadap keputusan dan/atau tindakan Badan dan/atau Pejabat Administrasi Pemerintahan.
2. Bahwa perbuatan melawan hukum oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan *(onrechtmatige overheidsdaad)* merupakan tindakan pemerintahan sehingga menjadi kewenangan peradilan tata usaha negara berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.
3. Bahwa ketentuan peralihan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tidak menyebutkan kewenangan mengadili perkara *onrechtmatige overheidsdaad*, dan ketentuan hukum acara penyelesaian sengketa tindakan pemerintahan juga belum diatur, maka diperlukan pedoman penyelesaian sengketa tindakan pemerintahan dan kewenangan mengadili perkara perbuatan melanggar hukum oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan (*onrechtmatige overheidsdaad*).

Menyoal "Sengketa Tindakan Pemerintahan", Perma *a quo* menjabarkannya sebagai sengketa yang timbul dalam bidang administrasi pemerintahan antara warga masyarakat dengan pejabat pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya sebagai akibat dilakukannya tindakan pemerintahan.[514] Sedangkan yang dimaksud dengan "Sengketa Perbuatan Melanggar Hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan *(Onrechtmatige Overheidsdaad)*" adalah sengketa yang di dalamnya mengandung tuntutan untuk menyatakan tidak sah dan/atau batal tindakan pejabat pemerintahan, atau tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat beserta ganti rugi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.[515]

Masuknya kedua jenis sengketa tersebut ke dalam kompetensi absolut PTUN didasarkan pada ketentuan Pasal 2 Perma No. 2 Tahun 2019 yang menyatakan:

1. Perkara perbuatan melanggar hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan (*Onrechtmatige Overheidsdaad*) merupakan kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara.
2. Pengadilan Tata Usaha Negara berwenang mengadili Sengketa Tindakan Pemerintahan setelah menempuh upaya

[514] Pasal 1 angka 3 Perma No. 2 Tahun 2019.
[515] Pasal 1 angka 4 Perma No. 2 Tahun 2019.

administratif sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 6 Tahun 2018 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Administrasi Pemerintahan Setelah Menempuh Upaya Administratif.

3. Dalam hal peraturan perundang-undangan mengatur secara khusus upaya administratif maka yang berwenang mengadili Sengketa Tindakan Pemerintahan adalah Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara sebagai Pengadilan tingkat pertama.

Selain itu, ketentuan UU AP pada Bab XIII tentang "Ketentuan Peralihan", tepatnya Pasal 85 menegaskan bahwa:

1. Pengajuan gugatan sengketa Administrasi Pemerintahan yang sudah didaftarkan pada pengadilan umum tetapi belum diperiksa, dengan berlakunya Undang-Undang ini dialihkan dan diselesaikan oleh Pengadilan.
2. Pengajuan gugatan sengketa Administrasi Pemerintahan yang sudah didaftarkan pada pengadilan umum dan sudah diperiksa, dengan berlakunya Undang-Undang ini tetap diselesaikan dan diputus oleh pengadilan di lingkungan peradilan umum.
3. Putusan pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilaksanakan oleh pengadilan umum yang memutus.

Perkembangan ini tentunya menjadi menarik dalam sudut pandang hukum. Sebagaimana diketahui, bahwa dalam praktik sebelum terbitnya Perma No. 2 Tahun 2019 tersebut, *onrechtmatige overheidsdaad* merupakan kewenangan Pengadilan Negeri (PN), di mana ketentuan perbuatan melanggar hukum dapat ditemukan dalam Pasal 1365 BW. Namun berbeda halnya setelah Perma No. 2 Tahun 2019 terbit, yang mana secara yuridis perbuatan melawan hukum yang dilakukan pemerintah dapat diajukan sebagai objek gugatan ke PTUN. Diakomodirnya hal ini sebagai kompetensi PTUN diharapkan dapat menjadi jaminan untuk meminimalisir terjadinya *misbruik van recht* sekaligus memberikan ruang bagi warga masyarakat yang dirugikan untuk mencari keadilan melalui PTUN.

DAFTAR PUSTAKA

Abadi, M. Husnu. *Dari Plagiat ke Contempt of Court*. Pekanbaru: UIR Pres kerja sama Persatuan Dosen Perguruan Tinggi Swasta (PDPTS), 2005.

Abdullah, Rozali. *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*. Cetakan Ketiga. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1994.

Adolf, Huala. *Aspek-Aspek Negara dalam Hukum Internasional*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1996.

Algra N. E., et al. *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae, Belanda Indonesia*. Jakarta: Binacipta, 1983.

Amanwinata, Rukmana. "Pengaturan dan Batas Implementasi Kemerdekaan Berserikat dan Berkumpul dalam Pasal 28 UUD 1945." Disertasi Universitas Padjajaran, 1996.

Asshiddiqie, Jimly. *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*. Cetakan Pertama. Jakarta: PT Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994.

Atmosudirdjo, Prajudi. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1981.

———. *Hukum Administrasi Negara*. Edisi Revisi. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983.

———. *Hukum Administrasi Negara*. Cetakan Kesembilan. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988.

Azhary, Muhammad Tahir. *Negara Hukum (Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*. Jakarta: Kencana, 2003.

Basah, Sjachran. *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*. Bandung: Alumni, 1997.

———. *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara*. Bandung: Alumni, 1985.

———. *Perlindungan Hukum atas Sikap Tindak Administrasi Negara*. Bandung: Alumni, 1992.

Belinfante, A.D. "Kort Begrip van Het Administratief Recht." Terjemahan. Boerhanoeddin Soetan Batoeah, *Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara*. Jakarta: Bina Cipta, 1983.

Bhakti, Yudha. *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*. Bandung: Alumni, 2000.

Bidara, Olden. "Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik Dalam Teori Dan Praktek Pemerintahan." dalam *Himpunan Makalah Azas-Azas Umum Pemerintahan yang Baik (A.A.U.P.B)*, edited by Paulus Effendi Lotulung. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1994.

Bodenheimer, Edgar. *Jurisprudence, The Philosophy, and Method of the Law*. Cambridge-Massachusetts: Havard University Press, 1970.

Budiarjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta: Gramedia, 1993.

C.J.N. Versteden. *Inleiding Algemeen Bestuursrecht*. Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1984.

E. Utrecht. *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Bandung: Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Padjajaran, 1960.

———. *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1986.

Echolas, Jhon M., and Hassan Shadily. *Kamus Inggris-Indonesia*. Jakarta: Gramedia, 1996.

Effendy, Mohammad. "Beberapa Pemikiran ke Arah Terwujudnya Kemandirian Daerah di Era Otonomi Daerah dalam Kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia." Disertasi Universitas Padjajaran, 2011.

El-Muhtaj, Majda. *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*. Jakarta: Prenada Media, 2005.

Fachruddin, Irfan. *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*. Bandung: PT Alumni, 2004.

Gautama, Sudargo. *Pengertian Tentang Negara Hukum*. Bandung: Alumni, 1983.

Haan, P. de, Th. G. Drupsteen, and R. Fernhout. *Besturrsrecht in de Sociale Rechtsstaat*. Deel w: Deventer-Kluwer, 1986.

Hadjon, Philipus M. *Pengertian-Pengertian Dasar Tindak Pemerintahan (Bestuurshandeling)*. Surabaya: Djamali, 1987.

———. *Tentang Wewenang*. Surabaya, 1998. Makalah pada penataran hukum administrasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga.

Hadjon, Philipus M., et al. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Cetakan Kesembilan. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005.

———. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesian Administrative Law)*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1999.

Haji, Raja Ali. *Muqaddimah Fi Intizam Waza'if Al-Malik*. Lingga: Pejabat Kerajaan Lingga, 1886.

———. *Thamarat Al-Muhimmah Diyafah Li Al-Umara' Wa Al-Kubara' Li Ahl Al-Mahkamah*. Lingga: Pejabat Kerajaan Lingga, 1886.

Hamidi, Jazim. *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak (AAUPPB) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia (Upaya Menuju Clean and Stable Government)*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999.

Hamidi, Jazim, and Budiman N.P.D. Sinaga. *Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dalam Sorotan*. Jakarta: PT Tatanusa, 2005.

Harahap, Zairin. *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*. Revisi. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2005.

Harris, CF. D.J. *Cases and Materials on International Law*. London: Sweet and Maxwell, 1979.

Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendom Press, 1981.

HR, Ridwan. *Hukum Administrasi Negara*. Edisi Revisi. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2014.

Indroharto. "Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik." In *Himpunan Makalah Azas-Azas Umum Pemerintahan yang Baik (A.A.U.P.B)*, edited by Paulus Effendi Lotulung. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1994.

———. *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara: Buku II Beracara di Pengadilan Tata Usaha Negara*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2015.

———. *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Edisi Baru. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2003.

J. Remmelink. *Hukum Pidana*. Terjemahan. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2003.

Junus, Benny M. *Intisari Hukum Administrasi Negara*. Bandung: Alumni, 1980.

Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi. *Naskah Akademik Rancangan Undang Undang Administrasi Pemerintahan*. Jakarta: Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, 2013.

Koesoemahatmadja, Djenal Hoesen. *Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1990.

Lotulung, Paulus Effendi. *Lintasan Sejarah dan Gerak Dinamika Peradilan Tata Usaha Negara (PERATUN)*. Jakarta: Salemba Humanika, 2013.

Lukman, Marcus. "Eksistensi Peraturan Kebijaksanaan dalam Bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan di Daerah Serta Dampaknya Terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional." Disertasi Universitas Padjajaran, 1997.

Mahadi. *Sumber-Sumber Hukum*. Jilid 1. Jakarta: N.V. Soeroengan, 1956.

Manan, Bagir. *Konvensi Ketatanegaraan*. Bandung: Armico, 1987.

———. *Politik Perundang-Undangan dalam Rangka Mengantisipasi Liberalisasi Perekonomian*. Bandar Lampung: FH UNILA, 1996.

Martosoewignjo, R. Sri Soemantri. *Bunga Rampai HTN Indonesia*. Bandung: Alumni, 1992.

———. *HTN Indonesia: Pemikiran dan Pandangan*. Bandung: PT Remaja Rosdakarya, 2014.

Marzuki, H. M. Laica. "Menyoal Diskresi yang Terpasung (Mengkritisi Undang-Undang Administrasi Pemerintahan)." *Amanna Gappa* 25, no. 2 (2017): 1–6.

Mertokusumo, Sudikno. *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*. Ketiga. Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2002.

Moeliono, Anton M. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka, 1995.

Moh. Mahfud MD. *Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia*. Yogyakarta: UII Press, 1993.

———. *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia: Studi Tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan*. Jakarta: Rineka Cipta, 2000.

Muchsan. *Beberapa Catatan Tentang Hukum Administrasi Negara dan Peradilan Administrasi di Indonesia*. Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1981.

———. *Pengantar dalam Hukum Indonesia*. Cetakan IX. Jakarta: PT Penerbit dan Balai Buku Ichtiar, 1966.

———. *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*. Cetakan Keempat. Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2007.

Mustafa, Bachsan. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1990.

Norra, Azza Azka. "Pertentangan Norma Fiktif Negatif dan Fiktif Positif Serta Kontekstualisasinya Menurut Undang Undang Administrasi Pemerintahan." *Jurnal Hukum PERATUN* 3, no. 2 (2020): 141–154.

P.A.F. Lumintang. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1977.

P.J.P. Tak. *Rechtsvorming in Nederland*. Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1991.

Paton, George Whitecross. *A Text-Book of Jurisprudence*. Second ed. London: Oxford University Press, 1951.

Pratiwi, Cekli Setya, Christina Yulita, Fauzi, and Shinta Ayu Purnamawati. "Penjelasan Hukum Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB) Hukum Administrasi Negara." Jakarta, 2016. Last modified 2016. https://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-Asas-Asas-Umum-Pemerintahan-yang-Baik-Hukum-Administrasi-Negara.pdf.

Projodikoro, Wirjono. *Asas-Asas HTN di Indonesia*. Keenam. Jakarta: Dian Rakyat, 1989.

Purbopranoto, Koentjoro. *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*. Bandung: Alumni, 1978.

R.D.H. Koesoemahatmadja. *Pengantar Hukum Tata Usaha Negara Indonesia*. Bandung: Alumni, 1985.

Ranawijaya, Usep. *HTN Indonesia Dasar-Dasarnya*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983.

Ridwan HR. *Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: UII Press, 2002.

———. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006.

———. *Hukum Administrasi Negara*. Edisi Revisi. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011.

———. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2016.

Ro'is, Muh. Arsath. *Kamus Praktis Belanda-Indonesia, Indonesia-Belanda*. Amsterdam: Uitgeversmaatschappij bv, 1987.

Sanoesi, Achmad. *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*. Bandung: Penerbit Tarsito, 1977.

Saputra, Nata. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Rajawali, 1988.

SF. Marbun. "Analisis Teoritik Yuridik Kasus Ir. Akbar Tandjung dari Optik Hukum Administrasi Negara." dalam *Putusan Perkara Akbar Tandjung Analisis Yuridis Para Ahli Hukum*, edited by Amir Symasudin. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2004.

———. *Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak*. Pertama. Yogyakarta: FH UII Press, 2014.

———. "Eksistensi Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak dalam Menjelmakan Pemerintahan yang Baik dan Bersih di Indonesia." Disertasi Universitas Padjajaran, 2001.

SF. Marbun, and Moh. Mahfud MD. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Cetakan Keempat. Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2004.

Siahaan, Lintong O. *Prospek PTUN Sebagai Pranata Penyelesaian Sengketa Administrasi di Indonesia (Studi Tentang Keberadaan PTUN Selama Satu Dasawarsa 1991-2001)*. Jakarta: Perum Percetakan Negara RI, 2005.

Sidharta, B. Arief. *Asas Hukum, Kaidah Hukum, Sistem Hukum, Dan Penemuan Hukum*. Bandung, 2004.

Simanjuntak, Enrico. *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara: Transformasi & Refleksi*. Jakarta: Sinar Grafika, 2018.

Soekanto, Soerjono. *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*. Jakarta: Rajawali Pers, 1988.

Soemitro, Rochmat. "Peradilan Administrasi dalam Hukum Pajak di Indonesia." Disertasi Universitas Padjajaran, 1991.

Soeprapto, Maria Farida Indrati. *Ilmu Perundang-Undangan: Dasar-Dasar dan Pembentukannya*. Yogyakarta: Kanisius, 2008.

———. *Ilmu Perundang-Undangan: Proses dan Teknik Pembentukannya*. Yogyakarta: Kanisius, 2007.

Sucipta, Pery Rehendra. "Kekuatan Hukum Kebijakan Pemerintah Daerah dalam Menerbitkan Keputusan (Beschikking) Dihubungkan dengan Penerapan Asas Praesumptio Iustae Causa." *Jurnal Selat* 2, no. 1 (2014): 201–211.

Sucipta, Pery Rehendra, and Rilo Pambudi S. "The General Principles of Good Governance in the Mind of Raja Ali Haji." *Jurnal Hukum PERATUN* 2, no. 2 (2019): 259–274.

Sudarsono. *Legal Issues Pada Peradilan Tata Usaha Negara Pasca Reformasi Hukum Acara dan Peradilan Elektronik*. Jakarta: Kencana, 2019.

Suseno, Franz Magnis. *Etika Politik*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2001.

Syafrudin, Ateng. "Asas-Asas Pemerintahan yang Layak Pegangan bagi Pengabdian Kepala Daerah." dalam *Himpunan Makalah Azas-Azas Umum Pemerintahan yang Baik (A.A.U.P.B)*, edited by Paulus Effendie Lotulung. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1994.

———. "Butir-Butir Bahan Telaahan Tentang Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak Untuk Indonesia." dalam *Himpunan Makalah Azas-Azas Umum Pemerintahan yang Baik (A.A.U.P.B)*, edited by Paulus Effendi Lotulung. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1994.

———. *Memantapkan Pemerintah yang Bersih Kuat dan Berwibawa*. Bandung: Penerbit Tarsito, 1982.

Tanya, Bernard L. *Hukum dalam Ruang Sosial*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2010.

Tim Penyusun. *Anotasi Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan*. Jakarta: Universitas Indonesia – Center for Study of Governance and Administrative Reform (UI-CSGAR), 2017.

———. *Catatan Kritis Terhadap UU No. 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja*. Edisi 2/6. Yogyakarta, 2020.

———. *Perkembangan Peradilan Tata Usaha Negara dan Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara Dilihat dari Beberapa Sudut Pandang*. Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2011.

Titus, Harold H., Marilyn S. Smith, and Richard T. Nolan. *Living Issues in Philosophy*. Terjemahan. Jakarta: Bulan Bintang, 1984.

Tjandra, Riawan. *Teori & Praktek Peradilan Tata Usaha Negara*. Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, 2010.

Umar, Nasaruddin, and Nadhifah Attamimi. *Pengantar Hukum Administrasi Negara dan Mekanisme Pengawasan Notaris di Indonesia*. Pertama. Ambom: LP2M IAIN Ambon, n.d.

Wahab, Solichin Abdul. *Pengantar Analisis Kebijaksanaan Negara*. Jakarta: Aneka Cipta, 1990.

Wahono, I. Wibowo Francis. *Neoliberalisme*. Yogyakarta: Cinderlaras Pustaka Rakyat Cerdas, 2003.

Wijoyo, Suparto. *Karakteristik Hukum Acara Peradilan Administrasi*. Surabaya: Airlangga University Press, 1997.

Yasin, Muhammad. "Begini Cara Hakim Menambal Kelemahan Lembaga Fiktif Positif." Maret 2018. https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5aa7cc5c4b574/begini-cara-hakim-menambal-kelemahan-lembaga-fiktif-positif. Diakses 3 Agustus 2021.

PROFIL PENULIS



Mexsasai Indra, Lahir di Air Molek (Riau) 13 Maret 1981. Beliau adalah Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Riau-Pekanbaru. Menyelesaikan Sarjana Hukum pada Universitas Islam Riau-Pekanbaru tahun 2004 dan Magister Hukum Pada Universitas yang sama, selesai tahun 2006 dengan bidang kajian utama Hukum Tata Negara. Program Doktor Ilmu Hukum pada Universitas Padjajaran Bandung dengan tetap konsisten menekuni bidang kajian Hukum Tata Negara/Hukum Administrasi Negara.

Pengalaman organisasi: Pernah tercatat sebagai Wakil Gubernur Mahasiswa Badan Eksekutif Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Islam Riau (2002-2003), Gubernur Mahasiswa Badan Eksekutif Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Islam Riau (2003-2004), Wakil Ketua Asosiasi Pengajar HTN/HAN (APHTN) Wilayah Riau 2016-2021, Ketua Badan Kajian Konstitusi (BKK) Fakultas Hukum Universitas Riau 2009-2015, Sekretaris Program Magister Ilmu Hukum Universitas Riau 2013-2015, Pelaksana Tugas Ketua Bagian Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Riau 2015-2016, Ketua Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Riau 2016-2017, Wakil Dekan Bidang Akademik Fakultas Hukum Universitas Riau 2017-2021, Dekan Fakultas Hukum Universitas Riau Periode 2021-2025. Aktif menulis diberbagai media di Riau dan menjadi nara sumber diberbagai seminar dan forum-forum dialog.

Karya tulis: *Komisi Konstitusi Indonesia (Proses Pembentukan dan Pelaksanaan Kewenangannya*) UIR Press, 2007. *Membangun Hubungan Checks And Balances antara DPR dengan Presiden*, dalam buku *Bunga Rampai Demokrasi*, *HAM, dan Negara Hukum* (Kumpulan Tulisan sebagai penghormatan bersempena dengan pengukuhan jabatan guru besar Prof. Dr. Hj. Ellydar Chaidir, S.H.,M.Hum. UIR Press, Pekanbaru, 2008. *Dinamika UUD 1945 dalam Perspektif Historis,*

dalam Buku *Problematika Hukum di Indonesia* (Kumpulan Tulisan Dosen Universitas Riau) Alaf Riau. 2011, *Dinamika Hukum Tata Negara*, Refika Aditama, Bandung. 2010, *Menyelesaikan Sengketa Batas Daerah*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2013.



Dr. Oksep Adhayanto, S.H., MH lahir di Tanjungpinang 29 September 1981. S1 & S2 diselesaikan pada Universitas Islam Riau dan S3 diselesaikan pada Universitas Islam Bandung dengan konsentrasi Hukum Tata Negara. Berbagai pengalaman telah dilalui penulis antara lain Ketua Program Studi Ilmu Hukum 2013-2016, Dekan FISIP UMRAH sejak 2018 sampai dengan sekarang. Selain aktif dikampus, penulis juga aktif diberbagai organisasi diluar kampus seperti ICMI Provinsi Kepulauan Riau, KAHMI Provinsi Kepri, Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara Pusat, Masyarakat Ilmu Pemerintahan Indonesia Provinsi Kepri, dll. Saat ini selain menjabat sebagai Dekan FISIP, penulis juga diamanahkan menjadi Staf Khusus Gubernur Provinsi Kepulauan Riau. Selain aktif mengajar, penulis juga aktif melakukan penelitian diwilayah Provinsi Kepri serta menjadi narasumber diberbagai acara.



Pery Rehendra Sucipta, S.H., MH lahir di Kelurahan Pancur (Kabupaten Lingga), 21 Agustus 1988. Pendidikan Sarjana Hukum diperoleh pada Fakultas Hukum Universitas Pasundan Bandung (2009) dan Magister Hukum pada Program Pasca Sarjana Universitas Islam Bandung (2012). Saat ini tercatat sebagai Pengajar/ Dosen Tetap Universitas Maritim Raja Ali Haji berstatus ASN dengan mengampu mata kuliah Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara. Dalam hal pengalaman pekerjaan bermula pernah menjadi Asisten Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Pasundan Bandung (2010-2012), Dosen Luar Biasa pada Universitas Putera Batam (2013) , Dosen Tetap Universitas Internasional Batam (2013-2014), Dosen Luar Biasa Universitas Internasional Batam (2014-2017), Ketua Laboratorium Ilmu Hukum UMRAH (2015-2018). Email : pery_rehendra@yahoo.com

Adapun karya tulis yang pernah dihasilkan termuat dalam beberapa Jurnal Nasional diantaranya pada Jurnal Selat Program Studi Ilmu Hukum UMRAH yaitu : 1) Kekuatan Hukum Kebijakan

Pemda dalam menerbitkan Keputusan (Beschikking) dihubungkan dengan penerapan asas Presemtio Iustae Causa; 2) Politik Hukum Pengelolaan Kawasan Perbatasan (Studi Kasus Badan Pengelolaan Perbatasan Provinsi Kepulauan Riau); 3) Proporsionalitas Putusan Hakim Berdasarkan Ide Keseimbangan; 4) Membangun Sistem Politik Yang Tidak Rentan Korupsi (Perspektif Perubahan Budaya Versus Perubahan Sistem), Jurnal IUS Kajian Hukum dan Keadilan "Lex Specialis Derogat Legi Generali Sebagai Asas Preferensi Dalam Kecelakaan Angkutan Laut Pelayaran Rakyat", Jurnal Ilmiah Advokasi "Kajian Kriminologis Terjadi Tindak Pidana Korupsi Dana Desa Di Desa Penaga", JUAN Jurnal Ilmu Administrasi Negara Prodi Ilmu Administrasi Negara FISIP UMRAH, "Politik Hukum : Perumusan Kebijakan Perlindungan Tenaga Kerja dan Penanaman Modal (Studi Pada Kota Batam)", Jurnal Hukum PERATUN Puslitbang Hukum dan Peradilan bersama Ditjen Badan Peradilan Militer dan Tata Usaha Negara Mahkamah Agung RI yaitu : 1) "Analisis Penerapan Diskresi dalam Pengisian Jabatan Wakil Gubernur Provinsi Kepulauan Riau dihubungkan dengan UU Pilkada jo. UU Administrasi Pemerintahan; 2) Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik Dalam Pemikiran Raja Ali Haji", Jurnal UIR Law Review "Perlindungan Asuransi Terhadap Kapal Pompong Sebagai Alat Pengangkutan Niaga di Kota Tanjungpinang", dan Freies Ermessen Dalam Model Pelayanan Publik Dasar di Wilayah Kepulauan Riau, Penelitian Unggulan Perguruan Tinggi, Hibah Penelitian LP3M UMRAH.

HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Sebagai bagian dari hukum publik dan spesifikasi dalam ilmu hukum, Hukum Administrasi Negara (HAN) memiliki arti penting. Dua dari empat syarat berdirinya negara yakni adanya pemerintah dan rakyat. Dalam hubungan antara pemerintah dan rakyat terjadi hubungan timbal balik (*resiprositas*) dalam posisi pejabat administrasi negara sebagai *public service*. Di dalam pelaksanaan tugas dan fungsi pejabat administrasi negara itulah terbuka peluang terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh pejabat administrasi negara, karena sebagaimana dikatakan Lord Acton, kekuasaan itu cenderung untuk korup. Di sinilah letak pentingnya Hukum Administrasi Negara (HAN).

HAN mengatur hubungan hukum antara pemerintah/penguasa dengan masyarakat atau anggota masyarakat yang dilayani. Semakin modern sebuah negara, semakin banyak campur tangan pemerintah terhadap kegiatan-kegiatan kehidupan masyarakat sehari-hari, seperti: kegiatan-kegiatan di bidang politik, ekonomi, sosial budaya, keluarga, dan sebagainya. Supaya terjadi keharmonisan di dalam hubungan antara pemerintah dengan masyarakat atau anggota masyarakat tersebut, maka perlu adanya kontrol. Kehadiran HAN merupakan salah satu sarana kontrol terhadap bekerjanya kekuasaan negara yang dijalankan oleh pejabat administrasi negara.

Melalui buku ini pembaca akan bertambah pengetahuannya tentang Hukum Administrasi Negara terutama mengenai sumber-sumber hukum administrasi Negara, hubungan konsep negara hukum *Welfare State* dan *Freies Ermessen*, konsep pemerintah dan tindakan pemerintah, asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang baik, dan penegakan hukum administrasi negara, serta secara khusus diulas mengenai perkembangan hukum administrasi negara dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Selamat membaca!

LABORATORIUM KOMUNIKASI & SOSIAL
FAKULTAS ILMU SOSIAL DAN ILMU POLITIK
UNIVERSITAS MARITIM RAJA ALI HAJI

ISBN 978-623-98063-2-3