

## **KATA PENGANTAR**

Buku berjudul Bunga Rampai Hukum Administrasi ini adalah kumpulan tulisan dan pemikiran yang telah disampaikan dalam berbagai kegiatan akademika baik tingkat nasional, internasional maupun regional yang secara khusus dikemas dalam kegiatan seminar maupun dalam diskusi ilmiah yang pernah dilakukan. Seiring dengan berjalannya waktu, hukum administrasi juga mengalami perkembangan dan diskusi yang menarik untuk terus dikaji dan dikembangkan.

Dalam kaitannya tersebut, sebagai civitas akademika dalam mengembangkan bidang keilmuan khususnya hukum administrasi untuk terus memberikan sumbangan tulisan dan pemikiran bagi kemajuan ilmu pengetahuan yang dirasakan saat ini telah menjadi kebutuhan baik untuk kalangan Mahasiswa (Strata Sarjana, Magister, Doktor), Praktisi Hukum (Pengacara, Jaksa, Kepolisian, Hakim), Pemerintah, NGO, maupun Masyarakat Umum.

Menjembatani akan kebutuhan konsep-konsep hukum administrasi dalam tataran filosofi, teori, dan dogmatik yang terjadi saat ini. Melalui buku Bunga Rampai Hukum Administrasi ini dapat memberikan pencerahan dan kontribusi keilmuan yang sangat penting dalam menyelesaikan beberapa problematika penerapan hukum administrasi.

Semoga isi buku ini dapat melengkapi koleksi dan cakrawala hukum administrasi yang belum pernah dituliskan oleh beberapa penulis lainnya.

**Surabaya, Februari 2020**  
**Penulis**

**Prof. Dr. Tatiek Sri Djatmiati, S.H.,M.S**

## DAFTAR ISI

<b><u>SATU</u></b> .....	<b>Faute Personelle De Service Dalam Tanggung Gugat Negara. [Telah dimuat dalam JURNAL Fakultas Hukum UNAIR YURIDIKA, Vol. 19, No. 4, Juli – Agustus 2004].</b>
<b><u>DUA</u></b> .....	<b>Kerjasama Antara Daerah Dalam Bidang Perizinan. [Telah dimuat dalam Jurnal Fakultas Hukum UNAIR YURIDIKA, VOL.2 No. 4, Juli-Agustus 2005].</b>
<b><u>TIGA</u></b> .....	<b>Administrasi Penal Law. [Makalah disampaikan pada diskusi panel “Pertanggungjawaban Pidana Korporasi Dalam Tindak Pidana Korupsi Dalam Perspektif Pidana, Administrative Penal LAW dan Business Judgement Rule”, diselenggarakan oleh FH UNAIR, 20 Februari 2013].</b>
<b><u>EMPAT</u></b> .....	<b>Prosedur Penegakan Hukum Terhadap Pejabat Penyelenggara Pemerintahan. [Makalah disampaikan pada Seminar Regional Sulawesi tentang Penegakan Hukum Dalam Penyelenggaraan Pemerintah Daerah, diselenggarakan oleh Badan Kerjasama Pembangunan Sulawesi, Makasar 16 Januari 2014].</b>
<b><u>LIMA</u></b> .....	<b>Posisi Kejaksaan Dalam Sistem Pemerintahan dan Ketatanegaraan di Indonesia. [Makalah disampaikan dalam seminar Nasional Posisi Ideal Kejaksaan Dalam Sistem Ketatanegaraan di Indoneisa, Kerjasama Fakultas Hukum Universitas Airlangga dengan Kejaksaan Tinggi Surabaya, Tanggal 19 Juni 2014].</b>
<b><u>ENAM</u></b> .....	<b>Integrasi Perizinan Pertambangan Dalam Kajian Hukum Administrasi.. [Makalah disampaikan pada Seminar Internasional, Pertambangan Dalam Perspektif, Kendari, November 2014].</b>
<b><u>TUJUH</u></b> .....	<b>Transparasi dan Akuntabilitas Penyelenggaraan Pemerintah Daerah</b>

**Dalam Konteks “Good Governance”. [ Makalah disampaikan pada Surabaya 2014]**

**DELAPAN.....**  
**Direksi Dalam Konteks Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014.[Makalah disampaikan dalam COLLOQUIUM membedah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, Surabaya, 5 Juni 2015].**

**SEMBILAN.....**  
**Titik Singgung Hukum Administrasi dan Hukum Perdata Dalam Sengketa Tanah. [Makalah disampaikan pada Seminar.....Surabaya Tahun.....].**

# BAB I

## ***FAUTE PERSONELLE* DAN *FAUTE DE SERVICE* DALAM TANGGUNG GUGAT NEGARA**

### **Pendahuluan**

*Onrechtmatig Overheidsdaad* (O.O.D), Kesalahan Pribadi & Kesalahan Jabatan serta tanggung gugat Negara, dalam konteks Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan (sekarang menjadi Undang-Undang 30 Nomor Tahun 2014 tentang Administrasi pemerintahan) merupakan penulisan dibidang Hukum Administrasi. Untuk itu pada bagian awal dipaparkan tentang konsep dasar Hukum Administrasi yang dijadikan landasan untuk menganalisis *faute personelle* dan *faute de service*. Kajian terhadap Hukum Administrasi meliputi: **pendekatan dalam Hukum Administrasi, O.O.D dan Tanggung Jawab atau Tanggung Gugat Negara.**

#### **A. Pendekatan Dalam Hukum Administrasi**

H.B Jacobini dalam menjawab pertanyaan “what is administrative law” mengatakan :

*Definitions of administrasi law contain several or all of the following components: control of administration, the legal rules, both internal and external, emerging from administrative agencies, the concerns and procedures pertinent to remedying legal injury to individuals caused by government entities and their agents, and court decisions pertinent to all or to parts of these.*<sup>1</sup>

Situasi tersebut cukup memberikan penjelasan bahwa pemahaman tentang tanggung gugat Negara berkaitan dengan konsep Hukum Administrasi yang menyangkut penggunaan wewenang dalam menjalankan tugas untuk pelayanan publik. Memang tidak setiap konsep Hukum Administrasi yang dikemukakan oleh para yuris mengandung unsur-unsur yang sama, namun umumnya selalu terdapat unsur pengujian atau pengawasan penggunaan kewenangan oleh pemerintah.

---

<sup>1</sup> H.B. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative law*, Oceana Publications Inc, New York, 1991, p. 3.

Kepustakaan Hukum Administrasi Perancis mengikuti pandangan Laubedere yang mengemukakan empat elemen hukum administrasi yang meliputi :

- 1) *The administrative organization of the state.*
- 2) *The study of administrative activity.*
- 3) *The means of actions by which administration is in fact carried out, particularly the personnel employed and the material level utilized.*
- 4) *The patterns of litigation or yudicial control of administration.*<sup>2</sup>

Berbagai konsep hukum administrasi tersebut, menunjukkan bahwa sejak awal, tanggung jawab atau tanggung gugat negara merupakan unsur yang dominan dalam hukum administrasi yang bertujuan melindungi warga masyarakat terhadap tindakan pemerintah. Berdasarkan 3 pendekatan terhadap hukum administrasi yaitu pendekatan kekuasaan, hak asasi dan fungsionaris, maka pendekatan yang berkaitan dengan tanggung gugat negara juga digunakan 3 pendekatan tersebut, yaitu:

#### **a. Pendekatan kekuasaan;**

Pendekatan kekuasaan berkaitan dengan wewenang yang diberikan menurut Undang-Undang berdasarkan **asas *legalitas*** atau **asas *rechtmatigheid***. Dengan demikian pendekatan ini menentukan kontrol atau pengawasan terhadap penggunaan kekuasaan. Dalam hal ini terdapat pelanggaran atau penyimpangan dalam penggunaan kekuasaan oleh pemerintah, maka tanggung gugat negara dilakukan atas dasar *rechtmatigheid* atau asas legalitas. Asas legalitas dibedakan atas :

1. Asas Legalitas Formal
2. Asas Legalitas Substansial

Legalitas formal berkaitan dengan keabsahan wewenang dan prosedur, sedangkan legalitas substansial bertumpu pada asas tujuan. Dalam literature Belanda asas tujuan ini dikenal dengan "*Specialiteit Beginself*". Dalam sistem hukum Inggris pendekatan kekuasaan ini berkaitan dengan prinsip ***the rule of law***. Prinsip ini menentukan penggunaan *kekuasaan* menurut hkum, dan melarang penggunaan yang sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), artinya tidak seorang pun boleh dirampas atau dicabut hak-haknya, kebebasannya atau kekayaannya tanpa kewenangan hukum.

---

<sup>2</sup> H.B. Jacobini, *Op. Cit.*, h.4.

Hukum Inggris mendasarkan tanggung gugat negara atas doktrin “*Ultra Vires*”.

**b. Pendekatan hak asasi manusia;**

Sejak awal pendekatan hak asasi manusia berkaitan dengan fungsi hukum administrasi yaitu perlindungan hukum kepada masyarakat. Oleh karena itu pendekatan ini (*Rights Based Approach*) menekankan pada peran kontrol atau pengawasan atas penggunaan wewenang oleh pemerintah. Dalam penggunaan kewenangan pemerintah harus senantiasa mempertimbangkan asas-asas umum pemerintahan yang baik, yaitu antara lain: *legality, procedural propriety, relevancy, reasonableness, legal certainty, participation, openness, propriety of purpose, proportionality*.<sup>3</sup>

Berkaitan dengan penggunaan kewenangan ada 3 bentuk perlindungan hukum pada masyarakat yaitu :

- a) *Bescherming via de democratie* (perlindungan melalui demokrasi)
- b) *Bescherming via bestuurlijk-hierarchische verhoudingen* (perlindungan hukum melalui hubungan hierarki pemerintahan)
- c) *Bescherming juridische voorzieningen* (perlindungan hukum melalui pengaturan yuridis).<sup>4</sup>

**c. Pendekatan perilaku;**

Pendekatan fungsionaris melengkapi kedua pendekatan lainnya dengan fokus pada aparat pemerintah dalam menjalankan fungsinya. Dengan demikian disamping norma-norma pemerintahan yang baik sebagai parameter fungsi pemerintahan, juga harus dikaitkan dengan **norma perilaku aparat** yang meliputi sikap melayani dan terpercaya (*dienstbaarheid betrouwbaarheid*).<sup>5</sup>

**B. Onrechtmatig Overheidsdaad (O.O.D)**

O.O.D merupakan suatu perbuatan melanggar hukum oleh penguasa. Dalam Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan tidak dikenal istilah tersebut. Pasal 44 Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan bukan menyatakan perbuatan melanggar hukum

---

<sup>3</sup> Peter Leyland and Terry Woods, *Administrative Law Facing in Future : Old Constraints and New Horizons*, 1997, p.18.

<sup>4</sup> J.B.J.M. Ten Berge, *Bescherming Tegen de Overheid*, Derde Druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, Nederlands, 1995, p. 6-7

<sup>5</sup> J.B.J.M. Ten Berge, *De Persoon in Het Bestuursrecht*, Makalah, 2004.

oleh penguasa tapi **merupakan perbuatan melanggar hukum Administrasi Pemerintahan**, jadi bukan O.O.D.

Konsekuensinya adalah pada parameter yang terdapat didalam Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Oleh karena Undang-Undang Administrasi Pemerintah tidak menggunakan istilah O.O.D maka jangan diartikan itu sebagai O.O.D, jadi berarti merupakan sengketa hukum publik. Sedangkan sengketa TUN lainnya yang menurut Undang-Undang ini tidak menjadi wewenang Pengadilan Tata Usaha Negara, diselesaikan oleh Pengadilan Umum.

Problemanya di Pengadilan Negeri **hanya di catat sebagai perkara perdata**, oleh karena sengketa absolut Pengadilan Negeri adalah perdata dan pidana. Dengan demikian sengketa Tata Usaha lain didaftar sebagai perkara perdata, sehingga hukum materiil yang d terapkan adalah pasal 1365 BW, yang menurut **yurisprudensi-osterman arrest** tahun 1919 dikenal dengan istilah OOD (*Onrechtmatig Overheidsdaad*). Ini merupakan suatu kontradiksi oleh karena sengketanya adalah sengketa TUN tapi hukum materiilnya adalah BW jadi didaftarkan dalam register perkara perdata. Mestinya bila ada sengketa TUN yang lain jangan didaftarkan sebagai sengketa perdata.

Dengan demikian apabila hadirnya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan ini diikuti, maka yang dirubah harusnya Pasal 1.4, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986. Oleh karena Pasal 1.4 membatasi obyeknya pada KTUN, termasuk sengketa kepegawaian. Jadi yang harus ditambahkan adalah **tindakan faktual yang belum diatur**, sesuai dengan ketentuan Pasal 4 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan.

### **C. Tanggung Jawab atau Tanggung Gugat Negara**

Tanggung jawab atau tanggung gugat negara berkaitan dengan penggunaan wewenang pemerintah dalam fungsi *public service*. Dalam melaksanakan fungsi tersebut bisa timbul kerugian atau penderitaan bagi masyarakat. Timbulnya kerugian bagi masyarakat dapat terjadi karena **cacat dalam penggunaan wewenang** atau **berkaitan dengan perilaku aparat selaku pribadi**. Kedua hal tersebut menjadi parameter ada atau tidaknya suatu tanggung jawab atau tanggung gugat negara atas kerugian yang ada.

Adapun kajian mengenai kesalahan pribadi dan kesalahan jabatan dalam konteks tanggung jawab dan tanggung gugat negara ini, dilakukan dengan membandingkan sistem hukum di beberapa negara yaitu seperti Perancis dan Inggris, utamanya tentang: *Public service*, RUU Pelayanan Publik dan Maladministrasi.

## 1) *Public service*

### a) Konsep Perancis

Penggunaan kewenangan oleh pemerintah menurut konsep hukum Perancis beranjak dari dua prinsip utama yang telah ditetapkan oleh Conseil d'etat sebagai dasar dalam pelayanan publik (*public service*). Pertama adalah *legalite* dan yang kedua adalah *responsabilite*. *Legalite* (legalitas) berarti bahwa pemerintah harus bertindak sesuai dengan hukum, oleh karenanya keputusan-keputusannya beresiko untuk dibatalkan oleh pengadilan administrasi. *Responsabilite* mengidentifikasi bahwa pemerintah akan bertanggung gugat untuk ganti kerugian bagi warga yang mengalami kerugian oleh keputusan-keputusan atau tindakan-tindakan pemerintahan.<sup>6</sup>

Dalam sistem hukum Perancis, pemerintah bertanggung gugat dalam beberapa situasi, bahkan dalam hal tidak ada kesalahan yang dilakukan namun kerugian menimpa individu dalam pelayanan public. Tanggung gugat ini terjadi karena adanya prinsip **beban publik** (*equality before public burdens*) seperti yang diatur didalam Pasal 13 *Declaration of the Rights of Man of 1789*. Dalam kasus Agnes Blanco (Agnes Blanco tertabrak truk milik pabrik rokok di kota Bordeaux), Tribunal des Conflicts tahun 1873 menetapkan 3 asas, yaitu :

1. Asas tanggung gugat negara atas kesalahan pejabatnya.
2. Tanggung gugat tunduk kepada peraturan yang memisahkan dan membedakannya dengan hukum privat.
3. Asas bahwa tanggung gugat tersebut merupakan yuridiksi dari peradilan administrasi.

Conseil d'Etat, dan juga dari pertimbangan Tribunal de Conflicts kemudian mengembangkan ukuran kesalahan untuk tanggung gugat atas kerugian yang ada, atas 2 unsur :

---

<sup>6</sup> L. Neville Brown dan John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press Oxford, 1998, p. 182.



## 1. *Faute personelle* (Kesalahan Pribadi)

Dikatakan telah terjadi suatu *faute personelle* (kesalahan pribadi), jika ada kesalahan pribadi seseorang yang merupakan bagian dari pemerintahan. Kesalahan yang dilakukan tidak berkaitan dengan pelayanan publik tetapi menunjukkan kelemahan orang tersebut, keinginan-keinginan atau nafsunya dan kurang hati-hati atau kelalaian-kelalaiannya.

Di dalam kaitan dengan tanggung gugat negara, karena adanya unsur *faute personelle*, pegawai tersebut dapat digugat oleh seseorang yang dirugikan di pengadilan umum (*Ordinary Court*) selaku pribadi dan bertanggung gugat atas kesalahan sendiri.

## 2. *Faute de service* (Kesalahan Jabatan)

*Faute de service* terjadi karena adanya kesalahan dalam penggunaan wewenang, dan hanya berkaitan dengan pelayanan. Para pejabat public melindungi diri dengan alasan adanya prinsip *separation of power* yang melarang pengadilan umum untuk menerima aduan atas tindakan pemerintahan yang menyimpang. Bila terdapat pihak yang dirugikan gugatan harus di ajukan ke Peradilan Administrasi.

Hukum administrasi Prancis (*Droit Administratif*) di satu sisi mengatur dan memberikan kewenangan pemerintahan, dan disisi lain mengembangkan prosedur untuk melindungi hak-hak individu dan kebebasan individu terhadap tindakan-tindakan kewenangan publik. Conseil d'Etat memberikan karakteristik sebagai *bulwark of civil liberties* (benteng kebebasan individu), dan juga sebagai *guardian of administrative morality* (penjaga moral pemerintah).<sup>7</sup>

Di dalam kaitan dengan tanggung gugat negara, yang menekankan unsur kesalahan (*faute*) juga terlihat keseimbangan perlindungan tersebut. Apabila terdapat suatu *faute personelle*, maka gugatan tidak dapat diajukan ke pengadilan administrasi. Penyelesaian sengketa diselesaikan dengan berpedoman pada *civil code* (*droit civil*). Dalam hal terdapat unsur *faute de service*, maka gugatan diajukan ke Peradilan Administrasi dengan berpegang pada prinsip daar dalam penyelenggaraan pemerintahan yang

---

<sup>7</sup> M.P. Jain, *Administratif Law of Malaysia and Singapore*, third edition, Malayan journal, 1997, p.39.

disebut *Les Principes Generaux Du Droi*, yang meliputi: *Violation de la loi, Incompetence, Vice de forme, L'inexistence, Detournement de pouvoir*<sup>8</sup>

Pelanggaran atas kelima prinsip tersebut dikategorikan bertentangan dengan prinsip *legalite* (keabsahan). Melengkapi tanggung gugat negara dalam pelayanan publik, Prancis juga mengembangkan unsur kesalahan yang disebut *faute lourde (gross fault)*, disamping itu juga ada unsur kesalahan yang di sebut *simple fault*. *Faute lourde* merupakan unsur kesalahan yang besar dan kotor. *Faute lourde* itu dianggap perlu apabila tugas pelayanan publik **luar biasa sulitnya atau sangat sensitif**.

Tanggung gugat Negara (*liability*), yang berkaitan dengan unsur *faute lourde*, memiliki persyaratan khusus dibidang diskresi yang berkaitan dengan kasus kepolisian, kasus perpajakan, pengawasan peraturan perUndang-Undangan dan bahkan lebih dari itu adalah bidang dimana para pegawai disyaratkan untuk menguji secara khusus pertimbangan atau pendapat mereka.<sup>9</sup>

Contoh kasus di Prancis yang mengandung unsur *simple fault*, dan yang lain memiliki kesalahan besar atau *faute lourde*:

1. **Penanganan yang salah terhadap seorang wanita dalam operasi Caesar**, menimbulkan penderitaan luar biasa karena serangan pada hati dan gangguan phisik pencernaan ( CE Ass. 10 April 1992 ). Kasus ini merupakan contoh bahwa dalam pelayanan publik dibidang medis terdapat unsur *simple fault*, yang karena kelalaian pihak rumah sakit mengharuskan institusi tersebut untuk bertanggung jawab terhadap penderitaan seseorang.
2. Kasus **Villa De Paris C. Marabout** ( CE. Ass. 20 Oktober 1972 ) jalan masuk ke sebuah rumah di dekat Cul-de-sac di pinggiran kota Paris selalu terhalang oleh mobil-mobil yang parker, walaupun parkir dilarang oleh peraturan kota setempat. Pemilik rumah menggugat pemerintah kota Paris karena kerugiannya. *The Assemblée du Contentieux* membenarkan putusan Tribunal Administrasi Paris bahwa pemerintah kota bertanggung gugat: pengadilan mengakui ada kesulitan khusus menyangkut rambu lalu

---

<sup>8</sup> H.B., Jacobini, *Op. Cit.*, p. 108

<sup>9</sup> L. Neville Brown and John S. Bell, *Op. Cit.*, p. 220.

lintas di kota Paris, tetapi mereka bersalah pada tingkat **faute lourde** karena kealpaan di dalam penegakan hukum.<sup>10</sup>

## b) Konsep Inggris

Di Inggris berlaku Doktrin mengenai *Sovereignty of Parliament* atau supremasi parlemen yang membatasi dan dapat memberikan wewenang pada badan-badan pemerintahan. Badan-badan pemerintahan kemudian menggunakan wewenang dengan batasan prinsip “*The Rules of Law*” yang berarti penggunaan wewenang itu (untuk pelayanan public) tidak diperbolehkan keluar dari batas-batas yang telah ditentukan. Pengujian atas penggunaan kewenangan menurut sistem hukum Inggris bertumpu pada doktrin *ultra vires*, yang dalam uraian terdahulu meliputi: *Substantive express ultra vires*, *Substantive implied ultra vires* dan *Procedural ultra vires*. Unsur *ultra vires* merupakan unsur yang berisi aspek substansi dan aspek prosedur. Terdapat 3 bentuk “*Ultra Vires*” :

1. *Substantive express Ultra Vires*
2. *Substantive implied Ultra Vires*
3. *Procedural Ultra Vires*

*Substantive express Ultra Vires* terjadi dalam hal tindakan dilakukan diluar wewenang yang diberikan. *Substantive implied Ultra Vires* adalah semacam tindakan yang nampaknya masih dalam batas wewenang tetapi cacat karena adanya pembatasan yang diterapkan terhadap instrument tersebut berdasarkan prinsip-prinsip umum tentang interpretasi perundangan. *Procedural Ultra Vires* berkaitan dengan persyaratan prosedur yang membuat tindakan-tindakan yang diambil menjadi cacat (tidak sah).<sup>11</sup>

Di dalam sistem hukum Inggris, *ultra vires* hanya merupakan parameter penggunaan kewenangan, tetapi tidak membedakan mengenai **kesalahan pribadi** atau **kesalahan publik**.

## Rancangan Undang-Undang Pelayanan Publik

Sistem hukum Indonesia membedakan pelayanan publik dalam konteks penggunaan kewenangan dan perilaku aparat, oleh karena itu norma yang diatur juga berbeda. RUU Pelayanan Publik dimaksudkan sebagai UU

---

<sup>10</sup> *Ibid*, h. 82.

<sup>11</sup> E.I. Sykes BA (Qld) LLD (Melb) et. Al, *General Principles of Administrative Law, Third Edition, Butterworth, Sidney*, 1989, h. 21.

umum, yang seharusnya mengatur norma-norma perilaku aparat dalam melakukan *public service*, akan tetapi justru norma tersebut tidak diatur. Norma-norma yang diatur didalamnya hanyalah merupakan norma standart perilaku phisik.

Sebagai RUU Pelayanan Publik harus menekankan perilaku aparat, sehingga norma pengawasan berkaitan dengan pengawasan kepatutan perilaku aparat (*behoorlijkheids controle*). Mencermati norma-norma yang diatur dalam pasal-pasal yang ada didalam RUU Pelayanan Publik, ternyata sangat banyak pengaturan hal-hal yang bersifat sektoral dan tidak logis. RUU Pelayanan Publik andai kata nantinya menjadi Undang-Undang harusnya merupakan Undang-Undang Administrasi Umum. Sebagai Undang-Undang umum tidak boleh memasuki substansi Undang-Undang sektoral. Misalnya Pasal 11 RUU

**Pasal 11 RUU :**

- (1) Penyelenggara yang berwenang memberikan atau menerbitkan izin, dilarang mengalihkan atau mengubah fungsi atau peruntukan setiap sarana atau fasilitas umum yang sebelumnya oleh peraturan perUndang-Undangan, dinyatakan sebagai fasilitas umum tanpa melalui persetujuan DPR atau DPRD.
- (2) Ketentuan itu berlaku untuk sarana atau fasilitas umum yang telah direncanakan dan disetujui Penyelenggara saat memberikan izin.

Norma yang diatur dalam Pasal 11 RUU tersebut bersifat sektoral, menyangkut kewenangan menerbitkan izin yang sudah diatur oleh Undang-Undang yang lain. Dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 diubah dengan Undang-Undang No. 9 Tahun 2004, norma yang diatur adalah norma kewenangan, yang kalau dikaitkan dengan pengawasan atau pengujian penggunaan kewenangan dititik beratkan pada pengawasan legalitas (*rechtmatigheids controle*). Dalam pelayanan publik lahir gugatan yang berkaitan dengan :

1. *Onrechtmatige Overheids Daad* (OOD)
2. Keputusan Tata Usaha Negara (*beschikking*)

Terhadap tindakan *Onrechtmatige Overheids Daad* gugatan dapat diajukan ke Pengadilan umum, kalau tindakan itu bukan dalam Keputusan Tata Usaha Negara. Terhadap keputusan yang dikeluarkan oleh Pejabat atau Badan Pemerintah yang merugikan, gugatan diajukan ke Peradilan Tata

Usaha Negara, dengan menggunakan parameter asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB).

Di dalam hal terjadi gugatan karena pelayanan publik, aturan hukum kita tidak membedakan unsur kesalahan pribadi atau karena kesalahan pelayanan publik (*faute personnelle* dan *faute de service*). Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 jo Undang-Undang No. 9 Tahun 2004 tentang perubahan PTUN hanya mengatur dalam Pasal 116 ayat (4) tentang upaya paksa bagi para pejabat yang tidak bersedia menjalankan keputusan yang sudah *inkracht*. Dalam Undang-Undang lain memang ada norma yang bisa menjelaskan mengenai *faute personnelle* dan *faute de service*, misalnya Pasal 35 Undang-Undang No. 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara jo. Pasal 59 Undang-Undang No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, yang menetapkan bahwa: “setiap kerugian Negara yang diakibatkan oleh perbuatan melanggar hukum atau kelalaian diwajibkan membayar ganti kerugian”.

Ketentuan yang hampir sama juga tertuang dalam P.P No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Hak Atas Tanah. Ketentuan Pasal 63 jo Pasal 45 dapat dijadikan landasan mengenai pemberian sanksi apabila ada kesalahan dalam pelayanan publik. Jika Kepala Kantor Pertanahan tersebut tetap menerima pendaftaran, sedangkan persyaratannya tidak terpenuhi maka telah terjadi kesalahan pada pejabat yang bersangkutan dan dapat diberikan sanksi administratif sebagaimana diatur dalam Pasal 63. Apabila terjadi suatu gugatan yang berkaitan dengan dengan Pasal 45 tersebut, maka pemerintah tidak bertanggung gugat atas dasar *faute de service*, tetapi lebih tepat bahwa Kepala Kantor Pertanahanlah yang bertanggung gugat atas dasar *faute personnelle* (**kesalahan pribadi**).

Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah yang telah diuraikan tersebut memang bisa dijadikan dasar yang mengatur pengenaan beban publik atas kesalahan pelayanan maupun beban pribadi karena adanya unsur kesalahan pribadi (*faute personnelle*), namun Undang-Undang dan peraturan tersebut merupakan Undang-Undang sektoral yang semuanya tidak dapat diterapkan disemua sektor. Banyak argumentasi dilakukan mengenai perlunya diatur dalam peraturan pelaksanaan, tentang kesalahan pribadi dan kesalahan dalam tugas pelayanan publik.

## 2) Maladministrasi

Istilah maladministrasi digunakan sebagai dasar penilaian perilaku aparat atau pejabat publik (*rechtmatigheidstoetsing*) dalam rangka memberikan pelayanan kepada masyarakat. Menelaah arti kata maladministrasi, berasal dari bahasa latin **malum** yang artinya jahat (jelek). Istilah administrasi sendiri dari bahasa Latin **administrare** yang berarti melayani. Kalau dipadukan kedua istilah tadi berarti pelayanan yang jelek, sedangkan pelayanan itu dilakukan oleh pejabat publik.<sup>12</sup> E.I. Sykes dalam kaitan dengan maladministrasi mengemukakan “*The most appropriate general description is that his works is directed at the correction of case of maladministration a term which has been described as including bias, neglect, delay, inattention, incompetence, ineptitude, perversity, turpitude and arbitrariness*”.<sup>13</sup>

Menurut laporan tahun 1997, Ombudsman Eropa, definisi maladministrasi (penyimpangan pejabat publik) adalah “*Maladministration Occurs when a public body fail to act in accordance with the rule or principle binding on it*”, (penyimpangan terjadi apabila institusi publik tidak berhasil melakukan kewajiban Undang-Undang ataupun asas-asas yang mengikat pejabat publik terkait).<sup>14</sup>

Dalam pelaksanaan tugasnya Ombudsman Eropa menetapkan *Code of Good Administrative Behaviour* (kode etik perilaku) antara lain berisi prinsip:

1. Wajib melaksanakan Undang-Undang serta prosedur yang telah ditentukan (*lawfulness principle*).
2. Dalam mengambil keputusan selalu menjunjung tinggi persamaan serta perlakuan yang sama (*absence of discrimination*).
3. Menghindarkan diri dari upaya membatasi hak-hak masyarakat sehingga putusan yang diambil tetap profesional (*proportionality principle*).
4. Tidak boleh menyalah gunakan jabatan (*absence of abuse of power*).

---

<sup>12</sup> Philipus M. Hadjon, *Maladministrasi Sebagai Dasar Penilaian Perilaku Administrasi*, Makalah, 2004, h. 6-7.

<sup>13</sup> E.I Sykes, *Op. Cit.*, p. 379.

<sup>14</sup> Laporan Tahunan 1997 Ombudsman Eropa, Dalam Antonius Sujata dan R.M Surachman, *Ombudsman Indonesia Ditengah Ombudsman Internasional*, Komisi Ombudsman Nasional, Jakarta, 2002, h. 17-18.

5. Tidak memihak serta mandiri (*impartiality and independency*).
6. Bersikap konsisten dan rasional dilandasi oleh aturan hukum atau praktek hukum yang ada (*legitimate expectations and consistency*).
7. Adil dan rasional (*fairness*).
8. Bersikap lembut dan menolong (*cortesy*).
9. Pengambilan keputusan sesuai waktu yang sewajarnya (*reasonable time limit for taking decisions*).<sup>15</sup>

Sesuai dengan ketentuan konstitusi Eropa, Pasal 195 ayat (1) Mahkamah Eropa (*court of justice*) hanya memiliki wewenang penyelesaian sengketa, setelah pengadilan yang berwenang dari negara-negara anggota, tidak berhasil untuk menyelesaikan sengketa maladministrasi. Di Belanda ide pengawasan terhadap perilaku aparat oleh badan independen dilakukan setelah terbentuknya *The National Ombudsman* Tahun 1981, namun kriteria maladministrasi yang dikaitkan dengan perilaku belum banyak dibicarakan. Dalam pengawasan pelayanan publik, Belanda lebih menekankan asas *rechtmatigheid* yang ditujukan untuk pengawasan penggunaan wewenang. Perkembangan Hukum Administrasi di Belanda menunjukkan bahwa perilaku aparat juga menjadi bahasan Hukum Administrasi.

Titik berat adalah pada pengawasan perilaku aparat (*overheidgedrag*), jadi ditujukan pada personnya. Untuk melakukan pengawasan tersebut aparat harus menindahkan norma-norma umum perilaku yang baik (*algemene normen van goed overheidsgedrag*) atau disebut *beginselen van behoorlijk overheidsgedrag*, yang bersumber dari yurisprudensi dan laporan ombudsman. Berkaitan dengan asas-asas perilaku yang baik tersebut dikatakan oleh Ten Berge :<sup>16</sup>

.....dat op overheidspersonen gerichte beginselen van behorlijk overheidsgedrag iut moeten gaan van de maatschappijlevende opvattingen over goed en kwaad, op de deugden die mensen elkaar toerekenen zelfs zou men kunnen zeggen, dat voor overheidsdienaren de grensen nog wel scheper mogen worden getrokken van wege hun ijzondere ositein de samenleving.

Asas-asas itu meliputi :

---

<sup>15</sup> *Ibid*, h. 18-19

<sup>16</sup> J.B.J.M Ten Berge, *Op.cit*, Bandingkan dengan Philipus M. Hadjon, *Etika Pemerintahan Dari Sudut Pandang Hukum Administrasi*, makalah, 2002, h. 2.

1. *Dienstbaarheid* (sikap melayani)
2. *Betrouwbaarheid* (terpercaya) yang terdiri :
  - *Openheid* (keterbukaan)
  - *Nauwgezetheid* (kehati-hatian)
  - *Integriteit* (integritas)
  - *Soberheid* (kesederhanaan)
  - *Eerlijkheid* (kehormatan)

Di dalam sistem hukum Indonesia, pengawasan pelayanan publik diserahkan pada Komisi Ombudsman Nasional. Komisi ini dibentuk berdasarkan keputusan Presiden No. 44 Tahun 2000, yang berkedudukan sebagai lembaga independent, dan hanya berwenang mengeluarkan rekomendasi yang bersifat *non legally binding* terhadap kasus-kasus maladministrasi yang diajukan kepadanya.

Menurut ketentuan Pasal 2 Keputusan Presiden No. 44 Tahun 2000, sasaran pengawasan adalah pelayanan umum (*public service*) kepada masyarakat. Parameter pelayanan umum adalah maladministrasi yang terdiri dari 20 unsur, yang meliputi: Penundaan berlarut, tidak menangani, persengkongkolan, pemalsuan, diluar kompetensi, tidak kompeten (tidak cakap), penyalahgunaan wewenang, bertindak sewenang-wenang, permintaan imbalan (korupsi), kolusi dan nepotisme, penyimpangan prosedur, melalaikan kewajiban, bertindak tidak layak/tidak patut, penggelapan barang bukti, penguasaan tanpa hak, bertindak tidak adil, intervensi, nyata-nyata berpihak, pelanggaran Undang-Undang, perbuatan melawan hukum (bertentangan dengan ketentuan yang berlaku dan kepatutan).<sup>17</sup>

Berkaitan dengan kompetensi Ombudsman Nasional dalam pengawasan pelayanan publik tidak diatur mengenai beban kesalahan pribadi dan beban kesalahan publik (*faute personelle* dan *faute de service*). Hal yang lain adalah tersebut tidak berwenang untuk memberikan keputusan atas pengaduan perilaku aparat yang diidentifikasi sebagai maladministrasi, walaupun sekarang telah diundangkan Undang-Undang No. 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia. Rekomendasi yang dikeluarkan oleh komisi Nasional Ombudsman bersifat tidak mengikat. Oleh karena itu agar lembaga ini dapat berfungsi secara

---

<sup>17</sup> CFG Sunaryati Hartono., dan tim, *Panduan Investigasi Untuk Ombudsman Indonesia*, Komisi Ombudsman Nasional, Jakarta, 2003, h. 17-21.



maksimal harus didukung eksistensi parlemen (DPR), yang akan memberi usulan kepada pemerintah guna mengeluarkan kebijakan-kebijakan dan aturan-aturan yang berkaitan dengan *public service*

## **Kesimpulan**

*Faute personelle* dan *Faute de service* merupakan bentuk kesalahan yang menentukan ada atau tidaknya tanggung jawab atau tanggung gugat negara dalam pelayanan publik. Beberapa Negara seperti: Prancis, Inggris, dan Belanda mengatur parameter untuk kesalahan dalam pelayanan publik. Secara umum seperti bertentangan dengan *Les Principes Generaux Du droit, Ultra Vires*, ataupun *Algemene Beginselen Van Behoorlijk Bestuur* yang kemudian di ikuti oleh Indonesia dan tertuang dalam Undang-Undang No. 9 Tahun 2004. Namun demikian, hanya Prancis yang membedakan secara tegas kesalahan pribadi dan kesalahan publik. Apabila terdapat **kesalahan pribadi** karena bertentangan dengan *Les Principes Generaux Du Droit*, maka tidak dapat digugat atas beban publik.

Sistem hukum di Indonesia memerlukan norma perilaku aparat yang berkaitan dengan tanggung gugat Negara dalam pelayanan publik. Parameternya adalah perbuatan maladministrasi, yang bersumber pada kasus-kasus hukum yang ada. Rancangan Undang-Undang Pelayanan Publik tidak mengatur norma perilaku, tetapi norma pemerintahan yang bertumpu pada asas legalitas dalam penggunaan wewenang. Didalam Rancangan Undang-Undang tersebut juga tidak diatur pembedaan kesalahan publik dan kesalahan pribadi yang sangat terkait dengan tanggung gugat Negara. Dari kajian ini dapat disimpulkan sudah saatnya Indonesia memiliki Undang-Undang pelayanan publik dengan kelengkapan norma yang mengatur kesalahan pribadi dan kesalahan jabatan. R.U.U. Administrasi Pemerintah harus segera di undangkan, sehingga menjadi landasan yang pasti bagi pejabat publik dalam bertindak dan merupakan **tonggak reformasi Birokrasi Pemerintahan**.

## Daftar Bacaan

- De Haan, P. et.al, *Bestuursrecht in de Sociale Rechtstaat*, Kluwer-Deventer, 1996.
- Hartono, Sunaryati, CFG., dan Tim, *Panduan Investigasi untuk Ombudsman Indonesia*, Komisi Ombudsman Nasional, Jakarta, 2003.
- Hadjon, Philipus M., *Etika Pemerintahan dari Sudut Pandang Hukum Administrasi*, Makalah, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Maladministrasi Sebagai Dasar Penilaian Perilaku Administrasi*, Makalah, 2004.
- Jacobini, H.B., *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications Inc, New York, 1991.
- Jain, M.P., *Administrative Law of Malaysia, and Singapore, third edition*, Malayan Journal, 1997.
- Leyland, Peter, and Tern Woods, *Administrative Law Faring in Future, Old constraints and New Horizons*, 1997.
- Neville Brown, L., and John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press-Oxford, 1998.
- Sujata, Antonius dan R. M. Surachman, *Ombudsman Indonesia Ditengah Ombudsman Internasional*, Komisi Ombudsman Nasional, Jakarta, 2002.
- Sykes, E.I. BA (Qld) LLD (Melb), et.al., *General Principles of Administrative Law*, Third Edition, Butterworth, Sidney, 1989.
- Ten Berge, J.BJ.M., *Besturen door de Overheid*, W.E.J. Tjeenk Willink. Devenier, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Bescherming Tegen de Overheid*, Derde Druk, W.E.J. Tjeenk Willing Zwolle, Nederlands, 1995.
- \_\_\_\_\_, *De Persoon in het Bestuursrecht*, Makalah, 2004.
- Van Wijk-Konijnenbelt, *Hoofdstukken Van Administratief Recht*, Vuga Uitgeverij, B.V'S-Gravenhage, 1984.
- Yong, Zhang, *Comparative Studies on Governmental Liability in East and Southeast Asia*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1999.

## BAB II

### KERJASAMA ANTARA DAERAH DALAM BIDANG PERIZINAN

#### Pendahuluan

##### A. Konsep Tentang Kerjasama

Kerjasama antar daerah<sup>18</sup> merupakan suatu upaya yang bertujuan untuk meningkatkan dan mendukung pembangunan baik di tingkat daerah maupun di tingkat nasional. Daerah dalam kapasitasnya sebagai bagian wilayah negara dapat bekerjasama dengan saling bersinergi dengan daerah lain dalam tugas-tugas pemerintahan, sejalan dengan era pertumbuhan otonomi daerah. Istilah kerjasama dalam bahasa Inggris adalah *cooperation* atau *partnership*, dalam bahasa Perancis *cooperates*. Dalam bahasa Belanda adalah *cooperatief* atau *samenwerking*.

Konsep *cooperating* atau *partnership* menurut **Black Law Dictionary** berarti “*Action of cooperating, association of persons for common benefit. In patent law, unity of action to a common and or a common result, not merely join all simultaneous action*”. Menurut **Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English**, “*Cooperation*” berarti: *working or acting together for a common purpose*. **Chambridge International Dictionary** mengartikan *cooperation* sebagai “*To Ask or work together for a particular purpose, or to help someone willingly when help is requested*”.<sup>1</sup>

Di dalam konteks hukum administrasi sangat banyak ditemukan konsep mengenai kooperatif atau kerjasama tersebut. Menurut **Van Wijk Konijnenbelt**, didalam hukum administrasi Belanda terdapat dua bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pemerintah yaitu kerjasama di bidang hukum publik dan kerjasama di bidang hukum privat (*samenwerking, privaatrechtelijk en samenwerking publiek rechtelijk*). Kerjasama dapat dilakukan antara pemerintah dengan pihak swasta maupun diantara pemerintah sendiri, baik dalam level yang sama maupun dalam tingkat pemerintahan seperti provinsi dengan kabupaten.

**Van Wijk-Konijnenbelt** selanjutnya menyatakan bahwa “*Lagere overheden maken eveneens van privaatrechtelijke rechtsvormen gebruik om*

---

<sup>18</sup> Sugiyanto, et. al., *Pengelolaan Penyelenggaraan Kerjasama Antar Daerah*, Lembaga Administrasi Negara, Jakarta, 2004, h.12.

*met particulieren samen te werken..., ook in publiekrechtelijke vorm kunnen lagere overheden samenwerken met particulieren..., worden gesloten tussen een bestuursorgaan van een provincie of gemeente”.*<sup>2</sup> Kerjasama (*samenwerking*) tersebut dimaksudkan untuk mencapai tujuan bersama dalam pemerintahan. Bentuk kerjasama di Perancis juga dikembangkan oleh pemerintah dikarenakan sangat penting bagi strategi politik. Menurut **L.Neville Brown dan John S. Belt**, kerjasama bisa dilakukan diantara badan-badan publik termasuk antara pemerintah dengan pihak swasta dalam bentuk kontrak-kontrak pemerintah dalam rangka pelayanan dalam masyarakat, yang berbentuk *contrats administratifs* dan *contrats de droit privé*.<sup>19</sup> Hal ini yang memperluas ide mengenai *regulation by contract* dan *regulation by collaboration*, yang antara kedua figur hukum tersebut berbeda satu dengan yang lain. **Neville Brown** menyatakan: “The French regard an administrative contract as essentially an arrangement between unequal parties...., As has been noted: Administration by collaboration does not seem to lead to an extension of the domain of control”.<sup>320</sup> ada dua kategori utama kontrak administratif di Perancis yaitu; (1) *la concession de service public (l’ affermage)*; (2). *Le marche’ public*.

Terhadap dua bentuk kontak publik ini juga memiliki kriteria yang berbeda. Adapun halnya dengan kerjasama pemerintah (*administration by collaboration*) di Perancis berkembang dalam bentuk keputusan bersama dalam menangani bidang-bidang tertentu termasuk perizinan.

## **B. Landasan Hukum Kerjasama Daerah**

Kerjasama yang dilakukan antar daerah merujuk pada berbagai Undang-Undang yang berkaitan dengan pemerintahan daerah. Oleh karena hal itu berkaitan dengan penyelenggaraan otonomi yang dimiliki oleh setiap daerah. Di dalam Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan daerah disebutkan di dalam pasal 195:

- (1) Dalam rangka meningkatkan kesejahteraan rakyat, daerah dapat mengadakan kerjasama dengan daerah lain yang didasarkan pada pertimbangan efisiensi dan efektifitas pelayanan publik, sinergi dan saling menguntungkan;

---

<sup>19</sup>Van Wijk/ Konijnenbelt, *Hoofstukken Van Administratief Recht*, Vijfde druk, Vugauitgeverij. B.V. S’ Gravenhage, 1984, p.135.

<sup>20</sup>L. Neville Brown And John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press- Oxford, 1998, p. 202-203.

- (2) Kerjasama sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat diwujudkan dalam bentuk badan kerjasama antar daerah yang diatur dengan keputusan bersama;
- (3) Dalam penyediaan pelayanan publik, daerah dapat bekerjasama dengan pihak ketiga;
- (4) Kerjasama sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (3) yang membebani masyarakat dan daerah harus mendaoatkan persetujuan DPRD.

Adapun landasan hukum kerjasama perizinan diatur dalam pasal 17 ayat (2) huruf c yang menyatakan: hubungan dalam bidang pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya antar pemerintahan meliputi: pengelolaan perizinan dalam pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lain. Sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, beberapa Undang-Undang juga memberi landasan hukum terhadap bentuk kerjasama antar daerah, antara lain Undang-Undang Nomor 5 tahun 1974 tentang Pokok-pokok Pemerintah di Daerah, landasan mengenai kerjasama antar pemerintah Daerah tegaskan dalam pasal 65 ayat (1) yang berbunyi: beberapa Pemerintah Daerah dapat menetapkan peraturan bersama untuk bekerjasama.

Ketentuan kerjasama ini kemudian ditindak lanjuti antara lain dengan: (1). Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 6 Tahun 1975 tentang Kerjasama antar Daerah; (2). Surat Edaran Menteri Dalam Negeri Nomor 114/4538/ POUH Tahun 1993 tentang Juklak Kerjasama antar Daerah. Menurut Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, landasan hukum tentang kerjasama diatur di dalam Pasal 87 dan Pasal 88. Pasal 87 ayat (1) menyatakan bahwa “Beberapa Daerah dapat mengadakan kerjasama antar daerah yang diatur dengan Keputusan Bersama”. Pasal 88 Ayat (1) menyatakan bahwa “Daerah dapat mengadakan kerjasama yang saling menguntungkan dengan lembaga/ badan di luar negeri yang diatur dengan keputusan bersama”.

Di dalam sistem Hukum Belanda, *Wet Gemenschappelijke regeling* menjadi landasan kerjasama daerah bahwa “*Een gemeenschappelijke regeling kan volgens art. 48 wet gemeensch appelijke regelingen wor den gesloten tussen een bestuursorgaan van een provincie of gemeente en-bijv- een privaatrechtelijkerechtpersoon. Volgen art 41 kan zo'n recht persoon ool deelnemen aan een regeling die voor het overige een regeling tussen een*

*aantal demeente en/ of provincies is..)*".<sup>21</sup> Di samping itu juga terdapat peraturan bersama dalam rangka kerjasama tertentu di antara pemerintah adalah seperti dinyatakan oleh **P. De Haan** bahwa "*Naast gemeenschappelijke regelingen vinden in toenemende mate andere Samenwerkingsvormen toepassing tussen gemeente in een bepaalde regio. Het gaat hier meestal om bestuureenkomster of privaatrechtelijke samenwerkingsvormen dan wel geformaliseerd bestuursovereenkomsten of ambtelijk overleg*".<sup>22</sup>

Bentuk kerjasama tersebut juga bisa berupa kerjasama dalam bidang pelayanan perizinan, yang dilakukan antar instansi dalam lingkup Kabupaten (*Gemeente*). Dalam sistem hukum kita, terbuka peluang kerjasama dalam bidang perizinan berkaitan dengan berbagai kewenangan sektoral, seperti kehutanan, pariwisata, perikanan, perindustrian, dan sebagainya. Di samping Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 menjadi landasan yuridis kerjasama daerah bidang perizinan, Undang-Undang sektoral juga menjadi pertimbangan untuk kerjasama daerah yang dituangkan dalam bentuk Surat Keputusan Bersama. Ditingkat Pemerintah Pusat memang sudah banyak dilaksanakan kerjasama bidang perizinan, namun di tingkat Daerah masih belum banyak direalisasikan.

Dari uraian tersebut perlu dipertanyakan mengenai muatan materi kerjasama dan figur hukum yang digunakan berkaitan dengan kerjasama bidang tersebut, berkaitan dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan PerUndang-Undang.

### **C. Urgensi Kerjasama Daerah Bidang Perizinan**

Urgensi utama kerjasama daerah adalah peningkatan pelayanan masyarakat dan khusus kerjasama bidang berizinan di suatu sisi peningkatan pelayanan, di sisi lain adalah peningkatan pengawasan. Sejalan dengan itu bagian II sub bagian yaitu: Peningkatan pelayanan dan peningkatan pengawasan.

#### **1) Peningkatan Pelayanan Masyarakat**

Ada 2 bentuk kerjasama antar daerah: (1). Kerjasama bidang pelayanan masyarakat; dan (2) Kerjasama pembangunan dan pengelolaan.

---

<sup>21</sup> P.de Haan, et. al., **Bestuurrecht in de Sociale Rechtsstaat, Khmer Deventer, 1996, h.203.**

<sup>22</sup> *Ibid.*

Kerjasama pelayanan, adalah kerjasama antar dua pemerintahan dimana salah satu pemerintah daerah melakukan perjanjian kerjasama dengan pemerintah daerah lainnya untuk menjadikan pelayanan berdasar harga yang ditetapkan. Kerjasama pembangunan dan pengelolaan, merupakan bentuk kerjasama, dimana pemerintah-pemerintah daerah yang berpartisipasi setuju untuk bersama-sama menanggung dalam hal pelaksanaan fungsi-fungsi atau perorangan dan pengoperasian suatu fasilitas.<sup>23</sup> Kerjasama perizinan sendiri termasuk kerjasama dalam pelayanan umum.

Izin adalah sarana hukum yang dipakai oleh pemerintah dalam mengendalikan kehidupan masyarakat agar tidak menyimpang dari ketentuan hukum yang berlaku. Izin juga merupakan instrumen yuridis yang dipergunakan oleh pemerintah dalam pelayanan masyarakat. Dengan melakukan suatu kerjasama perizinan dimaksudkan untuk menyelesaikan berbagai kesulitan secara bersama, sehingga dapat meningkatkan kualitas pelayanan pada masyarakat. Dalam kaitan ini **Made Suwandi** menjelaskan manfaat kerjasama antar daerah meliputi:

- a. Untuk memperkuat dan meningkatkan peran dari pemerintah daerah dalam pelayanan masyarakat sehubungan dengan peningkatan pengalaman dan wawasan yang diperoleh dari mitra kerjanya;
- b. Untuk meningkatkan standar pelayanan pemerintah daerah dengan menggunakan refrensi pelayanan mitra kerjanya;
- c. Untuk menciptakan pertukaran informasi antar pemerintah daerah yang sangat bermanfaat;
- d. Untuk meningkatkan partisipasi masyarakat dalam memecahkan masalah yang dihadapi oleh pemerintah daerah dan mempercepat terwujudnya konsep “*Good Governance*”
- e. Untuk kepentingan pengorganisasian pelatihan, seminar, lokakarya mengenai masalah-masalah yang dialami daerah yang melakukan kerjasama;
- f. Adanya forum kerjasama antar pemerintah daerah akan memberikan peluang bagi pemerintah daerah untuk lebih kreatif dan inovatif di dalam menghadapi tantangan akibat dinamika pembangunan di daerah.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Sugiyanto, et.al., *Op. Cit*, h 15.

<sup>24</sup> Made Suwandi di dalam Sugiyanto, et. al., *Pengelolaan Penyelenggaraan Kerjasama Antar Daerah Lembaga Administrasi Negara*, Jakarta, 2004, h.23-24

Dengan melakukan suatu kerjasama, di antara pemerintah daerah dapat berbagai informasi mengenai pengalaman di dalam pelayanan perizinan, berbagi kendala yang ada, berbagai kesulitan yang dihadapi, standar pelayanan secara bersama-sama, bersinergi, dan saling menguntungkan. Berbagai kasus perizinan yang banyak dikeluhkan dewasa ini sangat berpengaruh tidak hanya bagi pengembangan investasi, tetapi juga di dalam aspek kehidupan pada umumnya. Kasus-kasus krusial berkaitan dengan perizinan bermunculan misalnya menyangkut reklame, pariwisata, perindustrian, perikanan, kehutanan, pertambangan, dan sebagainya.

Problematis terjadi tidak hanya sekedar adanya kelemahan dalam struktur organisasi, namun juga karena prosedur dan instrumen hukumnya. Sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1999 tentang Pemerintah Daerah, pelayanan perizinan dilakukan dengan pola pelayanan satu atap. Ada daerah yang menggunakan pola itu dengan membentuk Badan atau Unit Pelayanan Terpadu ada yang menggunakan pola itu dengan membentuk Dinas Perizinan. Memang ada daerah-daerah yang pada awal penerapan pelayanan terpadu tersebut menjadi daerah percontohan seperti Kabupaten Gianyar di Bali. Kabupaten Sidoarjo dan Kabupaten Probolinggo di Jawa Timur. Namun pola pelayanan satu atap itupun mengais problematika oleh karena tidak dapat mengatasi kesulitan dalam pelayanan perizinan. Kabupaten Gianyar, melalui Keputusan Bupati Kepala Daerah Tingkat II Gianyar Nomor 75 Tahun 1994 mempunyai kendala adanya kelemahan prosedur dan berbagai kewenangan menerbitkan izin yang pada akhirnya harus kembali ke instansi masing-masing pemberi izin, dan hal ini tidak efisien.

Demikian juga di daerah Kabupaten Sidoarjo dan Kabupaten Probolinggo, maupun daerah-daerah lain. Kesulitan-kesulitan nerkaitan dengan kelemahan struktur organisasi dan prosedur perizinan menjadi headline di berbagai media. Dalam kaitan dengan kelemahan instrumen hukum yang mengatur perizinan, sudah menjadi konsumsi klasik bahwa terjadi pengaturan muatan materi yang jungkir balik dalam banyak Peraturan Daerah (Perda).

Konsep “*One Stop Service*” memang bagus namun karena masih banyak “*resistensi*” dari instansi-instansi yang terkait maka integrasi prosedur perlu menjadi pertimbangan bagi penyelesaian perizinan. Dalam hal kelemahan instrumen hukum perizinan. Dewasa ini pemerintahan pusat dan DPR telah mencanangkan program legislasi. Program ini harus mengacu



kepada Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan PerUndang-Undangan. Penuangan norma hukum dalam menuangkan norma hukum pada waktu lalu tidak perlu terulang kembali. Merujuk pada pembentukan produk legislasi, teori norma yang berkaitan dengan pembentukan hukum dikemukakan oleh Karel EM Bongemaar, bahwa:<sup>25</sup>

- 1) Peraturan bersifat normatif;
- 2) Ketentuan normatif harus sejelas-jelasnya;
- 3) Peraturan jangan dijadikan ideology;
- 4) Hindarkan pendelegasian blanko;
- 5) Jangan melampaui kewenangan mengatur
- 6) Satu hal satu norma
- 7) Pengaturan satu hal jangan dipecah-pecah;
- 8) Definisi harus presisi

Berbagai kesulitan dan hambatan tentang perizinan yang berkaitan dengan struktur organisasi, kewenangan prosedur dan instrumen hukumnya akan mudah dicari jalan keluar dengan melakukan kerjasama bidang perizinan. Daerah-daerah bisa saling memberikan informasi tentang tantangan-tantangan dan kesulitan-kesulitan yang di hadapi bersama, bisa melakukan koordinasi dan diskusi-diskusi, seminar dan pelatihan-pelatihan dalam upaya peningkatan pelayanan perizinan dengan dilandasi atas prinsip-prinsip “*Good Governance*”

## 2) **Peningkatan Pengawasan Perizinan**

Kerjasama bidang perizinan antar daerah di samping bisa meningkatkan pelayanan publik juga menciptakan peningkatan pengawasan perizinan, terutama untuk perizinan lintas daerah. Dengan demikian dapat meminimalisasi pelanggaran di bidang perizinan dan dapat dihindari saling lempar tanggung jawab dalam hal terjadi kasus-kasus perizinan yang tidak diinginkan. Fungsi izin adalah fungsi pengendalian kehidupan masyarakat dan bukan berfungsi sebagai sarana untuk mendatangkan duit semata.

Berbagai aturan hukum kita dengan tegas mengatur bahwa untuk mendapatkan izin tidak dibenarkan dipungut biaya. Hal tersebut kita jumpai misalnya di dalam:

---

<sup>25</sup> Karel Em Bongemaar, “Aturan adalah Norma”, *Yuridika*, Majalah Fakultas Hukum Unair, No.1 dan 2 Tahun VII, Januari-Maret April, 1992, h.16-34.

- a. Keputusan Direktur Jenderal Pariwisata Nomor KEP.06/VI/1997 tentang Usaha Manajemen Hotel Jaringan Internasional, {asal 15 ayat (4) menyatakan bahwa izin usaha tidak dipungut biaya,
- b. Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Nomor 590/MPP/KEP/1999 tentang Tata Cara Pemberian Izin Usaha Industri, Izin Perluasan dan Tanda Daftar Industri, Pasal 43 menyatakan bahwa pemberian izin usaha, izin perluasan dan tanda daftar industri tidak dipungut biaya.
- c. Peraturan Daerah Provinsi Daerah Tingkat I Jawa Timur Nomor 15 Tahun 1998 tentang Usaha Pariwisata, Pasal 14 ayat (1) menyatakan: untuk mendapatkan persetujuan prinsip membangun, izin usaha, dan izin perubahan usaha tidak dipungut biaya retribusi.

Maraknya perizinan dengan pengenaan biaya tersebut adalah ketika berlaku Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999, yang memberikan otonomi kepada daerah seluas-luasnya, termasuk dalam hal menggali sumber keuangan sendiri. Dikaitkan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 22 tahun 1997 tentang Retribusi Daerah. Pasal 4 ayat (1) menyatakan bahwa: “pada dasarnya pemberian izin yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah tidak harus dipungut biaya retribusi” Peluang ini pula yang mendorong daerah-daerah untuk menetapkan berbagai izin dengan pungutan-pungutan tertentu dan retribusi walaupun sebenarnya menurut Peraturan-Pemerintah Nomor 20 Tahun 1997 hanya terhadap izin-izin tertentu saja yang dapat dipngut retribusi yaitu: IMB, izin Reklame dan izin Proyek.

Permasalahannya adalah apakah dengan berbagai perizinan yang fungsinya lebih kepada penambahan PAD itu telah mengindahkan norma-norma prosedural dan norma-norma substansial? Hal ini yang menyebabkan munculnya pandangan bahwa perizinan sangat rumit dan cenderung menghambat. Hal ini pula uamg dapat menjadi pemicu kasus-kasus perizinan seperti semisal *illegal logging*, *illegal mining*, *illegal fishing*, dan *sebagainya*.

#### **a) Illegal Logging**

*Illegal logging* berkaitan dengan kayu-kayu hasil hutan (*ebony*, *jati*, *dsb*) yang berasal dari daerah-daerah di indonesia seperti Jayapura, Kalimantan, Sumatera dan sebagian Pulau Jawa yang biasanya hendak dikirim keluar Negeri.

*Illegal Logging* dalam konsep Hukum Administrasi bisa berarti tidak mempunyai izin (dokumen-dokumen perizinan), atau memiliki izin namun ada cacat, oleh karena tidak memenuhi legalitas formal ataupun legalitas substansial. Keduanya memiliki akibat hukum tidak sah (*Illegal*), sehingga muncul istilah *Illegal logging*. Ada perbedaan antara istilah tidak berizin dan memiliki izin akan tetapi mengandung cacat yuridis. Dalam hal kayu-kayu tadi tidak berizin, sangat mungkin itu dilakukan karena pencurian ataupun pembakalan. Dalam hal ini sangat sederhana bahwa aparat bisa menangkap pencurian tersebut dan diproses dengan dakwaan pencurian menurut Pasal 362 KUHP, namun berbeda apabila kayu-kayu yang ditebang tersebut ada izinnya akan tetapi terdapat cacat yuridis.

Dalam hal ada cacat prosedur atas izin, maka dapat diperbaiki kelemahan prosedur yang ada, sedangkan cacat substansi harus mengulangi permohonan izin dari awal. Menurut Peraturan Pemerintah Nomor 34 Tahun 2002 tentang Tata Hutan dan Penyusunan Rencana Pengelolaan Hutan, Pemanfaatan Hutan dan Penggunaan Kawasan Hutan, Pasal 33 ayat (1) menegaskan:

Izin-izin yang berkaitan dengan pemanfaatan hutan, pada hutan produksi meliputi:

1. Izin usaha pemanfaatan kawasan;
2. Izin usaha pemanfaatan jasa lingkungan;
3. Izin usaha pemanfaatan hasil hutan kayu;
4. Izin usaha pemanfaatan hasil hutan bukan kayu;
5. Izin pemungutan hasil hutan kayu;
6. Izin pemungutan hasil hutan bukan kayu.

Berdasarkan Pasal 37 Peraturan Pemerintah Nomor 34 Tahun 2002 izin usaha pemanfaatan kawasan diberikan oleh:

- a. Bupati atau Walikota dengan tembusan pada Menteri, Gubernur, dan Instansi yang bertanggung jawab di bidang kehutanan setempat apabila berada di dalam wilayah kabupaten/ kota.
- b. Gubernur dengan tembusan Menteri, Bupati, atau Walikota dan Instansi yang bertanggung jawab di bidang kehutanan setempat, apabila berada di lintas wilayah kabupaten/ kota dalam satu provinsi;
- c. menteri dengan tembusan kepada Gubernur, dan Bupati atau Walikota apabila berada di lintas provinsi.

Kewenangan pembeian izin juga diberikan oleh pejabat yang sama untuk pemberian izin usaha jasa pemanfaatan lingkungan, izin usaha pemanfaatan hasil hutan kayu dan bukan kayu, berdasar Pasal 38, Pasal 39, Pasal 40. Dari izin-izin yang harus dimiliki oleh pengusaha dalam pemanfaatan disertai dokumen-dokumen perizinan yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang. Disamping harus memiliki izin-izin terkait, kayu-kayu yang akan di pasarkan/ diangkut harus memiliki dokumen tambahan yakni Surat Keterangan Sahnya Hasil Hutan (SKSHH) untuk hasil hutan negara, dan Surat Keterangan Asal Usul (SKAU) untuk hasil hutan hak. Prosedur adanya SKSHH dan SKAU untuk pengangkutan, masih dibatasi oleh ketentuan Pasal 76 Peraturan Pemerintahan Nomor 34 Tahun 2002 yang melarang terhadap Pengusaha untuk mengeksport hasil hutan berupa kayu bulat dan bahan baku serpih.

Maraknya *Illegal logging* baik skala nasional maupun dengan pemasaran keluar negeri, bagaimanapun berkaitan dengan perizinan yang menyangkut, norma-norma prosedur dan substansial. Bagaimana pemungutan hasil hutan (Kayu) dalam jumlah yang demikian besar, terjadi tanpa diketahui? Bagaimana Kayu-Kayu besar dilegalkan tanpa SKSHH dengan melewati beberapa daerah? Bagaimana dokumen-dokumen terbang bisa muncul tiba-tiba ketika kepergok oleh aparat keamanan, yang menyebabkan cukong-cukong kayu tak tersentuh( Jawa Post 19 Desember 2005 memberitakan mafia dokumen terbang bergentayangan di Riau dan Kalimantan Selatan)?

Kasus-Kasus *Illegal logging* lintas negara, seperti pengiriman ke Malaysia, tidak dilengkapi SKSHH atau ada SKSHH namun aspal, kemudian, oleh Malaysia dibuatkan dokumen baru yang menyatakan bahwa kayu-kayu tersebut adalah produk Malaysia dan di ekspor ke beberapa negara.<sup>26</sup> *Illegal logging* tersebut juga menunjukkan lemahnya pengawasan oleh instansi terkait. Dengan melakukan kerjasama maka pengawasan bisa ditingkatkan untuk mengurangi dan menghindarkan kasus *Illegal logging*.

## **b) Illegal Fishing**

Letak Indonesia yang merupakan gugusan kepulauan yang dikelilingi wilayah laut, memang memiliki potensi sumber daya laut yang

---

<sup>26</sup> Andri Akbar, *Ancaman Baru Kedaulatan NKRI*, Forum Hukum, Volume 2 No.1, Jakarta, 2005 h.69.

demikian manakjubkan. Realita ini pula yang menyebabkan banyak terjadi pencurian-pencurian ikan di wilayah laut Indonesia mulai perairan di Selat Malaka sampai dengan perairan laut Samudra Hindia dan menyebabkan kerugian negara triliunan rupiah.

*Illegal Fishing* tidak hanya dilakukan oleh nelayan-nelayan asing semata, akan tetapi juga oleh nelayan nelayan kita sendiri. Modus Operandi dari *Illegal Fishing* bisa dikarenakan pencurian tanpa dilengkapi dokumen-dokumen penangkapan ikan dapat pula terjadi karena pemalsuan-pemalsuan izin dan penangkapan ikan yang tidak dilaporkan dan tidak sesuai dengan aturan hukum yang ada. Tidak berlebihan karenanya dalam menyikapi kasus-kasus *Illegal Fishing* Menteri Kelautan dan Perikanan menegaskan bahwa: IUU (*Illegal, Unregulated, Unreported*) Fishing, harus diberantas secara bersama-sama, karena sangat mengganggu usaha penangkapan ikan dan merugikan Negara.<sup>27</sup>

Berkaitan dengan perizinan perikanan, diketengahkan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2004 tentang Perikanan, Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2002 tentang Usaha Perikanan, dan Keputusan Menteri Kelautan dan Perikanan Nomor KEP.10/Men/2003 tentang Perizinan Usaha Penangkapan Ikan. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2004 tentang Perikanan, Pasal 21 ayat (1) menyatakan bahwa setiap orang yang melakukan usaha perikanan wajib memiliki izin. Izin-izin itu meliputi: (1). Izin-Usaha Perikanan (SIUP); (2). Izin Penangkapan Ikan (SIPI); (3). Izin Kapal Pengangkut Ikan (SIKPI); (4). Izin-izin tersebut diterbitkan oleh Menteri Kelautan dan Perikanan.

Ketentuan tersebut berbeda dengan ketentuan yang diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2002 dan Keputusan Menteri Kelautan dan Perikanan Nomor 10 Tahun 2003.

Pasal 13 ayat (1 dan 2) Peraturan Pemerintah Nomor 54 tahun 2002 menyatakan Gubernur, Bupati, dan Walikota menerbitkan Surat Izin Usaha Perikanan (SIUP). Surat izin Penangkapan Ikan (SEPI) dan Surat Izin Kapal Pengangkut Ikan (SIKPI), di wilayah administrasinya. Pasal 14 (1) menyatakan di luar kegiatan yang menjadi wewenang Gubernur, Bupati atau Walikota, maka Menteri atau Pejabat yang ditunjuk memberikan IUP, SPI,

---

<sup>10</sup> Menteri Negara Kelautan dan Perikanan, "Setiap Tahun Negara Dirugikan 30 Triliun Rupiah Akibat Illegal Fishing", *Forum Hukum*, Volume 2 No.2, Jakarta, 2005, h.13.

SIKPI dan APIPM. Pasal 14 (2) kewenangan penerbitan IUP dengan fasilitas penanaman modal dilimpahkan kepada Kepala Badan Koordinasi Penanam Modal.

Berdasarkan Keputusan Menteri Kelautan dan Perikanan Nomor KEP.10/MEN/2003 tentang Perizinan Penangkapan ikan. Pasal 5 menyatakan: bahwa IUP diterbitkan oleh Gubernur, Bupati atau Walikota. Sedangkan Direktur Jenderal menerbitkan IUP untuk perusahaan asing dengan persyaratan tertentu. Pasal 13 ayat (2) SPI dapat dikeluarkan oleh Dir. Jend, Bupati atau Walikota. Pasal 23 ayat (2) menyatakan bahwa SIKPI dapat diterbitkan oleh Dirjend, Gubernur, Bupati atau Walikota.

Walaupun terjadi sentralisasi dalam penerbitan keputusan atas izin menurut Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2004 tentang Perikanan, namun kerjasama di bidang tersebut akan meningkatkan pengawasan dalam rangka meminimalisasi kasus-kasus *Illegal Fishing* dewasa ini. Pemerintah pusat bertanggung jawab dalam bidang tugasnya, dengan menjalin hubungan dengan daerah-daerah seperti diatur dalam pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, menyatakan bahwa Pelanggaran urusan pemerintahan merupakan pelaksanaan hubungan kewenangan antara pemerintah dan pemerintah daerah yang saling tergantung dan sinergis sebagai satu sistem pemerintahan. Kemudian berdasar Pasal 17 ayat (1) terdapat hubungan dalam pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lain antara pemerintah dengan pemerintah daerah, serta hubungan antar pemerintah daerah. Pasal 17 ayat (2.c) merupakan landasan Hukum hubungan kerjasama antar daerah dalam pengelolaan perizinan.

### **c) Illegal Mining**

Illegal Mining juga menyangkut pencurian (tanpa izin) dan keabsahan dokumen-dokumen perizinan di bidang pertambangan seperti emas, tembaga, minyak, batu bara, dan lainnya yang terjadi di belahan Nusantara dewasa ini. Kasus tersebut antara lain:

- a. Kasus tambang emas Freeport di Papua yang sebelumnya dipenuhi gejolak, dan sampai sekarang juga lebih banyak menyita perhatian.
- b. kasus penambangan batubara yang dilakukan oleh PT Prima Sejahtera di Muara Enem yang banyak di soroti oleh WALHI (Pontianak 22 Juni 2004), oleh karena izin pertambangan berada di kawasan hutan lindung, dan ditemukan berdasar PerPu. Nomor 11 2004. Kemudian dalam Kep.Pres Nomor 41 Tahun 2004 mengenai

- memberian 13 izin penambangan, yang akhirnya mendapat reaksi warga.
- c. Kasus penambangan emas yang dilakukan oleh PT. Newmont Minahasa Raya yang disoroti oleh LSM yang berakhir di pengadilan. PT. NMR juga memberikan informasi bahwa banyak penambang tanpa izin (liar) di sekitar areal pertambangan PT. NMR, dan hal itu menyebabkan pencemaran di Teluk Buyat (Pembaharuan, Menado, Rabu, 22-7-2004).
  - d. penambangan emas dilakukan oleh PT. Kutaraja Tembaga Raya banyak dipengaruhi konflik. PT. KTR mendapat konsesi seluas 562.560 Ha di Aceh Besar, Aceh Barat, Aceh Utara, Aceh Tengah dan Pidie (29-8-2000).

Konsesi ini pada saat sekarang kurang tepat, oleh karena figur hukum menyebabkan *konsesionaris* mendapat kewenangan yang luas atas izin, dispensasi dan lisensi. Bentuk konsesi di Indonesia dikenal di Indonesia dikenal pada masa Hindia Belanda, dan tertuang di dalam *indonesische Mijnwet* tahun 1899 dan *Indonesische Mijnwet 1907*, yang kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 37 Prp Tahun 1960 dan diganti juga dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang ketentuan-ketentuan Pokok pertambangan. Selanjutnya dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 konsesi diubah menjadi kuasa pertambangan.

Banyak Kasus-kasus tentang *illegal mining* tersebut kemudian ditindaklanjuti oleh presiden Nomor 3 Tahun 2000 tentang Koordinasi Penanggulangan Pertambangan Tanpa Izin. Bagian Kedua Instruksi tersebut menyatakan “Koordinasi para Menteri, Kepala Kepolisian, Gubernur, Kepala Pemerintahan Non Departemen, dilakukan secara terpadu untuk menanggulangi pertambangan tanpa izin”. Dengan instruksi ini maka kerjasama bidang perizinan bisa dilakukan dengan melaksanakan koordinasi untuk meningkatkan pengawasan perizinan.

### **Realisasi Kerjasama Bidang Perizinan**

Bagian ini membahas tentang figur hukum yang menjadi payung kerjasama dan substansi kerjasama perizinan. Atas dasar itu, bagian ini dibagi menjadi dua sub bagian.

## 1) Figur Hukum Kerjasama Perizinan

Figur hukum dalam kerjasama perizinan bisa dilakukan dengan bentuk keputusan bersama seperti kegiatan kerjasama pada umumnya. Apabila berpijak pada landasan hukum ketika berlaku Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 adalah memakai Keputusan Bersama, Undang-Undang Nomor 5 tahun 1974 memakai bentuk Peraturan Bersama, Sedangkan menurut ketentuan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 memakai bentuk hukum Keputusan Bersama.

Selama ini dalam praktik kerjasama antar pemerintah daerah maupun antar pemerintah dipakai Surat Keputusan Bersama (SKB) dan ada yang memakai Peraturan Bersama, bahkan dalam bentuk Surat Edaran Bersama. Contoh-contoh Surat Keputusan Bersama di berbagai bidang pemerintah di antaranya :

1. Keputusan Bersama (SKB) Menteri PE dan Menteri Kehutanan Nomor 969 K/05/MPE/1989, 429/KPTS-II/1989 tentang Pedoman Pengaturan Pelaksanaan Usaha Pertambangan dan Energi dalam Kawasan Hutan;
2. SKB Menteri PE dan Menteri Kehutanan Nomor 101K/702?MPE/1991, 436/ KPTS.II/1991 tentang Pembentukan Tim Koordinasi Tetap Departemen Kehutanan dan Perubahan Tim Koordinasi Tetap Departemen Kehutanan dan Perubahan Tata Cara Pengajuan izin Usaha Pertambangan dan Energi dalam Kawasan Hutan;
3. Keputusan Bersama Menteri Kehutanan dan Menteri Pariwisata, Pos dan Telekomunikasi Nomor: 24/KPTS-I/89, Nomor KMI/UM.209/MPPT.89 tentang Peningkatan Koordinasi Pemanfaatan Obyek Wisata Alam di Kawasan Hutan dan Taman Wisata Laut;
4. Surat Edaran Bersama Direktur Jenderal Pariwisata dan Kepala Kepolisian Nomor 04/EDR/XII/1988, Nomor: SEB/12/XII/1988 tentang Izin Penyelenggaraan Keramaian dan Pertunjukan Terbatas di Bidang Usaha Hotel, Restoran ,Wisata Tirta dan Obyek Wisata;
5. Surat Edaran Bersama Direktur Jenderal Pariwisata dan Direktur Jenderal Pengawasan Obat dan Makanan Nomor 06/EDR/II/88, Nomor 01055/II/88 tentang Petunjuk Pelaksanaan Penjualan Minuman Keras di Bidang Usaha Hotel, Restoran, Wisata Tirta, dan Obyek Wisata.



6. Keputusan bersama Menteri Perindustrian dan Perdagangan, Menteri Kelautan dan Perikanan, Menteri Lingkungan Hidup: Nomor 89/MPP/KEP/2/2002; Nomor SKB/07/MEN/2002; dan Nomor 01/MEN.LH/2/2002 tentang Penghentian Sementara Export Pasir Laut;
7. Keputusan Bersama Pemerintahan Daerah Provinsi Sulawesi Tengah, Gorontalo dan Sulawesi Utara Nomor 523/7184/Diskanlut, Nomor 320a Tahun 2002 tentang Pembentukan Kesekretariatan Bersama pengelolaan sumber daya ikan.

Permasalahan muncul bila hal tersebut berkaitan dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan PerUndang-Undangan. Pasal 7 ayat (1) menyatakan jenis dan hierarki Peraturan PerUndang-Undangan adalah:

- a. UUD 1945
- b. Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- c. Peraturan Pemerintah.
- d. Peraturan Presiden.
- e. Peraturan Daerah.

Pasal 7 ayat (4) menyatakan bahwa jenis peraturan PerUndang-Undangan selain yang disebut tersebut, diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan Perundangan yang lebih tinggi Pasal 7 ayat (5): kekuatan hukum Peraturan PerUndang-Undangan adalah sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1). Berbagai peraturan hukum yang merupakan landasan kerjasama antar daerah (Keputusan Bersama), harus mengacu pada Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004.

Dengan demikian sesuai dengan ketentuan Pasal 7 ayat (1) Bentuknya haruslah Peraturan Bersama. Walaupun Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 mengatur kerjasama antar daerah seperti dimaksud oleh Pasal 195, namun Undang-Undang itu dibatasi oleh ketentuan Pasal 7 ayat (5) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004.

Dalam hal terjadi konflik norma demikian, dipakai asas preferensi hukum. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 menjadi *Lex Specialis* yang harus diikuti dalam menentukan figur hukum kerjasama perizinan. Untuk kerjasama antar daerah yang baru mengacu ketentuan Pasal 7 ayat (1), harus dituangkan dalam bentuk Keputusan Bersama harusnya dibaca peraturan

bersama. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 56 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, bahwa semua Keputusan Presiden, Keputusan Menteri, Keputusan Gubernur, Bupati atau Walikota, atau keputusan Pejabat lain yang sifatnya mengatur yang sudah ada harus dibaca peraturan, sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang.

## 2) Substansi Kerjasama Perizinan

Substansi kerjasama perizinan bisa berbagai hal tergantung tujuan ditetapkannya suatu kerjasama. Dari uraian sebelumnya tujuan kerjasama perizinan bisa untuk. Meningkatkan pelayanan kepada masyarakat dan untuk peningkatan pengawasan terhadap perizinan. Dalam hal tujuan kerjasama dikaitkan dengan upaya pelayanan publik, maka perlu ditetapkan bersama standart pelayanan publik yang baik dimulai dengan penataan struktur organisasi, pembagian peran dan wewenang masing-masing daerah. pemahaman terhadap prinsip-prinsip penyelenggaraan pemerintahan yang baik (*good governance principles*) penguatan kesepahaman mengenali perilaku yang patut sehingga tidak melakukan perbuatan yang dikualifikasikan sebagai madadministrasi. Dalam upaya peningkatan pelayanan ini bisa dibentuk badan kerjasama dan kesekretariatan besama.

Di dalam hal ini tujuan berkaitan dengan pengawasan, langkah-langkah diambil bersama dalam kaitan dengan pengawasan preventif dan pengawasan represif. Pengawasan preventif menyangkut unsur kehati-hatian bahwa menerbitkan keputusan atas izin harus dilandasi oleh legalitas formal dan legalitas substansial. Pengawasan represif mengandung arti bahwa pejabat yang berwenang melaksanakan penegakan hukum secara konsekuen dan tanpa diskriminasi. Dalam hal ada kesalahan yang terjadi wajib diberikan sanksi sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Berbagai aturan hukum yang menyangkut kerjasama bisa juga menjadi pertimbangan untuk menentukan substansi kerjasama:

1. Dalam Keputusan Bersama Manien Perindustrian dan perdagangan, Menteri Kelautan dan Perikanan, Menteri Lingkungan Hidup: Nomor 89/MPP/EP/2/2002; Nomor SKB/07/MEN/2002; dan Nomor 01/MEN/LH/2/2002 tentang Penghentian Ekspor Pasir Laut.

- 1.1. Pasal 6 SKB tersebut mengatur pengawasan oleh 3 menteri sesuai dengan tugas, fungsi, dan wewenang masing-masing.

- 1.2. Pasal 3 ayat (2.c) mengatur tentang keputusan AMDAL yang menjadi kewenangan Menteri Lingkungan Hidup.
- 1.3. Pasal 3 ayat (2.d) mengatur tentang kriteria penetapan perusahaan yang bisa melakukan ekspor asal memiliki kontrak atau perjanjian penjualannya bagi yang memiliki izin usaha pertambangan Pasir Laut dari Gubernur, Bupati atau Walikota. Penetapan ini menjadi kewenangan Menteri Perindustrian dan perdagangan
- 1.4. Pasal 3 ayat (2) huruf f mengatur tentang ketentuan terhadap rencana pengangkutan dan alat pantau pengangkutan, yang menjadi kewenangan Menteri Kelautan dan Perikanan.

Dari SKB tiga menteri tadi dapat diambil prinsip-prinsip pengawasan yang didasarkan kewenangan masing-masing. Dengan melalui diskusi-diskusi yang rasional maka prinsip-prinsip pengawasan tersebut bisa menjadi acuan dalam kesepakatan substansi daerah.

2. Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota Bitung 18 tahun 2001 tentang Retribusi Pertambangan dan energi Kota Bitung.
  - 2.1. Pasal 3 mengatur obyek retribusi adalah izin dan pendaftaran izin kembali (daftar ulang) usaha pertambangan dan energi bidang: listrik dan energi, air bawah tanah, dan usaha pertambangan.
  - 2.2. Pasal 6 mengatur prinsip-prinsip pengenaan retribusi terhadap perizinan berdasar volume dan jenis kegiatan yang dilakukan. Prinsip-prinsip pengenaan retribusi atas izin izin seperti diatur dalam pasal 3, dapat dijadikan acuan atau pembanding dalam substansi kerjasama terhadap perizinan.
  - 2.3. Keputusan Bersama Pemerintah Daerah Provinsi Sulawesi Tengah, Gorontalo, dan Sulawesi Utara Nomor 5000 Tahun 2002 tentang Pembentukan Sekretariat Bersama dalam pengelolaan Sumber Daya Ikan. Dalam Pasal 3 diatur mengenai prinsip-prinsip kerjasama yaitu saling bersinergi, saling menghargai, kebersamaan, saling menguntungkan, saling menopang, tidak mengeksploitasi daerah lain tanpa izin, pembagian peran dan kesempatan. Prinsip-prinsip tersebut dapat merespon daerah-daerah lain untuk menerapkannya dalam bentuk kerjasama di bidang perizinan.

## Kesimpulan

Kerjasama antar daerah bidang perizinan, merupakan langkah hukum yang dapat meningkatkan pelayanan publik dan meningkatkan pengawasan terhadap perizinan. Upaya peningkatan pelayanan perizinan diperlukan karena fungsi izin adalah fungsi pengendalian publik, disamping ada fungsi pemasukan finansial dalam izin-izin tertentu seperti izin reklame, izin H.O dan izin trayek. Upaya peningkatan pengawasan sangat penting karena dewasa ini marak terjadi berbagai pelanggaran bidang perizinan, yang menyebabkan munculnya kasus-kasus *Illegal Logging, Illegal Fishing, Illegal Mining, dll.* Berbagai media memberitakan kasus tersebut, dengan paparan tentang kerugian negara yang mencapai hitungan triliunan rupiah. Kerjasama antar daerah yaitu: Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999, diatur dalam Pasal 87 dan Pasal 88. Adapun Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 diatur dalam Pasal 195.

Di dalam sistem hukum Perancis pertimbangan kerjasama antar daerah dilakukan dengan pertimbangan sangat penting bagi strategi politik. Bentuk kerjasama adalah: *Collaboration, contract administratifs* dan *contracts de droi prive*. Pada masa Hindia Belanda bentuk kerjasama telah ada ketika berlaku Undang-Undang Pemerintah Daerah: (1). Desentralisatie wet 1903; dan (2). Bestuurscherorming wet 1992.

Di dalam praktik pemerintahan kerjasama antar Pemerintah dan Pemerintah Daerah termasuk di dalamnya kerjasama bidang perizinan dituangkan dalam bentuk Surat Keputusan Bersama, Peraturan Bersama dan Surat Edaran Bersama. Dengan demikian Figur Hukum ini bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan PerUndang-Undangan, yang di dalam pasal 7 ayat (1) tersebut.

## Daftar Bacaan

- Andri, Akbar, “Ancaman Baru Kedaulatan NKRI”, *Forum Hukum*, Volume 2 No. 1, Jakarta, 2015.
- Bongenaar, Karel EM, “Aturan adalah Norma”, *Yuridika*, Majalah Hukum Unair, No. 1 dan 2 Tahun VII, Januari-Maret April, 1992.
- Brown L., Neville, And John S. Bell, *French Administrasi Law*, Clarendon Press-oxford, 1998.
- Buuren, Van, PJJ, et. al., *Hoofdlijne Ruimtelijk Bestuursrecht*, Kluwer-Deventer, 1996.
- De Haan P., et.al., *Bestuursrecht in the social rechstaat*, Kluwer Deventer, 1996.
- Konijnenbelt, Van Wijk, *Hoofdstukken Van Administratief Recht*, Vijfde druk, Vugauitgeverij, B.V.S- Gravenbage 1984.
- Made Negara Kelautan dan Perikanan, *Setiap Tahun Negara Dirugikan 30 Triliun Rupiah Akibat Illegal Fishing*, Forum Hukum, Volume 2 No. 2, Jakarta, 2005.
- Sugiyanto, et. al., *Pengelolaan Penyelenggaraan Kerjasama Antar Daerah*, Lembaga Administrasi Negara, Jakarta, 2004.

### BAB III ADMINISTRASI PENAL LAW

#### Pendahuluan

Analisis tentang pidana administratif (*Administrative Penal Law*), dilakukan melalui tiga pendekatan, yaitu pendekatan tentang, (1). Konsep, (2). Asas; dan (3). Hukum administrasi dan tindak pidana korupsi.

#### A. Konsep

Pidana administratif merupakan ketentuan pidana berkaitan dengan hukum administrasi (bukan dalam lingkup administrasi negara). Contoh; Undang-Undang Kehutanan Nomor 19 Tahun 2004, adalah hukum administrasi yang mengatur kekuasaan pemerintahan dalam bidang kehutanan. Dengan demikian pidana administratif diatur dalam Undang-Undang hukum administrasi, yaitu hukum yang berkaitan dengan kekuasaan pemerintahan. Ketentuan pidana in casu adalah dalam rangka penegakan hukum administrasi. Dalam konteks ini dikemukakan definisi hukum administrasi oleh William Wade dan Bernard Schwartz.

Menurut William Wade bahwa “*Administrative law is concerned with the nature of the power of public authorities and, especially, with the manner of their exercise. It is also it is the law relating to the control of governmental power, and that it may be said to be the body of general principles which govern the exercise of powers and duties by public authorities*”.<sup>28</sup> Bernard Schwartz menjelaskan hukum administrasi sebagai berikut: *Administrative law it self is that branch of the law that controls the administrative operations of government. It sets for the power that may be exercised by administrative agencies, lays down the principles governing the exercise of those powers, and provides legal remedies to those aggrieved by administrative action.*<sup>29</sup>

Dari kedua definisi tersebut, yang substansi utamanya adalah kekuasaan atau wewenang pemerintahan, maka semua ketentuan pidana

---

<sup>28</sup> William Wade, *Administrative Law*, Oxford University Press, US, Eight, Ed. 2000, p. 4-5.

<sup>29</sup> Bernard Schwartz, *Administrative Law*, 2 nd, Ed, Brown Company, Little Boston, 1984, p. 2.

yang diatur oleh Undang-Undang yang menyangkut kekuasaan pemerintahan adalah termasuk dalam hukum administrasi, dan dikategorikan sebagai ketentuan pidana administratif.

Ketentuan pidana dalam Per-Undang-Undangan hukum administrasi, merupakan instrumen penegakan hukum administrasi. Sebagai instrumen penegakan hukum administrasi, maka perlu diperhatikan asas hukum dalam penegakan hukum administrasi, yaitu: sanksi pidana merupakan *ultimum remedium*.

Atas dasar itu pandangan-pandangan kuno dibidang hukum administrasi seperti Dr. H.J Romeyn berpendapat: hukum pidana dapat dipandang sebagai hukum pembantu atau "*hulprecht*" bagi hukum tata pemerintahan (sekarang; hukum administrasi), karena penetapan sanksi pidana merupakan sarana untuk menegakkan Hukum Tata Pemerintahan (hukum administrasi). Sebaliknya peraturan-peraturan hukum didalam perUndang-Undangan administratif dapat dimasukkan dalam lingkungan hukum pidana.<sup>30</sup> Suatu contoh: ketentuan pidana lingkungan didalam Undang-Undang lingkungan hidup (lihat Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 Tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup Pasal 41, 42, 43, 44 yang mengatur tentang sanksi pidana).

## B. Asas

Berkaitan dengan tindak pidana korupsi, terhadap ketentuan pidana administratif berlaku *asas lex specialis derogat legi generali*. Sebagai contoh: ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 78 Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan, hendaknya hal itu dilihat sebagai *lex specialis*, jangan kemudian dikenakan ketentuan Undang-Undang tindak pidana korupsi. oleh karena bertentangan dengan *asas preferensi hukum*, *lex specialis* dan *asas kepastian hukum*. Catatan: Kalau ada kerugian negara, jangan terus beralih ke tindak pidana korupsi, oleh karena kerugian negara diatur dalam Pasal 80 dan hal itu berkaitan dengan sanksi administratif, bukan dalam konteks Tipikor.

Pasal 80 ayat (1) menyatakan: setiap perbuatan melanggar hukum yang diatur dalam Undang-Undang ini dengan tidak mengurangi sanksi

---

<sup>30</sup> Koentjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Negara*, Alumnus, Bandung, 1978, h. 26

pidana sebagaimana dalam Pasal 78, mewajibkan kepada pertanggung jawab perbuatan itu untuk membayar ganti rugi sesuai dengan tingkat kerusakan atau akibat yang ditimbulkan kepada negara. Untuk biaya rehabilitasi pemulihan kondisi hutan, atau tindakan lain yang diperlukan. Pasal 80 ayat (2) menyatakan setiap pemegang izin usaha pemanfaatan kawasan, izin usaha pemanfaatan jasa lingkungan, izin usaha pemanfaatan hasil hutan, atau izin pemungutan hasil hutan yang diatur dalam Undang-Undang ini, apabila melanggar ketentuan diluar ketentuan pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 78 dikenakan sanksi administratif.

Adapun ketentuan didalam Undang-Undang Lingkungan Hidup Nomor 32 Tahun 2009 sangatlah berbeda, oleh karena rumusan ketentuan pidananya adalah rumusan delik sebagaimana diatur dalam Bab XV, sedangkan Pasal 97 menyatakan tindak pidana dalam Undang-Undang ini adalah merupakan kejahatan.

### **C. Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi**

Hukum administrasi berfungsi sebagai *instrument preventif* dan *represif*. Sebagai *instrument preventif*, di Indonesia hukum administrasi belum berfungsi secara optimal dan hukum administrasi belum mendapat tempat yang terhormat dalam pembangunan hukum. Akibatnya konsep-konsep dasar hukum administrasipun tidak jelas.

Sebagai contoh Peraturan Per-Undang-Undangan belum membedakan secara jelas antara *delegasi* dan *mandat*. Hal ini dapat kita lihat misalnya dalam Pasal 136 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintah Daerah yang mengatur tentang pengelolaan keuangan. Diatur bahwa kepala daerah dapat melimpahkan wewenang pengelolaan keuangan itu kepada sekretaris daerah. Mungkin itu bermakna sebagai suatu delegasi? Andaikata diartikan delegasi, maka kepala daerah tidak mempunyai tanggung jawab sama sekali, padahal tanggung jawab tetap ada pada kepala daerah karena tanggung jawab jabatan kepala daerah tidak bisa dialihkan.

Hukum Administrasi berfungsi Represif. Pada dasarnya korupsi tidak dapat dilepaskan dari hukum administrasi, kalau fokusnya adalah kerugian keuangan negara (Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999), akan tetapi di Indonesia korupsi ternyata tidak hanya berkaitan dengan kerugian negara saja seperti halnya yang dirinci dalam



ketentuan Bab II. Rincian tersebut merumuskan berapa banyak rumusan Tipikor sebagaimana tersebut dalam Pasal 5 sampai dengan Pasal 14. Dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999, rumusannya tidak lagi mengambil alih rumusan dalam KUHP, namun ada perubahan yakni langsung menyatakan unsur-unsur seperti yang dimaksudkan dalam Pasal 5, 6, 7, 8, 9,10, 11 dan 12. Contoh: kasus Hartati Moerdaya adalah merupakan kasus penyuaipan dan tidak merugikan keuangan negara. Hal ini terjadi karena Bab II Undang-Undang Korupsi mengambil alih ketentuan-ketentuan dalam KUHP, dimaksudkan dalam Undang-Undang Tipikor dan dikategorikan sebagai tindak pidana korupsi, padahal tidak ada definisi tentang konsep korupsi. Konsep penting dalam legal reasoning berkaitan dengan pendekatan konseptual.

## **Kesimpulan**

Per-Undang-Undangan Tipikor tidak pernah merumuskan definisi Korupsi, sehingga jenis Tipikor selalu bertambah. Dalam Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 ada 23 jenis Tipikor dan kemudian berdasarkan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 menjadi 31 jenis Tipikor. Dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas KKN, dalam Pasal 1 ayat (3) disebutkan: korupsi adalah tindak pidana sebagaimana dimaksudkan dalam ketentuan peraturan perUndang-Undangan yang mengatur Tipikor. Dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tidak terdapat definisi korupsi, tetapi jenis Tipikor yang diatur didalam Bab II. Dalam hukum administrasi, suatu konsep yang jelas tentang korupsi sangat berkaitan dengan tanggung jawab individu atau korporasi yaitu menentukan apakah telah terjadi maladministrasi atau tidak, utamanya dalam konteks penyalahgunaan wewenang dan perbuatan sewenang-wenang dari pejabat.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Philipus M. Hadjon, et all, *Hukum Administrasi dan Good Governance*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2010, h. 69.

## Daftar Bacaan

- Hadjon, Philipus M., et all, *Hukum Administrasi dan Good Governance*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2010.
- Jacobini, H.B., *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications Ins, New York. 1991.
- Purbopranoto, Koentjoro, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Negara*, Alumni, Bandung, 1978.
- Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, 2 nd, Ed, Brown Company, Little Boston, 1984.
- Stroink, F.A.M., dan J.G. Steenbeck, *Inleiding in het staat en administratief recht*, Sansom Uitgeverij, Alphen aan den Rijn, 1983.
- Ten Berge. J.B.J.M., *Besturen door de Overheid*, viere druk W.E.J. Tjeenk Willink. Devenier, 1983.
- Wade, William, *Administrative Law*, Oxford University Press, US, Eight, Ed. 2000.

## BAB IV

### PROSEDUR PENEGAKAN HUKUM TERHADAP PEJABAT PENYELENGGARA PEMERINTAHAN

#### **Pendahuluan**

Materi tulisan ini merupakan salah satu substansi dari seminar penegakan hukum bagi penyelenggaraan pemerintahan di daerah. Dalam kajian hukum administrasi prosedur penegakan hukum meliputi penegakan hukum preventif dan penegakan hukum represif. Penegakan hukum preventif dilakukan dengan pengawasan dalam upaya pencegahan terhadap tindakan-tindakan penyimpangan yang dapat terjadi dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah.

Di dalam upaya pencegahan penyelenggaraan pemerintahan harus berlandaskan aturan-aturan hukum yang tegas, serta asas-asas hukum yang menjadi tolok ukur bagi penyelenggaraan pemerintahan di daerah. Pemahaman tentang konsep-konsep hukum administrasi yang benar juga merupakan satu upaya pencegahan terhadap penyimpangan.

Adapun sanksi harus mendukung penindakan hukum jika terbukti terdapat penyimpangan. Berdasar uraian ini, materi prosedur penindakan hukum terhadap pejabat dibagi dalam 4 bab yaitu :

1. Instrumen Penegakan Hukum
2. Konsep Persamaan dihadapan hukum
3. Penanganan Tindak Pidana Bagi Pejabat
4. Prosedur Penindakan Pejabat Dalam Konteks *Forum Privilegiatum* dan **Prosedur Khusus**

#### **I. Instrumen Penegakan Hukum**

Penegakan Hukum mempunyai dua instrumen yang terdiri dari pengawasan dan sanksi. Dalam bidang Hukum Administrasi, pengawasan dan sanksi sangat erat kaitannya dengan wewenang, oleh karena dalam wewenang, sekaligus dilekati dengan instrument pengawasan. Pengawasan harus selalu dilakukan terhadap pejabat yang berwenang baik pejabat ditingkat pusat maupun ditingkat daerah.

Rasio dari pengawasan tersebut adalah, oleh karena ada batas wewenang yang dimiliki oleh para pejabat, baik itu merupakan wewenang atribusi, wewenang delegasi ataupun wewenang mandat. Hal lain yang

menyangkut pengawasan, adalah berkaitan dengan asas “*responsibility*”, bahwa penggunaan wewenang harus selalu dipertanggungjawabkan.

William Wade menjelaskan “*Administrasi Law is the law related to the control of governmental power. Administrative law is concerned with the nature of powers of public authorities and, especially, with the manner of their exercise*”.<sup>32</sup> Schwartz menjelaskan: *Administratif law itself is that branch of the law that controls the administrative operations of government. It sets forth the powers that may be exercised by administrative agencies, lays down the principles governing the exercise of those powers, and provides legal remedies to aggrieved by administrative actions.*<sup>33</sup> Adapun sanksi sebagai instrument penegakan hukum, diberikan setelah terbukti bahwa dalam penggunaan wewenang terdapat penyimpangan.

Toetsing Gronde (Dasar Pengujian) terhadap penggunaan wewenang adalah :

1. Peraturan PerUndang-Undangan
2. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik/AUPB
3. HAM
4. *Good governance*.

Penegakan hukum pada dasarnya adalah melaksanakan fungsi pemerintahan dibidang penegakan hukum, oleh karena itu penegakan hukum tersebut juga harus mengindahkan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB). Dalam suatu penyidikan atas suatu kasus, yang kemudian dilakukan dengan menerapkan suatu diskresi, maka hal itu pun tidak boleh bertentangan dengan asas tidak boleh bertindak sewenang-wenang dan asas penyalahgunaan wewenang.

Example: UU No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia.

Dalam hal pengadilan menggunakan diskresi, Itupun tidak boleh sewenang-wenang dan menyalahgunakan wewenang. Jadi intinya harus selalu memperhitungkan Asas asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB). Istilah yang biasa digunakan dalam peradilan adalah: *Fair Trial*.

## II. Persamaan Dihadapan Hukum

---

<sup>32</sup> H.B. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications Ins, New York. 1991, p. 3.

<sup>33</sup> *Ibid*.

Konsep persamaan dihadapan hukum H. L. Hart: menguraikan tentang persamaan dikaitkan dengan keadilan. Prinsip umum keadilan adalah bahwa dibandingkan dengan pihak lain, setiap individu dalam posisi yang sama dan tidak sama dengan pihak lain. Atas dasar itu, Hart merumuskan dalil *treat like cases alike, treat differentcasesdifferently*. Perlakuan yang sama dalam kondisi yang sama dan perlakuan yang berbeda dalam kondisi yang tidak sama.

Persamaan tidak sama dengan sama rata. Jika dalam kondisi berbeda diperlakukan sama, hal itu malahan tidak adil. *Lon.Fuller melihat keadilan melalui ketidakadilan "Recognizing Injustice"*.<sup>34</sup> Pertanyaannya: Siapa yang menderita oleh karena ketidakadilan? Satu contoh dalam perkara perdata pandangan fuller ini diaplikasikan dalam konteks siapa menderita oleh karena ketidakadilan.

Undang-Undang Dasar kita menjelaskan konsep keadilan dalam bahasa normatif, yaitu Keadilan Sosial bagi seluruh bangsa Indonesia. Dalam konteks demikian, ada peluang bahwa persamaan adalah sama rata. Akibatnya dapat saja misalnya seseorang yang bermobil (memiliki mobil) mendapatkan jatah gakin, dan mendapat raskin.

### III. Penanganan Tindak Pidana

Tindakan penyelidikan terhadap Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah diatur dalam Pasal 36 Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Pasal 36 menyatakan:

- (1) Tindakan penyelidikan dan penyidikan terhadap Kepala Daerah dan atau Wakil Kepala Daerah dilaksanakan setelah adanya persetujuan tertulis dari Presiden atas permintaan penyidik.
- (2) Dalam hal persetujuan tertulis sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak diberikan oleh Presiden dalam waktu paling lambat 60 hari terhitung sejak diterimanya permohonan, proses penyelidikan dan penyidikan dapat dilakukan.
- (3) Tindakan penyidikan yang dilanjutkan dengan penahanan diperlukan persetujuan tertulis sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2).
- (4) Hal-hal yang dikecualikan dari ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah:

---

<sup>34</sup>D'Amato Anthony, *Analytic Jurisprudence Anthology*, Anderson Publishing Co, Ohio, 1996, h. 249.

- a. Tertangkap tangan melakukan tindak pidana kejahatan, atau
  - b. Disangka telah melakukan tindak pidana kejahatan yang diancam dengan pidana mati, atau telah melakukan tindak pidana kejahatan terhadap keamanan negara.
- (5) Tindakan penyidikan sebagaimana dimaksud pada ayat (4) setelah dilakukan wajib dilaporkan kepada presiden paling lambat dalam waktu dua (2) x 24 jam.

Pasal 36 Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tersebut dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi, dengan Keputusan MK No. 73/PUU/IX/2011, dengan alasan bahwa pasal tersebut bertentangan dengan asas persamaan dihadapan hukum.

Pertanyaannya :

Apakah pasal tersebut bertentangan dengan asas persamaan dihadapan hukum? Menjawab pertanyaan tersebut, kita kembali pada konsep persamaan dihadapan hukum yaitu; perlakuan sama dalam kondisi yang sama. Atas dasar itu pertanyaannya dalam konteks tindak pidana, Apakah seorang pejabat pemerintah dalam kondisi sama dengan orang pribadi?

Ditinjau dari sisi hukum administrasi, tanggung jawab pidana seorang pejabat merupakan tanggung jawab pribadi dan bukan tanggung jawab jabatan. Apakah ini yang menjadi alasan untuk menerapkan persamaan dimata hukum bagi pejabat yang melakukan tindak pidana. Dalam menganalisis hal tersebut, tidak bisa dipisahkan secara tegas tanggung jawab pribadi dengan tanggung jawab jabatan. Berkaitan dengan tanggung jawab jabatan titik sentral adalah legalitas. Berkaitan dengan tanggung jawab pribadi adalah Maladministrasi.<sup>35</sup>

Konsep maladministrasi, berasal dari bahasa latin *malum* dan *administrare*, yang berarti pemerintahan yang jelek atau pelayanan yang jelek. Bentuk-bentuk maladministrasi antara lain seperti dikemukakan oleh K.C. Wheare “ *Arbitrariness, malice or bias, including discrimination, are examples of improper consideration. Neglect, unjustifiable delay, failure to observe relevant rules and procedures, failure to take relevant consideration into account, failure to establish or review procedures where there is a duty or obligation on a body to do so, are examples of*

---

<sup>35</sup> Philipus. M. Hadjon, et all, *Hukum Administrasi dan Good governance*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2010, h. 32

*improperconduct*.<sup>36</sup> (sewenang-wenang, kebencian, atau berprasangka, termasuk diskriminasi, adalah contoh-contoh pertimbangan yang tidak layak. Pengabaian, penundaan berlarut, gagal dalam menjalankan peraturan-peraturan hukum dan prosedur yang relevan, gagal untuk meletakkan atau menguji prosedur yang ada, yang merupakan tugas atau kewajiban badan pemerintah, merupakan contoh-contoh tindakan yang tidak layak atau tidak patut).<sup>37</sup>

Menurut Undang-Undang No. 27 Tahun 2008 tentang Ombudsman, Pasal 1 angka 3, menentukan bahwa maladministrasi adalah perilaku atau perbuatan melawan hukum, melampaui wewenang, menggunakan wewenang untuk tujuan lain dari yang menjadi tujuan wewenang tersebut, termasuk kelalaian atau pengabaian kewajiban hukum dalam penyelenggaraan pelayanan publik yang dilakukan oleh Penyelenggara Negara dan Pemerintah yang menimbulkan kerugian materiil dan/atau imateriil bagi masyarakat dan orang-perorangan.

Dalam hal terdapat maladministrasi dalam penyelenggaraan pemerintahan, maka tanggung jawabnya adalah tanggung jawab pribadi. Berkaitan dengan tindakan maladministrasi yang meliputi gratifikasi, perbuatan melawan hukum, dan penyalahgunaan wewenang merupakan perbuatan penyimpangan yang termasuk dalam ranah pidana.

#### **IV. Prosedur Penindakan Pejabat Dalam Konteks FORUM PRIVILEGIATUM dan Prosedur Khusus**

Didalam Pasal 106 UUD 1950 ditegaskan bahwa Presiden, Wakil Presiden, Menteri-menteri, Ketua, Wakil Ketua, dan anggota dewan perwakilan rakyat; Ketua, Wakil Ketua, dan anggota Mahkamah Agung, Jaksa Agung pada Mahkamah Agung, Ketua, Wakil Ketua, dan anggota Dewan Pengawas Keuangan; Presiden Bank Sirkulasi, dan juga pegawai-pegawai, anggota-anggota, majelis-majelis tinggi dan pejabat-pejabat lain yang ditunjuk dengan Undang-Undang, diadili dalam tingkat pertama dan tertinggi, juga oleh Mahkamah Agung.

---

<sup>36</sup> K.C. Wheare, *Maladministration and its Remedies*, Stevens and Sons, London, 1973, p. 11.

<sup>37</sup> *Ibid.*

Ketentuan dalam Pasal 106 UUDS 1950 tersebut tersebut, lazimnya dikenal sebagai *Forum Privilegium*. Dikatakan forum privilegium, karena pejabat-pejabat tersebut tidak diadili seperti halnya individu biasa, yaitu melalui pengadilan tingkat I, tetapi langsung oleh Mahkamah Agung. Dengan demikian Mahkamah Agung, sekaligus sebagai *Judex Facti* untuk pejabat Negara dalam Pasal 106 tersebut.

Kalau dikaitkan dengan hak-hak asasi, justru Undang-Undang dasar sementara 1950 yang pertama kali menetapkan Deklarasi PBB tahun 1948 tentang Hak Azasi Manusia. Dalam konteks itu perlu dikaji apa **ratio legis** pasal 106. Mungkin untuk masa sekarang ratio legis Pasal 106 perlu dikaji untuk penerapan kasus-kasus tindak pidana korupsi, mengingat tersangka atau terdakwa tindak pidana korupsi adalah pejabat negara.

Ketentuan Pasal 36 Undang-Undang No. 32 th 2004 tentang Pemerintahan Daerah, yang telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi, itu adalah bentuk **prosedur khusus**, karena adanya prosedur izin dalam penindakan hukum pejabat daerah.

Didalam UUD NRI Tahun 1945 pada pasal 7b menetapkan :

- (1) Usul pemberhentian Presiden dan atau wakil Presiden dapat diajukan oleh Dewan Perwakilan Rakyat kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat hanya dengan terlebih dahulu mengajukan permintaan kepada Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili, dan memutus pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa penghianatan terhadap Negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Pertanyaan :

- a. Apakah Pasal 7b tersebut tidak bertentangan dengan asas persamaan dihadapan hukum?
- b. Apakah ketentuan Pasal 7b secara analogi dapat diterapkan terhadap Kepala Daerah?

Pasal 7b UUD NRI 1945 tersebut merupakan **prosedur khusus**, karena dalam penindakan hukum terhadap Presiden harus melalui



Mahkamah Konstitusi terlebih dahulu. Ketentuan selanjutnya adalah didalam Pasal 29 ayat (4) UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah menentukan bahwa :

Pemberhentian Kepala Daerah dan/atau Wakil Kepala Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf d dan huruf e dilaksanakan dengan ketentuan :

- a. Pemberhentian Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah diusulkan kepada Presiden berdasarkan putusan Mahkamah Agung atas pendapat DPRD bahwa Kepala Daerah dan/atau Wakil Kepala Daerah dinyatakan melanggar sumpah/janji jabatan dan/atau tidak melaksanakan kewajiban Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah
- b. Pendapat DPRD sebagaimana dimaksud pada huruf a diputuskan melalui rapat paripurna DPRD yang dihadiri oleh sekurang-kurangnya  $\frac{3}{4}$  dari jumlah anggota DPRD, dan putusan diambil dengan persetujuan sekurang-kurangnya  $\frac{2}{3}$  dari jumlah anggota DPRD yang hadir.
- c. Mahkamah Agung wajib memeriksa, mengadili, dan memutuskan pendapat DPRD tersebut paling lambat 30 hari setelah permintaan DPRD itu diterima Mahkamah Agung dan putusannya bersifat final.
- d. Apabila Mahkamah Agung memutuskan bahwa Kepala Daerah dan/atau Wakil Kepala Daerah terbukti melanggar sumpah/janji jabatan dan/atau tidak melaksanakan kewajiban, DPRD menyelenggarakan rapat paripurna yang dihadiri oleh sekurang-kurangnya  $\frac{3}{4}$  dari jumlah anggota DPRD dan putusan diambil dengan persetujuan sekurang-kurangnya  $\frac{2}{3}$  dari jumlah anggota DPRD yang hadir untuk memutuskan usul pemberhentian Kepala Daerah dan/atau Wakil Kepala Daerah kepada Presiden.
- e. Presiden wajib memproses usul pemberhentian Kepala Daerah dan/atau Wakil Kepala Daerah tersebut paling lambat 30 hari sejak DPRD menyampaikan usul tersebut.

Ketentuan Pasal 29 ayat (4) UU No. 32 Tahun 2004 tersebut adalah merupakan prosedur penindakan khusus. Oleh karena prosedur khusus maka **ratio legisnya** adalah: perlakuan yang sama dalam kondisi yang sama serta perlakuan yang berbeda dalam kondisi yang tidak sama. Pada intinya prosedur khusus tersebut memberikan perlindungan hukum pada pejabat untuk tidak diperlakukan sewenang-wenang. Dalam prosedur penindakan hukum, apakah karena pejabat, asas praduga tidak bersalah tidak berlaku.

## **Kesimpulan**

Instrumen penegakan hukum sangat penting didalam pembangunan dan penyelenggaraan pemerintahan daerah. Upaya-upaya pencegahan sebagai bentuk penegakan hukum preventif dilakukan dengan melaksanakan ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku dan memberikan pengawasan atas tindakan pemerintahan. Konsep-konsep hukum, asas-asas hukum dalam pemerintahan perlu dipahami dengan benar. Hukum Administrasi dan Hukum Tata Negara, harus menjadi ujung tombak dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah dan dalam hal penegakan hukum represif, terhadap pejabat daerah.

Di dalam konteks prosedur penindakan terhadap pejabat daerah bila melakukan penyimpangan beberapa kajian tentang “Forum Privilegiatum maupun prosedur khusus”, perlu dikaitkan dengan makna keadilan, asas praduga tidak bersalah dan HAM.

## Daftar Bacaan

- Anthony, D'Amato, *Analytic Jurisprudence Anthology*, Anderson Publishing Co, Ohio, 1996.
- Hadjon, Philipus. M., et all, *Hukum Administrasi dan Good governance*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2010.
- Jacobini, H.B., *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications Ins, New York. 1991.
- Neville, Brown L, and John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press - Oxford, 1998.
- Wade, William., *Administrative Law*, Oxford University Press, US, Eight. Ed., 2000.
- Wheare, K.C., *Maladministration and its Remedies*, Stevens and Sons, London, 1973.

## BAB V

### POSISI KEJAKSAAN DALAM SISTEM PEMERINTAHAN DAN KETATANEGARAAN DI INDONESIA

#### Pendahuluan

Kejaksaan memegang posisi penting dalam penegakan hukum di Indonesia, yang diawali dengan langkah penyelidikan, penyidikan dan penuntutan sampai dengan eksekusi maupun pengawasan. Hal ini semakin penting jikadikaitkan dengan realita tingginya tingkat kejahatan yang meluas sampai ke lintas negara.

Tugas utama kejaksaan berkaitan posisi tersebut dapat dilihat di dalam Pasal 30 Undang Undang No. 16 Tahun 2004 yang meliputi :

1. Tugas dan Wewenang di Bidang Pidana
2. Tugas dan Wewenang di Bidang Perdata dan Tata Usaha Negara
3. Tugas Dalam Bidang Ketertiban dan Ketentraman Umum

Di samping itu kejaksaan masih mempunyai tugas lain sebagaimana yang diatur dalam Pasal 31 sampai dengan Pasal 36 Undang-Undang No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan RI. Dengan tugas dan wewenang demikian, dalam konteks ketatanegaraan, kejaksaan mempunyai tugas dibidang penuntutan yang termasuk kekuasaan yudisial, dan kewenangan lain menurut Undang-Undang yang merupakan ranahkekuasaan eksekutif.

Posisi kejaksaan seperti tersebut tersebut dapat dilihat sebagai **karakter khusus**, jika dibandingkan dengan sistem ketatanegaraan dari negara yang lain. Dalam aspek **penegakan hukum**, dualisme posisi tersebut dapat menyebabkan problem yuridis, bila tidak diikuti dengan aturan hukum yang jelas, baik mengenai kelembagaan, tugas dan wewenang, profesionalitasnya, dan sebagainya.

Ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak mengatur secara jelas posisi tentang Kejaksaan Republik Indonesia. Undang-Undang No. 16 Tahun 2004 Tentang Kejaksaan Republik Indonesia Pasal 2 ayat (1) menyatakan “Kejaksaan Republik Indonesia yang selanjutnya dengan Undang-Undang ini disebut kejaksaan adalah **lembaga pemerintahan** yang melaksanakan kekuasaan negara di bidang penuntutan sertahal lain berdasarkan Undang-Undang”.

Undang-Undang ini juga tidak menjelaskan tentang Posisi kelembagaannya. Dengan demikian secara konstitusional tidak ada ketegasan dalam pengaturan posisi kejaksaan sebagai suatu lembaga penegak hukum. Keadaan ini juga dapat mengakibatkan ketidakpastian dalam penegakan hukum oleh lembaga tersebut, dan juga ketidakpastian menyangkut posisi dan masa jabatan Jaksa Agung.

#### **A. Karakteristik Khas Peran dan Fungsi Kejaksaan Dalam Struktur Pemerintahan dan Ketatanegaraan di Indonesia.**

Kejaksaan Republik Indonesia mempunyai karakter khas dalam peran dan fungsi penegakan hukum represif di bidang penuntutan. Karakter represif tersebut menempatkan kejaksaan dalam posisi sentral, dalam penegakan hukum.

Dalam sistem ketatanegaraan kita, , Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 24 ayat (3), menyatakan bahwa “Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman **diatur dalam** Undang-Undang”. Pasal ini tidak menjelaskan tentang **posisi** kejaksaan sebagai lembaga penuntut umum. Pasal ini mengatur tentang **fungsi** badan-badan lain termasuk kejaksaan.

Dengan demikian membicarakan posisi kedudukan kejaksaan dalam sistem kenegaraan kita berdasarkan ketentuan pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 16 Tahun 2004 harus dikaitkan dengan **Pasal 4 ayat (1)** Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang menyatakan Presiden menyelenggarakan pemerintahan menurut Undang-Undang. Dengan demikian kedudukan lembaga kejaksaan tersebut di bawah Presiden.

Dalam kaitan Pasal 24 ayat (3), badan-badan lain itu melaksanakan fungsi, oleh karena itu **jangan ditafsirkan lembaga kejaksaan ada di bawah Mahkamah Agung**. Hal itu tidak tepat, namun kejaksaan juga tidak lepas kaitannya dengan peradilan.

Badan lain yang ada itu dalam konteks lingkungan peradilan seperti diatur dalam Undang-Undang tentang kekuasaan kehakiman No. 48 th 2005, Pasal 18 yang menyatakan kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh satu Mahkamah Agung dan peradilan yang ada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan

peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah mahkamah konstitusi.

Karakter represif dalam penegakan hukum oleh kejaksaan, dikaitkan dengan Pasal 2 ayat (3) yang menyatakan: kejaksaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah satu dan tidak terpisahkan. Ketentuan ini menimbulkan pertanyaan tentang bagaimana wewenang penuntutan di luar lembaga kejaksaan RI.

## **B. Penguatan Posisi atau Kedudukan Kelembagaan Kejaksaan Dalam Sistem Pemerintahan dan Sistem Ketatanegaraan.**

Di Indonesia, sistem hukum kita menentukan bahwa posisi kejaksaan terkait dengan ketentuan pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan menurut Undang-Undang Dasar. Dengan demikian kedudukan kejaksaan Republik Indonesia ada dibawah Presiden. Dengan ketentuan yang sangat sumir ini, menjadi permasalahan apakah harus ada ketentuan tersendiri dalam UUD N R I TH 1945; diluar Bab tentang Kekuasaan Kehakiman?.

Fungsi Kejaksaan terkait dengan ketentuan Pasal 24 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pelaksanaan fungsi penegakan hukum represif dibidang penuntutan dilaksanakan oleh Kejaksaan Agung, Kejaksaan Tinggi, dan Kejaksaan. Sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 3 Undang-Undang No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia.

Dalam pelaksanaan tugas dan wewenang kejaksaan, juga perlu mendapat sorotan karena adanya wewenang lain yang berkaitan dengan penegakan hukum. Keberadaan lembaga KPK, dan Kepolisian RI juga memunculkan problem yuridis dalam konteks penegakan hukum di bidang pemberantasan tindak pidana korupsi oleh karena masing-masing lembaga memiliki kewenangan dalam penegakan hukum.

Contoh :

1. Pada sidang Tipikor dilakukan di Pengadilan Tipikor Jakarta Pusat, namun yang bertindak sebagai JPU bukan dari KPK namun dari kejaksaan oleh karena yang mengangkat kasusnya adalah lembaga kepolisian
2. Dalam kasus BP Migas.

Kasus dinyatakan SP3 oleh KPK, karena kurang atau tidak cukup bukti. Sekarang ditangani oleh Bareskrim, dan jaksa tampil lagi sebagai JPU. Dengan demikian terlihat seolah **kejaksaan tergantung** pada polisi dan KPK. Hal ini bertentangan dengan kemandirian dan kemerdekaan kejaksaan sebagaimana diatur di dalam Pasal 2 ayat (2) UU No. 16 Tahun 2004. Menjadi permasalahan juga apakah kedudukan Jaksa Agung lebih tinggi dari ketua KPK atau sebaliknya? Oleh karena itu perlu diatur secara tegas di dalam UUD tentang Kemandirian Kelembagaan Kejaksaan, sekaligus tentang batas wewenang yang tegas antara KPK, lembaga kepolisian dan kejaksaan.

Berkaitan dengan meningkatnya kejahatan yang meluas sampai lintas negara, ekstradisi harus diatur dalam bentuk perjanjian kerjasama yang diurus oleh negara. Payung hukum untuk itu diatur di dalam UUDN RI yaitu di dalam Pasal 11 ayat (1,2,3). Dengan demikian instrumen hukum yang dipakai di dalam perjanjian ekstradisi harus sesuai dengan ketentuan hukum yang ada.

Tugas dan wewenang kejaksaan sebagaimana diatur dalam Pasal 30 Undang-Undang No. 16 Tahun 2004 yaitu :

- (1) Dibidang pidana, kejaksaan mempunyai tugas dan wewenang :
  - a. melakukan penuntutan
  - b. melaksanakan penetapan hakim dan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap
  - c. melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan pidana bersyarat, putusan pidana pengawasan, dan keputusan lepas bersyarat
  - d. melakukan penyelidikan terhadap tindak pidana tertentu berdasarkan Undang-Undang
  - e. melengkapi berkas perkara tertentu dan untuk itu dapat melakukan pemeriksaan tambahan sebelum dilimpahkan ke pengadilan yang pelaksanaannya dikordinasikan dengan penyidik.
- (2) Dibidang perdata dan tata usaha Negara, kejaksaan dengan kuasa khusus dapat bertindak baik didalam maupun diluar pengadilan, untuk dan atas nama Negara atau pemerintah.
- (3) Dalam bidang ketertiban dan ketentraman umum, kejaksaan turut menyelenggarakan kegiatan :
  - a. peningkatan kesadaran hukum masyarakat
  - b. pengamanan kebijakan penegakan hukum

- c. pengawasan peredaran barang cetakan
- d. pengawasan kepercayaan yang dapat membahayakan masyarakat dan Negara
- e. pencegahan, penyalahgunaan dan/atau penodaan agama
- f. penelitian dan pengembangan hukum serta statik kriminal

Sebagai pembanding tentang posisi kejaksaan dikemukakan sistem hukum tentang kejaksaan di Belanda yang diatur di dalam Grond wet, yang menunjukkan kuatnya posisi kelembagaan kejaksaan.

### C. Sistem Hukum tentang Kejaksaan di Belanda.

Kejaksaan di Belanda terdiri dari :

#### 1. *The District Prosecutor's Office*

Kantor kejaksaan tingkat distrik yang berhubungan dengan pengadilan tingkat pertama yang menentukan kasus-kasus yang akan diajukan ke pengadilan dengan yurisdiksi terbatas (*kantongerechten*) dan kepersidangan di *arrondissement rechtbank*.

#### 2. *The District Public Prosecutor's Office.*

Ini adalah kejaksaan pada tingkat pengadilan banding atau (*gerechtshof*). Keberadaan tingkatan atau kantor-kantor kejaksaan sesuai dengan hirarki yurisdiksi mereka masing-masing. Kantor kejaksaan yang melekat pada Mahkamah Agung mempunyai kedudukan khusus dan bukan merupakan bagian dari hirarki kantor kejaksaan yang melekat pada pengadilan wilayah (*district*) atau pengadilan banding. Tanggung jawab Kepala Kejaksaan yang melekat atau berhubungan dengan Mahkamah Agung adalah untuk memberi advis pada Mahkamah Agung, berkaitan dengan putusan yang diajukan kasasi untuk peninjauan kembali.

Struktur hirarki kantor-kantor kejaksaan lebih jauh **harus mengikuti petunjuk dari Menteri Kehakiman**. Dalam konteks ini J.F. Nijboer mengemukakan bahwa "*The Hierarchical structure of the prosecutor's office is further evident from the fact that it must follow the directives of the Minister of Justice. As a rule the Minister shows reservation in the directives he issues. Evidence of this reservation is seen*



*in the fact that he delegates much of his general authority to issue directives to the board of procureurs –general”.*<sup>38</sup>

*The duties and powers may be summarized as follows :*

1. *Chief of Investigation*
2. *Prosecutorial decisions*
3. *Prosecuting attorney at the trial*
4. *Execution of the sentence imposed*

Bagaimana kedudukan dan pengangkatan jaksa Agung di Belanda? Dalam Grondwet ( UUD) Belanda, Pasal 117 ayat (1) menyatakan “*De leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast procureur-general bij de hoge raad worden bij koninklijk besluit voor leven benoemd*” Ayat (2) menyatakan “*Op eigen verzoek en wegens het bereiken van een bij de wet te bepalen leeftijd worden zij ontslagen*”.

Berdasarkan ketentuan grondwet Belanda pasal 117 (1) tersebut, Jaksa Agung diangkat oleh Ratu. Majelis hakim Agung dan Jaksa Agung diangkat oleh Raja seumur hidup dengan keputusan raja.

Lihat juga Iur. Constantijn A. J. M. Kortmann:

1. *The members of judiciary responsible for the administration of justice and the attorney general at the supreme court shall be **appointed for life** by royal decree.*
2. *Such person shall cease to hold office on resignation or on attaining an age to be determined by act of parliament.*<sup>39)</sup>

Yang menarik, *grond wet* Belanda menentukan kekuasaan kehakiman diatur didalam Chapter 6 (Hoofdstuk 6) Judul Bab 6 adalah: *Rechtspraak*. Dalam Pasal 117 ayat (1) diatur tentang pengangkatan Hakim Agung dan Jaksa Agung dilakukan dengan keputusan raja. Dengan demikian antara Hakim Agung (*the member of supreme court*) dengan Jaksa Agung tidak diatur dalam bab yang berbeda.

Fungsi dan Wewenang :

- a) Tipe I sebagai Advocaat-Generaal adalah sebagai jaksa penuntut umum dalam kasus pidana di pengadilan banding. *Beroepsprofiel procureur-generaal bij het Openbaar Ministerie*

---

<sup>38</sup> J.F. Nijboer, *Complex Cases: Perspective on the Netherlands Criminal Justice System*, Thela Thesis, Amsterdam, 1999, p. 395 -396.

<sup>39</sup> Corstantijn A. J. M. Kortman, Paul P. T Bovend' Eert, *The Kingdom of the Netherlands, An Introduction to Dutch Constitutional Law*, Kluwer Law an Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1993, p. 187.

- b) Tipe II Jaksa Agung sebagai penasihat independen ke Mahkamah Agung (Supreme Court). *Beroepsprofiel advocaat-Generaal bij het Openbaar Ministerie*
- c) Melakukan penuntutan pada kasus pidana sampai pada tahap banding
- d) Memberikan pendapat tentang kasus conclusies dalam bidang hukum yang bukan hanya hukum pidana, dan didukung oleh staf ahli

#### **D. Peran sentral Jaksa Agung**

Jaksa agung mempunyai peran sentral dalam arti memimpin dan bertanggung jawab dalam penegakan hukum represif dalam penuntutan, maupun bidang-bidang lain yang ditentukan oleh Undang-Undang. Menurut ketentuan Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia bahwa Jaksa Agung adalah pimpinan dan penanggung jawab tertinggi kejaksaan yang memimpin, mengendalikan pelaksanaan tugas dan wewenang kejaksaan.

Tugas dan wewenang Jaksa Agung .

Menurut Pasal 35, Jaksa Agung mempunyai tugas dan wewenang :

- a. Menetapkan serta mengendalikan kebijakan penegakan hukum dan keadilan dalam ruang lingkup tugas dan wewenang kejaksaan;
- b. Mengeksekutifkan proses penegakan hukum yang diberikan oleh Undang-Undang;
- c. Mengesampingkan perkara demi kepentingan umum;
- d. Mengajukan kasasi demi kepentingan hukum kepada Mahkamah Agung dalam perkara pidana, perkara perdata dan tata usaha Negara;
- e. Dapat mengajukan pertimbangan teknis hukum kepada mahkamah Agung dalam pemeriksaan kasasi perkara pidana;
- f. Mencegah atau menangkal orang tertentu masuk atau keluar wilayah negara kesatuan Republik Indonesia karena keterlibatannya dalam perkara pidana, sesuai dengan peraturan perUndang-Undangan

Pasal 36 menentukan :

- (1) Jaksa Agung memberikan izin kepada tersangka atau terdakwa untuk berobat atau menjalani perawatan di rumah sakit dalam negeri, kecuali dalam keadaan tertentu dapat dilakukan perawatan di luar negeri;

Dengan posisi, tugas dan wewenang yang demikian menentukan didalam penegakan hukum represif, maupun dalam bidang-bidang lain yang ditentukan oleh Undang-Undang, profesionalitas Jaksa Agung sangat dibutuhkan. Dalam sejarah ketatanegaraan kita, jabatan Jaksa Agung **dianggap setingkat dengan menteri**, namun bila setingkat dengan menteri, artinya masuk dalam kabinet. Seharusnya Jaksa Agung jangan disatukan dengan kabinet oleh karena Jaksa Agung mempunyai fungsi yang khusus walaupun, kedudukannya di bawah Presiden.

Di Inggris kedudukan Jaksa Agung sama dengan kepala petugas hukum kerajaan. Di USA kedudukan Jaksa Agung setingkat dengan menteri dan menjadi bagian kabinet. Syarat untuk menduduki jabatan jaksa agung, Undang-Undang dasar kita maupun Undang-Undang kejaksaan tidak mengatur apakah Jabatan Jaksa Agung **harus diisi oleh Jaksa** (dari lingkungan kejaksaan) atau tidak **harus dari lingkungan kejaksaan**.

Hal ini sangat penting untuk mendukung profesionalitas jabatan Jaksa Agung yang demikian tinggi dan tanggung jawab yang demikian besar. Dalam praktek, pengisian jabatan Jaksa Agung juga dapat dari luar Kejaksaan yang bukan berprofesi sebagai Jaksa. Sebagai perbandingan, adalah Grond Wet Belanda yang memposisikan Jaksa Agung dengan Profesionalitas yang tinggi, sehingga jabatan tersebut berlaku seumur hidup.

Jaksa Agung adalah pemimpin tertinggi dalam lembaga kejaksaan. Dengan merujuk pada Undang-Undang No. 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer, dalam pasal 57 penjelasan. Dalam Peradilan militer ada Oditur Jenderal (militer), yang setingkat dengan Jaksa Agung. Lalu bagaimana hubungan antara Oditur Militer dan Jaksa Negara? Dalam Pelaksanaan fungsinya Jaksa untuk penegakan hukum represif, Oditur Jenderal bertanggung jawab kepada **Mahkamah Agung** melalui Panglima ABRI, jadi tidak secara langsung. Jadi keterkaitannya dengan Jaksa Agung untuk penuntutan tetap ada yaitu didalam teknis penuntutan. Namun Harus dibedakan dalam hal teknis penuntutan Jaksa Agung, sedangkan dalam pembinaan struktural (keorganisasian) kepada Panglima ABRI.

Pasal 57 ayat (1) Undang-Undang No. 3 Tahun 1997 menentukan oditur dan oditur jenderal adalah pelaksana fungsional yang dalam melakukan penuntutan bertindak untuk dan atas nama masyarakat, pemerintah dan Negara, serta bertanggung jawab menurut saluran hierarki.

Dalam penjelasan pasal 57 ayat (1) tersebut dinyatakan bahwa Oditur Jenderal dalam melakukan tugas dibidang teknis penuntutan bertanggung jawab kepada Jaksa Agung selaku penuntut umum tertinggi Republik Indonesia melalui Panglima, sedangkan didalam pelaksanaan tugas pembinaan oditur bertanggung jawab kepada Panglima. Dalam tinjauan hukum Administrasi, wewenang oditur militer dalam penuntutan adalah wewenang yang melekat pada jabatan atau wewenang yang ditetapkan atau atribusi.<sup>40</sup>

## **Kesimpulan**

Kejaksaan merupakan lembaga yang mempunyai posisi sentral dalam penegakan hukum represif. Posisi sentral tersebut membawa kejaksaan dalam karakter khas bahwa tugas-tugasnya termasuk dalam kekuasaan yudisial dan kekuasaan eksekutif. Dualisme posisi tersebut belum diimbangi kejelasan pengaturan tentang kelembagaan kejaksaan. **Perlu ada pengaturan di dalam UUD NRI 1945** tentang Posisi atau Kedudukan Kelembagaan Kejaksaan RI secara tegas untuk meningkatkan penegakan hukum terhadap kejahatan. Di samping itu juga diperlukan pengaturan yang tegas mengenai batas wewenang antara KPK, lembaga Kepolisian dan Kejaksaan, guna menghindari ketidakpastian hukum. Peran Jaksa Agung sebagai pimpinan tertinggi di bidang penegakan hukum represif, juga perlu penegasan aturan tentang kedudukan, pengisian jabatan, dan persyaratan lain dalam kaitan dengan profesionalitas.

Sistem hukum di beberapa negara menunjukkan bahwa kejaksaan menjadi bagian dari Raja/Ratu (Belanda), Di Inggris kedudukan jaksa agung sama dengan kepala petugas hukum kerajaan. Di USA kedudukan jaksa agung setingkat dengan menteri dan menjadi bagian kabinet. Sistem hukum ini dapat menjadi komparasi dalam penguatan kelembagaan Kejaksaan RI.

---

<sup>40</sup> Philipus M. Hadjon, dkk., *Hukum Administrasi dan Good governance*, Penerbit Universitas Tri Sakti, Jakarta, 2010, h. 20.

## Daftar Bacaan

Kortmann, Corstantijn A. J. M., Paul P. T Bovend' Eert, *The Kingdom of the Netherlands, An Introduction to Dutch Constitutional Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1993.

Chores, Jeroen, et. all, *Introduction to Dutch Law*, Kluwer Law International, The Hague, London-Boston, 1999.

Babalola, Olumide, *The Attorney General: Chronicles & Perspectives*, Published By Law Pavilion, Ikeja Lagos, Nigeria, 2013.

Deener, Davidr, *The United States Attorneys General, and International law*, Martinusnijhoff I The Hague I 1957.

Hadjon, Philipus M., dkk., *Hukum Administrasi dan Good governance*, Penerbit Universitas Tri Sakti, Jakarta, 2010.

Nijboer, J.F., *Complex Cases: Perspective on the Netherlands Criminal Justice System*, Thela Thesis, Amsterdam, 1999.

## BAB VI

### INTREGRASI PERIZINAN PERTAMBANGAN DALAM KAJIAN HUKUM ADMINISTRASI

#### Pendahuluan

Dewasa ini usaha pertambangan menjadi faktor yang sangat penting dalam perekonomian negara, oleh karena pertambangan merupakan sumber devisa negara terbesar disamping pajak dan hasil kekayaan lainnya. Realita tersebut mengharuskan pemerintah untuk bertindak hati-hati dalam pengusahaan dan pemanfaatan hasil-hasil pertambangan oleh karena pertambangan merupakan sumber daya alam yang tidak dapat diperbarui.

Di dalam kajian hukum administrasi faktor lingkungan dan faktor tata ruang wilayah juga merupakan aspek penting dalam pengusahaan dan pemanfaatan hasil tambang, dengan demikian dapat dilaksanakan tujuan pembangunan yang berkesinambungan atau yang biasa disebut dengan *substainable development*.

Pengusahaan dan pemanfaatan sektor pertambangan tidak hanya dimaksudkan untuk meningkatkan perekonomian negara, tetapi juga harus dapat dinikmati seluruh rakyat Indonesia, terlebih masyarakat setempat. Hal ini dikarenakan adanya hak dari setiap warga Indonesia untuk menikmati hasil pertambangan secara adil dan merata, demi mencapai kesejahteraan hidup, seperti diamatkan oleh Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (Selanjutnya disingkat UUD NRI 1945).

UUD NRI 1945 mengatur tentang hak asasi manusia untuk mendapat manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, untuk bekerja, dan untuk mendapat lingkungan hidup yang sehat.

Pasal 28 C ayat (1) menyatakan:

- (1) Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.

Pasal 28 D ayat (2) menyatakan :

- (2) Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.

Pasal 28 H ayat (1) menyatakan :

- (1) Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.

Atas dasar ketentuan hak asasi tersebut, maka Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Minerba juga memberikan batas-batas hak asasi yang wajib dilaksanakan dalam pengusahaan dan pemanfaatan pertambangan. Dalam ketentuan menimbang di UU No. 4 Tahun 2009 di jelaskan:

- a. bahwa pengelolaan pertambangan adalah untuk memberi nilai tambah secara nyata bagi perekonomian nasional dalam usaha mencapai kemakmuran dan kesejahteraan rakyat secara berkeadilan
- b. bahwa kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara yang merupakan kegiatan usaha pertambangan di luar panas bumi, minyak dan gas bumi serta air tanah mempunyai peranan penting dalam memberikan nilai tambah secara nyata pada pertumbuhan ekonomi nasional dan pembangunan daerah secara berkelanjutan.

Kepentingan yang demikian besar disektor pertambangan dalam meningkatkan perekonomian negara demi kemakmuran rakyat, mengharuskan izin pertambangan harus diatur dengan sistem hukum perizinan yang benar. Dalam realita pemberian izin usaha pertambangan banyak menimbulkan kasus-kasus yuridis, di Kaltim misalnya tahun 2011 ada 934 izin usaha pertambangan, tahun 2012 ada 194 izin. Adapun penyebab terjadinya berbagai kasus tersebut beragam, mulai dari tumpang tindih izin usaha pertambangan, konflik wewenang, cacad prosedur, konflik norma atau konflik aturan hukum, dan karena adanya maladministrasi dalam pemberian izin. Dengan kasus-kasus yang demikian, sudah tentu hal tersebut sangat berpengaruh pada tujuan pengusahaan dan pemanfaatan usaha pertambangan yaitu untuk meningkatkan perekonomian negara dalam rangka mencapai kemakmuran rakyat yang sebesar-besarnya.

## **A. Konsep Dasar Perizinan**

### **1. Definisi dan Fungsi Izin**

Di dalam sistem pemerintahan negara kita, hampir semua tindakan atau kegiatan yang dilakukan selalu ada intervensi dari pemerintah. Intervensi itu sebagai konsekuensi negara kesejahteraan yang dilakukan dengan mengadakan restriksi atau pembatasan-pembatasan kegiatan warga,

antara lain dalam bentuk izin. Izin diperlukan untuk mengawasi atau mengontrol kegiatan warganya.

Di dalam konteks pengawasan melalui izin ini dikatakan oleh Brian John dan Katrine Thompson “ *Many activities are the subject of some form of governmental licensing control. Although this is usually to seek to enforce or maintain standards, in some cases the main purpose may simply be to raise revenue or perhaps just to regulate the number of persons engaged in activity*”. (Brian John & Katrine Thompson, 2002-h. 215). Dalam konteks definisi ini Spelt dan Ten Berge mengutarakan “*De vergunning is een van de meest gebruikte instrumenten in het administratief recht. Het bestuur hanteert de vergunning als een juridisch mid on the burgers testuuren*”.<sup>41</sup> Izin atau vergunning merupakan instrument yuridis yang digunakan dalam hukum administrasi, dan pemerintah menggunakan izin untuk mengatur kegiatan warga masyarakat.

Di dalam kajian hukum administrasi, izin merupakan persetujuan dari pejabat yang berwenang untuk melakukan suatu kegiatan menurut ketentuan hukum yang berlaku. Demikian juga bagi izin pertambangan adalah juga merupakan persetujuan pejabat yang berwenang. Sebagaimana ditentukan dalam UU No. 4 Tahun 2009 tentang Minerba. Misalnya: IUP, IUPK, IUPR dan sebagainya.

Dengan pengertian demikian, izin merupakan norma pengatur, sekaligus merupakan norma pengendalian kehidupan masyarakat, sehingga izin juga berfungsi sebagai instrumen pencegahan dan pengendalian, agar masyarakat bertindak sesuai ketentuan hukum yang berlaku (preventieve instrumenten).

## **2. Karakter izin**

Karakter izin, termasuk perizinan pertambangan dapat dibedakan dari bentuk atau penggolongannya dan rumusan norma.

### **Karakter izin dapat dilihat :**

#### **1. Dari segi bentuk**

Dari segi bentuk, izin merupakan KTUN (*beschikking*). Dalam sistem hukum Indonesia, izin sebagai KTUN, bersifat konstitutif. KTUN

---

<sup>41</sup> Ten Berge, J.B.J.M, *Bescherming Tegen de Overheid*, Derde Druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, Nederlands, 1995, p. 2.



bersifat konstitutif artinya menimbulkan hukum baru. Dengan demikian, penerbitan izin menimbulkan hak dan kewajiban.

Disamping itu masih ada jenis KTUN yang lain yaitu dispensasi dan konsesi. Contoh: seorang baru boleh atau berhak untuk melakukan kegiatan pertambangan bila yang bersangkutan telah memiliki izin Usaha Pertambangan. Demikian juga jika seseorang hendak menggunakan kawasa hutan, terlebih dahulu harus mendapat persetujuan dari pejabat yang berwenang.

## **2. Dari segi normanya**

Dari segi normanya, karakter izin adalah melarang. Dengan demikian normanya berawal dari suatu ketentuan larangan. Rumusan norma yang melarang adalah misalnya dilarang membangun tanpa izin, dilarang melakukan usaha tanpa izin.

Beberapa ketentuan hukum kita dapatkan misalnya tentang izin pertambangan yang diatur dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 2009, Tentang MINERBA. Pasal 40 ayat (3) menyatakan pemegang IUP yang bermaksud mengusahakan mineral lain sebagaimana dimaksud pada ayat 2 wajib mengajukan permohonan IUP baru pada menteri, gubernur, bupati, walikota sesuai dengan kewenangannya. Pasal 41 menyatakan IUP tidak dapat digunakan selain yang dimaksud dalam pemberian IUP. Pasal 43 ayat (1) menyatakan dalam hal kegiatan eksplorasi dan kegiatan studi kelayakan pemegang IUP eksplorasi yang mendapatkan mineral atau batubara yang tergali wajib melaporkan kepada pemberi IUP. Pasal 43 ayat (2) menyatakan pemegang IUP eksplorasi yang ingin menjual mineral atau batubara sebagaimana dimaksud pada ayat 1 wajib mengajukan izin sementara untuk melakukan pengangkutan dan penjualan. Disamping itu karakter norma izin yang lain sebagai instrument Hukum Administrasi, adalah norma yang saling berhubungan (*gelede norm stelling*).

## **3. Legalitas izin usaha pertambangan**

Dalam kajian hukum administrasi, keabsahan (legalitas) izin-izin pertambangan meliputi :

1. Legalitas Wewenang
2. Legalitas Prosedur
3. Legalitas Substansial

Legalitas wewenang, menyangkut pejabat yang berwenang menerbitkan izin, yang sumbernya adalah berdasarkan atribusi, delegasi atau mandat. Wewenang atribusi merupakan wewenang yang ada atau yang ditetapkan oleh UUD NRI 1945 atau oleh UU. Legalitas prosedur, menyangkut tahapan yang harus dilaksanakan, termasuk persyaratannya. Legalitas substansial, menyangkut substansi yang berkaitan dengan tujuan pemberian izin.

Di dalam hal terdapat cacat wewenang, prosedur dan substansi dalam pemberian izin bisa berakibat :

- *Nietig*
- *Van Rechtwege Nietig*
- *Vernietigbaar*

Tergantung cacat yang ada.

## **B. Parameter Dalam Penerbitan Izin Usaha Pertambangan**

### **1. Parameter (*toetsinggronden*) terhadap keabsahan**

Dalam mengambil suatu tindakan untuk menerbitkan suatu izin pertambangan, pemerintah terikat oleh dasar pengujiannya, yaitu :

- a. Peraturan Perundangan
- b. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB)

Parameter peraturan Per-Undang-Undang dikaitkan dengan Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Proses Pembentukan Peraturan PerUndang-Undang dalam Pasal 7 ayat (1) disebutkan tentang hierarki peraturan perUndang-Undang yang terdiri dari :

1. Undang-Undang Dasar
2. Tap MPR
3. Undang-Undang/Perpu
4. Peraturan Pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Perda

Di dalam kaitan parameter tersebut, untuk penerbitan perizinan pertambangan mengacu pada ketentuan ini.

Misalkan untuk jenis UU dalah berpedoman pada;

- UU No. 4 Tahun 2009 tentang Minerba.
- UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan.
- UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

- PP No. 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral Dan Batubara.
- PP No. 24 Tahun 2010 tentang Perubahan Atas P.P. No. 23 Tahun 2010.
- Inpres No. 1 Tahun 2012 tentang Pelaksanaan dan Pengawasan terkait kegiatan usaha pertambangan Batubara.
- Peraturan Menteri-ESDM No. 07 Tahun 2012 tentang peningkatan nilai tambah mineral melalui kegiatan pengolahan dan pemurnian mineral.

Disamping parameter legalitas seperti tersebut tersebut, dalam menerbitkan perizinan pertambangan harus dikaitkan dengan norma-norma perilaku aparat, yang berorientasi terhadap ada atau tidaknya suatu maladministrasi.

## **2. Maladministrasi**

Maladministrasi dapat diartikan negatif, yaitu pemerintahan yang jelek, pelayanan yang tidak baik, idea atau pertimbangan-pertimbangan yang jelek, dan sebagainya.

### **Bentuk-bentuk Maladministrasi.**

Bentuk-bentuk maladministrasi sangat beragam, mulai dari tindakan yang jelek sampe dengan ide yang tidak baik ataupun penegakan hukum yang tidak benar.

Undang-Undang No. 27 Tahun 2008 tentang Ombudsman, dalam Pasal 1. 3 menyatakan yang termasuk maladministrasi meliputi perbuatan melawan hukum, melampaui wewenang, menggunakan wewenang untuk tujuan lain, kelalaian atau pengabaian.

Dalam teori hukum, KC. Wheare menyatakan tentang maladministrasi bahwa *“Failure to answer a letter, losing the papers or part of them, giving misleading statements to citizens about their legal position, delay in reaching a decision, exhibiting bias, giving incomplete or ambiguous instructions to the officer who is applying the rule, getting the facts of the case wrong, or failing to take facts into account which the department should have taken into account”*.<sup>42</sup> Terjemahan bebas: (gagal

---

<sup>42</sup> Wheare, K. C., *Maladministration and its Remedies*, Steven & Sons, London, 1973, p. 10.

dalam menjawab surat, menghilangkan berkas-berkas atau sebagian dari berkas-berkas tersebut, memberikan pernyataan yang meresahkan bagi warga negara tentang kedudukan hukum mereka, menunda pengambilan keputusan, memperlihatkan prasangka, memberikan instruksi yang tidak lengkap atau membingungkan pada pegawai yang melaksanakan peraturan hukum, mengambil fakta-fakta dari kasus yang jelek, atau gagal untuk mengambil fakta-fakta yang oleh departemen telah diperhitungkan).

### **3. Tanggung Jawab Pribadi dan Tanggung Jawab Jabatan**

Tanggung jawab pribadi berkaitan dengan kesalahan pribadi yang menunjukkan kelemahan-kelemahan pribadi atau keinginan-keinginan dan kelalaian-kelalaian seseorang yang walaupun seseorang itu merupakan bagian dari pemerintah, namun tidak dalam konteks pelayanan publik. Tanggung jawab pribadi bisa berakibat keranah hukum administrasi, hukum perdata maupun hukum pidana. Contoh: Penyalahgunaan wewenang, sewenang-wenang, perbuatan melawan hukum, tanggung jawabnya bisa sampai keranah pidana.

Tanggung jawab jabatan terjadi karena adanya kesalahan jabatan dalam kaitan penggunaan wewenang. Tanggung jawab ini berkaitan dengan legalitas tindakan dalam menerbitkan perizinan pertambangan. Dengan demikian tanggung jawab jabatan tidak berakibat ke ranah pidana.

### **4. Integrasi Dalam Perizinan Pertambangan**

#### **1) Hambatan Dalam Penerbitan Izin Pertambangan**

Di dalam pendahuluan telah diterangkan bahwa banyak terjadi, problem yaitu sebelum diterbitkannya perizinan pertambangan. Kasus yang muncul dengan permasalahan yang beragam, mulai konflik wewenang, konflik aturan hukum, cacat prosedur dan substansi, maupun karena maladministrasi. Dalam uraian sebelumnya telah disebutkan bahwa sumber wewenang adalah atribusi, delegasi dan mandat. Pada wewenang atribusi, wewenang tersebut merupakan wewenang yang ada atau yang ditetapkan berdasarkan Undang-Undang Dasar atau Undang-Undang. Contoh: Pasal 37 Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Minerba, IUP diberikan pada :

- a. Bupati/Walikota apabila WIUP berada didalam satu wilayah kabupaten/kota;
- b. Gubernur apabila WIUP berada pada lintas wilayah Kabupaten/Kota dalam 1 (satu) propinsi setelah mendapatkan rekomendasi dari Bupati/Walikota setempat sesuai dengan ketentuan peraturan perUndang-Undangan; dan

- c. Menteri apabila WIUP berada pada lintas wilayah propinsi setelah mendapatkan rekomendasi dari gubernur dan Bupati/Walikota setempat sesuai dengan ketentuan peraturan perUndang-Undangan.

Wewenang itu juga harus dikaitkan dengan wewenang yang dimiliki oleh kekuasaan pemerintahan di sektor lain seperti, UU No. 41 Tahun 1999 dalam Pasal 37, yang mengatur mengenai kewenangan pemberian izin dibidang **kehutanan**, yang berada ditangan Bupati atau Walikota, Gubernur dan Menteri Kehutanan. Ketentuan tersebut kalau tidak diindahkan dapat menyebabkan terjadinya konflik wewenang.

Di dalam hubungan dengan wewenang lain di sektor yang berkaitan, akan lebih jelas jika melihat ketentuan Pasal 134 ayat (2 dan 3) Undang-Undang No. 4 Tahun 1992, yang menyatakan: kegiatan usaha pertambangan tidak dapat dilaksanakan pada tempat yang dilarang untuk melakukan kegiatan usaha pertambangan sesuai dengan ketentuan peraturan perUndang-Undangan. Kegiatan usaha pertambangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat dilaksanakan setelah mendapat izin dari instansi pemerintah sesuai dengan ketentuan peraturan perUndang-Undangan.

Kasus izin pertambangan , seringkali juga diakibatkan oleh adanya peraturan yang seringkali bertentangan antara ketentuan yang satu dengan yang lain, sehingga mengakibatkan **konflik norma**. Dalam hal prosedur penerbitan izin, di Indonesia belum ada kesatuan atau integrasi prosedur, dalam arti terdapat kesatuan sistem tentang tahapan, atau proses yang pasti dalam penerbitan izin. Hal ini yang seringkali menyebabkan tumpang tindih perizinan secara umum, termasuk izin pertambangan. Berbagai Kasus Perizinan pertambangan juga bisa terjadi karena adanya maladministrasi seperti, penundaan berlarut dalam menerbitkan izin, diskriminasi, atau penyalahgunaan wewenang yang bisa berimplikasi pada tanggung jawab pidana.

## 2) Integrasi Dalam Penerbitan Izin

Integrasi didalam hukum merupakan suatu proses untuk penyatuan suatu langkah atau untuk mengkombinasikan menjadi satu bagian. *Black's Law Dictionary* menjelaskan integrasi sebagai: *The Process of making*

*whole or combining into one.*<sup>43</sup> Integrasi dalam perizinan termasuk izin usaha pertambangan sangat penting untuk menghilangkan berbagai konflik wewenang, atau prosedur.

Perkembangan integrasi dari awal sampai sekarang memang telah dilakukan langkah-langkah hukum dengan bentuk perizinan satu atap, satu pintu dan lainnya, namun dalam realitanya masih sangat banyak kasus-kasus perizinan pertambangan yang menyebabkan pemerintah digugat. Dengan realita tersebut, langkah-langkah hukum yang perlu untuk menghindari atau meminimalkan kasus-kasus tersebut adalah konsistensi dalam menerapkan aturan hukum terkait kewenangan bidang pertambangan yang berhubungan dengan wewenang pemerintahan lainnya.

Pembentukan aturan hukum yang mencerminkan integrasi prosedur yang benar, harus dilakukan untuk menghindari tindakan yang dapat dikualifikasikan sebagai cacat prosedur dalam menerbitkan izin usaha pertambangan. Disamping itu juga pertimbangan-pertimbangan dalam menerapkan asas-asas hukum pemerintahan yang baik (terutama terkait asas keterbukaan), dan harus didukung oleh peningkatan pengawasan dalam pelaksanaan izin pertambangan.

## **Kesimpulan**

Izin usaha pertambangan merupakan instrumen yuridis dalam pengendalian usaha pertambangan dalam pengendalian kegiatan usaha pertambangan menurut ketentuan hukum yang berlaku. Pentingnya pertambangan sebagai sumber devisa negara, mengharuskan pejabat yang berwenang berhati-hati dalam menerbitkan izin usaha pertambangan, oleh karena wewenang menerbitkan izin usaha pertambangan terkait dengan wewenang pemerintah yang lain, baik di sektor kehutanan, sektor lingkungan hidup maupun tata ruang wilayah. Dalam hal banyaknya kasus-kasus perizinan pertambangan yang terjadi, harusnya dilakukan perubahan-perubahan dengan mengintegrasikan wewenang yang terkait atau berkoordinasi dengan wewenang-wewenang yang lain.

Di dalam hal prosedur penerbitan izin integrasi prosedur atau tahapan-tahapan yang sistematis dalam satu ketentuan hukum sangatlah

---

<sup>43</sup> Garner Bryan, A., *Black's Law Dictionary*, West, USA, Ninth. Ed, 2009, p. 880.

diperlukan. Di samping itu harus ada konsistensi penerapan aturan hukum tentang perizinan pertambangan, penerapan prinsip-prinsip hukum yang ada, terutama adanya keterbukaan pendirian izin usaha pertambangan, dan didukung oleh peningkatan pengawasan dalam penggunaan wewenang dalam penerbitan izin usaha pertambangan maupun pelaksanaan izin pertambangan tersebut.

## Daftar Bacaan

- Djatmiati, Tatiek Sri, *Perizinan Sebagai Instrumen Juridis Dalam Pelayanan Publik*, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Airlangga University Press, 2007.
- Djatmiati, Tatiek Sri, *Prinsip Izin Usaha Industri Di Indonesia*, Program Pascasarjana Unair, 2004.
- Garner, Bryan, A., *Black's Law Dictionary*, West, USA, Ninth. Ed, 2009.
- Hadjon, Philipus M., DKK, *Hukum Administrasi dan Good governance*, Penerbit Universitas, Jakarta, Trisakti, 2010.
- Hadjon, Philipus M., DKK, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Jogjakarta, 2005.
- Seerden, Rene and Frits Stroink (eds), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Intersentia Uitgevers Antwerpen-Groningen, 2002.
- Wheare, K. C., *Maladministration and its Remedies*, Steven & Sons, London, 1973.

### **Peraturan Perundang-undangan**

- Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan
- Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah
- Undang-Undang No. 26 Tahun 2007 Tentang Penataan Ruang
- Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 Tentang MINERBA
- Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup
- PP No. 23 Tahun 2010 Tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara
- PP No. 24 Tahun 2010 Tentang Perubahan PP No. 23 Tahun 2010



## **BAB VII**

### **TRANSPARANSI DAN AKUNTABILITAS PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DAERAH DALAM KONTEKS ``GOOD GOVERNANCE``**

#### **Pendahuluan**

Transparansi dan akuntabilitas merupakan dua prinsip hukum yang harus dilaksanakan dalam pemerintahan daerah (termasuk pengelolaan keuangan daerah) dalam rangka *good governance*. Berdasarkan ketentuan Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, kepada daerah diberikan otonomi yang seluas-luasnya, dalam sistem penyelenggaraan pemerintahan negara.

Dalam konsiderans Undang-Undang tersebut, disebutkan tentang bentuk otonomi yang seluas-luasnya, mengandung tujuan untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan pelayanan, pemberdayaan dan peran serta masyarakat. Peningkatan efisiensi dan efektifitas penyelenggaraan otonomi daerah perlu memperhatikan hubungan antara susunan pemerintahan dan antar pemerintah daerah, potensi dan keragaman daerah. Otonomi yang seluas-luasnya mempunyai tujuan yang jelas, untuk peningkatan kesejahteraan masyarakat, maka pertimbangan asas transparansi dan akuntabilitas sangatlah diperlukan, dalam rangka mewujudkan pemerintahan yang baik atau yang biasa disebut *good governance*.

#### **A. Asas Transparansi dan Asas Akuntabilitas**

##### **1. Asas Transparansi**

Asas transparansi (Transparency Principle) secara harfiah bisa disamakan dengan asas keterbukaan. Asas transparansi menjamin hak-hak setiap orang untuk memperoleh informasi yang benar dari pemerintah tentang hak-haknya, kedudukan-kedudukannya seperti diatur dalam UUD NRI 1945 Pasal 28 tentang Hak Dasar. Transparansi dibangun atas dasar kebebasan arus informasi, sehingga informasi dapat secara langsung diterima oleh mereka yang membutuhkan. Informasi senantiasa dapat dimengerti maupun dapat dimonitor.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Philipus M. Hadjon; dkk, *Hukum Administrasi dan Good governance*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2010, h. 39.

Dengan demikian jelas asas transparansi di dalam pemerintahan berkaitan dengan hak asasi manusia. Dalam konteks hukum administrasi, transparansi mewajibkan kepada pemerintah untuk terbuka, dengan memberikan informasi yang benar atas tindakan atau kebijakan pemerintah, termasuk tindakan dalam pengelolaan keuangan negara maupun pengelolaan keuangan daerah.

Hal ini dapat dilihat Pasal 2.1 UU No. 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik, yang menentukan “Setiap informasi publik bersifat terbuka dan dapat diakses oleh setiap pengguna informasi publik”. Rodney A. Smollar menyatakan tentang keperluan keterbukaan atau transparansi bahwa “*A society that wishes to adopt openness as a value of overarching significance will not merely allow citizen a wide range of individual expressive freedom, ....., The normal rule is that government does not conduct the business of the people behind closed door*”.

Dengan demikian semua aspek yang berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan harus mempertimbangkan asas transparansi. Khusus dalam pengelolaan keuangan daerah, asas transparansi juga sangat dominan, oleh karena asas ini sekaligus berfungsi untuk pengendalian dan pengawasan pengelolaan keuangan daerah. Dengan transparansi dapat dihindarkan kebocoran-kebocoran atas keuangan daerah, maupun penyimpangan oleh karena adanya penyalahgunaan wewenang dalam wewenang pengelolaan keuangan daerah.

Berkaitan dengan pengawasan pengelolaan daerah, dibedakan atas pengawasan preventif dan pengawasan represif. Pengawasan preventif merupakan upaya pencegahan agar tidak terjadi penyimpangan dalam tindakan pemerintahan, termasuk tindakan dalam pengelolaan keuangan. Pengawasan represif merupakan upaya penindakan, mana kala terjadi penyimpangan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah. Dengan demikian transparansi tidak saja berkaitan dengan upaya pencegahan tetapi juga dalam upaya penindakan.

Di dalam aspek hukum administrasi, transparansi ini mempunyai tujuan untuk menjaring masukan dari masyarakat. Jadi transparansi berkaitan dengan peran serta (*inspraak*) warga masyarakat dalam pengambilan keputusan atau kebijakan-kebijakan pemerintahan.

Peran serta atau *inspraak* ini dapat berupa :

1. *Adviesering*

## 2. Partisipasi secara langsung

*Adviesering* atau partisipasi secara langsung sebagai bagian dari peran serta atau *inspraak*, harus dilakukan sebelum pengambilan keputusan tentang suatu tindakan atau kebijakan yang diambil. Dengan demikian keberatan yang dilakukan setelah pengambilan keputusan, tidak dapat dibenarkan karena keterbukaan informasi publik telah diberikan oleh pemerintah kepada masyarakat, sebagaimana yang ditentukan oleh Undang-Undang Keterbukaan Informasi Publik No. 14 Tahun 2008, Pasal 2 ayat (1,2,3).

## 2. Asas Akuntabilitas

Asas Akuntabilitas berkaitan dengan wewenang pemerintahan. Setiap penggunaan wewenang selalu harus dapat dipertanggung jawabkan. Para pembuat keputusan dalam pemerintahan, sektor swasta dan masyarakat bertanggung jawab pada publik dan lembaga-lembaga *stake holders*.<sup>45</sup> Dalam Undang-Undang No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Dari KKN, menentukan bahwa asas akuntabilitas adalah sangat penting sebagai bagian dari asas umum penyelenggara yang baik yang meliputi :

1. Asas Kepastian Hukum
2. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara
3. Asas Keterbukaan
4. Asas Proporsionalitas
5. Asas Profesionalitas
6. Asas Akuntabilitas

Berkaitan dengan asas akuntabilitas Undang-Undang ini menentukan bahwa setiap kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggung jawabkan pada masyarakat atau rakyat menurut ketentuan peraturan perUndang-Undangan.<sup>46</sup> Dengan demikian asas akuntabilitas adalah juga merupakan bentuk pengawasan dalam konteks penyelenggaraan pemerintahan. Setiap penggunaan wewenang pemerintahan senantiasa dapat dipertanggung jawabkan sehingga bisa diketahui adanya penyimpangan ataukah tidak, apakah telah terjadi maladministrasi atau tidak.

---

<sup>45</sup> Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah*, Seri ke-I Perbandingan Hukum Administrasi, Bhuana Ilmu Populer, Jakarta-Indonesia, 1986, h. 39.

<sup>46</sup> Philipus M. Hadjon; dkk, *Op. Cit.*, h. 45.

Dalam kaitan dengan wewenang pengelolaan keuangan daerah, dengan mempertimbangkan asas akuntabilitas setidaknya dapat dihindarkan terjadinya penyimpangan-penyimpangan dalam pengelolaan keuangan daerah. Hal ini dikarenakan asas akuntabilitas berkaitan dengan audit sektor publik.

## **B. *Good governance***

Dewasa ini dalam penyelenggaraan pemerintahan selalu dikaitkan dengan konsep “*good governance*”. Banyak sekali konsep-konsep maupun teori-teori tentang *good governance* dikemukakan’ namun intinya *good governance* mendapat posisi yang utama dalam mencapai tujuan penyelenggaraan pemerintahan. Hal ini kita dapat kita jumpai misalnya, didalam Undang-Undang No. 32 th 2004 tentang Pemerintahan Daerah, U.U No. 37 th 2008 tentang Ombudsman Nasional R.I, Undang-Undang No. 25 th 2009 tentang Pelayanan Publik, dan Undang-Undang No.14 th 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik.

Konsep *good governance* dimaksudkan sebagai pemerintahan yang baik, dan ada yang mengartikan sebagai pemerintahan yang baik.<sup>47</sup> *Good governance*, dalam aspek hukum administrasi menyangkut pelaksanaan fungsi pemerintahan , disamping itu juga berkaitan dengan hak asasi manusia ( H A M ). Dengan demikian tindakan penyimpangan terhadap *good governance*, tidak hanya melanggar undang-undang, tapi juga melanggar Undang-Undang dasar.

Berbagai Undang-Undang telah mengakomodir asas umum pemerintahan yang baik, sebagai wujud dari karakter *good governance*, antara lain :

1. U.U No. 32 th 2004 tentang Pemerintahan Daerah, didalam ketentuan Pasal 20 disebutkan mengenai asas umum pemerintahan yang baik, meliputi :
  - a. Asas kepastian hukum
  - b. Asas tertib masyarakat
  - c. Asas kepentingan umum
  - d. Asas keterbukaan
  - e. Asas proposionalitas
  - f. Asas akuntabilitas

---

<sup>47</sup> *Ibid.* h. 3.

- g. Asas efisiensi
- h. Asas efektifitas.

2. U.U. No. 37 th 2008 tentang Ombudsman Nasional RI, dalam Pasal 3 menentukan asas-asas umum pemerintahan :
- a. Asas kepatutan
  - b. Asas keadilan
  - c. Asas non-diskriminasi
  - d. Asas tidak memihak
  - e. Asas akuntabilitas
  - f. Asas keseimbangan
  - g. Asas keterbukaan
  - h. Asas kerahasiaan

Adapun UNDP menetapkan asas-asas umum dalam *good governance* yang meliputi :

1. *Participation*
2. *Rule of Law*
3. *Transparency*
4. *Responsiveness*
5. *Consensus Orientation*
6. *Equity*
7. *Effectiveness and Efficiency*
8. *Accountability*
9. *Strategic Vision*

Dengan asas-asas demikian, *good governance* menghendaki pelaksanaan penyelenggaraan pemerintahan harus memperhatikan asas-asas tersebut, disamping itu harus mengikuti ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku, sehingga tujuan penyelenggaraan pemerintahan yang hendak dicapai dapat terwujud. Dalam kaitan ini, hal lain yang menjadi perhatian adalah bahwa *good governance* akan berhasil jika didukung oleh hukum tata negara dan hukum administrasi sebagai ujung tombak.

### **Hubungan Antara Asas Tranparansi dan Asas Akuntabilitas Dengan *Good governance***

Seperti telah diuraikan di bagian sebelumnya bahwa asas transparansi dan akuntabilitas sangat penting dalam pelaksanaan fungsi pemerintahan. Kedua asas tersebut merupakan bagian dan mendukung *good*

*governance*. Asas Transparansi mempunyai tujuan bahwa penyelenggaraan pemerintahan senantiasa dapat dilakukan pengawasan baik oleh pemerintah sendiri maupun oleh masyarakat, oleh karena dengan transparansi masyarakat dapat mengakses informasi, untuk kemudian bisa berperan serta dalam pengambilan keputusan.

Asas Akuntabilitas (*Accountability Principle*), mengandung tujuan bahwa penyelenggaraan pemerintahan harus dapat dipertanggung jawabkan. Asas akuntabilitas dapat dilaksanakan dengan baik, jika ada informasi yang benar yang dapat diterima oleh masyarakat, dan ini merupakan perwujudan dari asas transparansi.

Dalam kajian hukum administrasi, asas akuntabilitas lebih banyak dikaitkan dengan pengelolaan keuangan negara atau pengelolaan keuangan daerah, dan ini sangat penting dalam pelaksanaan *good governance*. White. et all menyatakan “*Analysis of accountability relationship in public sector audit, conceptualized government being accountable as agent to electoral as principal*”. (Christopher Hord & David Heald, 2006-h.27).

Merujuk pandangan tersebut, menurut Undang-Undang keuangan negara No. 17 Tahun 2003 dalam penjelasan umum, angka 4 tentang asas-asas umum pengelolaan keuangan negara. Untuk mendukung terwujudnya *good government* dalam penyelenggaraan negara, pengelolaan keuangan, di samping terdapat asas lama seperti asas tahunan, asas universalitas, asas kesatuan dan asas spesialisasi. Dengan demikian baik asas transparansi maupun asas akuntabilitas mendukung tercapainya *good governance* dalam penyelenggaraan pemerintahan, termasuk juga pengelolaan keuangan daerah.

## **Kesimpulan**

*Good governance* merupakan bentuk pemerintahan yang dimaksudkan untuk mencapai tujuan negara. Asas transparansi sangat penting untuk pelaksanaan *good governance*, disamping harus memperhitungkan hukum tata negara dan hukum administrasi sebagai ujung tombak.

Asas transparansi dan akuntabilitas sangat penting dalam konteks pengawasan dan perlindungan hukum terhadap hak asasi manusia sebagaimana ditentukan di dalam UUDN RI 1945. Kedua asas itu juga dimaksudkan untuk menghindarkan tindakan-tindakan penyimpangan

dalam penyelenggaraan pemerintahan, termasuk pengelolaan keuangan negara dan pengelolaan keuangan daerah.

Dengan dua prinsip tersebut (juga prinsip-prinsip hukum yang lain), khususnya dalam pengelolaan keuangan negara atau keuangan daerah dapat dihindarkan kebocoran-kebocoran keuangan daerah, sebagaimana yang dimaksud dalam penyelenggaraan pemerintahan yang baik atau *good governance*.

## **Daftar Bacaan**

Hadjon, Philipus M.; dkk, *Hukum Administrasi dan Good governance*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2010.

Hood, Christopher, & David Heald, *Transparancy, The Key to Better Governance?*, Oxford University Press Inc, New York, 2006.

Le Sueur, Andre, et. all; *Principles of Public Law*, Cavendish Publishing Limited, London, second edition, 1999.

Jain, MP, *Administrative Law of Malaysia and Singapore*, Malayan Law Journal, Kuala Lumpur, 1997.

## **Peraturan Perundang-undangan**

U U D N RI th 1945

UU.No.32 th 2004 tentang Pemerintahan Daerah

UU. No. 14 th 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik

UU.No. 37 th 2008 tentang Ombudsman RI

UU. No 25 th 2009 tentang Pelayanan Publik



## BAB VIII

### DISKRESI DALAM KONTEKS UU NO.30 TAHUN 2014 TENTANG ADMINISTRASI PEMERINTAHAN

#### Pendahuluan

##### 1. Konsep Tentang Diskresi.

Diskresi merupakan bentuk tindakan pemerintah yang sangat penting tidak hanya bagi bidang eksekutif, namun juga legislatif dan yudisial. Diskresi pada hakekatnya, hanya dilakukan bila benar diperlukan karena keadaan yang mendesak dan masuk akal. Keadaan mendesak (keadaan darurat) ini jangan hendaknya diartikan sebagai keadaan darurat negara (*staat nood recht*).

Berbagai istilah tentang diskresi atau wewenang diskresi muncul di berbagai Negara seperti: Perancis menggunakan istilah *discretionaire*. Belanda menggunakan istilah *vrijbevoegdheid* atau *beleid vrijheid*. Dalam Bahasa Latin diistilahkan dengan *prudential*. Jerman menggunakan istilah *ermessen (freies)*.

Diskresi adalah wewenang untuk melakukan pilihan tindakan yang dilakukan oleh pemerintah. Beberapa pandangan tentang diskresi, antara lain: **P.P.Craig** menyatakan "*Discretion will be defined as existing where there is **power to make choices** between courses of action or where, even though the end is specified, a choice exists as to how that end should be reached*".<sup>48</sup> **M.P.Jain** juga menyatakan:

*A discretionary power is a power which is exercisable in its discretion by the concerned authority. An official in whom discretionary power is vested has, to a greater or lesser extent, 'arrange of options' at his disposal and he exercises a measure of personal judgement in making the choice. **The officer has power to make choices between various of action**; or, even if he has to make choices between various courses of action; or, even if he has to achieve a specific end, he has a choice as to how that end may be reached.. The discretionary nature of the power is denoted by the use of such expressions as 'necessary', 'reasonable,' if it is satisfied', 'if it is of the opinion' ect. (M.P.Jain, 1997, p.412).*

---

<sup>48</sup> P.P. Craig, *Administrative Law*, Sweet and Maxwell Limited of 100 Avenue Road, Swiss Cottage, London NW3 3 PF, 2003, p. 521.

**Andre Le Sueur, dkk** mengatakan bila parlemen telah memberi wewenang diskresi pada pembuat keputusan publik, maka pejabat yang berwenang harus menguji diskresi tersebut. Lebih lanjut dinyatakan:

*Discretion means, essentially, making a choice between two or more options. So the courts insist that the decision maker actually makes that choice in each case :that is applies its mind to the different possible decisions which it could make, and chooses between them. The courts will not allow a decision maker to prejudge cases, or to bind or 'fetter' its discretion by adopting a rigid policy so that the outcome of individual cases is decided in advance. This is known as the rule against the fettering of discretion. It is best illustrated by our example.*

**Philipus M Hadjon** berpandangan bahwa esensi diskresi adalah adanya pilihan (*choice*) untuk melakukan tindakan pemerintahan. Pilihan tindakan berkaitan dengan rumusan normanya dan kondisi faktual.<sup>49</sup> Dari uraian tersebut pemahaman tentang diskresi menunjukkan tentang adanya **pilihan tindakan** dalam pemerintahan yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan yang berwenang.

UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan menegaskan dalam Pasal 23 huruf (a) bahwa Diskresi Pejabat Pemerintahan meliputi pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perUndang-Undangan yang memberikan **suatu pilihan** Keputusan dan/atau Tindakan.

## **2. Penggunaan Diskresi Dalam Kaitan dengan Pemerintahan Menurut Hukum (*Rechtmatigheid van Bestuur*)**

Pemerintahan menurut hukum, pada dasarnya berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan yang harus berlandaskan hukum. Penggunaan wewenang pemerintahan bersumber pada atribusi, delegasi, dan mandat, yang diatur oleh peraturan Per-Undang-Undangan. **M.C.Burkens, et.al** mengemukakan: dengan **atribusi** diberikan dan ditetapkan wewenang baru pada seorang pejabat. (*bij attributie wordt een*

---

<sup>49</sup> Hadjon, Philipus M, dkk, *Hukum Administrasi dan Good governance*, Universitas Trisakti, Jakarta, 2010, h. 24-25.

*nieuwe bevoegdheid gecreeeid en toegedeeld aan een ambt.*<sup>50</sup> **Delegasi** adalah pelimpahan wewenang dari seorang pejabat pada pejabat yang lain, wewenang dan tanggung jawabnya juga beralih pada pejabat yang diberi pelimpahan. **Mandat** merupakan bentuk penugasan atau perintah dari pejabat atasan pada bawahan. Mandat yang diberikan pada seluruh pejabat hirarki bawahan. Latar belakang fenomena ini mewajibkan bahwa badan-badan pemerintah setiap hari sering harus membuat ratusan keputusan. (*Mandaat wordt doorgans verleend aan hierarchisch ondergeschikte ambtenaren. De achtergrond van het verschijnsel mandatering is dat bestuursorganen per dag vaak vele honderden besluiten moeten nemen*).<sup>51</sup>

Di dalam sistem hukum Belanda, atribusi dan delegasi diatur dalam UUD (*Grondwet*) dan UU (*Wet*). Menurut *Grondwet* Belanda, Pasal 20 mengatur tentang wewenang atribusi yang berkaitan dengan urusan kepastian/jaminan social (*sociale zekerheid*). Wewenang atribusi juga diatur dalam *Wet Ruimtelijk*, Pasal 10 menentukan wewenang atribusi berkaitan dengan tata ruang wilayah yang ada pada kabupaten. Pasal 40 *Woning wet* menentukan wewenang atribusi terhadap izin bangunan.

Di Indonesia, pengaturan wewenang atribusi dan delegasi juga kita dapatkan di UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan UU. Misalnya: ketentuan Pasal 4 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 adalah mengatur wewenang atribusi Presiden. Pasal 23E UUD NRI Tahun 1945 tentang wewenang atribusi BPK dalam wewenang pengelolaan keuangan Negara. UU. Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, di dalam Pasal 65 mengatur wewenang atribusi kepala daerah. Wewenang delegasi misalnya diatur dalam UU PTUN Pasal 1.9 UU No. 5 Tahun 1986 jis UU No. 9 Tahun 2004 dan UU No. 51 Tahun 2009. Perkembangan kebutuhan yang demikian cepat dengan urusan-urusan pemerintahan yang lebih beragam, mengakibatkan tidak semua urusan bisa dilaksanakan dengan hanya berdasarkan wewenang atribusi, delegasi, dan mandat.

Menghadapi keadaan demikian pemerintah harus aktif untuk mengatasi hal tersebut. Hal ini sesuai dengan salah satu karakter dalam pemerintahan menurut hukum (*rechtmatigheid van bestuur*). Realita ini

---

<sup>50</sup>Burkens, M.C., *Beginnelsen van de Democratische Rechtsstaat*, W.E.J. Tjeenk Willink Deventer, in samenwerking met het Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht NISER, Instituut voor Staats-En Bestuursrecht Universiteit Utrecht, 1997, p. 67-68.

<sup>51</sup>*Ibid.*, p. 67-69.

yang kemudian memunculkan diskresi yang tujuannya untuk mengatasi urusan-urusan pemerintahan dengan dasar aturan hukumnya tidak ada atau hukumnya tidak jelas, keadaan mendesak, dan sebagainya.

### **3. Pelaksanaan Diskresi Berdasarkan UU Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan.**

Diskresi dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 diatur di dalam Pasal 22 sampai dengan Pasal 32, yaitu mengenai Bagian Umum, Lingkup Diskresi, Persyaratan, Prosedur Penggunaan Diskresi, dan akibat hukum penggunaan Diskresi. Di dalam UU ini tidak menjelaskan tentang konsep Diskresi secara tegas, akan tetapi Pasal 23 butir (a) menyatakan tentang lingkup Diskresi adalah pilihan keputusan atau tindakan.

Beberapa analisa tentang Diskresi di dalam UU Nomor 30 Tahun 2014, antara lain Pasal 23 huruf (c) menyatakan Diskresi Pejabat pemerintahan meliputi Pengambilan Keputusan dan/ atau Tindakan karena peraturan perUndang-Undangan tidak lengkap atau tidak jelas. Makna pengambilan keputusan karena peraturan perUndang-Undangan tidak lengkap atau tidak jelas harus dimaknai dengan hati-hati. Tidak lengkap berkaitan dengan pembentukan norma yang kurang lengkap. Pengertian tidak jelas tersebut berkaitan dengan isi aturan atau norma yang disebut *vage norm atau makna yang kabur*. Makna yang kabur artinya tidak bisa didefinisikan. Misalnya :kepentingan umum, dalam keadaan tertentu, dalam kepentingan yang memaksa, dsb.

Pasal 24 huruf (c) dan (d) bahwa Pejabat Pemerintahan yang menggunakan Diskresi harus memenuhi syarat sesuai dengan AUPB dan berdasarkan alasan-alasan yang objektif. Berdasarkan alasan yang objektif. Objektif itu tidak memihak. Tidak memihak berarti tidak ada diskriminasi, yang dalam hal ini termasuk dalam AUPB, yakni: a. larangan bertindak diskriminasi.

Pasal 25 ayat (1) menyatakan bahwa penggunaan Diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran wajib memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat sesuai dengan ketentuan peraturan perUndang-Undangan. Penyelenggaraan Diskresi wajib memperhatikan persetujuan. Diskresi merupakan wewenang untuk memilih suatu tindakan pemerintahan yang didasarkan atas keadaan yang mendesak. Jadi hakekatnya dilihat pada kondisi factual dan ketentuan normanya. Persetujuan atasan tentang

penerbitan diskresi yang berpotensi pada perubahan alokasi anggaran harusnya memang dengan persetujuan, bila waktunya memungkinkan. Ini memerlukan ketelitian. Berkaitan dengan persetujuan terhadap diskresi yang menimbulkan keresahan masyarakat, hal itu sulit dalam pelaksanaannya, oleh karena akibat yang timbul dari suatu diskresi tidak dapat diprediksi (*unpredictable*).

Ketentuan Diskresi yang dicantumkan dalam Bab VI UU No.30 Tahun 2014 terkait dengan hak dan kewajiban pejabat yang diatur dalam Pasal 6 huruf (e) dan huruf (h). Pasal 6 huruf (e) menggunakan diskresi sesuai tujuannya. Pasal 6 huruf(h) menerbitkan izin, dispensasi, dan konsesi. Izin bukan diskresi, namun dispensasi merupakan suatu diskresi pejabat. Ketentuan tentang konsesi ini mengherankan dan bertentangan dengan Undang-Undang lain. Konsesi itu sejak tahun 1967 sudah diganti dengan *Contract Production Sharing*, karena bertentangan dengan kedaulatan.UU Nomor 11 Tahun 1967 tentang Pokok –Pokok Pertambangan merubah konsesi menjadi kontrak karya. Dalam UU Nomor 4 Tahun 2009 tentang MINERBA merubah bentuk kontrak karya menjadi izin pertambangan. Pengaturan Konsesi dalam UU ini mengakibatkan konflik norma dengan UU yang lain.

#### **4. Dasar Pengujian (*Toetsingsgronden*)**

Diskresi dapat diuji dengan Peraturan perUndang-Undangan dan AUPB. Dasar pengujian Diskresi menurut UU No. 30 Tahun 2014 merupakan pengulangan-pengulangan atas wewenang sebelumnya, yakni :

1. Pasal 5 yaitu mengenai Asas Legalitas, Asas Perlindungan HAM, dan AUPB.
2. Pasal 8 ayat (2) yaitu mengenai Badan atau pejabat pemerintah dalam menggunakan wewenang wajib berdasarkan Peraturan perUndang-Undangan, dan AUPB.
3. Pasal 24 yaitu mengenai Pejabat pemerintah yang menggunakan Diskresi harus memenuhi syarat :
  - a. ....
  - b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perUndang-Undangan.
  - c. Sesuai dengan AUPB
  - d. .... dst.

## Kesimpulan

Seharusnya dasar pengujian tersebut dirumuskan dalam 1 (satu) bab, misalnya :Asas dalam Penyelenggaraan Pemerintahan. Dalam kaitan dengan ketentuan Pasal 30 ayat (1) penggunaan istilah “melampaui wewenang”. Dalam teori hukum administrasi (pendapat para ahli) tidak dikenal konsep melampaui wewenang, melainkan disebut tidak berwenang (*onbevoegheid*) yaitu *onbevoegdheid* (tidak berwenang) *ratione materiae*, *onbevoegheid ratione loci*, dan *onbevoegheid ratione temporis*. Dengan demikian tidak berwenang karena cacat substansi, waktu dan lokasi atau tempatnya. Pasal 31 ayat (1) istilah ”mencampuradukan wewenang”. Itu bukan konsep hukum. Wewenang sudah jelas sumbernya dan ketentuan hukum yang menjadi dasar hukumnya. Pasal 32 ayat (1) istilah ”tindakan sewenang-wenang”, apabila dilakukan oleh pejabat yang tidak berwenang. Konsep sewenang-wenang berarti tidak rasional, sedangkan konsep tidak berwenang sama dengan konsep *onbevoegheid*.

## Daftar Bacaan

- Brouwer, J.G. and Schilder, A.E, *A Survey of Dutch Administrative Law*, Ars Aequi Libri, Nijmegen,1998.
- Burkens, M.C., *Beginselen van de Democratische Rechtsstaat*, W.E.J. Tjeenk Willink Deventer, in samenwerking met het Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht NISER, Instituut voor Staats-En Bestuursrecht Universiteit Utrecht,1997.
- Craig, P.P., *Administrative Law*, Sweet and Maxwell Limited of 100 Avenue Road, Swiss Cottage, London NW3 3 PF, 2003.
- Hadjon, Philipus M,dkk, *Hukum Administrasi dan Good governance*, Universitas Trisakti, Jakarta,2010.
- McCoubrey, Hilaire, and White, Nigel D, *Textbook on Jurisprudence*, Blackstone Press Limited, London,1993.
- Sueur, Andrew Le,*Principles of Public Law*, Cavendish Publishing Limited, The Glass House, United Kongdom,1999.

## **BAB IX**

### **TITIK SINGGUNG HUKUM ADMINISTRASI DAN HUKUM PERDATA DALAM SENGGKETA TANAH**

#### **Pendahuluan**

Tuntutan pembangunan di berbagai sektor yang dilakukan oleh pemerintah (baik pemerintah pusat atau daerah) dewasa ini menyebabkan peningkatan kebutuhan akan pengadaan tanah. Seringkali terjadi didalam pengadaan tanah menyebabkan sengketa yuridis yang memerlukan penyelesaian yang tidak sederhana. Kasus-kasus yang terjadi misalnya menyangkut duplikasi sertifikat, eksekusi atas tanah, tumpang tindih (*overlapping*) atas IUP–OP Pertambangan dan Izin Usaha Perkebunan kelapa sawit di lahan yang sama, legalitas usaha di suatu lokasi yang sedang disengketakan dsb.

Kasus-kasus tersebut tidak dapat berjalan secara bersamaan. Dalam konteks Hukum Administrasi sengketa atas sertifikat tanah misalnya yang dimiliki oleh dua orang yang berbeda, harus diselesaikan baik oleh pengadilan Tata Usaha Negara dan Pengadilan Umum. Sengketa tentang “tumpang tindih” izin usaha pertambangan dan izin usaha perkebunan kelapa sawit dilokasi yang sama, memerlukan penyelesaian hukum oleh Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tata Usaha Negara.

Permasalahan inti dalam sengketa tersebut adalah obyeknya, yang harus dilihat obyeknya KTUN, ataukah obyeknya hak atas tanah. Permasalahan inti tersebut harus diselesaikan dengan benar oleh karena hal ini tidak sekedar berkaitan dengan kepastian hukum, tetapi juga berkaitan dengan hak asasi manusia. Atas dasar ini makalah akan dibahas berurut: pendahuluan, karakter yuridis dan obyek sertifikat hak atas tanah, legalitas sertifikat hak atas tanah, dan kesimpulan .

#### **A. Karakter Yuridis dan Objek Sengketa Atas Tanah**

Sertifikat hak atas tanah merupakan suatu KTUN. Karakter yuridis KTUN tersebut adalah bisa deklaratif dan bisa konstitutif.

##### **1. Deklaratif**

Keputusan yang sifatnya hanya menyatakan hukumnya dan tidak menimbulkan hak baru. Dengan demikian sertifikat hak atas tanah tersebut



sifatnya hanya menyatakan hak atas tanah. Pembatalan sertifikat tidak dengan sendirinya membatalkan hak atas tanah. Misalnya: Sertifikat hak milik atas tanah warisan.

## 2. Konstitutif

Adalah suatu keputusan pemerintah yang sifatnya menimbulkan hukum baru. Hak atas tanah lahir dari sertifikat yang diterbitkan. Dengan demikian bila terjadi pembatalan sertifikat hak atas tanah, maka dengan sendirinya **membatalkan hak atas tanah**. Contoh: Sertifikat Hak guna usaha (HGU) karakternya adalah konstitutif, jadi tanpa sertifikat HGU, **tidak ada hak. Obyek Sengketa tanah (*obyektum litis*)**

Pada dasarnya permasalahan inti dari sengketa atas tanah ada dua (2) hal yaitu pada Obyeknya sebagai KTUN, hal ini menjadi kajian hukum Administrasi dan pada Obyeknya sebagai hak atas tanah termasuk ranah hukum Perdata. Dalam hal obyeknya KTUN, harus dicermati apakah karakternya deklaratif atau konstitutif. Terhadap sengketa tentang sertifikat hak atas tanah (KTUN), yang karakternya deklaratif tidak bisa diselesaikan di PTUN sebelum adanya keputusan hak atas tanah.

Pada sertifikat (KTUN) atas tanah yang karakternya konstitutif bisa langsung ke PTUN, sebab pembatalan sertifikat dengan sendirinya membatalkan hak. Suatu contoh: Sertifikat HGB karakternya adalah konstitutif, penyelesaian sengketa HGB tidak bisa dilakukan ke P.N, tanpa melalui penyelesaian sengketa tentang legalitas sertifikat ke Pengadilan Tata Usaha Negara.

Sertifikat hak milik adalah KTUN deklaratif Adalah sia-sia menggugat legalitas sertifikat, oleh karena hak miliknya berdiri sendiri. Sertifikat dibatalkan, sedangkan hak miliknya tidak, ini adalah hal yang membingungkan. Terdapat titik singgung antara Hukum Administrasi dan Hukum Perdata dalam penyelesaian sengketa tanah, yang harus diselesaikan melalui pengadilan Tata Usaha Negara dan Pengadilan Negeri.

Sengketa sertifikat HGU Sertifikat berkarakter konstitutif, hak melekat pada sertifikat, sehingga tidak bisa dipisahkan antara sertifikat dan hak guna usaha (HGU). Sengketa harus diselesaikan di Pengadilan Tata Usaha Negara Dalam kasus yang lain seperti perpanjangan SHGU, tumpang tindih SHGU atas nama orang lain, maka gugatan harus ke pengadilan Tata Usaha Negara (TUN).

## **B. Legalitas Sertifikat Hak Atas Tanah Dalam Kajian Hukum Administrasi.**

Legalitas atau keabsahan sertifikat hak atas tanah terdiri atas legalitas formal dan legalitas substansial. Legalitas formal menyangkut wewenang dan prosedur. Legalitas Substansial menyangkut substansi atau materi. Tidak terpenuhinya tiga (3) komponen legalitas atau keabsahan tersebut mengakibatkan **cacat yuridis** suatu tindak pemerintahan. Cacat yuridis menyangkut cacat wewenang, prosedur dan substansi. Suatu contoh Proses Perpanjangan sertifikat HGU:

1. Proses di Kanwil BPN.

Didalamnya ada tahapan pengukuran ulang tanah: memenuhi **prosedur** dengan persyaratan tertentu.

2. Proses di BPN-RI Jakarta.

Didalamnya ada persyaratan :

- a. Diproses sesuai prosedur
- b. Dilakukan Peninjauan ke Lokasi tanah oleh Deputi Kepala BPN-RI yang terkait.

Proses perpanjangan baik di Kanwil BPN dan BPN-RI, yang menunjuk pada prosedur adalah merupakan **legalitas prosedur**, sedangkan peninjauan ke lokasi tanah, menyangkut **legalitas substansial**. Dalam kaitan tersebut, jika yang dipersoalkan penggugat adalah prosedur penerbitan perpanjangan sertifikat HGU yang mengandung cacat yuridis karena bertentangan dengan aturan hukum yang berlaku atau bertentangan dengan AUPB, maka hal tersebut harus diselesaikan di PTUN. Berkaitan dengan adanya cacat substansi, pertanyaannya adalah apakah hal itu berkaitan dengan **hak atas tanah** ? Contoh sengketa tumpang tindih hak guna usaha (HGU), apakah merupakan persoalan legalitas ataukah persoalan hak atas tanah. HGU itu adalah konstitutif, dengan sendirinya sengketanya adalah sengketa TUN dan bukan sengketa Hak. Cacat substansi dalam hal ini bukan merupakan sengketa hak, oleh karena itu merupakan kompetensi dari PTUN.

## **Kesimpulan**

Sengketa tanah harus dicermati apakah masalah legalitas sertifikat atau kah hak atas tanah. Menyangkut legalitas sertifikat adalah sengketa TUN sedangkan menyangkut hak atas tanah adalah sengketa perdata. Dengan demikian ada titik singgung antara kedua bidang hukum tersebut, yang membawa konsekwensi yuridis dalam penyelesaian sengketa tanah kepada pengadilan tata usaha Negara, atau pada pengadilan negeri.

## Daftar Bacaan

- Brodley, A.W, and KD Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited, London, 2003.
- Brouwer, P.W., et al., *Coherence and Conflict in Law*, W.E.J TjenkWillink, Kluwer, Zwolle, 1992.
- Craig, P.P., *Administrative Law*, Thomson Sweet & Maxwell, Fifth Edition, London, 2003.
- Hadjon, P.M., *Maladministrasi sebagai Dasar Penilaian Perilaku Administrasi*, Makalah 2004.
- Hadjon, P.M., et al., *Hukum Administrasi dan Good governance*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta 2010.