



Volume 31 No. 3, September 2016  
DOI : 10.20473/ydk.v31i3.4857

Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Jalan Dharmawangsa Dalam Selatan  
Surabaya, 60286 Indonesia, +6231-5023151/5023252  
Fax +6231-5020454, E-mail: yuridika@fh.unair.ac.id  
Yuridika (ISSN: 0215-840X | e-ISSN: 2528-3103)

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA

by <http://e-journal.unair.ac.id/index.php/YDK/index> under a Creative  
Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0  
International License.



Article history: Submitted 15 July 2016; Accepted 18 September 2016; Available online 31 September 2016

## PERLINDUNGAN HUKUM BAGI RAKYAT AKIBAT TINDAKAN FAKTUAL PEMERINTAH

**Bambang Arwanto**

bambang\_arwanto@gmail.com

Universitas Airlangga

### **Abstract**

*The research reveals that The Act No. 30 of 2014 on Government Administration demonstrates the existence of effort to provide a legal protection by requiring the present of clear and legal laws as the base of every government's acts taken (bestuurs handelingen). This includes providing the chance and way to litigation process for the people who suffer of loss caused by the government's acts. Especially on the administrative dispute that appears as the result of government's real act (feitelijke handelingen), transforms its ruling into the Article 85 on the transfer of "onrechmatige overheidsdaad" dispute resolution from the public court into the administrative court, the Article 22 and the Article 29 on the decision/act of discretion, and also the Article 87 letter a on factual act as the expansion element of administrative decision. Consequently, the administrative court has the authority to judge the administrative dispute that appears as the result of government's real act (feitelijke handelingen) which is only limited to legality testing and not to sue on the basis of compensation. It is firmly connected in determining where the legal responsibility lies towards the aggrieved people; whether the compensation becomes the rank responsibility/liability (on the basis of faute de service) or personal responsibility/liability (on the basis of faute de personelle) from the relevant government official.*

**Keywords:** Legal Protection; The People; Government's Real Act.

### **Abstrak**

Dibentuknya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, ada upaya pemberian perlindungan hukum dengan mendasarkan segala tindakan pemerintahan (*bestuurs handelingen*) harus memiliki dasar hukum yang jelas (keabsahan/legalitas) dan disediakan upaya hukum bagi warga masyarakat yang menderita kerugian akibat tindakan pemerintahan. Khusus mengenai sengketa administrasi yang timbul dari tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*), UU AP mentransformasikan pengaturannya kedalam Pasal 85 Tentang peralihan penyelesaian sengketa "onrechmatige overheidsdaad" dari Pengadilan Umum ke PTUN, Pasal 22 dan Pasal 29 Tentang keputusan/tindakan diskresi serta Pasal 87 huruf a, Tentang tindakan faktual sebagai elemen perluasan KTUN. Dengan demikian PTUN berwenang mengadili sengketa administrasi yang timbul dari tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*), dengan terbatas pada pengujian keabsahan (legalitas) semata, tidak sampai pada tuntutan atas dasar ganti kerugian. Dalam hal ini dapat dipahami bahwa PTUN mempunyai kewenangan untuk mengadili sengketa-sengketa administrasi, yang timbul dari tindakan nyata pemerintah dalam mengeluarkan Keputusan Tata Usaha Negara, hal ini amatlah beralasan mengingat pemerintah dalam mengambil suatu keputusan tidak sampai merugikan pihak tertentu.

**Kata Kunci:** Perlindungan Hukum; Rakyat; Tindakan Faktual Pemerintah.

## Pendahuluan

Besarnya kekuasaan pemerintahan negara yang dimiliki oleh pemerintah berbanding lurus dengan luasnya urusan/tugas pemerintahan yang harus dilaksanakan oleh pemerintah. Penentuan batasan urusan/tugas pemerintahan (fungsi pemerintahan (*bestuur*) selalu dikaitkan dengan konsepsi kekuasaan pemerintahan (eksekutif) menurut ajaran teori *trias politica* Montesque bahwa kekuasaan pemerintahan (eksekutif) hanya melaksanakan urusan pemerintahan yang dicantumkan dalam undang-undang semata,<sup>1</sup> dan mengilhami ajaran teori sisa (teori residu) dalam penentuan luasan urusan pemerintahan yang harus dilaksanakan pemerintah, dirumuskan sebagai sisa daripada keseluruhan tugas negara setelah dikurangi dengan tugas pembentukan perundang-undangan (*regelgeving*) dan tugas peradilan (*rechtsspraak*),<sup>2</sup> dimana menurut pendapat Soehino ajaran tersebut sesungguhnya masih bersifat tidak jelas (*abscore*) dan kemungkinan besar didasarkan atas sejarah administrasi itu sendiri.<sup>3</sup> Teori residu merupakan pembagian fungsi atau kekuasaan pemerintahan menjadi fungsi memerintah, fungsi polisi, fungsi mengadili, dan fungsi pengaturan. Pendapat tersebut memiliki relevansi apabila disandingkan dengan kekuasaan pemerintahan negara yang dipegang oleh pemerintah Indonesia, dikarenakan, pertama, batasan luasan kekuasaan pemerintahan yang dipegang pemerintah tidak hanya meliputi semua kegiatan negara yang bukan kegiatan legislasi (*legislatif*) dan yudisial (*yudikatif*) melainkan kegiatan yang bersifat legislasi dan yudisial juga dimiliki oleh dan termasuk kekuasaan/kewenangan pemerintah meskipun bersifat terbatas. Hakikat dan kepastian hukum dalam menentukan adanya inisiatif suatu pemerintahan adalah memastikan dalam tindakan tersebut adanya suatu prinsip legalitas hukum.<sup>4</sup>

Kedua, banyak jenis tugas pemerintahan yang tidak dapat dipandang sebagai pelaksanaan dari undang-undang seperti pemberian subsidi tertentu, atau tugas melaksanakan pekerjaan umum, dll. Selain itu, apabila kedua ajaran

---

<sup>1</sup> Agussalim Andi Gadjong, *Pemerintahan Daerah, Kajian Politik Dan Hukum* (Ghalia Indonesia 2007).[44].

<sup>2</sup> Philipus M. Hadjon,[*et.,al.*] I, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia* (Gadja Mada University Press 2008).[138].

<sup>3</sup> Soehino, *Asas-Asas Hukum Pemerintahan* (Liberty 1984).[44].

<sup>4</sup> Oheo K Harris, 'Good Governance (Tata Kelola Pemerintahan Yang Baik) Dalam Pemberian Ijin Oleh Pemerintah Daerah Di Bidang Pertambangan' (2015) 30 Yuridika.[38].

tersebut secara konsisten dilaksanakan dapat menimbulkan permasalahan dalam penyelenggaraan pemerintahan, misalnya suatu urusan atau peristiwa terjadi dan secara nyata diperlukan dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara sementara kewenangan untuk melaksanakan dan mengatasinya tidak diatur atau tidak jelas (*abscur*) dalam suatu undang-undang maka dapat dipastikan akan menimbulkan hambatan dan stagnasi pemerintahan. Sehingga sangatlah rasional apabila dalam sistem penyelenggaraan pemerintahan negara hukum modern dengan tuntutan suatu pemerintahan yang kuat, berorientasi pada semangat *welfare state* kedua ajaran tersebut terasa kaku dan sulit dilaksanakan. Era globalisasi saat ini dengan berbagai konsekuensi serta akses mengiringnya, berbanding lurus dengan bertambahnya kebutuhan dan kompleksnya urusan/tugas pemerintahan yang harus dilaksanakan oleh pemerintah bahkan diperkirakan bidang-bidang yang menuntut pelayanan, pengurusan dan pengaturan dari negara akan terus bertambah.

Dalam melaksanakan tugas-tugas pemerintahan yang dilaksanakan oleh aparatur pemerintah pada hakekatnya merupakan penekanan pada fungsi pemerintahan yang dilaksanakan. Berdasarkan pada hakekat fungsi pemerintahan (kekuasaan pemerintahan) sebagai fungsi yang aktif dalam pengertian mengemudikan atau mengendalikan kehidupan masyarakat dan negara untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat (*welfare staat*),<sup>5</sup> dan diarahkan kepada fungsi pembinaan dan pengayoman masyarakat, merupakan alasan nyata peranan campur tangan pemerintah di setiap sektor kehidupan bermasyarakat, atau dengan kata lain jika menyangkut kepentingan umum, maka disana juga pelaksanaan urusan pemerintahan yang menjadi urusan dan tanggungjawab pemerintah. Kelsen menyatakan bahwa “prinsip keaktifan pemerintahan merupakan suatu gejala transformasi dari negara hukum menuju kepada negara administratif (*administrative state*)<sup>6</sup> yang pada hakikatnya adalah *welfare state*”, dalam arti negara yang pejabat-pejabat pemerintahnya bertindak secara langsung mencapai tujuan-tujuan negara dengan langsung menghasilkan apa yang diinginkan masyarakat. Pengaturan prinsip

---

<sup>5</sup> Philipus M. Hadjon, [et., al.] I. Op. Cit. [5].

<sup>6</sup> Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum* (Nusa Media 1996). [153].

tersebut tidak jarang ditemukan dalam peraturan perundang-undangan (hukum positif) Indonesia ataupun konvensi penyelenggaraan pemerintahan, dimana kepada pemerintah diberikan kewenangan untuk berbuat atas inisiatif sendiri (*freies ermessen* (Jerman), atau *pouvoirdecretionnaire* (Prancis), agar dapat melakukan apa saja demi kesejahteraan rakyat.

Dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan baik di pusat maupun di daerah, pemerintah menggunakan berbagai macam bentuk tindakan pemerintahan (*bestuurhandeling, administrative action*). Penggunaan tindakan pemerintahan (*bestuurhandeling, administrative action*) sifatnya mutlak dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dalam kajian teoritis tindakan pemerintahan (*bestuurhandelingen*) ini, digolongkan kedalam golongan tindakan hukum (*rechtshandelingen*) dan golongan tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*). Dari dua jenis tindakan pemerintahan tersebut para pakar hukum administrasi lebih memusatkan perhatiannya kepada golongan tindakan hukum (*rechtshandelingen*). Sementara terhadap golongan tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) dikatakan sebagai golongan perbuatan pemerintah yang tidak relevan (tidak penting) karena tidak berhubungan dengan kewenangannya dan tidak menimbulkan akibat hukum,<sup>7</sup> berbeda dengan tindakan hukum pemerintah (*rechtshandelingen*) yang menimbulkan suatu akibat hukum. Pandangan tersebut dikritisi oleh Indroharto<sup>8</sup> dan Philipus M. Hadjon,<sup>9</sup> dengan menekankan diantara dua jenis tindakan pemerintahan (*bestuursandelingen*) perlu dilakukan pengkajian dan pembahasan lebih mendalam karena sangat penting dalam pelaksanaan urusan pemerintahan dan dapat mempunyai suatu akibat hukum meski tidak dimaksudkan. Selain itu, penggunaan berbagai bentuk tindakan pemerintahan (*bestuurhandeling*) dalam negara hukum tidak luput dari sistem pengawasan dan pengendalian dari segi hukum (*yuridis*

---

<sup>7</sup> S.F. Marbun dan Mahpud MD, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara* (Liberty). [168].

<sup>8</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara* (Buku I Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara) (Pustaka Sinar Harapan 1993). [231].

<sup>9</sup> Philipus M. Hadjon, [et.al.] *I.Op.Cit.* [134].

*control*),<sup>10</sup> karena ada kecenderungan penyimpangan penggunaan kewenangan pemerintahan dalam bentuk *deternement de pouvoir* dan/atau *willkeur*, atau perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechmatige overheidsdaad*) mengakibatkan timbulnya kerugian negara dan pada warga masyarakat.

Perbedaan pandangan mengenai peranan dan konsekuensi hukum yang ditimbulkan dari tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*), dimungkinkan terjadi karena tidak ada perhatian dalam bentuk pengkajian secara menyeluruh dan mendalam terhadap peranan dan konsekuensi hukum dari penggunaan tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) dalam penyelenggaraan pemerintahan seperti dinyatakan Indroharto sebelumnya. Terlebih setelah dibentuknya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan (selanjutnya disebut UU AP), dimana dalam Pasal 87 huruf a dinyatakan bahwa tindakan faktual pemerintah sebagai bagian dari pemaknaan keputusan tata usaha negara (KTUN) dan Pasal 85 yang menyatakan adanya peralihan penyelesaian sengketa administrasi pemerintahan dari pengadilan umum ke pengadilan administrasi. Ketentuan Pasal 85 dan Pasal 87 huruf a diatas, sesungguhnya masih kabur (*abscrete norm*) karena tidak adanya penjelasan otentik mengenai konsepsi tindakan faktual sebagai pemaknaan baru KTUN dalam Pasal 87 huruf a, padahal dua jenis tindakan pemerintah tersebut dalam konsep hukum administrasi berbeda dan mengenai peralihan penyelesaian sengketa administrasi pemerintahan dari pengadilan umum ke PTUN tidak dinyatakan dengan jelas dan tegas jenis sengketa apa yang dialihkan sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 85 UU AP.

Secara yuridis normatif, kekaburan norma hukum (*abscrete norm*) dalam suatu peraturan perundang-undangan dapat menimbulkan hambatan dan stagnasi pemerintahan bahkan dapat menjadi faktor timbulnya sengketa antara rakyat dengan pemerintah serta tidak adanya jaminan kepastian perlindungan hukum dalam penyelesaian sengketa antara

---

<sup>10</sup> Paulus Effendi Lotulung, *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah* (Citra Aditya Bakti 1993).[24].

rakyat dengan pemerintah. Kepastian norma hukum<sup>11</sup> adalah faktor utama terpenuhinya jaminan kepastian perlindungan hukum bagi warga masyarakat dan pemerintah (pejabat pemerintah) sebagai institusi yang bertanggungjawab terhadap jalannya roda pemerintahan. Oleh karena itu, penelitian terhadap penggunaan tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) sebagai salah satu golongan tindakan pemerintahan (*bestuurs handelingen*) dalam penyelenggaraan pemerintahan mutlak dilakukan, terlebih dalam konsep hukum administrasi. Beranjak dari latar belakang penelitian sebagaimana diuraikan di atas, maka dapat dirumuskan permasalahan sebagai berikut apakah tindakan faktual pemerintah dalam undang-undang administrasi pemerintahan sesuai dengan konsep *feitelijke handelingen* dan upaya hukum yang ditempuh oleh rakyat akibat tindakan faktual pemerintah yang merugikan.

#### **Dasar Pengaturan Tindakan Faktual Pemerintah sebagai Obyek Sengketa Administrasi Pemerintahan dalam UU AP**

Sebelum ditetapkan UU AP ada 6 (enam) permasalahan sekaligus menjadi faktor utama yang melatarbelakangi untuk segera ditetapkan UU AP, yaitu pertama, tugas-tugas pemerintahan negara terus berkembang dan semakin kompleks, baik mengenai sifat pekerjaannya, jenis tugasnya maupun mengenai orang-orang yang melaksanakannya. Kedua, selama ini para penyelenggara administrasi negara menjalankan tugas dan kewenangannya dengan standar yang belum sama sehingga seringkali terjadi perselisihan dan tumpang tindih kewenangan di antara mereka. Ketiga, hubungan hukum antara penyelenggara administrasi negara dan masyarakat perlu diatur dengan tegas sehingga masing-masing pihak mengetahui hak dan kewajiban masing-masing dalam melakukan interaksi diantara mereka. Keempat, adanya kebutuhan untuk menetapkan standar layanan minimal dalam penyelenggaraan administrasi negara sehari-hari dan kebutuhan untuk memberikan perlindungan hukum terhadap masyarakat sebagai pengguna layanan yang diberikan oleh pelaksana administrasi negara. Kelima, kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi telah mempengaruhi cara berfikir dan tata kerja penyelenggara administrasi

---

<sup>11</sup> E. Fernando M. Manullang, *Legisme, Legalitas Dan Kepastian Hukum* (Prenada Media Group).[166-179].

negara di banyak negara, termasuk Indonesia. Terakhir, untuk menciptakan kepastian hukum terhadap pelaksanaan tugas sehari-hari para penyelenggara administrasi Negara.<sup>12</sup>

Keadaan ini, ditindaklanjuti oleh pemerintah dengan mengeluarkan Surat Presiden Republik Indonesia Nomor R-4/Presiden/01/2014 tertanggal 17 Januari tahun 2014 perihal RUU AP. Secara substansial melalui Surat Presiden Republik Indonesia Nomor R-4/Presiden/01/2014, pemerintah menugaskan empat kementerian Negara yaitu Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, Kementerian Hukum dan HAM, Kementerian Dalam Negeri dan Menteri Keuangan baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama untuk mengajukan RUU AP ke DPR RI. Sesungguhnya pemerintah melalui Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi (inisiator) telah melakukan penyusunan naskah RUU AP sejak tahun 2004 dan baru disampaikan ke DPR untuk dibahas 10 tahun kemudian yaitu pada tahun 2014 melalui Surat Presiden Republik Indonesia Nomor R-4/Presiden/01/2014. DPR RI sendiri menanggapi pengajuan RUU AP dari pemerintah, dengan mengadakan rapat badan permusyawaratan DPR RI tanggal 20 Februari Tahun 2014 dan memutuskan bahwa penanganan pembahasan diserahkan kepada Komisi II DPR.

Persidangan pembahasan RUU AP pada periode tahun 2013-2014, diketuai Arif Wibowo wakil ketua komisi II DPR yang dihadiri 26 anggota (dari 50 anggota) komisi II DPR RI dengan rincian, Pimpinan komisi II DPR, dengan Sembilan (9) di DPR meliputi Praksi Demokrat, Golkar, PDIP, PKS, PAN, PPP, PKB, Gerindra, Hanura, dan pemerintah yang diwakili oleh Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara, Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, Kementerian Dalam Negeri dan Kementerian Keuangan. Dalam sidang pembahasan RUU AP antara pemerintah dan Komisi II DPR di gedung DPR, Bakar sebagai perwakilan dari MENPAN menyatakan bahwa:

“Saat ini dibutuhkan satu undang-undang yang mengatur administrasi pemerintahan dan sebagai dasar hukum yang jelas terhadap segala tindakan dan perilaku, kewenangan serta hak dan kewajiban dari setiap institusi dan atau pejabat pemerintahan dalam menjalankan tugasnya untuk melayani masyarakat”.

---

<sup>12</sup> Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara Dan Reformasi Birokrasi, *Naskah Akademik Rancangan Undang Undang Administrasi Pemerintahan* (Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara Dan Reformasi Birokrasi).[6].

Samudra dari Fraksi Demokrat dengan mendasarkan pada kasus-kasus yang menjerat pejabat pemerintahan menyatakan:

“Berbagai keputusan, tindakan dan kebijakan itu masih berada dalam ranah administrasi dan kesalahannya merupakan masalah administrasi akan tetapi aturan yang ada saat ini, putusan tindakan dan kebijakan itu dapat ditafsirkan menjadi ranah tindakan korupsi, hal ini yang mengambat inovasi dan kreatifitas para pejabat pemerintahan dan membuat pejabat merasa takut untuk mengambil keputusan, tindakan dan kebijakan. Melalui UU AP nuansa hukum administrasi menjadi lebih kuat dibandingkan hukum pidana karena UU AP menjadi dasar hukum terhadap segala tindakan, prilaku, kewenangan, hak dan kewajiban oleh setiap administrasi negara dalam menjalankan tugasnya sehari hari melayani masyarakat”.

Dari pendapat tersebut, pemerintah maupun DPR RI memiliki kesamaan pandang dan menyepakati keberadaan UU AP sangat dibutuhkan sebagai dasar hukum yang jelas terhadap segala tindakan, prilaku, kewenangan, serta hak dan kewajiban dari setiap institusi dan/atau pejabat pemerintahan dalam menjalankan tugasnya untuk melayani masyarakat. Selain itu, adanya suatu usaha untuk menyatukan segala permasalahan administrasi pemerintahan, baik disebabkan oleh suatu keputusan, tindakan ataupun kebijakan dengan menempatkan permasalahan itu berada dalam ranah administrasi. UU AP sendiri menjadikan nuansa hukum administrasi menjadi lebih kuat, hal ini disebabkan karena menjadi dasar hukum terhadap segala tindakan, perilaku, kewenangan, hak dan kewajiban oleh setiap pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugasnya termasuk penyelesaian sengketa administrasi.

UU AP yang terdiri dari XIV Bab dan 89 pasal ini, mengatur tertib administrasi dalam menjalankan pemerintahan seperti mengatur tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik, kewenangan pemerintah, keabsahan suatu tindakan pemerintahan, jenis-jenis keputusan, sistem dan model pengujian keputusan, sanksi administratif dan lain-lain. Sedangkan dalam konteks penegakan hukum terhadap penyelenggaraan pemerintahan, undang-undang ini pula memungkinkan rakyat yang merasa dirugikan untuk mengajukan upaya administratif dan mengajukan gugatan ke pengadilan terhadap keputusan dan/atau tindakan badan atau jabatan pemerintahan karena undang-undang ini merupakan hukum materil dari sistem Peradilan Administrasi. Dari segi perlindungan hukum bagi rakyat keberadaan

UU AP menyediakan kaidah-kaidah yang mengatur tata hubungan antara badan dan pejabat administrasi pemerintahan sebagai penyelenggara negara dengan warga masyarakat untuk bisa mendapatkan hak-hak sebagai sebagai warga negara yang memang harus dijamin oleh negara, atau dengan kata lain undang-undang ini, merupakan perwujudan dari hakekat hukum administrasi untuk memberikan landasan dan pedoman bagi pejabat pemerintahan dalam menjalankan tugas pemerintahan dan memberikan perlindungan kepada warga negara dari segala sikap tindak aparat negara.

Ada dua hal yang bersifat substansial dalam UU AP yakni segala tindakan pemerintahan (*bestuurshandelingen*) harus berdasarkan/didasarkan pada dasar hukum yang jelas (legalitas) dan disediakan upaya hukum bagi warga masyarakat yang menderita kerugian akibat tindakan pemerintahan. Dua hal ini bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum bagi warga masyarakat dan pemerintah dalam penyelenggaraan pemerintahan. Sebagai hukum materil administrasi pemerintahan, UU AP secara khusus mengatur kewenangan pemerintah dalam pelaksanaan urusan pemerintahan dalam BAB III Bagian Kedua tentang asas pemerintahan sampai BAB V tentang kewenangan pemerintahan. Secara substansial dalam beberapa BAB UU AP menyatakan bahwa penyelenggaraan administrasi pemerintahan berdasarkan asas legalitas, perlindungan terhadap hak asasi manusia dan AUPB. Setiap keputusan dan/atau tindakan dilakukan oleh badan/pejabat pemerintahan wajib berdasarkan peraturan perundang-undangan dan AUPB. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar setiap tindakan pemerintah adalah peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar kewenangan dan peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar dalam menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan. Badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam menetapkan keputusan dan/atau melakukan tindakan, wajib mencantumkan atau menunjukkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar kewenangan dan dasar dalam menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan.

Wewenang badan dan/atau pejabat pemerintahan dibatasi oleh masa atau tenggang waktu wewenang (*onbivogheid ratio tempus*), wilayah atau daerah

berlakunya wewenang (*onbivogheids ratio locus*) dan cakupan bidang atau materi wewenang (*onbivogheid ratio materil*). Badan dan/atau pejabat pemerintahan yang telah berakhir masa atau tenggang waktu wewenang tidak dibenarkan mengambil keputusan dan/atau tindakan. Pejabat administrasi pemerintahan dilarang menyalahgunakan kewenangan dalam menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan meliputi larangan melampaui wewenang, larangan mencampuradukkan wewenang dan/atau larangan bertindak sewenang-wenang. Badan dan/atau pejabat pemerintahan dikategorikan melampaui wewenang apabila keputusan dan/atau tindakan yang dilakukan melampaui masa jabatan atau batas waktu berlakunya wewenang, melampaui batas wilayah berlakunya wewenang dan/atau bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan sedangkan dikategorikan mencampuradukkan wewenang apabila keputusan dan/atau tindakan yang dilakukan di luar cakupan bidang atau materi wewenang yang diberikan dan/atau bertentangan dengan tujuan wewenang yang diberikan. Badan dan/atau pejabat pemerintahan dikategorikan bertindak sewenang-wenang apabila keputusan dan/atau tindakan yang dilakukan tanpa dasar kewenangan dan/atau bertentangan dengan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

Sedangkan mengenai kewenangan diskresi UU AP mengatur secara limitatif dasar penggunaannya dalam pelaksanaan pemerintahan dengan secara khusus diatur tersendiri dalam ketentuan BAB VI dimulai dari Pasal 22 sampai dengan Pasal 32. Secara substansial dalam aturan tersebut penggunaan diskresi hanya dapat dilakukan oleh pejabat pemerintahan yang berwenang dan ditujukan untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

Dalam ketentuan Pasal 33 menyatakan bahwa tindakan yang dilakukan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan yang berwenang bersifat mengikat dalam penyelenggaraan pemerintahan dan tetap berlaku hingga berakhir atau dihentikannya tindakan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan yang berwenang (*asas persemtio jeustaecausa/contrarius actus*).

Khusus mengenai sengketa administrasi yang timbul dari tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*), UU AP mendasarkan pengaturannya dalam beberapa pasal khususnya Pasal 85 Tentang peralihan penyelesaian sengketa “*onrechmatige overheidsdaad*” dari pengadilan umum ke PTUN, berhubungan dengan Pasal 22 dan Pasal 29 Tentang keputusan/tindakan diskresi serta ketentuan Pasal 87 huruf a Tentang tindakan faktual sebagai elemen perluasan dari konsepsi keputusan tata usaha negara (KTUN). Pasal 85 Bab XIII Ketentuan Peralihan UU AP adanya peralihan objek sengketa (*objektum litis*) dari pengadilan umum kepada pengadilan administrasi yaitu pengajuan gugatan sengketa administrasi pemerintahan yang sudah didaftarkan pada pengadilan umum tetapi belum diperiksa, dengan berlakunya undang-undang ini dialihkan dan diselesaikan oleh pengadilan; pengajuan gugatan sengketa administrasi pemerintahan yang sudah didaftarkan pada pengadilan umum dan sudah diperiksa, dengan berlakunya undang-undang ini tetap diselesaikan dan diputus oleh pengadilan di lingkungan peradilan umum; putusan pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat 2 dilaksanakan oleh pengadilan umum yang memutus.

Peralihan objek sengketa yang dimaksudkan dalam ketentuan Pasal 85 UU AP di atas, sebelumnya pernah secara eksplisit dinyatakan dalam Pasal 44 ayat 1 dan 2 RUU AP, bahwa kewenangan untuk memeriksa dan memutus perkara yang berkaitan dengan tindakan Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan yang menimbulkan kerugian materiil maupun immateriil menurut undang-undang ini dijalankan oleh Peradilan Tata Usaha Negara; perkara perbuatan melanggar hukum oleh pejabat yang sudah didaftar tetapi belum diperiksa oleh Pengadilan di lingkungan Pengadilan Tata Usaha Negara. Berdasarkan Pasal 85 tersebut, sengketa administrasi yang disebabkan oleh perbuatan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) yang merugikan warga masyarakat, sebelumnya digolongkan sebagai perkara perdata atas dasar *onrechmatige overheidsdaad* dan merupakan kompetensi pengadilan umum kemudian dialihkan menjadi kompetensi PTUN, dengan demikian aturan tersebut menyaratkan segala sengketa administrasi pemerintahan termasuk sengketa atas dasar *onrechmatige overheidsdaad* merupakan salah satu objek kompetensi tambahan dari

yurisdiksi PTUN.

Masuknya tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) dalam UU AP, pernah dikemukakan oleh Lotulung sebagai upaya penambahan objektum litis kewenangan/kompetensi PTUN, menurutnya:

“Bila pemberlakuan UU AP terwujud kelak, diharapkan akan menjadi titik balik naik atau pasanginya kewenangan PTUN, terutama apabila kewenangannya dimasa depan berdasar UU itu juga akan menjangkau dan meliputi sengketa-sengketa yang bersumber pada perbuatan-perbuatan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) yang merugikan warga negara dan melanggar hukum public (perkara OOD). Jadi, tidak saja terbatas pada sengketa TUN yang bersumber pada keputusan tertulis”.<sup>13</sup>

Pendapat tersebut selaras dengan pertimbangan hukum (*legal reasoning*) obyek pengawasan hukum terhadap tindakan faktual pemerintah dalam naskah akademik RUU AP yang menegaskan bahwa:

“Semua tindakan administrasi pemerintahan merupakan kegiatan yang mutlak dilakukan pengawasan semata-mata untuk memastikan bahwa setiap tindakan administrasi pemerintahan tersebut dilaksanakan berdasarkan standar, norma dan kriteria yang telah ditetapkan serta dilakukan sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum yang ada dan berlaku bagi para pelaksana administrasi pemerintahan salah satunya adalah tindakan-tindakan nyata dari para pelaksana administrasi pemerintahan”.<sup>14</sup>

Dalam naskah akademik RUU AP dijelaskan pula bahwa tindakan nyata pemerintah (tindakan faktual) sebagai:

“Instrumen yang ditujukan pada akibat fakta dari sebuah tindakan yang tidak memiliki dampak terhadap status hukum dari warga negara (tindakan sederhana dari pihak berwenang) Sedangkan warga negara yang terkena akibat dapat mengajukan klaim sebelum masuk ke peradilan administrasi. Selain itu, masyarakat dapat mengajukan klaim akan kompensasi atau kerusakan atas setiap kerugian yang dideritanya akibat tindakan nyata yang ilegal sebelum masuk ke peradilan sipil”.<sup>15</sup>

Apabila diselaraskan dengan UU Peratun kewenangan PTUN hanya berkaitan menguji dari aspek legalitas, tidak berdasar pada tuntutan ganti kerugian sebagai dasar tuntutan *onrechsmatige overheidsdaad* seperti di pengadilan umum. Tolok ukur aspek

---

<sup>13</sup> Paulus Effendi Lotulung, *Lintasan Sejarah Dan Gerak Dinamika Peradilan Tata Usaha Negara (PERATUN)* (Salemba Humanika 2013).[86].

<sup>14</sup> Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara Dan Reformasi Birokrasi.*Op.Cit.*[56].

<sup>15</sup> *ibid.*[57].

legalitas dari perbuatan *onrechmatige overheidsdaad* berkaitan erat dengan pengaturan tentang kewenangan diskresi dalam ketentuan Pasal 1 angka 9 dan Pasal 22 sampai dengan Pasal 33 UU AP. Secara substansial UU AP memberikan kewenangan kepada pejabat pemerintahan yang berwenang untuk menggunakan diskresi baik itu diwujudkan dalam bentuk ditetapkannya keputusan dan/atau dilakukan tindakan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan sepanjang bertujuan untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

Dalam ketentuan Pasal 29 ditegaskan apabila pejabat yang menggunakan diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 dikecualikan dari ketentuan memberitahukan kepada warga masyarakat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat 2 huruf g. Sementara substansi norma Pasal 7 ayat 2 huruf g, mengatur mengenai kewajiban pejabat pemerintahan untuk memberitahukan kepada warga masyarakat yang berkaitan dengan keputusan dan/atau tindakan yang menimbulkan kerugian paling lama 10 (sepuluh) hari kerja terhitung sejak keputusan dan/atau tindakan ditetapkan dan/atau dilakukan. Dalam konteks penggunaan kewenangan diskresi oleh pejabat pemerintahan inilah kemudian PTUN berwenang untuk memeriksa, menguji, mengadili dan memutuskan sengketa administrasi pemerintahan atas dasar tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) yang merugikan warga masyarakat sebagaimana ketentuan Pasal 85 di atas. Hal tersebut ditegaskan dalam pengklasifikasian kewenangan diskresi dalam penggunaan tindakan pemerintah dalam naskah akademik RUU AP, dimana pada dasarnya diklasifikasi dalam dua kategori.

“Pertama apa yang disebut dengan fakta-fakta dari kasus (*facts of the case*) dan konsekuensi hukum (*legal consequences*). Jika fakta-fakta dari kasus sudah terpenuhi, maka konsekuensi legal dapat terjadi. Hal ini memberikan penjelasan, bahwa tindakan pemerintah disebut sebagai tindakan administratif jika hal tersebut berkaitan dengan fakta-fakta yang ada dari kasus. Sedangkan jika hal tersebut berkaitan dengan konsekuensi

hukum maka tindakan pemerintah dapat dikategorikan sebagai tindakan diskresi. Pengujian terhadap tindakan pemerintah oleh yudikatif hanya dapat dilakukan terhadap kesesuaian hukum (*control legality, Rechtmassigkeit*), bukan terhadap kesesuaian tujuan (*Zweckmassigkeit*).<sup>16</sup>

Sementara apabila berdasar pada Pasal 87 huruf a, mengenai dimasukkannya tindakan faktual sebagai elemen perluasan konsepsi KTUN. Perluasan pemaknaan tersebut ditandai dengan penggunaan kata “mencakup” yang koheren dengan kata “termasuk (*including*)” dimana kata tersebut adalah istilah yang mengandung perluasan (*a term of extension*) dan penambahan makna (*addition*),<sup>17</sup> atau dengan kata lain memberi tambahan kepada “*subjek matter*” yang sudah ditentukan dalam definisi dengan hal-hal lain yang belum disebutkan di dalamnya. Secara umum diterima juga pengertian bahwa penambahan atau perluasan itu sendiri harus dipahami secara terbatas, yaitu dengan tetap merujuk kepada konteks yang tetap terkait dengan objek disebut sebelumnya, sehingga KTUN memiliki pemaknaan baru tidak hanya dilihat dari bentuknya berupa penetapan tertulis tetapi mencakup tindakan faktual. Dalam UU AP maupun dalam pembahasan RUU AP di parlemen antara pemerintah dengan DPR sama sekali tidak ada pembahasan ataupun penafsiran otentik secara jelas dan tegas terhadap konsepsi tindakan faktual sebagai perluasan dari KTUN ini sebagaimana dalam Pasal 87 huruf a.

Pemaknaan konsepsi tindakan faktual sebagai perluasan unsur KTUN nyatanya masih kabur dan secara substansial menimbulkan kontradiktif dalam UU AP itu sendiri. Sebelumnya dalam naskah akademik RUU AP ditegaskan bahwa:

“KTUN tidak saja meliputi keputusan formal administrasi publik dalam bentuk tertulis, tetapi juga semua perbuatan dan tindakan instansi pemerintah dan juga sikap diam dan tidak memberikan jawaban instansi pemerintah terhadap permohonan individu. KTUN dapat disampaikan secara tertulis, elektronik dan disampaikan secara lisan. Meskipun demikian, bentuk formal KTUN adalah bentuk tertulis (*written form*)”.<sup>18</sup>

Dari naskah akademik RUU AP di atas nyatanya konsepsi tindakan faktual sebagai perluasan unsur KTUN dalam Pasal 87 huruf a dalam UU AP mengacu

---

<sup>16</sup> *ibid.*

<sup>17</sup> Jimly Asshiddiqie, *Prihal Undang Undang* (Raja Grafindo Persada 2011).[126].

<sup>18</sup> Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara Dan Reformasi Birokrasi. *Op. Cit.*[15].

kepada keputusan fiktif dan keputusan negatif berupa tindakan nyata badan/pejabat dengan tidak menanggapi (menolak) suatu permohonan penerbitan suatu KTUN yang diajukan oleh warga masyarakat sementara itu merupakan kewajiban hukumnya sebagaimana diatur dalam Pasal 3 ayat 1 dan ayat 2 UU No. 5/1986, dalam arti bukanlah suatu tindakan faktual sebagai terjemahan dari konsepsi *feitelijke handelingen*. Atas dasar itu, seharusnya UU AP tidak perlu mengatur Pasal 87 huruf a sebagai perluasan pemaknaan baru dari KTUN karena secara yuridis formal sudah diatur dalam ketentuan Pasal 3 ayat 1 dan ayat 2 UU No. 5/1986.

Apabila mencermati beberapa pasal dalam UU AP nampak konsepsi tindakan dalam Pasal 1 poin 8 dengan konsep keputusan berdasarkan Pasal 87. Nampak keputusan selalu dihubungkan dengan tindakan dengan menggunakan kata penghubung “dan/atau” dalam konteks ini bersifat kumulatif alternatif yang menandakan adanya pemisahan antara konsepsi KTUN dengan tindakan, sehingga menurut hematnya konsepsi dari tindakan pemerintah atau tindakan dalam UU AP tersebut mengarah kepada suatu tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*). Penggunaan kata penghubung “dan/atau” dalam menghubungkan konsepsi “keputusan dan/atau tindakan” dalam UU AP dapat dimaknai dalam 2 (dua) konsep yaitu pertama, “tindakan faktual melebur dalam KTUN”, yakni apabila mengacu kepada teori melebur dimana KTUN sebagai alas hukum pelaksanaan suatu tindakan faktual pemerintah. Konsep ini selaras dengan apa yang dikemukakan oleh Indroharto bahwa antara keputusan TUN yang berkaitan dengan tindakan-tindakan materil (tindakan faktual) sebagai contoh keputusan (KTUN) untuk mengosongkan atau menyegel bangunan, dll, dengan dan yang merupakan keputusan-keputusan dalam bentuk tindakan hukum TUN.<sup>19</sup> Sedangkan konsep kedua “tindakan faktual pemerintah sebagai salah satu jenis dari obyek kompetensi PTUN tanpa mempermasalahkan adanya KTUN sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 85 UU AP.

Pada umumnya UU AP mendasari sengketa administrasi pemerintahan dapat timbul dari suatu tindakan faktual pemerintah yang merugikan warga masyarakat,

---

<sup>19</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Administrasi Pemerintahan, Buku I, Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara* (Pustaka Sinar Harapan 1993).[143].

dikategorikan sebagai perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidssdaad*) dan mereka yang dirugikan dapat mengajukan upaya hukum sebelum masuk ke peradilan administrasi. Oleh karena itu dengan dibentuknya UU AP ini, tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) yang merugikan warga masyarakat dalam kondisi obyektifnya dapat menjadi faktor penyebab timbulnya sengketa antara pemerintah dengan warga masyarakat menjadi objek kompetensi baru PTUN, ketentuan tersebut memperluas kewenangan yuridiksi PTUN yang dimuat dalam UU Peratun yang sebelumnya hanya mengadili sengketa administrasi yang ditimbulkan oleh KTUN.

### **Upaya Hukum terhadap Tindakan Faktual Pemerintah yang Merugikan Rakyat**

Sebagai subyek hukum publik pemerintah dalam melakukan tindakan pemerintahan lebih banyak bertumpu pada hukum publik dibandingkan dengan hukum perdata. Hal tersebut mengingat peran bahwa pemerintah dalam mengendalikan masyarakat lebih banyak menggunakan hukum publik. Dalam melaksanakan tugas pemerintahan, pemerintah senantiasa akan menggunakan berbagai sarana pemerintahan dalam berbagai bentuk tindakan pemerintahan (*bestuurshandelingen*). Adakalanya dalam penggunaan tindakan pemerintahan tersebut terkadang terjadi benturan kepentingan antara pemerintah dengan warga masyarakat, terutama ketika kepentingan warga masyarakat yang secara hukum sepatutnya dilindungi yang dilanggar. Hal ini disebabkan ada kecenderungan terjadinya penyimpangan terhadap penggunaan kekuasaan/kewenangan pemerintahan oleh pejabat pemerintah seperti dinyatakan oleh pujangga Inggris bernama Lord Acton, "*power tends to corrupt, but absolute power corrupts absolutely*" (kekuasaan cenderung disalahgunakan dan kekuasaan yang mutlak pasti disalahgunakan), baik dalam bentuk *deternement de pouvoir* dan/atau *willkeur*, atau perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidssdaad*) melalui penggunaan berbagai macam bentuk tindakan pemerintahan (*bestuur handelingen*) yang mengakibatkan timbulnya kerugian negara dan pada warga masyarakat, oleh karena itu perlu adanya

perlindungan hukum.<sup>20</sup>

Dari sudut pandang warga masyarakat pemberian perlindungan hukum harus didasarkan pada adanya jaminan terhadap hak-haknya, jaminan tersebut berupa: (a) adanya kepastian hukum terhadap segala tindakan-tindakan penguasa kepada warga masyarakat; (b) hak atas penggantian kerugian yang diberikan oleh pemerintah sebanding dengan kerugian yang diderita warga masyarakat; (c) hak mengajukan gugat atau banding kepada alat perlengkapan negara yang berwenang atau yang berwajib, seperti kepada hakim (pengadilan negeri, pengadilan administrasi); (d) hak untuk mengajukan kepentingan mereka dan atau keberatan-keberatan mereka sebelum diambil suatu keputusan dari penguasa yang berwenang.<sup>21</sup>

Dalam kajian teoritis tuntutan hukum yang diajukan oleh warga masyarakat yang telah dirugikan dari penggunaan berbagai jenis tindakan pemerintahan dikenal dengan sistem tanggung gugat negara (*liability*). Sistem tanggung gugat negara ini mengandung arti bahwa negara (pemerintah) harus memberikan kompensasi atas segala bentuk kerugian/atau kerusakan yang disebabkan secara langsung dan/atau tidak langsung baik secara materil ataupun mental kepada warga masyarakat di negara tersebut akibat dari suatu tindakan pemerintah/penguasa yang merugikan warga masyarakat. Dalam peraturan perundang-undangan Indonesia berbagai upaya hukum yang tersedia bagi rakyat yang merasa dirugikan sebagai akibat terhadap penggunaan berbagai jenis tindakan pemerintahan, khususnya yang bersifat refresif dalam menyelesaikan sengketa antara pemerintah dengan warga masyarakat baik dilakukan secara litigasi maupun nonlitigasi, misalnya melalui Mahkamah Agung, Pengadilan Negeri, PTUN, Ombudsman, dan berbagai lembaga independen negara lainnya (Komisi) yang berwenang menyelesaikan sengketa antara pemerintah dengan warga masyarakat.

Sebelum dibentuknya UU AP, sistem tanggung gugat terhadap pemerintah terkait dengan tanggungjawab hukum (*control segi hukum*) terhadap tindak pemerintahan (*bestuur handelingen*) dikategorikan dalam dua jenis tanggung gugat, yaitu tanggung gugat terhadap KTUN yang merugikan warga masyarakat dan

---

<sup>20</sup> Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Di Indonesia* (Peradaban 2007). [2].

<sup>21</sup> Soehino. *Op. Cit.* [66].

tanggung gugat terhadap tindakan pemerintah yang dikategorikan sebagai perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechmatige overheidsdaad*). Perbedaan terhadap dua jenis sistem tanggung gugat pemerintah ini berimplikasi kepada lingkup kompetensi pengadilan dalam menguji dan menetapkan gugatan terhadap pemerintah. Dimana gugatan terhadap terhadap KTUN yang dikeluarkannya pemerintah menyebabkan kerugian pada warga masyarakat (seseorang atau badan hukum perdata) diajukan melalui PTUN sedangkan untuk perbuatan pemerintah yang merugikan warga masyarakat baik disebabkan oleh KTUN dan tindakan-tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) upaya hukum yang dapat ditempuh disalurkan melalui pengadilan umum (pengadilan negeri) atas dasar perbuatan melanggar hukum oleh penguasa (*onrechmatige overheidsdaad*).

Dalam negara hukum pancasila yang demokratis, penggunaan berbagai macam tindakan pemerintahan (*bestuurhandeling*) dalam penyelenggaraan pemerintahan, ditekankan pada aspek keabsahan (legalitas) dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Implikasi dua aspek dasar ini terhadap praktik penyelenggaraan pemerintahan dengan adanya sistem pengawasan dan pengendalian dari segi hukum (*yuridis control*) yang dilakukan negara sebagaimana ditentukan dalam berbagai jenis peraturan perundang-undangan, terhadap segala bentuk tindakan pemerintahan (*bestuurs handelingen*), baik dilakukan oleh instansi intern pemerintah maupun yang dilakukan oleh institusi ekstern pemerintah (*legislatif or yudicial*). Keberadaan sistem pengawasan dan pengendalian dari segi hukum (*yuridis control*) ini bertujuan semata-mata agar praktik penyelenggaraan pemerintahan tetap berada pada marwah tujuan pemberian kekuasaan pemerintahan negara kepada pemerintah sebagaimana ditetapkan dalam konstitusi indonesia.

Hal ini dikarenakan dalam pelaksanaan urusan pemerintahan ada kecenderungan terjadinya penyimpangan terhadap penggunaan kekuasaan/wewenang pemerintahan oleh pejabat pemerintah baik dalam bentuk *deternement de pouvoir* dan/atau *willkeur*, atau perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechmatige overheidsdaad*) melalui penggunaan berbagai macam bentuk tindakan pemerintahan (*bestuur handelingen*) yang mengakibatkan timbulnya kerugian negara dan pada warga

masyarakat dan sekaligus merupakan faktor penyebab timbulnya sengketa antara rakyat dengan pemerintah. Penentuan letak tanggungjawab hukum terhadap tuntutan beban ganti kerugian yang ditimbulkan oleh tindakan pemerintahan (*bestuurshandelingen*) didasarkan pada teori pertanggungjawaban yaitu tanggungjawab jabatan (*faute de service*) dan tanggungjawab pribadi (*faute de personille*). Tanggungjawab jabatan ini berkaitan dengan kedudukan jabatan pemerintahan yang melekat pada individu (pejabat) merupakan jabatan lembaga, atau menurut Logemenn, jabatan sebagai personifikasi hak dan kewajiban memerlukan perwakilan (*vertegenwoordiging*).<sup>22</sup> Menurut pendapat Hadjon, sumber wewenang menentukan siapa yang bertanggungjawab atas suatu tindak pemerintahan, khususnya berkaitan dengan tanggungjawab jabatan menyangkut masalah legalitas.<sup>23</sup>

Sumber wewenang yang diperoleh dari pejabat pemerintahan (jabatan) yang melakukan tindakan faktual (*feitelijke handelingen*) menentukan letak tanggungjawab jabatan apakah wewenang itu bersumber dari atribusi, delegasi atau mandate. Dalam hal wewenang diperoleh secara atribusi (wewenang yang melekat pada suatu jabatan, baik yang diberikan oleh UUD maupun peraturan perundang-undangan) letak tanggungjawab jabatan ada pada pejabat yang memperoleh wewenang tersebut, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1 butir 6 UU No. 5/1986 jo UU No. 9/2004 yang menyatakan bahwa tergugat adalah badan atau pejabat TUN yang mengeluarkan keputusan berdasarkan wewenang yang ada padanya. Sementara tanggungjawab hukum atas wewenang yang diperoleh dengan cara delegasi (pelimpahan wewenang oleh suatu organ pemerintahan kepada pihak lain yang melaksanakan wewenang itu atas tanggungjawab sendiri) terletak pada delegataris, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1 butir 6 UU No 5 Tahun 1986 jo. UU No. 9/2004 bahwa tergugat adalah badan atau pejabat TUN yang mengeluarkan keputusan berdasarkan wewenang yang dilimpahkan kepadanya. Sedangkan tanggungjawab hukum pemberian mandat maka tanggungjawab jabatan tidak beralih kepada penerima mandat, dalam konteks Pasal 1 butir 6 UU No. 5/1986 jo. UU No. 9/2004, tergugat adalah pemberi mandat.

---

<sup>22</sup> E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Republik Indonesia* (Pustaka Tinta Mas 1986).[202]

<sup>23</sup> Philipus M. Hadjon, *Kaitan Hukum Administrasi Dan Tata Naskah Dinas* (Universitas Airlangga Surabaya).[1].

Berdasarkan uraian sebelumnya bahwa tindakan faktual sebagai salah satu tindakan pemerintahan senyatanya tidak luput dari asas “*rechmatigheids van bestuur*”, atau “asas keabsahan dalam pemerintahan. Asas ini menjadi alternative untuk mengontrol setiap tindakan pemerintahan (*bestuurshandelingen*) sekaligus memberikan jaminan kepastian perlindungan hukum bagi pejabat pemerintah sebagai pihak yang menyelenggarakan pemerintahan dan rakyat sebagai obyek dari penyelenggaraan pemerintahan dan pejabat pemerintah sebagai pihak yang menyelenggarakan pemerintahan.

“Menurut pendapat Indroharto bahwa di dalam praktek ternyata dengan berlakunya asas legalitas itu tidak berarti, bahwa untuk setiap perbuatan pemerintahan selalu harus sama bobot legalitasnya dalam peraturan dasarnya, hal itu disebabkan karena dasar legalitas untuk setiap perbuatan materil dengan tindakan hukum itu selalu tidak sama. Apalagi perbuatan materil pada umumnya tidak diperlukan adanya dasar ketentuan dalam suatu undang-undang, misalnya merobohkan rumah yang sudah membahayakan; menderek mobil yang salah parkir; merobohkan tembok yang sudah retak-retak dipingir jalan umum yang sudah tampak membahayakan; dan lain-lain”.<sup>24</sup>

Kriteria keabsahan setiap tindakan pemerintahan diukur berdasarkan pada keabsahan dari wewenang, prosedur dan substansi yang berdasar pada peraturan perundang-undangan yang berlaku dan AUPB.<sup>25</sup> Pengujian terhadap keabsahan berhubungan erat untuk memetakan letak tanggungjawab hukum dan beban ganti kerugian kepada warga masyarakat. Warga masyarakat yang dirugikan berdasar oleh perbuatan yang *rechmatigeheid* melekat kesalahan jabatan (*faute de service*) melekat pada tanggungjawab dan tanggung gugat jabatan,<sup>26</sup> yang timbul karena tindakan seseorang yang dalam rangka pelaksanaan urusan dan tugas jabatan (*ambtelijke handeling*).<sup>27</sup>

Dalam arti pejabat pemerintah yang melakukan tindakan atas dasar kewenangannya maupun batas-batas kebebasan bertindak (diskresi)

---

<sup>24</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Administrasi Pemerintahan, Buku I, Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*. [85].

<sup>25</sup> *ibid.* [52].

<sup>26</sup> Tatiek Sri Djatmiati, ‘Perizinan Sebagai Instrumen Yuridis Dalam Pelayanan Publik’, *Pengukuan Jabatan Guru Besar dalam bidang hukum administrasi Fakultas Hukum Universitas Airlangga* (Fakultas Hukum Universitas Airlangga 2007). [20].

<sup>27</sup> Philipus M. Hadjon, [et.al], *Hukum Administrasi Dan Tindak Pidana Korupsi* (Gadjah Mada University Press 2011). [94].

sebagaimana ditentukan oleh UU AP, pada dasarnya tidak berbuat melanggar hukum (*onrechmatige*) meskipun orang lain menderita kerugian. Misalnya selama pelaksanaan tugas dan urusan jabatan masih sesuai dengan dasar-dasar kewenangan misalnya sesuai dengan program tetap (protap) atau menurut perintah atasan, dan sepanjang tidak dicampurkan dengan kepentingan pribadi yang tidak mengaburkan kemurniannya sebagai urusan dan kepentingan dinas dan lembaga maka pemeriksaan dan penilaian mengenai “kebenaran” pelaksanaan tugas dan urusan itu tunduk pada peraturan hukum, bahkan peradilan terhadap lembaga (institusi) tempat bertugas.

Sedangkan *onrechmatige overheidsdaad* yang terjadi karena adanya kesalahan pribadi (*faute personnelle*) berdampak pada tanggungjawab dan tanggung gugat pribadi.<sup>28</sup> Kesalahan pribadi (*foute personnelle*) atau tanggungjawab pribadi berdasarkan pada perbuatan dalam urusan pribadi dan kepentingan pribadi yang dilakukan secara disengaja ataupun karena kelalaiannya maka seseorang akan melekat tanggungjawab (*liability*) terhadap apa yang dilakukan yang dikategorikan sebagai perbuatan *maladministrasi*. Oleh karena itu dalam menjalankan pekerjaan jabatan secara konkrit sangat dipengaruhi oleh kondisi pribadi seseorang (individu) yang menerima jabatan, sehingga akibat dari perbuatannya tidak semata-mata menjadi tanggungjawab dan tanggungjawab jabatan atau lembaga, akan tetapi melekat tanggungjawab atau tanggung gugat pribadi (individu/perorangan).<sup>29</sup>

Pengaturan beban gantian kerugian pada warga masyarakat yang dirugikan akibat perbuatan pemerintah yang *rechmatigeheid*<sup>30</sup> sebagai tanggungjawab dan tanggung gugat jabatan pengaturannya terdapat dalam UU Peratun beserta turunannya dan UU AP. Dalam UU Peratun tuntutan ganti kerugian bersifat sanksi tambahan sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 53 ayat 1 UU No 9 Tahun 2004 Tentang Perubahan UU Peratun menyatakan Orang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu keputusan Tata Usaha Negara

---

<sup>28</sup> Philipus M. Hadjon, [et., al.], *Hukum Administrasi Dan Good Governance* (Universitas Trisakti 2010). [88-91].

<sup>29</sup> Sadjijono, *Memahami Hukum Kepolisian* (Laksbang Presindo 2010). [190].

<sup>30</sup> A.D. Belifante, *Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara* (Binacipta 1983). [163].

dapat mengajukan gugatan tertulis kepada pengadilan yang berwenang yang berisi tuntutan agar keputusan Tata Usaha Negara yang disengketakan itu dinyatakan batal atau tidak sah, dengan atau tanpa tuntutan ganti rugi dan/atau rehabilitasi.

Peraturan pelaksana dari UU Peratun khusus mengenai besaran ganti kerugian yang dibebankan kepada pemerintah melalui putusan PTUN diatur dalam PP No. 43/1991 Tentang Ganti Rugi dan Tata Cara Pelaksanaannya Pada Peradilan Tata Usaha yang ditindak lanjuti dengan Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor: 1129/Kmk.01/1991 tentang Tata Cara Pembayaran Ganti Rugi Pelaksanaan Keputusan Pengadilan Tata Usaha Negara, dimana Pemerintah (badan/jabatan pemerintah) melakukan ganti rugi dalam bentuk pembayaran sejumlah uang kepada orang atau badan hukum perdata atas beban badan atau jabatan administrasi berdasarkan putusan PTUN namun dibatasi minimal hanya Rp 250.000 (dua ratus lima puluh ribu rupiah) sampai dengan maksimal Rp 5.000.000 (lima juta rupiah) dan hanya terhadap tuntutan ganti kerugian materil saja dan tidak untuk kerugian inmateril.

Pada dasarnya kerugian yang dialami oleh setiap warga masyarakat menjadi dasar diajukannya gugatan di PTUN namun tujuan pokoknya adalah agar PTUN membatalkan keputusan yang merugikan kepentingan warga masyarakat. Aturan tersebut memang hanya mengatur atau berisi tuntutan agar KTUN yang disengketakan itu dinyatakan batal atau tidak sah, dengan atau tanpa tuntutan ganti rugi dan/atau rehabilitasi, namun mengingat UU Peratun belum disesuaikan dengan UU AP maka aturan tersebut secara mutatis mutandis berlaku terhadap tuntutan ganti kerugian bagi warga masyarakat akibat tindakan faktual pemerintah yang absah (*rechmatigheid*). Dalam UU AP pengaturan mengenai ganti kerugian kepada warga masyarakat akibat keputusan/tindakan pemerintah yang merugikan warga masyarakat diatur dalam ketentuan Pasal 71 ayat 5 menyatakan bahwa kerugian yang timbul akibat keputusan dan/atau tindakan yang dibatalkan menjadi tanggungjawab badan dan/atau pejabat pemerintahan. Selanjutnya Pasal 72 menyatakan ketentuan mengenai tata cara pengembalian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 70 ayat 3 dan tanggungjawab badan dan/atau pejabat pemerintahan

akibat kerugian yang ditimbulkan dari keputusan dan/atau tindakan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 71 ayat 5 diatur dalam Peraturan Pemerintah.

Sebelumnya mengenai pengaturan ganti kerugian akibat keputusan/tindakan pemerintah yang *rechmatigeheid* diatur dalam RUU AP dalam Pasal 41 yang menyatakan pencabutan dan/atau pembatalan terhadap keputusan administrasi pemerintahan wajib memuat ganti rugi kepada pihak yang dirugikan dan disertai dengan penyerahan kembali keputusan yang dibatalkan beserta dokumen dan/atau arsip yang terkait; besarnya ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat 1 wajib memenuhi unsur keadilan dan kelayakan; pejabat administrasi pemerintahan atau badan menetapkan besarnya ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat 2.

Berdasarkan penjelasan Pasal 41 ayat 2 dinyatakan bahwa keadilan dan kelayakan adalah sebanding dengan kerugian yang ditimbulkan akibat keputusan administrasi pemerintahan. Prinsip ganti kerugian dalam Pasal 41 ayat 2 RUU AP senyatanya tidak dianut dalam UU AP maupun dalam UU Peratun sebelumnya yang mengurangi pemberian jaminan perlindungan bagi warga masyarakat secara adil dan maksimal akibat tindakan pemerintah (*bestuurshandelingen*). Hal ini didasarkan karena pengaturan ganti kerugian dalam UU AP dan UU Peratun beserta peratun pelaksanaannya nampak tuntutan ganti kerugian menjadi tuntutan tambahan yang sifatnya fakultatif dan nilainya sangat terbatas yang berbeda dari semangat ganti kerugian dan berdasarkan keadilan dan kelayakan sebagaimana dicantumkan dalam RUU AP sebelumnya.

### **Kesimpulan**

Konsekuensi dengan dibentuknya UU AP, maka segala tindakan pemerintah harus memiliki dasar hukum yang jelas (legalitas) dan diaturnya upaya hukum bagi warga masyarakat yang dirugikan akibat tindakan pemerintahan. Khusus sengketa administrasi akibat tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*), UU AP mentransformasikan pengaturannya kedalam Pasal 85 Tentang peralihan penyelesaian sengketa “*onrechmatige overheidsdaad*” dari Pengadilan Umum ke PTUN, Pasal 22 dan Pasal 29 Tentang keputusan/tindakan diskresi serta ketentuan

Pasal 87 huruf a, Tentang tindakan faktual sebagai elemen perluasan KTUN. Beberapa ketentuan tersebut secara yuridis mengantarkan PTUN sebagai peradilan administrasi terpadu, yakni menangani seluruh sengketa administrasi termasuk sengketa yang timbul dari tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) yang sebelumnya kompetensi dari Pengadilan Umum. Kewenangan mengadili PTUN hanya terbatas pada pengujian keabsahan (*legalitas*) semata, tidak sampai pada tuntutan atas dasar ganti kerugian. Walaupun demikian hal tersebut berkaitan dalam penentuan letak tanggung gugat dan tanggungjawab ganti kerugian atas kerugian yang diderita warga masyarakat dalam arti apakah ganti kerugian tersebut menjadi tanggungjawab/tanggung gugat jabatan (atas dasar *faute de service*), ataukah tanggungjawab/tanggung gugat pribadi (atas dasar *faute de personelle*) dari pejabat pemerintah yang bersangkutan.

Perlunya dibuat peraturan pelaksana dari Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, misalnya Peraturan Pemerintah (PP) dengan pengaturan beberapa aspek antara lain: pertama, mengatur lebih lengkap dan jelas mengenai sengketa administrasi yang timbul dari tindakan faktual pemerintah (*feitelijke handelingen*) sebagai kompetensi PTUN dengan/tanpa didahului upaya administratif. Kedua, kejelasan pengaturan penentuan letak tanggung gugat dan tanggungjawab ganti kerugian (pribadi/jabatan) atas kerugian yang diderita warga masyarakat. Ketiga, hal yang perlu diperhatikan adalah penerapan penggantian kerugian akibat keputusan/tindakan pemerintah (*feitelijke handelingen*) yang merugikan warga masyarakat selayaknya didasarkan pada prinsip keadilan dan kelayakan sebagaimana diatur dalam RUU AP sebelumnya tidak diatur dalam UU AP maupun UU Peratun yang harus dijadikan ukuran/patokan oleh PTUN, agar jaminan perlindungan hukum yang adil bagi rakyat dapat terealisasikan.

## **Daftar Bacaan**

### **Buku**

A.D. Belifante, *Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara* (Binacipta 1983).

Agussalim Andi Gadjong, *Pemerintahan Daerah, Kajian Politik Dan Hukum*

(Ghalia Indonesia 2007).

E. Fernando M. Manullang, *Legisme, Legalitas Dan Kepastian Hukum* (Prenada Media Group).

E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Republik Indonesia* (Pustaka Tinta Mas 1986).

Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum* (Nusa Media 1996).

Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Administrasi Pemerintahan, Buku I, Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara* (Pustaka Sinar Harapan 1993).

Jimly Asshiddiqie, *Prihal Undang Undang* (Raja Grafindo Persada 2011).

Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara Dan Reformasi Birokrasi, *Naskah Akademik Rancangan Undang Undang Administrasi Pemerintahan* (Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara Dan Reformasi Birokrasi).

Paulus Effendi Lotulung, *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah* (Citra Aditya Bakti 1993).

—, *Lintasan Sejarah Dan Gerak Dinamika Peradilan Tata Usaha Negara (PERATUN)* (Salemba Humanika 2013).

Philipus M. Hadjon, *Kaitan Hukum Administrasi Dan Tata Naskah Dinas* (Universitas Airlangga Surabaya).

—, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Di Indonesia* (Peradaban 2007) Philipus M. Hadjon, [et.al.], *Hukum Administrasi Dan Good Governance* (Universitas Trisakti 2010).

—, *Hukum Administrasi Dan Tindak Pidana Korupsi* (Gadjah Mada University Press 2011).

Philipus M. Hadjon, [et., al.] I, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia* (Gadjah Mada University Press 2008).

S.F. Marbun dan Mahpud MD, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara* (Liberty).

Sadjijono, *Memahami Hukum Kepolisian* (Laksbang Presindo 2010).

Soehino, *Asas-Asas Hukum Pemerintahan* (Liberty 1984).

Tatiek Sri Djatmiati, 'Perizinan Sebagai Instrumen Yuridis Dalam Pelayanan Publik',

*Pengukuhan Jabatan Guru Besar dalam bidang hukum administrasi Fakultas Hukum Universitas Airlangga (Fakultas Hukum Universitas Airlangga 2007).*

### **Jurnal**

Oheo K Harris, 'Good Governance (Tata Kelola Pemerintahan Yang Baik) Dalam Pemberian Ijin Oleh Pemerintah Daerah Di Bidang Pertambangan' (2015) 30 Yuridika.

**HOW TO CITE:** Bambang Arwanto, 'Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Akibat Tindakan Faktual Pemerintah' (2016) 31 Yuridika.