



Volume 30 No 1, Januari 2015
DOI : 10.20473/ydk.v30i1.4879

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)

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



FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA

Article history: Submitted 31 October 2014; Accepted 05 January 2015; Available Online 31 January 2015

GOOD GOVERNANCE (TATA KELOLA PEMERINTAHAN YANG BAIK) DALAM PEMBERIAN IZIN OLEH PEMERINTAH DAERAH DI BIDANG PERTAMBANGAN

Oheo K. Haris

Oheo_kharis@gmail.com

Universitas Halualleo

Abstract

Instruments in terms of the provisions of the mining law has been regulated by law No. 11 of 1967, in which the government's legal position is not comparable to the investors. granting it is the government or ruling authority in order to protect the interests of citizens in order to establish a concrete action even if it deviates from the provisions that are prohibited. Good governance or good governance is closely related to human rights. Thus, that one of the bases existence of a support or foundation of a discretion in this case the nature of the license by the government especially the mining sector is the presence of good governance or Good pemerintahan Governing so as to create a harmonization as state officials. In making a decision (beschikking), the government must pay attention to certain terms or conditions. If certain conditions are not met, the result is an invalid decision. In general, the decision (beschikking) can be divided into two kinds of decisions, namely legal decisions (rechtsgeldige beschikking) and unlawful decisions (niet-rechtsgeldinge beschikking).

Keywords: License; Good Governance; Mining.

Abstrak

Instrumen hukum dalam hal ketentuan pertambangan telah diatur dalam undang-undang Nomor 11 Tahun 1967, dimana kedudukan hukum pemerintah belum sebanding dengan para investor. pemberian izin itu adalah kewenangan pemerintah atau penguasa dalam rangka melindungi kepentingan warga negara dalam rangka menuju tindakan konkrit walapun menyimpang dari ketentuan-ketentuan yang dilarang. Tata pemerintahan yang baik atau *good governance* berhubungan sangat erat dengan hak-hak asasi. Dengan demikian bahwa salah satu yang melandaskan adanya suatu penopang atau pondasi suatu hakikat diskresi dalam hal ini yakni izin oleh pemerintah khususnya dibidang pertambangan adalah adanya tata kelola pemerintahan yang baik atau *good governance* sehingga tercipta suatu harmonisasi sebagai penyelenggara negara. dalam membuat *beschikking* (suatu keputusan), pemerintah harus memperhatikan ketentuan-ketentuan atau syarat-syarat tertentu. Apabila syarat-syarat tertentu dimaksud tidak dipenuhi berakibat keputusan yang dibuat tidak sah. Secara umum *beschikking* (keputusan) dapat dibagi dalam dua macam keputusan, yakni *rechtsgeldige beschikking* (keputusan yang sah) dan *niet-rechtsgeldinge beschikking* (keputusan yang tidak sah).

Kata Kunci: Izin; Good Governance; Pertambangan.

Pendahuluan

Kekayaan alam dan hasil bumi Indonesia adalah merupakan suatu anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa, demikian pula hasil tambang. Namun dalam hal pengelolaan hasil tambang tersebut dapat saja menuai masalah khususnya terkait

dengan izin pertambangan yang dapat saja berimplikasi hukum. Pemberian izin tambang adalah merupakan kewenangan pemerintah daerah yang harus dilakukan dalam rangka tertib administrasi. Kewenangan pemerintah dalam hal ini terkait dengan hak pemerintah dalam mengeluarkan izin dibidang pertambangan. Kewenangan tersebut dapat dinilai sebagai kebebasan bertindak pemerintah atau lazimnya dikenal dengan diskresi pemerintah.

Secara filosofi kewenangan kebebasan bertindak pemerintah sesungguhnya dalam hal esensi suatu pemberian izin khususnya dibidang pertambangan adalah merupakan suatu arah cita-cita menuju masyarakat adil makmur yang sekaligus merupakan bagian dari memajukan kesejahteraan rakyat dan serta meningkatkan perekonomian bangsa dan negara Indonesia. Hal tersebut sebagaimana telah diatur dalam Pembukaan Undang-undang Dasar 1945 serta Pasal 33 Undang-undang Dasar 1945 setelah amandemen. Dengan demikian, pemberian izin oleh Pemerintah Provinsi atau Bupati dapat dipandang sebagai kebebasan bertindak atau lazim disebut *discretion*¹ atau diskresi yang tentunya mempunyai parameter. *Discretionary power* (Kebebasan bertindak pemerintah) khususnya pada izin di bidang pertambangan oleh pemerintah yang mengarah pada penyalahgunaan wewenang dan tindak pidana korupsi telah menjadi bagian perhatian khusus di Indonesia. Hal ini disebabkan oleh maraknya maladministrasi atau ketidakterediaan hukum administrasi. Tanpa hukum administrasi tidak mungkin asas negara hukum dapat diwujudkan. Demikian pula dengan isu *good governance* tidak mungkin hal tersebut dapat terwujud tanpa hukum administrasi.²

Fungsi hukum administrasi tidak bisa diabaikan dalam kaitannya dengan tindak pidana korupsi, baik dari segi preventif maupun represif. Instrumen hukum yang utama untuk mewujudkan pemerintah yang bersih adalah hukum administrasi,

¹ *Discretion* (Ing), Kebijakan, hikmat, suatu keputusan pimpinan atas dasar dan hati nurani: *wijsheid, verstand* (Bld). *Discretionaire Bevoegheid* (Bld), kewenangan yang dilaksanakan hakim tidak secara kaku dan formal yuridis tetapi dengan pertimbangan yang bijaksana dan berkeadilan; *Discretionary Competence* (Ing). * *De ruimte die ter discretie van de rechter staat, vrije beslissingsruimte, niet allen rechmatig maar ook doelmatig*. Lihat: Martin Basiang, *The Contemporary Law Dictionary* (Edisi 1, Red and White Publishing 2009).[145].

² Philipus M.Hadjon,[et.,al.], *Hukum Administrasi Dan Good Governance* (Universitas Trisakti 2010).[30].

demikian juga peran hukum administrasi yang diharapkan untuk mencegah korupsi, karena korupsi berkaitan dengan penggunaan wewenang. Oleh karena itu pemahaman akan hukum administrasi dan pembangunan hukum administrasi mutlak diperlukan. Kenyataan menunjukkan saat ini masih sangat minim dan banyak yang salah mengartikan hukum administrasi. Demikian juga pembangunan hukum administrasi nampaknya tidak sistematis dan tidak fundamental. Penanganan tindak pidana korupsi masih fokus pada aspek hukum pidana, dan sedikit sekali perhatian terhadap hukum administrasi.³

Namun demikian, dalam pelaksanaan pemberian izin oleh pemerintah dapat dipandang sebagai wujud dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat sebesar-besarnya dan meningkatkan perekenomian negara sebanyak-banyaknya, sehingga bangsa Indonesia dapat sejajar dengan negara-negara lain. Pernyataan tersebut diatas, dapat ditarik suatu isu hukum yang pantas untuk ditelaah yakni apakah hakikat izin pertambangan oleh pemerintah dalam konteks penyelenggara negara dan konsep apa yang berfungsi sebagai penopang diskresi pemerintah.

Hakikat Kewenangan Pemerintah (*Discretionary Power*) dalam Pemberian Izin Pertambangan

Hakikat dan kepastian hukum dalam menentukan adanya inisiatif suatu pemerintah adalah memastikan dalam tindakan tersebut adanya suatu prinsip legalitas hukum. Tentunya pelaksanaan tersebut terdapat suatu akibat yang secara makna mengarah pada suatu kepastian hukum. Dengan demikian bahwa tindakan kebebasan pemerintah tersebut sangat dimungkinkan oleh hukum dan memenuhi unsur dari diskresi pemerintah atau *ermessen*.⁴ Dalam penjelasan Philipus M.Hadjon⁵ menegaskan bahwa diskresi dalam kepastian hukum administrasi

³ Philipus M.Hadjon,[*et.,al.*], *Hukum Administrasi Dan Tindak Pidana Korupsi* (Gadjah Mada University Press 2011).[20].

⁴ Dalam penjelesannya Unsur-unsur *Ermessen*; (a). Dilakukan untuk kepentingan umum/kesejahteraan umum. (b) Dilakukan atas inisiatif administrasi Negara itu sendiri. (c) Untuk menyelesaikan masalah konkrit dengan cepat yang timbul secara tiba-tiba.(d). Tindakan itu dimungkinkan oleh hukum. Lihat: Bega Ragawino, *Hukum Administrasi Negara* (Universitas Padjadjaran 2006). [42].

⁵ Philipus M.Hadjon,[*et.,al.*], *Hukum Administrasi Dan Tindak Pidana Korupsi.Op.cit.*[14-15].

istilah yang sering digunakan adalah kekuasaan bebas. Dalam praktek sering terdengar istilah kebijakan atau kebijaksanaan. Sebagai perbandingan diketengahkan istilah yang digunakan dalam berbagai sistem hukum administrasi. Dari paparan tersebut istilah diskresi selayaknya dipopulerkan sesuai dengan Hakikat diskresi seperti terurai sebagai berikut; Hukum administrasi Inggris ; *discretionary power*, hukum administrasi Jerman; *ermessen* (bukan “*freies ermessen*“), *discretionarie bevoegheden*, hukum administrasi Belanda; *vrij bevoegdheid*. Berdasarkan esensi dari istilah dan konsep-konsep tersebut, dalam Rancangan Undang-Undang tentang Administrasi Pemerintah digunakan istilah diskresi.⁶ Sebagai tambahan bahwa Hakikat istilah diskresi digunakan sebagai lawan dari wewenang terikat (*gebonden bevoegdheid*). Esensi: ada pada *choice* (pilihan) untuk melakukan tindakan pemerintahan. Pilihan berkaitan dengan rumusan norma, misalnya tersangka dapat ditahan dalam keadaan tertentu seharusnya sepatutnya dan demi kepentingan umum dan lain-lain; kondisi faktual, misalnya bencana dan keadaan darurat dan lain sebagainya.⁷

Terkait dengan perizinan, semangat peraturan perundang-undangan yang memberikan “*support*” kepada negara sebagai penyelenggara negara telah mencerminkan dan mengefisiensikan suatu pelaksanaan roda pemerintahan, hanya terdapat pertanyaan, apakah roda pemerintahan tersebut telah sesuai dengan teori-teori tentang penyelenggaraan negara. Pada tataran norma, penyelenggaraan negara dalam konteks penegakkan hukum tidak dapat dipungkiri bahwa penegakan tersebut harus mengacu pada moral hukum itu sendiri serta merupakan pula bagian dari suatu intrinsik hukum.⁸ Sebab, moral hukum inilah yang menjadi tonggak atau dasar pada *law enforcer* (penegak hukum). Kalo penegakan hukum itu tanpa moral, maka akan pasti tercipta suatu kegagalan penegakan itu sendiri. Dalam pendapatnya Fuller menegaskan bahwa:

“The morality of law, eight ways to fail to make law is (1) Failure to make rules public to those required to observe them, (2) Failure to establish

⁶ *ibid.*

⁷ *ibid*

⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum* (Prenada Media 2009).[50].

*rules at all, leading to absolute uncertainty, (3) Improper use of retroactive lawmaking, (4) Failure to make comprehensible rules, (5) Making rules which contradict each other, (6) Making rules which impose requirements with which compliance is impossible, (7) Changing rules so frequently that the required conduct becomes wholly unclear, (8) Discontinuity between the stated content of rules and their administration in practice”.*⁹

Meskipun demikian secara teori terdapat teori hukum sebagai dasar *ratio legis* dari suatu penyelenggaraan negara dalam rangka membangun dan merekonstruksi suatu pelaksanaan pemerintahan sehingga dengan adanya teori hukum tersebut dapat memetakan batasan-batasan serta menempatkan pada kesesuaian norma hukum yang telah ada. Menurut Bruggink dalam Sukardi¹⁰ memaparkan bahwa terdapat dua cabang teori hukum. Pertama teori hukum sebagai teori tentang hukum positif, yang mempelajari aspek-aspek diluar yang menjadi obyek dogmatik hukum. Tujuannya semata-mata teoritik yaitu mengolah masalah-masalah umum berkenaan dengan hukum positif. Obyeknya tidak hanya hukum nasional tertentu. Contoh obyek teori hukum: pengertian hukum, definisi hukum, sifat norma hukum, sistem hukum dan keberlakuan hukum. (teori hukum kontemplatif). Kedua teori hukum tentang dogmatik hukum dan teori-teori tentang kegiatan-kegiatan yang terkait pada pembentukan hukum dan penemuan hukum (teori hukum empirik).¹¹

Lain pula pokok-pokok pemikiran yang dikembangkan Hans Kelsen dalam Jimly Asshiddiqie¹² yakni terdapat tiga masalah utama, tentang teori hukum, negara, dan hukum internasional. Namun yang menjadi sorotan dalam makalah tersebut adalah teori umum yang mana meliputi dua aspek, yaitu *nomostatics* (aspek statis) yang melihat perbuatan yang diatur oleh hukum, dan *nomodynamic* (aspek dinamis) yang melihat hukum yang mengatur perbuatan tertentu. Friedmann mengungkapkan dasar-dasar esensial dari pemikiran Kelsen sebagai berikut; (a) tujuan teori hukum, setiap ilmu pengetahuan, adalah untuk mengurangi kekacauan dan kemajemukan

⁹ Lon L. Fuller, *The Morality Of Law (Eight Ways To Fail To Make Law)* (Yale University Press, 1964) <www.yalepress.yale.edu/book> accessed 20 September 2014.

¹⁰ J.J.H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum, Alih Bahasa Arief Sidharta* (Citra Aditya Bakti 1999).[56].

¹¹ *ibid.*

¹² Jimly asshidiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum* (Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia 2006).[8-9].

menjadi kesatuan, (b) teori hukum adalah ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku, bukan mengenai hukum yang seharusnya, (c) hukum adalah ilmu pengetahuan normatif, bukan ilmu alam, (d) teori hukum sebagai teori tentang norma-norma, tidak ada hubungannya dengan daya kerja norma-norma hukum, (e) teori hukum adalah formal, suatu teori tentang cara menata, mengubah isi dengan cara yang khusus. Hubungan antara teori hukum dan sistem yang khas dari hukum positif ialah hubungan apa yang mungkin dengan hukum yang nyata. Lebih lanjut, apa yang disebut dengan *the pure theory of law*, mendapatkan tempat tersendiri karena berbeda dengan dua kutub pendekatan yang berbeda antara mazhab hukum alam dengan positivisme empiris. Beberapa ahli menyebut pemikiran Kelsen sebagai “jalan tengah” dari dua aliran hukum yang telah ada sebelumnya.¹³

Dalam bukunya Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara jilid I, Jimly Asshiddiqie menjelaskan bahwa terdapat tujuan dan hakikat konstitusi. Menurutnya dikalangan para ahli hukum, pada umumnya dipahami bahwa hukum mempunyai tiga tujuan pokok, yaitu (i) *justice* (keadilan), (ii) *certainty atau zekerheid* (kepastian), dan (iii) *utility* (kebergunaan). Keadilan itu sepadan dengan *balance, mizan* (keseimbangan) dan *equity* (kepatuhan), serta *proportionality* (kewajaran). Sedangkan, kepastian hukum terkait dengan *order* (ketertiban) dan ketentraman. Sementara kebergunaan diharapkan dapat menjamin bahwa semua nilai-nilai tersebut akan mewujudkan kedamaian hidup bersama. Oleh Karena itu konstitusi itu sendiri adalah hukum yang dianggap paling tinggi tingkatannya maka tujuan konstitusi sebagai hukum tertinggi itu juga untuk mencapai dan tujuan tertinggi. Tujuan yang dianggap tertinggi itu adalah; (i) keadilan, (ii) ketertiban, dan (iii) perwujudan nilai-nilai ideal seperti kemerdekaan atau kebebasan dan kesejahteraan atau kemakmuran bersama, sebagaimana dirumuskan sebagai tujuan bernegara oleh *the founding fathers and mothers* (para pendiri negara).¹⁴

¹³ *ibid.*

¹⁴ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara* (Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia).[149-150].

Pemberian Izin Pertambangan dalam Perspektif Hukum Administrasi

Instrumen hukum dalam hal ketentuan pertambangan telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967, dimana kedudukan hukum pemerintah belum sebanding dengan para investor. Namun dengan berlakunya Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 yang secara keseluruhan pemerintah Indonesia dapat mengelola sumber daya alam diseluruh wilayah Indonesia. Dengan demikian, kedudukan hukum pemerintah telah menjadi lebih tinggi dibandingkan dengan investor lokal, asing, dan Badan Usaha Milik Negara.

Mengenai konteks izin, terdapat beberapa ahli dalam hal memaknai suatu izin. Menurut N.M Spelt dan Ten Berge¹⁵ mengemukakan bahwa izin adalah suatu persetujuan dari penguasa berdasarkan undang-undang atau peraturan pemerintah, dalam keadaan tertentu menyimpang dari ketentuan larangan suatu peraturan perundang-undangan. Lebih lanjut dijelaskan bahwa pengertian izin dibedakan dalam arti sempit dan luas. Izin dalam arti sempit yaitu perkenaan dari penguasa untuk orang yang memohonnya untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu yang sebenarnya dilarang tentunya hal tersebut menyangkut perkenaan bagi suatu tindakan yang demi kepentingan umum mengharuskan pengawasan khusus atasnya. Adapun tujuannya adalah mengatur suatu tindakan yang oleh para legislator yang menganggap bahwa pemberian izin tidak seluruhnya dianggap melakukan perbuatan tercela, tetapi disisi lain pemerintah/penguasa menghendaki dapat melakukan pengawasan sekedarnya. Sedangkan izin dalam arti luas adalah suatu tindakan yang dilarang terkecuali diperkenankan dengan tujuan agar dalam ketentuan-ketentuan yang disangkutkan dengan perkenan dapat dengan teliti diberikan batas-batas tertentu bagi tiap kasus. Namun dari pengertian tersebut terdapat persoalan dengan izin tersebut yakni persoalannya bukan hanya dalam hal pemberian perkenan dalam keadaan khusus tetapi juga agar tindakan-tindakan dalam hal pemberian izin dilakukan dengan cara tertentu yang seyogianya diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan.

¹⁵ Philipus M.Hadjon,[*et.,al.*].*Op.Cit.*[2]

Menurut Tatiek Sri Djatmiati¹⁶ dalam hasil disertasi, mengemukakan bahwa izin merupakan instrumen yang biasa dipakai dalam bidang hukum administrasi, maksud tujuan tersebut adalah mempengaruhi warga negara agar supaya hendak mengikuti cara yang dianjurkan guna mencapai tujuan yang konkrit. Konsep tersebut sependapat dengan Suparto Wijoyo¹⁷ bahwa izin merupakan “*legal means*” yang terbanyak digunakan dalam hukum administrasi. Pemerintah mempergunakan izin yakni sebagai sarana yuridis untuk mengendalikan tingkah laku warga negara. Lebih lanjut bahwa izin merupakan persetujuan dari penguasa berdasarkan peraturan perundang-undangan untuk dalam keadaan tertentu menyimpang dari ketentuan-ketentuan larangan.

Berdasarkan pendapat para sarjana diatas maka pengertian izin adalah sebagai berikut: izin merupakan tindakan pemerintah yang berdasarkan undang-undang dan peraturan per-undang-undangan, izin merupakan instrumen dalam hukum administrasi yang bertujuan mengatur kegiatan dalam kehidupan masyarakat suatu negara, izin merupakan persetujuan dari pemerintah untuk kegiatan yang menurut undang-undang adalah dilarang, Akibat hukum dari izin adalah memberikan keuntungan bagi pemohon izin yaitu warga negara untuk melakukan perbuatan tertentu yang sebenarnya dilarang.¹⁸ Dari sisi perundang-undangan sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 menyebutkan izin usaha pertambangan, yang selanjutnya disebut IUP, adalah izin untuk melaksanakan usaha pertambangan. Definisi IUP tersebut adalah izin untuk mengelola usaha pertambangan. Usaha tersebut termaktub dalam Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 menjelaskan bahwa usaha pertambangan adalah kegiatan dalam rangka pengusahaan mineral atau batubara yang meliputi tahapan kegiatan penyelidikan umum, eksplorasi, studi kelayakan, konstruksi, penambangan, pengelolaan dan pemurnian, pengangkutan dan penjualan, serta pasca tambang.

¹⁶ Tatiek Sri Djatmiati, ‘Prinsip Izin Usaha Industri Di Indonesia, Disertasi’ (Universitas Airlangga Surabaya 2004).[1].

¹⁷ Petrus A. Gultom, ‘Penyalahgunaan Wewenang Oleh Pemerintah Daerah Yang Berimplikasi Tindak Pidana Di Bidang Pertambangan’ (Universitas Airlangga Surabaya).[46].

¹⁸ *ibid.*

Berdasarkan pengertian izin menurut Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 dengan membandingkan pengertian izin menurut beberapa para ahli, maka unsur-unsur dari izin usaha pertambangan adalah izin yang diberikan oleh negara dalam hal ini pemerintah dan pemerintah daerah menurut Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009, tujuan pemberian izin adalah untuk mengatur pengelolaan sumber daya alam berupa mineral dan batubara di wilayah negara Republik Indonesia, izin yang diberikan oleh pemerintah dan pemerintah daerah yang mempunyai akibat hukum bagi pemegang izin yaitu dalam rangka pengusahaan mineral dan batubara yang meliputi tahapan kegiatan penyelidikan umum, eksplorasi, studi kelayakan, konstruksi, penambangan, pengelolaan dan pemurnian, pengangkutan dan penjualan, serta pasca tambang.¹⁹ Dengan demikian, pemberian izin itu adalah kewenangan pemerintah atau penguasa dalam rangka melindungi kepentingan warga negara dalam rangka menuju tindakan konkrit walaupun menyimpang dari ketentuan-ketentuan yang dilarang.

Peraturan Kebijakan (Beleidsregel)

Beleidsregel (peraturan kebijakan) yang dimaksud dalam bahasan ini, adalah suatu peraturan umum tentang pelaksanaan wewenang pemerintahan terhadap warga negara yang ditetapkan berdasarkan kekuasaan sendiri oleh instansi pemerintahan yang berwenang. Lahirnya *beleidsregel* ini dari adanya *freies ermessen* (kewenangan bertindak bebas) dari pejabat pemerintahan. Namun kemudian dalam perkembangannya baru disadari bahwa *beleidsregel* itu *is niet anders* dari *freies ermessen*. *Beleidsregel* tidak lain dari *freies ermessen* atau *discretionary power* dalam wujud tertulis dan dipublikasi ke luar. Diberi label “peraturan” karena *beleidsregel* mengikat bagaikan *legal norm* (kaidah hukum). Tentu saja cakupan penggunaan *beleidsregel* hanya pada sebatas *bestuursgebied* atau lapangan administrasi.

Beleidsregel (peraturan kebijakan) dimaksud menurut J.H. van Kreveld, terdiri berbagai macam bentuk antara lain; (a) *beleidslijnen* (garis-

¹⁹ *ibid.*

garis kebijaksanaan), (b) *het beleid* (kebijaksanaan), (c) *voorschriften* (peraturan-peraturan), (d) *richtlijnen* (pedoman-pedoman), (e) *regelingen* (petunjuk-petunjuk), (f) *circulaires* (surat edaran), (g) *resoluties* (resolusi-resolusi), (h) *aanschrijvingen* (instruksi-instruksi), (i) *beleidnota's* (nota kebijaksanaan), (j) *reglemen ministriële* (peraturan-peraturan pemerintah), (k) *beschikkingen* (keputusan-keputusan), (l) *enbekenmakingen* (pengumuman-pengumuman).²⁰ Dilihat dari segi bentuk atau format, letak dan kekuatan mengikatnya, terdapat perbedaan dan persamaan antara *beleidsregel* (peraturan kebijaksanaan) dan *regeling* (peraturan perundang-undangan). Perbedaan dan persamaan tersebut dapat dilihat dari beberapa segi. Pertama, segi bentuk dan formatnya *beleidsregel* (peraturan kebijaksanaan) sering diketemukan sama dengan *regeling* (peraturan perundang-undangan), meliputi konsideran, dasar hukum, substansi (batang tubuh) yang terdiri dari bab-bab, pasal-pasal, dan penutup. Kedua, segi letaknya dalam ilmu hukum, untuk *beleidsregel* (peraturan kebijaksanaan) masuk pada obyek kajian hukum administrasi, karena peraturan kebijaksanaan lahir dari adanya wewenang pemerintahan, sedangkan peraturan perundang-undangan dapat digolongkan ke dalam Hukum Tata Negara sepanjang berkaitan dengan Peraturan Daerah (Perda) yang dibuat oleh DPRD dengan persetujuan Kepala Daerah.

Ketiga, segi mengikatnya, untuk peraturan perundang-undangan mengikat secara umum, sedangkan peraturan kebijaksanaan yang dikeluarkan dalam bentuk keputusan tidak mengikat secara umum, karena pejabat atau badan yang mengeluarkan keputusan tidak memiliki kewenangan mengatur, namun demikian dalam praktek dan kenyataannya dewasa ini banyak keputusan yang bersifat mengatur dan mengikat secara umum. Keempat, segi sumber pembentukannya, untuk *regeling* (peraturan perundang-undangan) bersumber dari fungsi legislatif, sedangkan *beleidsregel* (peraturan kebijaksanaan) bersumber dari fungsi eksekutif. Kelima Segi uji materiil, untuk *regeling* (peraturan perundang-undangan) melalui Mahkamah Konstitusi untuk undang-undang terhadap UUD NRI 1945 dan melalui Mahkamah Agung untuk peraturan dibawah undang-undang terhadap undang-

²⁰ J.H. Kriveld, *Beleidsregel in Het Recht*, (Kluwer Law International 1983).[3].

undang, sedangkan *beleidsregel* (peraturan kebijaksanaan) melalui Peradilan Administrasi (Tata Usaha Negara). Menurut van Kreveld²¹ ciri-ciri peraturan kebijaksanaan yaitu: (a) peraturan itu baik secara langsung atau tidak langsung tidak didasarkan pada undang-undang dasar atau pada undang-undang, (b) peraturan itu tidak tertulis dan tidak terjadi oleh serangkaian keputusan instansi pemerintah yang berdiri sendiri dalam rangka menyelenggarakan kewenangan pemerintahan yang tidak terikat. Ditetapkan dengan tegas secara tertulis oleh suatu instansi pemerintah, (c) peraturan itu pada umumnya menunjukkan bagaimana suatu instansi pemerintah akan bertindak dalam menyelenggarakan kewenangan pemerintahan yang tidak terikat terhadap setiap orang dalam situasi sebagaimana dimaksud dalam peraturan itu. Di sisi lain Bagir Manan²² merumuskan ciri-ciri peraturan kebijaksanaan, antara lain; (a) peraturan kebijaksanaan bukan merupakan peraturan perundang-undangan, (b) asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijaksanaan, (c) peraturan kebijaksanaan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid*, karena memang tidak ada dasar peraturan perundang-undangan untuk membuat keputusan peraturan kebijaksanaan tersebut, (d) peraturan kebijaksanaan di buat berdasarkan *freies ermessen* dan ketiadaan wewenang administrasi bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan, (e) pengujian terhadap peraturan kebijaksanaan lebih diserahkan pada *doelmatigheid* dan karena itu batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang layak, (f) dalam praktek di beri format dalam berbagai bentuk dan jenis aturan, yakni keputusan, instruksi, surat edaran, pengumuman dan lain-lain, bahkan dapat dijumpai dalam bentuk peraturan.

Suatu kenyataan dalam praktek, bahwa banyak peraturan kebijaksanaan yang dibuat dan mengikat secara hukum terhadap warga masyarakat, sehingga peraturan kebijaksanaan sama halnya dengan peraturan perundang-undangan. Jika kenyataan tersebut yang berkembang dan digunakan sebagai landasan berfikir maka akan menjadi tepat apa yang dikatakan oleh A. Hamid Attamimi dalam memetakan

²¹ *ibid.*

²² Bagir Manan, 'Peraturan Kebijaksanaan' (1994).[16-17].

persamaan antara peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijaksanaan yang sama-sama berlaku keluar, ditujukan kepada masyarakat umum dan mengikat secara umum karena masyarakat yang terkena peraturan itu tidak dapat berbuat lain kecuali mengikutinya. Dengan demikian peraturan kebijaksanaan yang umum sifatnya berkembang menjadi mengikat secara umum dan ditujukan kepada umum. Perkembangan yang terjadi ini sebagai permasalahan yang menarik untuk dikaji lebih lanjut. *Bestuurshandeling* (tindakan pemerintah) yang dimaksud adalah setiap tindakan atau perbuatan yang dilakukan oleh *bestuursorgaan* (alat perlengkapan pemerintahan) dalam menjalankan *bestuursfunctie* (fungsi pemerintahan). Ada dua bentuk tindakan pemerintah, yakni *rechtshandeling* (tindakan berdasarkan hukum) dan *feitelijkehandeling* (tindakan berdasarkan fakta/nyata atau bukan berdasarkan hukum). *Rechtshandeling* (tindakan pemerintah berdasarkan hukum) dapat dimaknai sebagai tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya dapat menimbulkan akibat hukum tertentu untuk menciptakan hak dan kewajiban. Tindakan ini lahir sebagai konsekuensi logis dalam kedudukannya pemerintah sebagai subyek hukum, sehingga tindakan hukum yang dilakukan menimbulkan akibat hukum, sedangkan tindakan berdasarkan fakta/nyata (bukan hukum), adalah tindakan pemerintah yang tidak ada hubungan langsung dengan kewenangannya dan tidak menimbulkan akibat hukum.

Tindakan-tindakan hukum administrasi adalah suatu pernyataan kehendak yang muncul dari organ administrasi dalam keadaan khusus, dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dalam bidang hukum administrasi. Ada dua bentuk tindakan hukum pemerintah, yakni tindakan berdasarkan hukum publik dan berdasarkan hukum privat. Tindakan *publeiekrechttelijke handeling* (berdasarkan hukum publik) adalah setiap tindakan pemerintahan yang didasarkan pada hukum publik (bersifat hukum administratif) dan memiliki akibat hukum administratif pula. Menurut Komisi Van Poelje, tindakan hukum publik adalah tindakan-tindakan hukum yang dilakukan oleh penguasa dalam menjalankan fungsi pemerintahan. Tindakan hukum publik ini ada dua bentuk, yakni *eenzijdig publiekrechttelijke handeling* (tindakan hukum publik bersifat sepihak), dan *meerzijdig publiekrechttelijke*

handeling (tindakan hukum publik yang bersifat berbagai pihak), yakni dua pihak atau lebih, yang menurut E.Utrecht disebut tindakan hukum publik bersegi satu dan bersegi dua.

Tindakan hukum publik bersifat sepihak (bersegi satu) yang dilakukan oleh alat-alat perlengkapan pemerintah ini disebut “*beschikking*”, yang dalam bahasa Indonesia disebut dengan istilah “ketetapan atau keputusan”. Dikatakan tindakan hukum publik yang bersifat sepihak (bersegi satu), karena dilakukan dan tidaknya tindakan hukum Tata Usaha Negara yang memiliki kekuatan hukum itu pada akhirnya tergantung kepada kehendak sepihak dari Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara yang memiliki wewenang pemerintahan untuk berbuat demikian.²³ Namun demikian lebih lanjut menurut Indroharto, sekalipun jadi dikeluarkan tidaknya suatu keputusan Tata Usaha Negara itu secara formal benar-benar bersifat sepihak, namun mengenai penentuan materialnya, kadangkala digantungkan kepada adanya kerjasama atau persetujuan dari warga masyarakat yang bersangkutan.²⁴ Di sisi lain untuk tindakan hukum publik yang bersegi dua (berbagai pihak), seperti halnya perjanjian kontrak kerja dengan pemerintah, atau “*kortverband contract*” (perjanjian kerja yang berlaku selama jangka pendek, yang dilakukan antara swasta dengan pemerintah).

Selain tindakan hukum publik, tindak pemerintahan juga ada yang berbentuk hukum privat. Tindakan hukum privat yang dimaksud, adalah tindakan pemerintah dalam kedudukannya bukan sebagai pemerintah, namun sebagai *lichaam* (wakil dari badan hukum) dan bukan tugas untuk kepentingan umum, sehingga tindakannya didasarkan pada ketentuan hukum privat (keperdataan). *Beschikking* (keputusan) adalah salah satu bentuk tindakan hukum pemerintah yang bersifat sepihak (bersegi satu). Di dalam kepustakaan Belanda dikenal istilah “*beschikking*” dan “*besluit*”. Menurut Kamus Umum Bahasa Belanda, kata “*beschikking*” secara harafiah diartikan “putusan yang mengatur sesuatu”, dan “*besluit*”, diartikan keputusan.²⁵ Di

²³ Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara* (Buku I, Pustaka Sinar Harapan 2004).[147-148].

²⁴ *ibid.*[148].

²⁵ S. Wojowasito, *Kamus Umum Belanda Indonesia* (Ichtiar Baru van Hoeve 2000).[72-73].

lihat dari penjelasan pasal 1 angka 2 Undang-undang No. 5 Tahun 1986 yang dirubah dengan Undang-undang No. 9 Tahun 2004 Tentang PTUN, dapat disimpulkan bahwa keputusan *besluit van algemene sterkking* (dari badan atau pejabat tata usaha negara yang merupakan pengaturan yang bersifat umum) termasuk *algemmen verbindende voorschriften* (perundang-undangan) tidak merupakan bagian dari perbuatan keputusan (dalam arti *beschikkingsdaad van administratie*), tetapi masuk pada *regelend daad van de administratie* (perbuatan tata usaha negara di bidang pembuatan peraturan).

Unsur-unsur utama *beschikking* sebagai penetapan (keputusan) tertulis tersebut meliputi: (a) penetapan tertulis, (b) oleh badan atau pejabat tata usaha Negara, (c) Tindakan hukum tata usaha Negara, (d) konkrit, individual, (e) final, (f) akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata. Berdasarkan hukum positif di Indonesia, sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 angka 3 Undang-undang Nomor 9 Tahun 2004 Tentang PTUN yang dimaksud “Keputusan Tata Usaha Negara adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata”. Di lihat dari berbagai pendapat tersebut dapat ditarik kesimpulan dan dapat dirumuskan unsur-unsur *beschikking*, yakni meliputi; (a) pernyataan kehendak yang bersifat sepihak (bersegi satu), (b) dikeluarkan oleh organ pemerintah, (c) berdasarkan pada norma wewenang yang diatur dalam hukum publik (peraturan perundang-undangan), (d) ditunjukkan untuk hal-hal yang bersifat khusus atau peristiwa konkret dan individual, (e) dengan maksud untuk menimbulkan akibat hukum dalam bidang administrasi. Sedikit berbeda dengan unsur-unsur keputusan sebagaimana yang dirumuskan dalam Undang-undang No. 5 tahun 1986 jo Undang-undang No.9 Tahun 2004 Tentang PTUN, di dalam pasal 1 angka 3 unsur-unsur “keputusan” meliputi: (a) penetapan tertulis, (b) dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara, (c) berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, (d) bersifat konkret, individual dan final, (e) menimbulkan

akibat hukum, (f) tertuju pada seseorang atau badan hukum perdata.

Bentuk-bentuk dari “keputusan” tersebut berbeda-beda. Jika dilihat dari dampak keputusan terhadap orang, maka bentuk keputusan dapat dirinci, sebagai berikut: (i) keputusan-keputusan dalam rangka ketentuan-ketentuan *verbod* (larangan) dan/atau *gebod* (perintah), misalnya: pemberian ijin, dispensasi atau konsesi, (ii) keputusan-keputusan yang menyediakan sejumlah uang, misalnya: pemberian subsidi-subsidi, fasilitas, dan lain-lain, (iii) keputusan-keputusan yang membebaskan suatu kewajiban keuangan, misalnya: pembebanan tentang pajak, (iv) keputusan-keputusan yang memberikan suatu kedudukan, misalnya: pengangkatan seorang pegawai negeri, penempatan gedung-gedung tertentu, (v) keputusan penyitaan, misalnya: pencabutan hak milik atau penarikan barang-barang dari warga yang digunakan untuk kepentingan umum. Bentuk-bentuk keputusan dimaksud ditujukan terhadap dampak keputusan untuk warga yang bersangkutan, maka keputusan-keputusan dimaksud dalam bentuk: (a) keputusan-keputusan yang bebas dan terikat; bentuk keputusan ini sebenarnya tidak terdapat dalam praktek dan ada dalam teori, karena berkaitan dengan kewenangan membuat keputusan tersebut secara bebas atau terikat. Disebut keputusan bebas, apabila pembuat keputusan atau penguasa mempunyai kebebasan bertindak dalam membuat keputusan, dan sebaliknya keputusan terikat bila adanya ketentuan yang mengikat kapan keputusan dibuat dan diberikan kepada pihak tertentu, (b) keputusan-keputusan yang menguntungkan dan yang memberi beban; bentuk keputusan ini juga hanya ada dalam teori, yakni dalam pemberian ijin, bagi penerima ijin mendapatkan keuntungan, namun dibalik ijin dimaksud dibebani pembayaran sejumlah uang tertentu, dan lain-lain, (c) keputusan-keputusan yang *eenmalig* (seketika akan berakhir) dan yang lama berjalan terus (permanen); bentuk keputusan ini menyangkut suatu tindakan *eenmalig* (yang berlaku satu kali) dan yang akan berakhir atau dapat menyangkut suatu keadaan yang berjalan lama, (d) keputusan-keputusan yang bersifat perorangan dan yang bersifat kebendaan. bersifat perorangan artinya suatu keputusan yang isinya tergantung dari sifat-sifat pribadinya si pemohon, sedangkan yang bersifat kebendaan, yakni suatu keputusan yang isinya tergantung dari sifat

obyek yang bersangkutan, (e) keputusan-keputusan yang bersifat deklaratif dan konstitutif; bersifat deklaratif apabila keputusan tersebut dimaksudkan untuk menetapkan mengikatnya suatu hubungan hukum atau mengakui suatu hak yang sudah ada. Sedangkan keputusan konstitutif, adalah suatu keputusan apabila melahirkan atau menghapuskan suatu hubungan hukum atau menimbulkan suatu hak baru yang sebelumnya tidak dipunyai seseorang yang namanya tercantum dalam keputusan tersebut, (f) keputusan positif dan negatif. keputusan yang bersifat positif adalah keputusan yang menimbulkan hak dan kewajiban bagi yang dikenal keputusan. Keputusan-keputusan yang digolongkan sebagai keputusan positif seperti Keputusan yang pada umumnya melahirkan keadaan hukum baru, Keputusan yang melahirkan keadaan hukum baru bagi obyek tertentu, Keputusan yang menyebabkan berdirinya atau bubarinya badan hukum, Keputusan yang membebaskan kewajiban baru kepada seseorang atau beberapa orang, Keputusan yang memberikan hak baru kepada seseorang atau beberapa orang (keputusan yang menguntungkan).

Di dalam membuat *beschikking* (suatu keputusan), pemerintah harus memperhatikan ketentuan-ketentuan atau syarat-syarat tertentu. Apabila syarat-syarat tertentu dimaksud tidak dipenuhi berakibat keputusan yang dibuat tidak sah. Secara umum *beschikking* (keputusan) dapat dibagi dalam dua macam keputusan, yakni *rechtsgeldige beschikking* (keputusan yang sah) dan *niet-rechtsgeldinge beschikking* (keputusan yang tidak sah). Keputusan-keputusan yang tidak sah tersebut, dapat berupa: (a) keputusan yang *nietigheid van rechtswege* (batal karena hukum): berarti akibat suatu tindakan untuk sebagian atau seluruhnya bagi hukum dianggap tidak ada (dihapuskan) tanpa diperlukan suatu keputusan hakim atau keputusan badan pemerintah lain yang berkompeten untuk menyatakan batalnya sebagian atau seluruhnya akibat itu. (b) keputusan yang *nietig* (batal): berarti bagi hukum tindakan yang dilakukan tidak ada, jadi bagi hukum akibat tindakan tersebut tidak pernah ada. (c) keputusan yang *vernietigbaar* (dapat dibatalkan), berarti bagi hukum tindakan yang dilakukan dan akibatnya dianggap ada sampai waktu pembatalan oleh hakim atau oleh sesuatu badan pemerintah lain yang berkompeten

(pembatalan itu dilakukan karena tindakan tersebut mengandung cacat yuridis). (d) keputusan *relatief nietig* (batal nisbi), bahwa suatu keputusan dapat dibatalkan, bilamana pembatalan tindakan itu (yang bagi hukum batal sama sekali) hanya dapat dituntut oleh beberapa orang tertentu saja. Apabila pembatalan tindakan itu dapat dituntut oleh setiap orang, maka tindakan tersebut suatu tindakan yang *absolut nietig* (batal mutlak). (e) Keputusan yang dapat dibatalkan nisbi: apabila pembatalan tindakan itu yang bagi hukum sah sampai waktu pembatalan dapat dituntut oleh beberapa orang tertentu.

Menurut Kuntjoro Purbopranoto, agar keputusan yang dibuat menjadi keputusan yang sah ada dua syarat yang harus dipenuhi yakni syarat materiil dan syarat formil. Syarat materiil sahnya keputusan meliputi: (a) alat pemerintahan yang membuat keputusan harus berwenang (berhak). (b) dalam kehendak alat pemerintahan yang membuat *geen yurisdiche gebreken in de welsvorming* (keputusan tidak boleh ada kekurangan yuridis). (c) keputusan harus diberi *vorm* (bentuk) yang ditetapkan dalam peraturan yang menjadi dasarnya dan pembuatnya harus juga memperhatikan prosedur membuat keputusan bilamana prosedur itu ditetapkan dengan tegas dalam peraturan itu (*rechtmatig*). (d) isi dan tujuan keputusan itu harus *doelmatig* (sesuai dengan isi dan tujuan yang hendak dicapai).

Sedangkan syarat formil sahnya keputusan meliputi: (a) syarat-syarat yang ditentukan berhubungan dengan persiapan dibuatnya keputusan dan berhubungan dengan cara dibuatnya keputusan harus dipenuhi. (b) harus diberi bentuk yang telah ditentukan. (c) syarat-syarat berhubungan dengan pelaksanaan keputusan itu dipenuhi. (d) jangka waktu harus ditentukan antara timbulnya hak-hak yang menyebabkan dibuatnya dan diumumkankannya keputusan itu dan tidak boleh dilupakan. (e) ditandatangani oleh pejabat pemerintahan yang berwenang membuat keputusan.

Oleh karena itu terhadap keputusan yang tidak memenuhi unsur dan syarat yang ditentukan akan timbul kekurangan, dimana kekurangan dalam keputusan dapat mengakibatkan, bahwa: (a) keputusan itu harus dianggap batal sama sekali. (b) berlakunya keputusan itu dapat digugat. (c) dalam keputusan tersebut, sebelum

dapat berlaku memerlukan persetujuan suatu badan kenegaraan yang lebih tinggi, maka persetujuan itu tidak diberi. (d) keputusan itu diberi suatu tujuan lain dari pada tujuan permulaannya.²⁶ Selain dari akibat tersebut kekurangan dalam suatu keputusan juga memiliki beberapa pengaruh, antara lain:²⁷ (a) batal karena hukum. (b) kekurangan itu menjadi sebab atau menimbulkan kewajiban untuk membatalkan keputusan yang bersangkutan untuk sebagian atau keseluruhan. (c) kekurangan itu menyebabkan alat pemerintah yang lebih tinggi dan yang berkompeten untuk menyetujui atau meneguhkannya tidak sanggup memberi persetujuan atau peneguhan itu. (d) kekurangan itu tidak mempengaruhi berlakunya keputusan. (e) karena kekurangan itu, maka keputusan yang bersangkutan dikonversi ke dalam keputusan lain. (f) hakim sipil (biasa) menganggap ketetapan yang bersangkutan tidak mengikat.

Cacat yuridis tindakan pemerintahan dapat diklasifikasikan dalam tiga macam, yaitu²⁸ pertama cacat wewenang, keabsahan wewenang merupakan syarat yang harus dipenuhi dalam tindak pemerintahan, artinya tindak pemerintahan harus didasarkan pada norma wewenang yang diterimanya, baik yang diperoleh secara atribusi, delegasi, maupun mandat. Kedua cacat prosedur, asas umum prosedur ini bertumpu atas tiga landasan utama hukum administrasi yakni asas negara hukum, asas demokrasi dan asas instrumental.²⁹ Ketiga cacat substansi, kekuasaan pemerintahan yang berisi wewenang pengaturan dan pengendalian kehidupan masyarakat dibatasi secara substansial. Tindak pemerintahan dijalankan berdasarkan norma wewenang pemerintah baik yang diperoleh secara atribusi, delegasi dan mandat. Peraturan perundang-undangan adalah merupakan norma dasar dalam menjalankan wewenang pemerintahan. Norma dasar wewenang ini disebut *legaliteit* (legalitas), artinya sahnya suatu tindakan pemerintahan apabila didasarkan pada suatu peraturan perundang-undangan yang memberikan wewenang untuk bertindak. *Legaliteit beginsel* (asas legalitas) ini menjadi salah

²⁶ J.H. Kriveld. *Op.Cit.*[114].

²⁷ *ibid.*[115].

²⁸ Philipus M.Hadjon, *[et.,al.].Op.Cit.*[2].

²⁹ *ibid.*[3].

satu unsur yang harus dijunjung tinggi dalam negara hukum. Adapun asas-asas umum pemerintahan yang baik adalah meliputi: (a) asas kepastian hukum. (b) asas tertib penyelenggaraan Negara. (c) asas kepentingan umum. (d) asas keterbukaan. (e) asas proporsionalitas, (f) asas profesionalitas. (g) asas akuntabilitas.

Istilah *maladministration* (*maladministrasi*) dalam Black Law Dictionary diartikan “*poor management or regulation*”, dan dalam Kamus Ilmiah Populer mengandung arti “administrasi yang buruk”. Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiyati memberi arti yang lebih tegas “*The concept of maladministration is related to administrative behaviour. Maladministration as derived from Latin mal-malum meaning bad or evil and administration – administrare meaning service. In thus sense, maladministration stands for bad service*”, dan oleh Senaryati Hartono “maladministrasi” diartikan secara umum sebagai perilaku yang tidak wajar (termasuk penundaan pemberian pelayanan), kurang sopan dan tidak peduli terhadap masalah yang menimpa seseorang disebabkan oleh perbuatan penyalahgunaan kekuasaan, termasuk penggunaan kekuasaan secara semena-mena atau kekuasaan yang digunakan untuk perbuatan yang tidak wajar, tidak adil, intimidatif atau diskriminatif, dan tidak patut didasarkan seluruhnya

atau sebagian atas ketentuan undang-undang atau fakta tidak masuk akal, atau berdasarkan tindakan *unreasonable, unjust, oppressive* dan diskriminatif.³⁰ Pengertian “maladministrasi” adalah suatu tindakan atau perilaku administrasi oleh penyelenggara administrasi negara (pejabat pemerintahan) dalam proses pemberian pelayanan umum yang menyimpang dan bertentangan dengan kaidah atau norma hukum yang berlaku atau melakukan *detournement de pouvoir* (penyalahgunaan wewenang) yang atas tindakan tersebut menimbulkan kerugian dan ketidakadilan bagi masyarakat, dengan kata lain melakukan kesalahan dalam penyelenggaraan administrasi.

Menurut “Klasifikasi Crossman” sebagaimana dikutip Anton Sujata, tindakan-tindakan maladministrasi antara lain mencakup: berprasangka, kelalaian, kurang peduli, keterlambatan, bukan wewenangnya, tindakan tidak layak, jahat,

³⁰ Soenaryati Hartono, ‘Panduan Investigasi Untuk Ombudsman Indonesia’ (2003).[6].

kejam, semena-mena.³¹ Berdasarkan laporan Public Commissioner for Administration (PCA) pada tahun 1993, tindakan-tindakan maladministrasi yang lain, seperti: sikap kasar, keengganan memperlakukan pengadu sebagai insan yang memiliki hak, menolak memberi jawaban atas pertanyaan yang beralasan, melalaikan keharusan memberitahu pengadu akan hak-haknya, dengan sengaja memberi nasihat yang menyesatkan atau tidak lengkap, mengabaikan nasehat yang sah atau pertimbangan yang membatalkan yang dapat menimbulkan perasaan tidak enak pada pihak yang memberikan nasihat atau pertimbangan tadi, menawarkan tidak ada pemulihan atau pemulihan yang tidak proporsional, menunjukkan sikap prasangka atas alasan warna kulit, seks, atau alasan lain, cacat prosedur, kegagalan manajemen dalam memantau kepatuhan melalui prosedur yang memadai, sikap berpihak. Komisi Ombudsman Nasional juga memberi indikator bentuk-bentuk *maladministration*, antara lain: melakukan tindakan yang *inappropriate* (janggal), *deviate* (menyimpang), *arbitrary* (sewenang-wenang), *irregular/illegitimate* (melanggar ketentuan), *abuse of power* (penyalahgunaan wewenang) atau *undue delay* (keterlambatan yang tidak perlu) dan pelanggaran *equity* (kepatutan).³² Disamping itu Anton Sujata beserta timnya memaparkan beberapa jenis maladministrasi dalam bukunya Ombudsman Indonesia (masa lalu, sekarang, dan masa mendatang), sebagaimana dikutip oleh Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati,³³ antara lain *conspiracy* (pemalsuan/persekongkolan/forgery), *intervention* (intervensi), *undue delay* (penanganan berlarut/tidak menangani), *incompetence* (inkompetensi), *abuse of power* (penyalahgunaan wewenang/ berlebihan), *impartiality* (nyata-nyata berpihak), menerima *bribe/bletly and ownering* (imbalan, uang, hadiah, fasilitas/praktek KKN/), *misleading practices* (bertindak tidak layak), *unfulfil obligation* (melalaikan kewajiban), *others* (lain-lain).

Lebih luas lagi Sunaryati Hartono merumuskan 20 substansi permasalahan yang menjadi kompetensi ombudsman, meliputi: penundaan berlarut, tidak

³¹ Anton Sujata, 'Cabinet Office, "The Ombudsman in Your Files" Rev 1997 Ombudsman Indonesia Masa Lalu, Sekarang Dan Masa Mendatang' (2002).[20].

³² *ibid.*[35-36].

³³ Philipus M.Hadjon,[*et.,al.*].*Op.Cit.*[2].

menangani, persekongkolan, pemalsuan, diluar kompetensi, tidak kompeten (tidak mampu atau tidak cakap), penyalahgunaan wewenang, bertindak sewenang-wenang, permintaan imbalan uang/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).³⁴

Konsep *Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur* atau Asas Umum Pemerintahan Yang Baik sebagai Penopang Diskresi Pemerintah.

Konteks *general principle of good governance*, G.H Addink³⁵ menjelaskan bahwa dalam hukum administrasi memang diperdebatkan apakah penggunaan *term* (kata) *governance* sama dengan *administration*.³⁶ Dari sudut pandang administrasi, konsep *good governance* berkaitan dengan aktivitas pelaksanaan fungsi untuk menyelenggarakan kepentingan umum. Tata pemerintahan yang baik atau *good governance* berkenaan dengan penyelenggaraan tiga tugas dasar pemerintah yaitum pertama, *to guarantee the security off all person and society itself* (penjamin keamanan setiap orang dan masyarakat). Kedua, *to manage an effective frame work for the public sector; the private sector; and civil society* (mengelola suatu struktur yang efektif untuk sektor publik, sector swasta, dan masyarakat). Dan ketiga, *to promote economic, social and other aims in accordance with the wishes of the population* (memajukan sasaran ekonomi, sosial dan bidang lainnya dengan kehendak rakyat).

Tata pemerintahan yang baik atau *good governance* berhubungan sangat erat dengan hak-hak asasi. Dalam hukum administrasi, negara-negara anggota Uni Eropa telah menyelenggarakan berbagai kegiatan ilmiah membahas prinsip-prinsip *Good Governance* dikaitkan dengan hukum administrasi Eropa. Telaah hukum

³⁴ *ibid.*[3-4].

³⁵ G.H. Addink, Reader, *Principles of Good Governance* (Faculty of Law, Economic, and Governance, University of Utrecht 2010).[13].

³⁶ *ibid.*

administrasi berkenaan dengan fungsi dan pendekatan dalam hukum administrasi, jelaslah menunjukkan bahwa penggunaan kekuasaan memerintah dan berkenaan dengan perilaku aparat dalam melaksanakan pelayanan kepada masyarakat. Penggunaan kekuasaan memerintah bertumpu atas *rechtmatigheid* (asas legalitas). Pengujian segi legalitas atau segi *rechtmatigheid* terutama merupakan fungsi *judicial control* (bandingkan dengan ketentuan Pasal 53 ayat (2) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 jis Undang-undang Nomor 9 Tahun 2004 dan Undang-undang Nomor 51 Tahun 2009).³⁷ Karakteristik tata pemerintahan yang baik atau *good governance* apabila dapat diterapkan dalam penegakan hukum tentang korupsi melalui *system* peradilan korupsi, maka tujuan reformasi hukum dan keadilan di Indoensia niscaya akan terwujud secara *simultan*. Namun demikian, semua itu sangat tergantung pada sumber daya manusia yang menjadi penegak hukum. Terkait dengan persoalan demikian, terdapat pandangan bahwa dalam melaksanakan tugas dan kewenangannya, aparatur negara (penegak hukum) harus mengindahkan dan dibatasi asas-asas diantaranya, pertama asas *rechtmatigheid* (yuridikitas), kedua asas *wetmatigheid* (legalitas), ketiga asas *ermessen* (diskresi), baik yang bersifat bebas maupun yang terikat, dan yang terakhir *the general principle of good administration* (asas-asas umum pemerintahan yang baik), yang terdiri dari 12 asas, yakni: *principle of certainty* (asas kepastian hukum), *principle of proportionality* (asas keseimbangan), *principle of equality* (asas kesamaan), *principle of carefulness* (asas bertindak cermat), *principle of motivation* (asas motivasi setiap keputusan), asas *principle of non misuses of competency* (tidak mencampuradukan kewenangan), *principle of affair play* (asas percaturan yang layak), asas *principle of reasonableness of prohibition of arbitrariness* (keadilan atau kewajaran), asas *principle of undoing the consequences raised expectation* (meniadakan akibat-akibat suatu keputusan yang batal), asas *principle of protecting the personal way of life* (perlindungan atas pandangan hidup/cara hidup pribadi), asas *principle of sapientation/policy* (kebijaksanaan), asas *principle of public service*

³⁷ Philipus M.Hadjon,[*et.,al.*].*Op.Cit.*[10].

(penyelenggaraan kepentingan umum), lihat Hadjon 1993 dan Atmosudarso 1994)³⁸

Terdapat pula sumber penjelasan lain bahwa asas umum pemerintahan yang baik mulai dikenal di Indonesia sejak awal 1953 melalui tulisan G.A van Poelje³⁹, walaupun pada waktu itu belum mendapat perhatian dari kalangan pemikir hukum administrasi Negara. Kuntjoro Purbopranoto menambahkan dua asas; asas *sapienta* (kebijaksanaan); dan asas *principle of public service* (penyelenggaraan kepentingan umum). “Khusus untuk penyelenggaraan tata pemerintahan di Indonesia asas-asas tersebut harus disesuaikan dengan pokok-pokok Pancasila dan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945”. Walaupun asas-asas tersebut bukan berasal dari peradilan administrasi (baru berlaku pada tahun 1976), tetapi mulai memperoleh perhatian dari kalangan hukum administrasi Negara.⁴⁰

Seiring perkembangan asas-asas umum pemerintahan yang baik, G.H Addink menambahkan asas-asas yang menyentuh pada hak asasi manusia. Harus disadari bahwa kedua makna tersebut asas-asas umum pemerintahan yang baik dan hak asasi manusia saling berkaitan erat dan saling berinteraksi dengan prinsip lain seperti halnya transparansi dan partisipasi dan lain sebagainya. Sebagaimana penjelasan Addink;

*“Both groups of norms for the government (human rights norms and good governance norms) can only be realized by each other: human rights needs good governance and good governance needs human rights. So it means that there is an interaction between these two types of norms and even several of these norms are the same. For example, the transparency and the participation principles, which are principles of good governance, can be found in several international human rights treaties”.*⁴¹

Dengan demikian bahwa salah satu yang melandaskan adanya suatu penopang atau pondasi suatu hakikat diskresi dalam hal ini yakni izin oleh pemerintah khususnya dibidang pertambangan adalah adanya tata kelola pemerintahan yang baik atau *good governance* sehingga tercipta suatu harmonisasi sebagai penyelenggara negara.

³⁸ Sidik Sunaryo, *Sistem Peradilan Pidana* (UMM Press 2004).[455].

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ Safri Nugraha, [et., al.], *Hukum Administrasi Negara, Center For Law And GG (GG) Studies CLGS* (Fakultas Hukum Universitas Indonesia 2007).[67-68]

⁴¹ G.H. Addink, *Human Rights & Good Governance, SIM Special 34*, (Antoine Buyse & Cees Flinterman Edited by Henk Addink, Gordon Anthony ed, Utrecht University 2010).[33].

Kesimpulan

Berdasarkan uraian singkat diatas, dapat disimpulkan bahwa hakikat diskresi pemerintah sebagai penyelenggara negara adalah semata-mata mencari dan menemukan suatu kesejahteraan seluruh rakyat bangsa Indonesia dan meningkatkan roda perekonomian negara sebagai penopang terwujudnya masyarakat adil makmur dan damai sejahtera sebagaimana tertuang dalam peraturan perundang-undangan dan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Daftar Bacaan

Buku

Anton Sujata, 'Cabinet Office, "The Ombudsman in Your Files" Rev 1997 Ombudsman Indonesia Masa Lalu, Sekarang Dan Masa Mendatang' (2002).

Bagir Manan, 'Peraturan Kebijaksanaan' (1994).

Bega Ragawino, *Hukum Administrasi Negara* (Universitas Padjadjaran 2006).

G.H. Addink, *Human Rights & Good Governance, SIM Special 34*, (Antoine Buyse & Cees Flinterman Edited by Henk Addink, Gordon Anthony ed, Utrecht University 2010).

—, *Reader, Principles of Good Governance* (Faculty of Law, Economic, and Governance, University of Utrecht 2010).

Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara* (Buku I, Pustaka Sinar Harapan 2004).

J.H. Kriveld, *Beleidsregel in Het Recht*, (Kluwer Law International 1983).

J.J.H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum, Alih Bahasa Arief Sidharta* (Citra Aditya Bakti 1999).

Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara* (Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia).

Jimly asshidiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum* (Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia 2006).

Martin Basiang, *The Contemporary Law Dictionary* (Edisi 1, Red and White Publishing 2009).

Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum* (Prenada Media 2009).

Petrus A. Gultom, 'Penyalahgunaan Wewenang Oleh Pemerintah Daerah Yang Berimplikasi Tindak Pidana Di Bidang Pertambangan' (Universitas Airlangga Surabaya).

Philipus M.Hadjon,[*et.,al.*], *Hukum Administrasi Dan Good Governance* (Universitas Trisakti 2010).

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

S. Wojowasito, *Kamus Umum Belanda Indonesia* (Ichtiar Baru van Hoeve 2000).

Safri Nugraha,[*et.,al.*], *Hukum Administrasi Negara, Center For Law And GG (GG Studies CLGS)* (Fakultas Hukum Universitas Indonesia 2007).

Sidik Sunaryo, *Sistem Peradilan Pidana* (UMM Press 2004).

Soenaryati Hartono, 'Panduan Investigasi Untuk Ombudsman Indonesia' (2003).

Tatiek Sri Djatmiati, 'Prinsip Izin Usaha Industri Di Indonesia, Disertasi' (Universitas Airlangga Surabaya 2004).

Laman

Lon L. Fuller, 'The Morality Of Law (Eight Ways To Fail To Make Law)' (Yale University Press, 1964) <www.yalepress.yale.edu/book> accessed 20 September 2014.

Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 Tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana diubah dalam Undang-undang Nomor 9 Tahun 2004 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 35, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4380).

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997 Tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1977 Nomor 68, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3699).

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2004 Tentang Penetapan Peraturan Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 86, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4412).

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintah Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 125, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4437).

Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2007 Tentang Penataan Ruang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 68, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4725).

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 Tentang Perubahan Kedua atas Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4844).

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4959) Perubahan Atas Undang-undang Nomor 11 Tahun 1967 Tentang Ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran Negara Tahun 1967 Nomor 22, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2831).

Undang-undang Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5038).

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 38 Tahun 2007 Tentang Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 82).

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 75 Tahun 2001 Tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1969 Tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 11 Tahun 1967 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 141, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia 4154).