

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Sesudah Reformasi, kekuasaan tidak lagi terpusat di tangan eksekutif, namun dipencar dan dibagi agar tidak terjadi lagi pemusatan kekuasaan yang rentan pada penyalahgunaan kekuasaan. Secara konstitusional Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah negara hukum (Rechtsstaat, atau negara berdasarkan Rule of Law).¹ Ketentuan tersebut secara jelas dinyatakan oleh Pasal 1 Ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 Perubahan Ketiga yang menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Prof. Jimly Asshiddiqie mengutip pendapat Julius Stahl bahwa ada empat unsur negara hukum adalah :²

- a. Pengakuan Hak Asasi Manusia (grondrechten).
- b. Pembatasan kekuasaan (scheiding van machten).
- c. Pemerintahan berdasarkan Undang-Undang (wetmatigheid van bestuur (administratie)).
- d. Pengadilan administrasi negara (administratieve rechtspraak).

Prof. Oemar Seno Adji menterjemahkan unsur keempat dari negara hukum menurut pendapat Julius Stahl administrative rechtspraak adalah peradilan tata usaha dalam perselisihan.³

¹ Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Penerbit Erlangga, Jakarta, 1980, hlm. 11.

² Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, (Jakarta, PT. Bhuanallmu Populer, Kelompok Gramedia, 2007), hlm. 301.

³ Oemar Seno Adji, *Op Cit*, hlm. 16

Sedangkan lembaga Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia pertamakali diperkenalkan oleh Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Pokok Kekuasaan Kehakiman (UU Nomor 14 Tahun 1970) dalam Pasal 10 yang menyatakan bahwa Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan :

- a. Peradilan Umum;
- b. Peradilan Agama;
- c. Peradilan Militer; dan
- d. Peradilan Tata Usaha Negara.

Namun Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tersebut belum mengatur secara terperinci mengenai ruang lingkup tugas dan kewenangan Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) sebagai suatu badan peradilan. Selain itu Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 juga belum mengatur mengenai hukum acaranya. Pada saat itu Nomor 14 Tahun 1970 baru memperkenalkan Peradilan Tata Usaha Negara sebagai suatu gagasan menyelesaikan sengketa yang timbul di bidang tata usaha negara antara warga masyarakat dengan pejabat tata usaha negara.⁴

Politik hukum (pertimbangan dari pembuat Undang-Undang) dari dibentuknya lembaga Peradilan Tata Usaha Negara adalah untuk melakukan kontrol yuridis dari tindakan administrasi yang dikeluarkan oleh pemerintah. Kemudian baru enam belas tahun kemudian pembuat Undang-Undang mengesahkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata

⁴ Lintang O. Siahaan, *Prospek PTUN sebagai Pranata Penyelesaian Sengketa Administrasi di Indonesia, Studi Tentang Keberadaan PTUN Selama Satu Dasawarsa 1991- 1981*, (Jakarta: Perum Percetakan Negara RI, 2005), hlm. 27.

Usaha Negara yang mengatur secara terperinci mengenai pengertian dan pembatasan ruang lingkup Peradilan Tata Usaha Negara (termasuk di dalamnya struktur, tugas dan kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara) serta hukum acara Peradilan Tata Usaha Negara. Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara tersebut merupakan pelaksanaan lebih lanjut dari Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 mengenai Pokok Kekuasaan Kehakiman.

Peran Dewan Perwakilan Rakyat dan Lembaga Peradilan diperkuat. Undang-Undang Peradilan TUN diubah, pertama dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 dan kedua dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan TUN. Undang-Undang lain yang berkaitan erat dengan Peradilan TUN pasca Reformasi adalah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dan selanjutnya dalam tulisan ini akan disebut sebagai UUAP, yang merupakan hukum materiil Peradilan TUN.⁵

Maksud diundangkannya UUAP adalah sebagaimana telah dinyatakan dalam Pasal 2 UUAP sebagai berikut:

“Undang-Undang tentang Administrasi Pemerintahan dimaksudkan sebagai salah satu dasar hukum bagi Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan, Warga Masyarakat, dan pihak-pihak lain yang terkait dengan Administrasi

⁵ Alinea 5 Penjelasan Umum UUAP. Meski demikian, ternyata UUAP bukan hanya berisi hukum materiil bagi Peradilan TUN, namun juga berisi hukum formil (hukum acara) bagi Peradilan TUN, seperti hukum acara tentang pengujian penyalahgunaan wewenang atau tentang pemeriksaan Keputusan/Tindakan Fiktif Positif.

Pemerintahan dalam upaya meningkatkan kualitas penyelenggaraan pemerintahan.”

Sedangkan tujuan diundangkannya UUAP adalah sebagaimana ketentuan Pasal 3 UUAP sebagai berikut:

“Tujuan Undang-Undang tentang Administrasi Pemerintahan adalah:

- a. menciptakan tertib penyelenggaraan Administrasi Pemerintahan;
- b. menciptakan kepastian hukum;
- c. mencegah terjadinya penyalahgunaan Wewenang;
- d. menjamin akuntabilitas Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan;
- e. memberikan perlindungan hukum kepada Warga Masyarakat dan aparatur pemerintahan;
- f. melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan dan menerapkan AUPB; dan
- g. memberikan pelayanan yang sebaik-baiknya kepada Warga Masyarakat.”

Pasal 47 UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara menyebutkan bahwa pengadilan bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara . Pembahasan mengenai kewenangan yang dimiliki berkaitan erat dengan obyek sengketa yang harus diperiksa, diputus dan diselesaikan . Obyek sengketa yang diperiksa adalah, penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang

bersifat konkrit, individual, final dan menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata

Sengketa tata usaha negara dapat dikelompokkan menjadi 2 (dua), pertama sengketa intern menurut Wicipto Setiadi, menyangkut persoalan kewenangan pejabat Tata Usaha Negara dalam satu instansi atau kewenangan antar departemen / instansi lainnya, yang disebabkan tumpang tindihnya kewenangan, sehingga menimbulkan kekaburan kewenangan. Kedua, sengketa ekstern menurut Sjachran Basah dalam Victor Yaved Neno adalah sengketa antara administrasi negara dan rakyat adalah perkara administrasi yang menimbulkan sengketa antara administrasi negara dengan rakyat dengan unsur yang bersumber dari unsur peradilan administrasi murni.⁶

Merujuk pada isi Pasal 47 dan Pasal 1 huruf c UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, secara jelas telah ditegaskan bahwa kewenangan yang dimiliki adalah untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa di bidang tata usaha negara.

Di dalam Pasal 21 ayat (1) UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan menyebutkan bahwa Pengadilan berwenang menerima, memeriksa, dan memutuskan ada atau tidak unsur penyalahgunaan wewenang oleh Pejabat Pemerintahan. Badan atau Pejabat Pemerintahan dapat mengajukan permohonan kepada Pengadilan untuk menilai ada atau tidak ada unsur penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan.

⁶ Victor Yaved Neno, 2006, *Implikasi Pembatasan Kompetensi Absolut Peradilan Tata Usaha Negara*, Bandung, Citra Aditya Bakti,

Hal ini berbeda dengan isi Pasal 47 UU No. 5 Tahun 1986, sebagaimana dikemukakan sebelumnya, dalam Pasal 21 ayat (1) UU No. 30 Tahun 2014 disebutkan PTUN menerima, memeriksa dan memutus ada atau tidaknya unsur penyalahgunaan wewenang, yang secara jelas hal tersebut bukan sengketa tata usaha negara.⁷

Pasal 1 angka 4 UU No. 5 Tahun 1986 yang berbunyi:

“Sengketa Tata Usaha Negara adalah sengketa yang timbul dalam bidang Tata Usaha Negara antara orang atau badan hukum perdata dengan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya Keputusan Tata Usaha Negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku”

Dalam sengketa TUN terdapat kelemahan dimana putusan Pengadilan TUN tidak ada upaya paksa yang dapat memaksa Badan atau Pejabat TUN yang mengeluarkan Keputusan TUN yang dibatalkan atau dinyatakan tidak sah melaksanakan isi putusan. Gugatan ke PTUN berisi tuntutan agar KTUN dinyatakan batal atau tidak sah, sehingga putusan (hakim PTUN) segera menghentikan adanya kerusakan lingkungan yang diakibatkan dari dikeluarkannya keputusan TUN tentang izin lingkungan yang tidak cermat. Dengan adanya gugatan ke PTUN maka timbullah dengan apa yang namanya sengketa Tata Usaha Negara (TUN), yaitu sengketa yang timbul di bidang Tata Usaha Negara antara orang atau badan hukum perdata dengan Badan

⁷ Paulus Effendi Lotulung, 2013, *Lintasan Sejarah dan Gerak Dinamika Peradilan Tata Usaha Negara (PERATUN)*, Jakarta, Salemba Humanika, hlm. 24.

Hukum atau Pejabat Tata Usaha Negara, akibat dikeluarkannya suatu Keputusan Tata Usaha Negara.

Subjek dalam sengketa TUN sudah jelas dimana sebagai pihak penggugat adalah orang atau badan hukum perdata yang merasa dirugikan atas dikeluarkannya Keputusan TUN. Sedangkan pihak tergugat adalah Badan atau Pejabat TUN yang mengeluarkan Keputusan TUN. Dan objek gugatannya adalah Keputusan TUN, biasanya berupa keputusan tentang perijinan. Tuntutan pokok dalam sengketa TUN adalah tuntutan agar Keputusan TUN yang dikeluarkan itu dinyatakan batal atau tidak sah.

Perbedaan Prinsip didalam Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara dan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan adalah aturan mengenai keputusan fiktif negatif dan keputusan fiktif positif. Pasal 3 Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara mengatur mengenai keputusan fiktif negatif yaitu jika suatu Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tidak mengeluarkan keputusan yang dimohon sedangkan jangka waktu telah lewat, maka badan atau pejabat tata usaha negara dianggap telah menolak mengeluarkan keputusan yang dimaksud.⁸

Perubahan paradigma administrasi dalam UUAP 2014 yang penting digarisbawahi adalah berlakunya doktrin 'Fiktif Positif'. Fiktif, atau sikap diam Badan atau Pejabat TUN tersebut, merujuk pada Keputusan TUN yang tidak berwujud. Ini dapat dianggap sebagai suatu bentuk penolakan, atau pengabulan suatu permohonan. Jika Keputusan TUN yang tidak berwujud itu

⁸ Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1989), hal. 3-4.

dianggap berisi penolakan terhadap permohonan yang diajukan, maka disebut sebagai ‘Fiktif Negatif’, sedangkan jika Keputusan TUN dianggap mengabulkan permohonan yang telah diajukan, maka disebut sebagai ‘Fiktif Positif’. Ketentuan mengenai Keputusan Fiktif Negatif diatur dalam ketentuan Pasal 3 UU Peratun, sedangkan ketentuan mengenai Keputusan Fiktif Positif terdapat dalam Pasal 53 UUAP.⁹

Kehadiran UUAP membawa ledakan besar (*big bang*) dalam konfigurasi hukum acara Peratun. Ledakan tersebut disebabkan penormaannya fiksi hukum ‘diam berarti setuju’ (fiktif positif). Sebelumnya, UU Peratun sendiri menganut fiksi hukum yang sebaliknya, yakni ‘diam berarti menolak’ (fiktif negatif). Dalam konteks UU Peratun, apabila administrasi pemerintahan tidak melaksanakan atau menanggapi apa yang sudah menjadi kewajibannya ketika warga mengajukan permohonan pelayanan publik kepadanya, secara hukum, tidak dilaksanakannya atau ditanggapinya permohonan tersebut dianggap sebagai suatu penolakan.

Tidak dilaksanakannya kewajiban tersebut apakah karena disengaja atau tidak disengaja dipahami sebagai suatu sikap diam yang secara implisit artinya sama dengan menolak mengeluarkan keputusan. Sikap diam administrasi tersebut disamakan dengan keputusan tertulis yang berisi penolakan meskipun wujudnya secara fisik tidak tertulis. Keputusan demikian disebut keputusan negatif.¹⁰ Istilah ‘fiktif’ artinya tidak mengeluarkan

⁹ Herlambang dkk, *Asas-asas Umum Pemerintahan Yang baik dalam Perkara Tata Usaha Negara*, Penelitian Sosio-Legal, 2017, hal. 8

¹⁰ Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara*, Buku I (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2005), hlm 65

keputusan tertulis, tetapi dianggap telah mengeluarkan keputusan tertulis, sedangkan ‘negatif’ berarti karena isi keputusan itu dipersamakan dengan ‘penolakan’ terhadap suatu permohonan. Sedangkan UUAP¹¹ secara fiksi hukum menganggap sikap diam administrasi sebagai suatu ‘persetujuan,’ sehingga bertolak belakang dengan prinsip atau fiksi hukum yang diadopsi sebelumnya oleh UU Peratun.

Terminologi ‘fiktif negatif’, sebagaimana istilah ‘fiktif positif’, tidaklah disebutkan secara eksplisit dalam masing-masing undang-undangnya. Kedua istilah ini, atau persisnya neologisme, merupakan fiksi hukum yang digunakan untuk mempermudah konstruksi hukum dalam Pasal 3 UU Peratun ataupun Pasal 53 UUAP. Dari uraian ini dapat dilihat perbedaan mendasar kedua ajaran fiksi hukum yang dianut dalam UU Peratun adalah ‘diam berarti menolak’ (disebut sebagai keputusan fiktif negatif), namun fiksi hukum yang dianut dalam UUAP adalah ‘diam berarti menolak’ (disebut sebagai keputusan/tindakan fiktif positif).

Tentang Peradilan Tata Usaha Negara mengatur konsep keputusan fiktif negatif. Sebuah keputusan disebut fiktif karena sikap diamnya badan atau pejabat tata usaha negara dalam bentuk tidak mengeluarkan keputusan yang dimohon, sedangkan hal itu menjadi kewajibannya, maka hal itu disamakan dengan keputusan tata usaha negara. Pasal 53 ayat (2), (3), dan (4) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan mengatur apabila badan atau pejabat tata usaha negara tidak menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan dalam waktu 10 (sepuluh)

¹¹ Enrico Simanjuntak, *Hukum Acara Peradilan Tta Usaha Negara Transformasi dan Refleksi*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2018), hlm144

hari kerja setelah permohonan diterima secara lengkap, maka permohonan tersebut dianggap dikabulkan secara hukum. Pihak pemohon selanjutnya mengajukan permohonan ke Peradilan Tata Usaha Negara untuk memperoleh putusan penerimaan permohonannya. Permohonan tersebut dalam praktek di Pengadilan Tata Usaha Negara dikenal dengan istilah permohonan Fiktif Positif. Dengan demikian timbul dualisme pengaturan mengenai sikap diam Pejabat Tata Usaha Negara terhadap permohonan masyarakat yang menimbulkan tidak adanya kepastian hukum bagi masyarakat yang bermohon.

Pasal 3 ayat 1 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 yang berbunyi:

“Apabila Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tidak mengeluarkan keputusan, sedangkan hal itu menjadi kewajibannya, maka hal tersebut disamakan dengan Keputusan Tata Usaha Negara”.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 sebagai hukum materiil tidak mengatur secara detail mengenai hukum acara permohonan fiktif positif, oleh karenanya Mahkamah Agung menerbitkan Perma Nomor 5 tahun 2015 tentang Pedoman beracara untuk memperoleh putusan atas penerimaan permohonan guna mendapat keputusan dan/atau tindakan badan atau pejabat pemerintahan. Selain itu, kedudukan gugatan fiktif negatif masih berlaku selama aturan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara belum dicabut.

Pengaturan fiktif positif berkonsekuensi pada objek sengketa di Pengadilan Tata Usaha Negara bahwa tidak adanya Keputusan Tata Usaha Negara tetapi dianggap ada Keputusan Tata Usaha Negara yang menyatakan

fiktif positif, persoalannya, bagaimana orang atau badan hukum perdata yang permohonannya dianggap dikabulkan oleh hukum?

Berdasarkan uraian di atas, penulis tertarik untuk melakukan penelitian lebih lanjut mengenai hal tersebut, yang hasilnya dituangkan dalam bentuk tesis dengan judul **“Pengaturan Keputusan Yang Bersifat Fiktif Positif Dalam UU No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan Dan Konsekuensi Hukumnya Sebagai Objek Sengketa Tata Usaha Negara”**.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang diatas, maka rumusan masalah yang akan dibahas dalam penelitian ini sebagai berikut:

1. Mengapa dalam UU No. 30 tahun 2014 tentang administrasi pemerintahan diatur tentang keputusan fiktif positif?
2. Bagaimana konsekuensi hukum dari keputusan fiktif positif sebagai objek sengketa TUN?
3. Permasalahan apa yang timbul dari pengaturan fiktif positif dan solusi kebijakan apa yang perlu diambil untuk mengatasi permasalahan tersebut?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan masalah di atas, maka tujuan penelitian yang hendak dicapai adalah:

1. Untuk mendeskripsikan, menganalisis dan mengkaji latar belakang dan alasan yang mendasari diaturnya UU No. 30 tahun 2014 tentang administrasi pemerintahan diatur tentang keputusan fiktif positif
2. Untuk mendeskripsikan, menganalisis dan mengkaji latar belakang dan alasan yang mendasari konsekuensi hukum dari keputusan fiktif positif sebagai objek sengketa TUN
3. Untuk mengetahui permasalahan apa yang timbul dari pengaturan fiktif positif dan mencari solusi kebijakan yang perlu diambil untuk mengatasi permasalahan tersebut

D. Kerangka Konseptual

1. Pengertian Fiktif Positif

Terminologi atau istilah fiktif positif yang kini mulai dikenal dalam literatur hukum Indonesia dapat dikatakan sejajar dengan makna istilah *lex silencio positivo*, yang secara terminologis berasal dari kombinasi istilah bahasa latin (*Lex*) dan Spanyol (*Silencio Positivo*), atau dalam terminologi hukum berbahasa Inggris dari Eropa daratan umumnya disamakan dengan istilah *silent consent*, *fictious approval* atau *tacit authorization*, sedangkan dalam tradisi common law dapat diidentifikasi dengan konsep yang lebih umum, yakni *administration omission* dengan *administrative silence*. Sikap diam yang dimaknai sebagai suatu persetujuan tersebut identik dengan salah satu maksim hukum di zaman Romawi dahulu: *qui tacet consentire videtur (silence implies consent)*.

Pengertian istilah fiktif positif digunakan dan dikembangkan dari suatu konsep keadaan etika otoritas administrasi pemerintahan berdiam diri tidak melayani (*administrative inaction*) atau bersikap tidak responsif (*delaying services*) sebagaimana seharusnya atas suatu permohonan warga masyarakat (*citizen*) yang diajukan kepadanya.¹²

2. Objek Sengketa

Objek sengketa yang berupa Keputusan Tata Usaha Negara adalah perbuatan hukum pemerintah di bidang hukum publik. Perbuatan hukum ini harus berdasarkan hukum yang berlaku artinya sesuai dengan asas legalitas dalam hukum administrasi negara. Asas legalitas menurut Sjachran Basah, adalah upaya mewujudkan duet integral secara harmonis antara paham kedaulatan hukum dan paham kedaulatan rakyat berdasarkan prinsip monodualistis selaku pilar-pilar, yang sifat hakikatnya konstitutif.¹³ Asas legalitas dalam penyelenggaraan pemerintahan harus dipenuhi, karena sebagai negara hukum segala tindakan hukum pemerintah harus berdasarkan hukum yang berlaku dan Van Poelje dalam laporannya tahun 1972, menyebutkan "*publiek rechtelijke handeling*" atau tindakan dalam hukum publik adalah tindakan hukum yang dilakukan oleh penguasa dalam menjalankan fungsi pemerintahan. Pendapat lain dikemukakan Romeijn bahwa tindak pemerintah adalah tiap-tiap tindakan atau perbuatan dari satu alat administrasi negara (*bestuur organ*) yang mencakup juga

¹² Enrico Simanjuntak, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Transformasi dan Refleksi*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2018), hlm 145

¹³ Titik TriwulanT dan Ismu Gunadi Widodo, *Hukum Tata Usaha Negara dan Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia*, (Jakarta, Kencana, 2011) hlm. 310.

perbuatan atau hal-hal yang berada di luar lapangan hukum tata pemerintahan, seperti keamanan, peradilan dan lain-lain dengan maksud menimbulkan akibat hukum dalam bidang hukum administrasi.¹⁴

Perubahan peraturan yang mengatur mengenai hal yang sama tentunya akan menimbulkan akibat hukum yang berbeda, hal ini sesuai dengan sifat hukum modern yang bersifat konvergen. Penulis tertarik untuk mengkaji konsekuensi hukum yang timbul setelah UU- AP diundangkan, khususnya mengenai perubahan akibat hukum terhadap permohonan administrasi negara yang tidak ditindaklanjuti oleh Pejabat / Badan Tata Usaha Negara, yang dahulu menggunakan prinsip fiktif negatif menjadi fiktif positif. Tentu perubahan ini akan membawa konsekuensi, baik secara materil maupun secara formil dalam pelaksanaan penyelesaian sengketa administrasi negara. Perubahan ini apabila tidak diantisipasi dengan baik, dalam tataran pelaksanaan dapat menimbulkan kebingungan dan ketidakpastian hukum.

E. Kerangka Teori

1. Teori Kepastian Hukum

Menurut Hans Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen* dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang *deliberative*.

¹⁴ · SF.Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*. (Yogyakarta, Liberty, 1987) hlm. 70-71.

Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungan dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.¹⁵

Menurut Gustav Radbruch, hukum harus mengandung 3 (tiga) nilai identitas, yaitu sebagai berikut. 1. Asas kepastian hukum (*rechmatigheid*), Asas ini meninjau dari sudut yuridis. 2. Asas keadilan hukum (*gerechtigheid*), Asas ini meninjau dari sudut filosofis, dimana keadilan adalah kesamaan hak untuk semua orang di depan pengadilan. 3. Asas kemanfaatan hukum (*zwechmatigheid*) atau *doelmatigheid* atau utility. Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Kaum Positivisme lebih menekankan pada kepastian hukum, sedangkan Kaum Fungsionalis mengutamakan kemanfaatan hukum, dan sekiranya dapat dikemukakan bahwa “*summa ius, summa injuria, summa lex, summa crux*” yang artinya adalah hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya, dengan demikian kendatipun keadilan bukan merupakan tujuan hukum satu-satunya akan tetapi tujuan hukum yang substantive adalah keadilan.¹⁶

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama adanya aturan yang bersifat umum membuat individu

¹⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 58.

¹⁶ Dosminikus Rato, *Filosafat Hukum Mencari dan Memahami Hukum*, PT Presindo, Yogyakarta, 2010, hlm. 59.

mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu. Kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran Positivisme di dunia hukum yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom yang mandiri, karena bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain sekedar menjamin terwujudnya oleh hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.¹⁷

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi-tafsir) dan logis. Jelas dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan

¹⁷ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Citra Aditya, Bandung, 1999, hlm. 23.

secara factual mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk.¹⁸

2. Penyelenggaraan Pemerintahan

a. Pemerintah

Pemerintah (*government*) ditinjau dari pengertiannya berarti *the authoritative direction and administration of the affairs of men/women in a nation state, city, etc.* Pengertian pengarah dan administrasi yang berwenang atas kegiatan orang-orang dalam sebuah negara, bagian, kota dan sebagainya. Istilah pemerintah dapat juga diartikan sebagai *the governing body of a nation, state, city, etc.*, yaitu lembaga atau badan yang menyelenggarakan pemerintahan negara, negara bagian, atau kota dan sebagainya.¹⁹

Pengertian pemerintah dalam perspektif hukum administrasi negara sama dengan administrasi negara, yang dalam Bahasa Belanda mengartikan administrasi dalam istilah *administratief recht* dengan *administrare/besturen*. *Besturen* mengandung pengertian fungsional dan institusional /struktural. Fungsional *bestuur* berarti fungsi pemerintahan, sedangkan *institusional/struktural bestuur* berarti keseluruhan organ pemerintah. Lingkungan *bestuur* adalah lingkungan di luar lingkungan *regelgeving* atau pembentukan

¹⁸ Cst Kansil, Christine, S.T Kansil, Engelen R, Palandeng dan Godlieb N Mamahit, *Kamus Istilah Hukum*, Jakarta, 2009, Hlm. 385.

¹⁹ W. Riawan Tjandra, *Peradilan Tata Usaha Negara Mendorong Terwujudnya Pemerintah Yang Bersih dan Berwibawa*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2009), hlm 197

peraturan dan rechtsstaat atau peradilan. Hal itulah yang tampaknya menjadi argumentasi penyebutan subjek tergugat Peradilan Tata Usaha Negara dengan menggunakan istilah badan atau pejabat tata usaha negara, karena kedua istilah itu meskipun bisa dibedakan, namun tidak dapat dipisahkan dalam pelaksanaan fungsi pemerintah.²⁰

b. Fungsi pemerintah

Fungsi-fungsi yang harus dilaksanakan oleh pemerintah modern dewasa ini kian bertambah luas dan membutuhkan kompleksitas kapasitas professional-teknis yang semakin beragam. Fungsi-fungsi pemerintah tersebut adalah memimpin warga (*leader*) yang terdiri dari:

- 1) Mengemudikan pemerintahan (*governing*)
- 2) Memberi petunjuk (*instructing*)
- 3) Menghimpun potensi (*actuating*)
- 4) Menggerakkan potensi (*actuating*)
- 5) Memberikan arah (*directing*)
- 6) Mengkoordinasi kegiatan (*coordinating*)
- 7) Memberi kesempatan dan kemudahan (*facilitating*)
- 8) Memantau dan menilai (*evaluating and monitoring*)
- 9) Membina (*developing*)
- 10) Melindungi (*protecting*)

²⁰ Ibid, hlm 198-199

11) Mengawasi (*controlling*)

12) Menunjang dan mendukung (*supporting*)²¹

3. Keputusan

Keputusan dan penetapan adalah salinan dari kata *beschikking*. Instrumen ini telah lama menjadi sarana penting pemerintah, seiring dengan itu telah menjadi bahan pengkajian dan dianggap sebagai konsep esensial dalam ilmu hukum administrasi.

Istilah “ketetapan” paling banyak digunakan sebagai padanan dari *beschikking* dalam bahasa Belanda. Prancis menggunakan istilah *acte administratif* dan Jerman menyebutnya *verwaltungsakt*. Di Indonesia istilah *beschikking* lebih dikenal daripada *acte administratif* dan *verwaltungsakt*. Istilah *beschikking* diperkenalkan oleh van der Pot dan van Vollenhoven. Kemudian masuk ke Indonesia melalui Prins.²²

Keputusan tata usaha negara sering juga disebut dengan istilah keputusan administrasi negara. Keputusan tata usaha negara sebagai keputusan administratif merupakan satu pengertian yang sangat umum yang dalam praktik bentuknya dapat beraneka ragam. Dalam Bahasa Belanda, keputusan tata usaha negara ini biasa disebut *beschikking* yang berarti norma hukum yang bersifat individual dan konkret sebagai

²¹ Thalbah, *Menggugat Fungsi DPRD Dalam Mewujudkan Good Governance Dan Clean Government*, (Yogyakarta: Total Media, 2007), hlm 87

²² Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi*, (Bamdung: Alumni, 1986), hlm 45

keputusan pejabat tata usaha negara atau administrasi negara (*beschikkingsdaad van de administratie*).²³

Dalam Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, keputusan tata usaha negara didefinisikan sebagai suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata. Berdasarkan penegertian tersebut, dalam sebuah keputusan tata usaha negara terdapat beberapa elemen, meliputi:

- a. Merupakan penetapan tertulis;
- b. Ditetapkan oleh badan atau pejabat tata usaha Negara;
- c. Merupakan tindakan hukum tata usaha Negara;
- d. Bersifat konkret, individual, dan final;
- e. Menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.²⁴

Tujuan diadakannya suatu proses di pengadilan adalah untuk memperoleh putusan hakim.²⁵ Putusan hakim atau lazim disebut dengan putusan pengadilan merupakan sesuatu yang sangat diinginkan atau yang

²³ Titik Triwulan T., dan Ismu Gunadi Widodo, *Hukum Tata Usaha Negara dan Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2011), hlm. 314.

²⁴ Philipus M. Hadjon, *et.al.*, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Cetakan Kesembilan, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005), hlm. 138.

²⁵ M. Nur Rasaid, *Hukum Acara Perdata*, cet. III, (Jakarta: Sinar Grafika Offset, 2003), hlm.

dinanti-nantikan oleh pihak yang berperkara guna menyelesaikan sengketa diantara mereka dengan sebaik-baiknya. Sebab dengan putusan hakim tersebut pihak-pihak yang bersengketa mengharapkan adanya kepastian hukum dan keadilan dalam perkara yang mereka hadapi.²⁶

Menurut Sudikno Mertokusumo, putusan hakim merupakan suatu pernyataan yang oleh hakim, sebagai pejabat yang diberi wewenang itu, diucapkan di persidangan dan bertujuan mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara atau suatu sengketa antara para pihak.²⁷

Dipandang dari isinya, putusan dapat dikualifikasikan kepada putusan *declaratoir*, putusan *constitutief*, dan putusan *condemnatoir*. Putusan *declaratoir* berisi pernyataan terhadap keadaan hukum yang sudah ada dan tidak menimbulkan keadaan hukum baru. Putusan yang bersifat *constitutief* adalah putusan yang menimbulkan keadaan hukum baru atau meniadakan keadaan hukum lama, begitu putusan berkekuatan hukum tetap maka sudah terjadi keadaan hukum baru. Putusan *condemnatoir* adalah putusan yang berisi penghukuman atau kewajiban melaksanakan sesuatu.

Pada putusan Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) ada kalanya putusan yang bersifat *condemnatoir* dapat juga merupakan keputusan *constitutief*. Pernyataan batal atau tidak sah suatu keputusan bersifat *ex tunc* hanya bersifat *declaratoir*. Putusan yang bersifat *constitutief*

²⁶ Moh. Taufik Makarao, *Pokok-pokok Hukum Acara Perdata*, cet. I, (Jakarta: Rieneka Cipta, 2004), hlm.124

²⁷ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 2017, h. 158

misalnya putusan pembebanan pembayaran ganti rugi, pembebanan melaksanakan rehabilitasi dan penetapan penundaan pelaksanaan Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN), yang berakibat tertundanya keberlakuan suatu keputusan pemerintah untuk sementara. Putusan yang bersifat *constitutief* walaupun menimbulkan keadaan hukum baru atau meniadakan keadaan hukum lama namun tidak langsung dapat terlaksana dan memerlukan putusan penghukuman sebagai tindak lanjut agar materi putusan *constitutief* menjadi nyata. Oleh karena itu yang relevan untuk yang dilaksanakan adalah putusan yang bersifat *condemnatoir*.

Apabila dihubungkan dengan bentuk putusan yang diatur dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986, maka putusan yang bersifat *condemnatoir* mencakup:

- a. Kewajiban mencabut keputusan administrasi yang telah dinyatakan batal (Pasal 97 ayat (9) huruf a)
- b. Kewajiban mencabut keputusan administrasi dan menerbitkan keputusan pengganti (Pasal 97 ayat (9) huruf b)
- c. Kewajiban menerbitkan keputusan dalam hal obyek sengketa keputusan fiktif negatif (Pasal 97 ayat (9) huruf c)
- d. Kewajiban membayar ganti rugi (Pasal 97 ayat (10))
- e. Kewajiban melaksanakan rehabilitasi dan membayar kompensasi dalam sengketa kepegawaian (Pasal 97 ayat (11)).

4. Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum merupakan suatu hal yang melindungi subyek-subyek hukum melalui peraturan perundang-undangan yang berlaku dan dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi. Perlindungan hukum dapat dibedakan menjadi dua, yaitu:

a. Perlindungan Hukum Preventif

Perlindungan yang diberikan oleh pemerintah dengan tujuan untuk mencegah sebelum terjadinya pelanggaran. Hal ini terdapat dalam peraturan perundangundangan dengan maksud untuk mencegah suatu pelanggaran serta memberikan rambu-rambu atau batasan-batasan dalam melakukan suatu kewajiban.

b. Perlindungan Hukum Represif

Perlindungan hukum represif merupakan perlindungan akhir berupa sanksi seperti denda, penjara, dan hukuman tambahan yang diberikan apabila sudah terjadi sengketa atau telah dilakukan suatu pelanggaran.²⁸

Menurut Philipus M. Hadjon, bahwa sarana perlindungan Hukum ada dua macam, yaitu :

a. Sarana Perlindungan Hukum Preventif

Pada perlindungan hukum preventif ini, subyek hukum diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Tujuannya adalah mencegah terjadinya sengketa. Perlindungan hukum preventif

²⁸ Muchsin, *Perlindungan dan Kepastian Hukum Bagi Investor di Indonesia*, (Surakarta: Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Sebelas Maret, 2008), hlm 20

sangat besar artinya bagi tindak pemerintahan yang didasarkan pada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersifat hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi. Di Indonesia belum ada pengaturan khusus mengenai perlindungan hukum preventif.

b. Sarana Perlindungan Hukum Represif

Perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Penanganan perlindungan hukum oleh Pengadilan Umum dan Pengadilan Administrasi di Indonesia termasuk kategori perlindungan hukum ini. Prinsip perlindungan hukum terhadap tindakan pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia karena menurut sejarah dari barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah. Prinsip kedua yang mendasari perlindungan hukum terhadap tindak pemerintahan adalah prinsip negara hukum. Dikaitkan dengan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikaitkan dengan tujuan dari negara hukum.²⁹

²⁹ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Bagi Rakyat Indonesia*, (Surabaya: Bina Ilmu, 1987), hlm 30

F. Metode Penelitian

1. Metode Pendekatan

Penelitian hukum dalam naskah akademik ini merupakan penelitian yuridis normatif dengan menggunakan beberapa metode pendekatan. Metode pendekatan yang pertama adalah statute approach, pendekatan ini dilakukan dengan menelaah semua peraturan perundang-undangan dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani.³⁰ Pendekatan berikutnya yang dilakukan adalah conceptual approach dimana pendekatan ini beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum,³¹ dalam hal ini yang berkaitan dengan pembentukan peraturan perundang-undangan khususnya peraturan perundang-undangan dalam administrasi pemerintahan.

2. Jenis dan Bahan Hukum

Dalam penelitian hukum tidak dikenal adanya data, sebab dalam penelitian hukum khususnya yuridis normatif sumber penelitian hukum diperoleh dari kepustakaan bukan dari lapangan, untuk itu istilah yang dikenal adalah bahan hukum.³² dalam penelitian hukum normatif bahan pustaka merupakan bahan dasar yang dalam ilmu penelitian umumnya

³⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2009), hlm 93

³¹ Ibid, hlm 95

³² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005), hlm 41

disebut bahan hukum sekunder.³³ dalam bahan hukum sekunder terbagi bahan hukum primer dan sekunder.

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang mempunyai otoritas.³⁴ Bahan hukum primer dalam penelitian ini yaitu Peraturan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986, Undang-undang no. 51 tahun 2009, Naskah Akademik dan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014, Peraturan Mahkamah Agung Nomor 5 tahun 2015.

b. Bahan Hukum Sekunder

Data sekunder merupakan bahan hukum dalam penelitian yang diambil dari studi kepustakaan yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum non-hukum. Bahan hukum sekunder dalam penelitian ini diambil dari berbagai pustaka, pusat data dari lembaga dan instansi pemerintah terkait dengan objek penelitian dan situs internet.³⁵

c. Bahan Hukum Tersier

Merupakan bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus hukum, ensiklopedia, dan lain-lain.³⁶

³³ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2006). hlm 23

³⁴ Zainuddin, *Metode Penelitian Ilmu Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013,) hlm 47

³⁵ Mukti Fajar ND. Yulianto, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), hlm 280

³⁶ Jhonny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2008), hlm 296

3. Metode Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum dikumpulkan melalui prosedur inventarisasi dan identifikasi peraturan perundang-undangan, serta klasifikasi dan sistematisasi bahan hukum sesuai permasalahan penelitian. Oleh karena itu, teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah dengan studi kepustakaan. Studi kepustakaan dilakukan dengan cara membaca, menelaah, mencatat membuat ulasan bahan-bahan pustaka.³⁷

4. Metode Analisis Bahan Hukum

Metode analisis menggunakan analisa kualitatif yang bermaksud untuk memahami fenomena tentang apa yang dialami oleh subjek penelitian.³⁸ Dalam penelitian ini Penelitian ini termasuk penelitian kualitatif dengan menggunakan metode deskriptif analitis. Metode ini mencoba meneliti status sekelompok manusia, suatu obyek, suatu kondisi, suatu sistem pemikiran ataupun kelas peristiwa pada masa sekarang. Metode kualitatif adalah metode penelitian yang digunakan untuk meneliti pada kondisi obyek yang alamiah (lawan dari eksperimen), dimana peneliti adalah instrumen kunci. Analisis data bersifat induktif atau kualitatif. Dan hasil penelitian kualitatif lebih menekankan makna daripada generalisasi.³⁹

Jadi sasaran kerjanya adalah pola-pola yang berlalu dan menyolok berdasarkan atas perwujudan dan gejala-gejala yang ada dalam kehidupan

³⁷ Soejono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), hlm 251

³⁸ Lexy J. Moleong, M.A, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2013), hlm 6

³⁹ Sugiyono, *Memahami Penelitian Kualitatif*, (Bandung, Alfabeta, 2005), hlm. 1

manusia. Pendekatan kualitatif ini dipandang sebagai prosedur penelitian yang menghasilkan data deskriptif berupa kata-kata tertulis atau lisan dari orang-orang dan pelaku yang dapat diamati.⁴⁰

Pendekatan kualitatif dalam hal ini adalah menganalisis dan mengkaji tentang administrasi pemerintahan yang mengatur tentang fiktif positif dan mengetahui konsekuensi hukum dari keputusan tersebut. Penelitian ini menggunakan teknik analisis data dengan logika deduktif, logika deduktif atau pengolahan bahan hukum dengan cara deduktif yaitu menjelaskan suatu hal yang bersifat umum kemudian menariknya menjadi kesimpulan yang lebih khusus.

B. Sistematika Penelitian

Hasil penelitian ini disusun dan disajikan dalam suatu karya ilmiah berupa tesis yang terdiri dari 4 (empat) Bab dan tiap-tiap bab akan dirinci lagi menjadi beberapa sub bab.

Bab I : Pendahuluan yang terdiri dari tentang latar belakang permasalahan, Perumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka Pemikiran , Metode Penelitian dan Sistematika Penulisan.

Bab II : Tinjauan Pustaka akan diuraikan tentang hal-hal yang bersifat teoritik yang nantinya akan berguna, disini yang akan dikaji adalah yang berkaitan dengan pemerintahan, keputusan dan perlindungan hukum.

⁴⁰ Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Edisi Revisi, Cet 26, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2009, hlm. 4.

Bab III : Hasil Penelitian dan Pembahasan akan dipaparkan mengenai temuan dari penelitian lapangan dan hasil dari rumusan masalah tentang diaturnya Undang-undang no. 30 tahun 2014 dan konsekuensi hukum dari keputusan fiktif positif sebagai objek sengketa dan permasalahan yang timbul dari pengaturan fiktif positif dan solusi kebijakan yang perlu diambil untuk mengatasi persoalan tersebut dilanjutkan dengan menganalisis atau membahas semua fakta yang ada tersebut terhadap teori-teori yang relevan.

Bab IV : Penutup, terdiri dari kesimpulan dari penelitian yang dilakukan dan saran-saran yang dianggap perlu sebagai masukan bagi pihak yang berkepentingan.

