

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Sebagaimana terjadi dalam sejarah politik ketatanegaraan di Indonesia, bahwa reformasi telah membawa perubahan yang signifikan dalam berbagai bidang kehidupan bangsa Indonesia. Perubahan tersebut dalam kehidupan berbangsa dan bernegara telah dilakukan untuk mewujudkan tatanan yang lebih demokratis, antara lain: melakukan perubahan terhadap peraturan perundang-undangan yang selama ini dinilai kurang relevan dengan tuntutan reformasi.

Dalam perubahan terhadap peraturan perundang-undangan yang berkenaan dengan penyelenggaraan Otonomi Daerah, pada tahun 2004 telah diterbitkan dua peraturan penting, yaitu Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dan Undang-undang Nomor 33 Tahun 2002 tentang Perimbangan Keuangan Antara Pusat dan Daerah. Kedua undang-undang tersebut merupakan pengganti Undang-undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah dan Undang-undang Nomor 25 Tahun 1999 tentang Perimbangan Keuangan Antara Pemerintah Pusat dan Daerah yang dinilai tidak sesuai lagi dengan perkembangan keadaan ketatanegaraan serta tuntutan penyelenggaraan Otonomi Daerah.

Perubahan Undang-undang tersebut di samping karena adanya Perubahan UUD Tahun 1945, juga memperhatikan beberapa Ketetapan MPR, seperti: Ketetapan MPR Nomor IV/MPR/2000 tentang Rekomendasi Kebijakan Dalam Penyelenggaraan Otonomi Daerah.

Pada dasarnya prinsip Otonomi Daerah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya dalam arti daerah diberikan kewenangan mengurus dan mengatur semua urusan pemerintahan di luar yang menjadi urusan Pemerintah yang ditetapkan oleh undang-undang.

Dari segi perkembangannya, peraturan tentang Otonomi Daerah menimbulkan pergeseran paradigma pemerintahan, dari yang bercorak sentralistik menjadi desentralistik. Dilihat dari aspek hukum, perubahan paradigma ini berpengaruh terhadap perkembangan hukum, baik di tingkat nasional maupun di daerah sesuai dengan kondisi potensi dan keanekaragaman daerahnya.

Terbukanya keran reformasi telah menimbulkan harapan baru dan meningkatkan semangat daerah-daerah untuk berotonomi, sehingga Undang-undang Pemerintahan Daerah disambut di daerah secara antusias, bahkan cenderung euforia. Bagi daerah-daerah tertentu yang memiliki surplus sumber daya, tentu saja otonomi merupakan kabar yang menggembirakan, sehingga pantas disambut dengan suka cita.

Namun demikian, di samping sebagai kabar gembira yang menimbulkan euforia, dapat diprediksi pula adanya dampak negatif yang akan timbul, seperti terbukanya peluang terjadinya kesenjangan antar daerah, di mana jika tidak diwaspadai dan dikendalikan dengan baik akan menimbulkan arogansi dan egoisme daerah.

Oleh sebab itu, sesuai pembagian urusan pemerintahan,¹ maka yang menjadi kewenangan daerah di antaranya meliputi urusan yang bersifat wajib dan urusan pilihan. Urusan yang bersifat wajib adalah suatu urusan pemerintahan yang berkaitan dengan pelayanan dasar seperti: pendidikan dasar, kesehatan, pemenuhan kebutuhan hidup minimal, prasarana lingkungan dasar. Sedangkan urusan pemerintahan yang bersifat pilihan terkait erat dengan potensi unggulan dan kekhasan daerah.

Dalam pelaksanaannya, sesuai dengan Undang-undang Pemerintahan Daerah yang dimaksud Pemerintah Daerah adalah Gubernur, Bupati atau

¹ UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Walikota, dan perangkat daerah sebagai unsur penyelenggara Pemerintahan Daerah, sehingga urusan pemerintahan tersebut dilakukan oleh Pemerintah.

Namun dalam prakteknya dikenal pula istilah penguasa, yang secara harfiah memiliki arti orang yang berkuasa (untuk menyelenggarakan sesuatu, memerintah, dan sebagainya) atau pemegang kekuasaan.² Penguasa sebagai badan hukum publik memiliki 2 (dua) jenis tugas kewajiban, yakni tugas kewajiban yang tertentu dalam bidang hukum publik dan tugas yang bersifat hukum privat.

Ciri-ciri dari hukum publik adalah turut campurnya atau kepeduliannya pemerintah dalam suatu segi kehidupan dalam masyarakat.³ Hukum Publik itu merupakan pengaturan hal-hal atau keadaan-keadaan yang berada dalam suasana budaya politik yang mendorong agar kegiatan pemerintahan itu dituangkan dalam bentuk peraturan-peraturan. Dengan kata lain tiap peraturan hukum publik selalu mengenai hubungan hukum yang timbul atau dapat timbul sebagai akibat dari turut campurnya atau kepedulian pemerintah dalam suatu bidang kehidupan masyarakat. Sedangkan pada hukum privat/hukum perdata, khususnya hukum perjanjian itu mengandung tiga macam asas, yaitu: (1) asas otonomi (kebebasan dari pihak-pihak untuk mengadakan atau tidak mengadakan hubungan serta kebebasan untuk menentukan bentuknya; (2) asas kepercayaan, dan (3) asas sebab dan musabab, di mana perjanjian itu merupakan suatu sarana untuk mencapai suatu tujuan.⁴

Dalam menjalankan tugasnya yang bersifat hukum privat, penguasa telah ikut serta dalam pergaulan masyarakat seperti badan-badan hukum lainnya.⁵

²Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Kedua. Jakarta: Balai Pustaka, 1996.

³Indroharto, S.H. *Perbuatan Pemerintahan Menurut Hukum Publik dan Hukum Perdata*. Lembaga Penelitian dan Pengembangan Hukum Administrasi Negara. Bogor - Jakarta, 1995., hal. 15-16.

⁴*Ibid.*, hal. 19.

⁵M.A. Moegni Djodirdjo, S.H. *Perbuatan Melawan Hukum*. Jakarta: Pradnya Paramita, 1979., hal. 184.

Kemudian apa saja yang dilakukan oleh pemerintah dengan hukum publik dan hukum perdata, yakni dengan kemungkinan-kemungkinan yang diberikan oleh kedua bidang hukum tersebut serta dengan perangkat/aparat pemerintahan yang dimilikinya urusan pemerintahan ini yang menjadi tugasnya dilaksanakan oleh pemerintah.

Dalam kehidupan bermasyarakat ternyata pemerintah itu menduduki posisi yang sangat khusus dan unik, kalau tidak dikatakan sangat istimewa. Posisinya tersebut bersifat regional dan prinsipal. Karena kedudukannya yang istimewa tersebut mengakibatkan masalah pertanggungjawaban pemerintah atas tindakan-tindakan yang dilakukannya dalam melaksanakan tugas pemerintahannya semakin rumit dan pelik. Hal ini terlihat pada perkembangan yurisprudensi perkara-perkara perbuatan melawan hukum oleh penguasa (*onrechtmatige overheidsdaad*) maupun dalam kehidupan sehari-hari.⁶

Pemerintah pada dasarnya sangat bebas (memiliki diskresi) melaksanakan tugas-tugas baik dalam bidang pembuatan peraturan, melaksanakan peradilan maupun pemerintahan, demikian pula mengenai cara-cara yang dapat ditempuh dalam melaksanakan kebijakan urusan pemerintahan. Karena negara Indonesia telah menyatakan dirinya sebagai negarayang berdasarkan hukum (negara hukum), maka dalam melaksanakan urusan pemerintahan itu juga menganut asas legalitas.

Akan tetapi terdapat hal prinsipil, di mana pemerintah dalam segala tindakannya selalu dilakukan demi kepentingan ini. Karenanya pemerintah itu kadangkala harus boleh (atau justru dilarang) melakukan hal-hal yang dalam keadaan yang sama dilarang bagi orang lain. Bahkan sampai kepada suatu tingkat tertentu pemerintah itu boleh melakukan penilaian terhadap kepentingan orang lain dan atas dasar hasil penilaiannya tersebut melakukan tindakan-tindakan pemerintahan yang dianggap perlu. Sebagian dari kebebasan-kebebasan itu

⁶*Ibid.*, hal. 45-46.

memang diatur dalam peraturan perundang-undangan, tetapi dalam hal tidak diatur pun prinsip tersebut juga berlaku.

Istilah perbuatan melawan hukum lebih dikenal dalam lingkungan hukum perdata sebagai tertuang dalam Pasal 1365 KUHPerdata. Yang dimaksud dengan perbuatan melanggar hukum adalah perbuatan yang melawan hukum yang dilakukan oleh seseorang yang karena salahnya telah menimbulkan kerugian bagi orang lain.

Penguasa, dalam penelitian ini dibatasi dengan pengertian/arti pemerintah sebagaimana diatur oleh Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004.

Otonomi Daerah bukanlah semata-mata suatu bentuk pembagian kekuasaan (*power sharing*) antara pusat dan daerah, akan tetapi juga suatu bentuk pembagian tanggung jawab (*responsibility sharing*). Di satu sisi, kekuasaan negara akan terbagi antara pemerintah pusat dan daerah dalam batas-batas yang ditentukan oleh Undang-undang. Sedangkan di sisi lain ada tanggung jawab untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat berdasarkan prinsip-prinsip demokrasi partisipatif, prakarsa dan pemberdayaan masyarakat atau dasar pemerataan, keadilan, serta sesuai dengan kondisi potensi dan keanekaragamannya.

Jika implementasi otonomi hanya menekankan pada satu aspek saja, maka kemungkinan otonomi akan banyak berbenturan dengan kondisi obyektif masyarakat daerah itu sendiri.

Perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa atau dikenal dengan "*onrechtmatige overheidsdaad*" di era Otonomi Daerah dapat diartikan secara luas. Sebagaimana diketahui, bahwa perbuatan melawan hukum sejak tahun 1919⁷ mencakup salah satu dari perbuatan-perbuatan sebagai berikut:⁸

⁷M.A. Moegni Djojodirdjo, S.H., *loc cit.* "Menurut perumusan yang luas daripada perbuatan melawan hukum sejak tanggal 31 Januari 1919, maka seorang partikelir juga dikatakan melakukan perbuatan melawan hukum, bilamana perbuatannya dipandang bertentangan dengan kepatutan atau kesusilaan, baik yang harus diindahkannya dalam pergaulan masyarakat mengenai badan atau orang lain".

1. Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain;
2. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri;
3. Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan;
4. Perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik.

Dalam melaksanakan Otonomi Daerah, banyak persoalan yang dihadapi oleh penguasa selaku Pemerintah Daerah, baik yang menyangkut penggalan sumber-sumber pembiayaan pembangunan daerah, maupun menyangkut pengelolaan dan pemanfaatan sumber daya alam, sebagai upaya untuk meningkatkan Pendapatan Asli Daerah (PAD).

Sinyalemen adanya sejumlah Peraturan Daerah (Perda) yang dinilai membebani dunia usaha pernah mengemuka dan memperoleh sorotan tajam disertai dengan pandangan sinis, bahwa otonomi bukannya meningkatkan kesejahteraan, tetapi malah menjadi beban masyarakat seperti menyerahkan berbagai pajak dan retribusi yang boleh jadi akan melahirkan distorsi.

Adanya perbuatan melawan hukum dari penguasa, maka korban menjadi pihak yang akan mendapatkan ganti rugi (*kompensasi*) dari pelaku (penguasa). Dan karena menyangkut dengan ganti rugi yang bersifat perdata, hak-hak dari korban tersebut merupakan hal yang dapat diwariskan, sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Pasal 1365 KUHPperdata tidak membeda-bedakan korban yang menderita kerugian karena adanya perbuatan melawan hukum penguasa. Asalkan saja kerugian yang diderita korban terkait dengan hubungan sebab akibat (*causaliteit*) dengan perbuatan yang dilakukan, baik hubungan sebab akibat yang faktual (*sine qua non*) maupun sebab akibat kira-kira (*proximate cause*)⁹

⁸Munir Fuady, S.H., M.H., LL.M. *Perbuatan Melawan Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2002., hal. 6.

⁹Munir Fuady, S.H.,M.H., LL.M., hal. 79.

Pada dasarnya kerugian yang timbul dari adanya perbuatan melawan hukum harus diganti oleh orang-orang yang dibebankan oleh hukum untuk menggantinya.¹⁰ Dalam KUHPerdara, kerugian dan ganti rugi dalam hubungannya dengan perbuatan melawan hukum dengan 2 (dua) pendekatan, yakni ganti rugi umum (Pasal 1243 KUHPerdara), dan ganti rugi khusus (Pasal 1365 KUHPerdara).

Namun demikian dalam hal KUHPerdara tidak dengan tegas atau bahkan tidak mengatur secara rinci tentang ganti rugi tertentu, atau tentang salah satu aspek dari ganti rugi, maka hakim mempunyai kebebasan untuk menerapkan ganti rugi tersebut sesuai dengan asas kepatutan, sejauh hal tersebut memang dimintakan oleh pihak penggugat. Justifikasi terhadap kebebasan hakim ini adalah karena penafsiran kata rugi, biayanya dan bunga tersebut sangat luas dan dapat mencakup hampir segala hal yang bersangkutan dengan ganti rugi.¹¹

Permasalahannya, tidak adanya batasan jumlah tuntutan dari korban yang menderita kerugian akibat perbuatan melawan hukum penguasa dalam era Otonomi Daerah, serta pejabat yang bersangkutan atau pemerintah daerah yang akan membiayai kerugian tersebut belum jelas.

Dari beberapa permasalahan tersebut, maka Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) melakukan penelitian hukum dengan maksud dapat memberikan bahan pemikiran bagi terlaksananya Otonomi Daerah.

B. Permasalahan

Berdasarkan uraian di atas, terdapat beberapa masalah hukum yang akan diteliti, yaitu:

¹⁰Munir Fuady, S.H., M.H., LL.M. Bentuk dari ganti rugi terhadap perbuatan melawan hukum yang dikenal oleh hukum adalah sebagai berikut: 1. Ganti Rugi Nasional; 2. Ganti Rugi Kompensasi; 3. Ganti Rugi Penghukuman. Perbuatan Melawan Hukum., hal. 134.

¹¹*Ibid.*, hal. 136.

1. Bagaimanakah perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa di era Otonomi Daerah.
2. Bagaimanakah tanggung jawab penguasa terhadap korban atau masyarakat yang menderita kerugian akibat perbuatan melawan hukum
3. Faktor-faktor apakah yang menjadi kendala terhadap penguasa yang melakukan perbuatan melawan hukum ?

C. Tujuan Dan Kegunaan

Tujuan penelitian hukum tentang "PERBUATAN MELAWAN HUKUM OLEH PENGUASA DALAM ERA OTONOMI DAERAH" dimaksudkan untuk mengetahui penyelesaian hukum atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa atau Pemerintah dalam era Otonomi Daerah dihubungkan dengan Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 dan Pasal 1365 KUHPerdara, terutama berkenaan dengan ganti kerugian terhadap korban yang menderita akibat perbuatan melawan hukum dari penguasa.

Sedangkan kegunaan penelitian hukum ini, dapat menjadi bahan masukan dalam rangka perkembangan adanya percampuran kewenangan hukum public dan hukum perdata dari perbuatan melawan hukum oleh penguasa di era otonomi daerah.

D. Kerangka Konseptual /Teoritisi

Istilah perbuatan melawan hukum dalam bahasa Belanda disebut dengan istilah "*onrechtmatigedaad*", atau dalam bahasa Inggris disebut dengan istilah "*tort*".

Dalam ilmu hukum dikenal 3 (tiga) kategori dari perbuatan melawan hukum, yaitu:¹²

¹²Munir Fuady, S.H., M.H., LL.M. *loc.cit.*, hal. 3.

1. Perbuatan melawan hukum karena kesenjangan;
2. Perbuatan melawan hukum tanpa kesalahan (tanpa unsur kesengajaan maupun kelalaian);
3. Perbuatan melawan hukum karena kelalaian.

Ditilik dari model pengaturan KUHPperdata Indonesia (BW) tentang perbuatan melawan hukum lainnya, sebagaimana juga dengan KUHPperdata di negara-negara lain dalam sistem hukum Eropa Kontinental, maka model tanggung jawab hukum adalah sebagai berikut:

- a. Tanggung jawab dengan unsur kesalahan (kesengajaan dan kelalaian), sebagaimana terdapat dalam Pasal 1365 KUHPperdata.
- b. Tanggung jawab dengan unsur kesalahan khususnya unsur kelalaian, sebagaimana terdapat dalam Pasal 1366 KUHPperdata.
- c. Tanggung jawab (tanpa kesalahan) dalam arti yang sangat terbatas yang ditemukan dalam Pasal 1367 KUHPperdata.

Dahulu, pengadilan menafsirkan "melawan hukum" hanya sebagai pelanggaran dari pasal-pasal hukum tertulis semata-mata (pelanggaran perundang-undangan yang berlaku). Tetapi sejak tahun 1919, di negeri Belanda terjadi perkembangan dengan mengartikan perbuatan "melawan hukum" tidak lagi hanya untuk pelanggaran perundang-undangan tertulis semata, melainkan juga telah melingkupi setiap pelanggaran terhadap kesusilaan atau kepatutan dalam pergaulan hidup bermasyarakat (Putusan Hoge Raad Negeri Belanda tanggal 31 Januari 1919 dalam kasus Lindenbaum versus Cohen)

Sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 1365 KUHPperdata, maka suatu perbuatan melawan hukum harus mengandung unsur-unsur:

1. Adanya suatu perbuatan;
2. Perbuatan tersebut melawan hukum;
3. Adanya kesalahan dari pihak pelaku;
4. Adanya kerugian bagi korban, dan
5. Adanya hubungan kausal antara perbuatan dengan kerugian.

Penguasa/Pemerintah Daerah selaku pejabat dalam melaksanakan pemerintahan tertentu harus merupakan asas-asas pemerintahan yang baik (*Good Governance*), terlebih di era globalisasi di mana masyarakat semakin tinggi tingkat kesadaran hukumnya. Kesadaran hukum masyarakat juga dipengaruhi oleh faktor lain, seperti faktor politik, ekonomi, sosial dan budaya, pendidikan, dan sebagainya.

Adanya kasus yang merugikan masyarakat, perbuatan melawan hukum dari penguasa tidak sedikit yang diekspos oleh media massa, sehingga naik ke pengadilan.

Dahulu, penyelesaian perbuatan melawan hukum oleh penguasa masuk dalam wewenang Pengadilan Umum (Hukum Perdata), tetapi sekarang dengan adanya Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) penyelesaiannya lebih terfokus. Pada dasarnya Pasal 1365 KUHPerdata dan seterusnya merupakan ketentuan umum dan tidaklah membedakan, apakah sesuatu perbuatan melawan hukum dilakukan oleh penguasa atautkah orang lain, badan hukum atau orang. Ketentuan-ketentuan tersebut dapat diterapkan baik terhadap perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa atau orang lain.

E. Metode Penelitian

Penelitian hukum tentang PERBUATAN MELAWAN HUKUM OLEH PENGUASA DALAM ERA OTONOMI DAERAH dilakukan dengan menggunakan metode penelitian yuridis normatif. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar penelitian ini antara lain Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, KUHPerdata, Putusan Pengadilan Negeri, Yurisprudensi dan sebagainya.

Data penelitian juga diperoleh melalui bahan hukum sekunder dan tersier, di samping itu juga bahan hukum primer.

F. Waktu Dan Lokasi Penelitian

Penelitian dilakukan selama 12 (duabelas) bulan, dimulai sejak Januari sampai dengan Desember 2005, dengan mengambil lokasi penelitian di beberapa Pengadilan Negeri, seperti PN Jakarta Selatan, PN Bandung, PN Surabaya, PN Makassar, YLKI, LBH Jakarta, dan Biro Hukum Pemda DKI.

G. Jadwal Penelitian

Penelitian ini dilakukan selama 12 (dua belas) bulan dalam tahun anggaran 2005, dengan jadwal kegiatan sebagai berikut:

1. Jan - Mei 2005 : Persiapan, penyusunan proposal, pembahasan proposal dan perbaikan proposal;
2. Juni - Juli 2005 : Penyusunan Kuesioner dan Penentuan Responden;
3. Agustus 2005 : Penelitian Lapangan;
4. September 2005 : Pengolahan Data Penelitian;
5. Oktober 2005 : Penyusunan Draft Awal Laporan Akhir;
6. Nov - Des 2005 : Penyusunan dan Penyerahan Laporan Akhir Tim.

H. Personalia Tim

Kegiatan penelitian dilakukan oleh suatu Tim Penelitian sebagai berikut:

- Konsultan : Safri Nugraha, S.H., LL.M., Ph.D (FH-UI)
- Ketua : Hj. Ida Padmanegara, S.H., M.H.
- Sekretaris : Liestiarini Wulandari, S.H., M.H.
- Anggota : 1. H. Ahmad Ubbe, S.H., M.H.APU.
2. Rudy Indriyanto, S.H., M.H.
3. Hesty Hastuti, S.H., M.H.
4. Widya Oesman, S.H.
- Asisten : Hartono
- Pengetik : 1. Ruslan Anwar
2. Anaria Hutagalung.

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG OTONOMI DAERAH

A. Pengertian Otonomi

Persoalan otonomi daerah menjadi sangat rumit dalam pelaksanaannya, walaupun telah berganti-ganti peraturan perundang-undangannya, yaitu sebanyak 6 (enam) kali; antara lain sebagai berikut :

- a. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1948;
- b. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1957;
- c. Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1965;
- d. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974;
- e. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999; dan
- f. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004.

Pergantian peraturan perundang-undangan itu tidak merubah secara prinsipil konsepsi atau rumusan otonomi daerah, bahkan cenderung memiliki kesamaan rumusan, yaitu :

Ad.1. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1948, ketentuan yang mengatur otonomi daerah yaitu Pasal 1 ayat (1) yang memberikan rumusan sebagai berikut:

“Daerah negara Republik Indonesia tersusun dalam dua tingkatan, ialah: Kabupaten (Kota Besar), dan Desa (Kota Kecil, Nagari, marga dan sebagainya) yang berhak mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri”.

Ad.2. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1957, ketentuan Pasal 1 ayat (1) memberikan rumusan otonomi daerah, sebagai berikut:

“Yang dimaksud daerah dalam Undang-undang ini ialah daerah yang berhak mengurus rumah tangganya sendiri.....”.

Ad.3. Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1965 ketentuan Pasal 1 huruf © memberi rumusannya sebagai berikut:

“Yang dimaksud dengan daerah dalam Undang-undang ini ialah daerah besar dan daerah kecil tersebut dalam Pasal 18 Undang-Undang Dasar, yang berhak mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri..”.

Ad.4. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974, ketentuan Pasal 1 huruf © merumuskan rumusan otonomi sebagai berikut:

“Otonomi Daerah adalah hak, wewenang, dan kewajiban daerah untuk mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Ad.5. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999, ketentuan Pasal 1 huruf (h) merumuskan otonomi daerah sebagai berikut:

“ Otonomi daerah adalah kewenangan daerah otonom untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Ad.6. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, ketentuan Pasal 1 ayat (5) merumuskan otonomi daerah adalah sebagai berikut:

“Otonomi daerah adalah hak, wewenang dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat, sesuai dengan peraturan perundang-undangan”.

Atas dasar rumusan ke enam Undang-undang pemerintah daerah yang pernah berlaku dan yang berlaku, kesamaan konsepsi otonomi daerah antara lain terletak pada beberapa prinsip, yaitu:

- a. Bahwa otonomi merupakan hak dan kewenangan; untuk
- b. mengatur dan mengurus;
- c. rumah tangga/urusannya yang mencakup; pemerintahan, dan kepentingan masyarakat.

Menurut Rene Seerden dan Frits Stroink dalam bukunya yang berjudul *Administrative Law of The European Union, its Member States, its Member States and United States di Belgia*, yang dimaksud otonomi adalah:

“The autonomy of those authorities does not imply that there is no control by the central authority at dan lain-lain. There is no hierarchical supervising according to which the central authority should be able to decide instead of the decentralized authority or could give order to it ¹³

¹³ Rene Seerden and Frits Stroink (ed) *Administrative Law of The European Union Its Member States and The United States Maastricht, 2002, hal. 15* makalah dalam *Summer Course, Comparative Analysis on Administrative Law*; Kerjasama UGM-Maastricht University.

Rene S. dan F. Stroink menekankan pada tidak adanya kontrol dan campur tangan pemerintah pusat dan daerah ada bertingkat-tingkat, sedangkan prinsip pemerintahan daerah dalam negara kesatuan, sebagaimana yang diketahui dalam ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, bahwa sistem pembagian wilayah Republik Indonesia adalah secara bertingkat yaitu wilayah Republik Indonesia ke dalam Propinsi-propinsi dan Propinsi dibagi ke dalam daerah-daerah Kabupaten, daerah Kotamadya, sementara itu campur tangan pemerintah pusat sangat besar, misalnya sebagaimana yang diatur dalam ketentuan Pasal 186 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, yang mengatur:

Ayat (1) Rancangan Perda Kabupaten atau Kota tentang APBD yang telah disetujui bersama (DPRD+ KDH) dengan Rancangan peraturan Bupati/Wali Kota tentang penjabaran APBD sebelum ditetapkan oleh Bupati Wali Kotamadya, paling lama 3 (tiga) hari disampaikan kepada Gubernur untuk dievaluasi.

Sebagai dasar uraian itu, jelaslah ada perbedaan konsepsi otonomi di Belgia dan di Indonesia.

Agar pemahaman konsep otonomi daerah lebih jelas, maka perlu kiranya diuraikan konsepsi Bung Hatta, tentang otonomi daerah dan pembagian wilayah Republik Indonesia kedalam beberapa tingkatan, konsepsi ini dicetuskan dalam pidato ilmiah saat penerimaan gelar Doctor Honoris Causa dari Universitas Gajah Mada pada tanggal 27 Nopember 1956, antara lain dinyatakan sebagai berikut:

“Apabila akhirnya Kementrian Dalam Negeri menyiapkan Rancangan Undang-undang pemerintahasn daerah, yang telah dimajukan kepada DPR, cita-cita otonomi selama ini tidak tergambar di dalamnya.

Aturan meletakkan titik berat otonomi pada Kabupaten, ia dititik beratkan kepada Propinsi, yang diimbangi pula dengan seorang Komisaris Negara. Rencana ini lebih menyerupai sistem hirarki Hindia Belanda dahulu dari pada diisi dengan semangat demokrasi Indonesia. Mau tak mau dengan melewati udang di balik batu. Konstruksi Komisari Negara di sebelah Kepala Daerah Propinsi menimbulkan asosiasi Assistant Resident Regent dahulu. Dalam psikologinya Konstruksi ini salah.

Apabila kita mau mendekati demokrasi yang bertanggungjawab kepada rakyat, melaksanakan cita-cita lama yang tertanam dalam pengertian, pemerintahan dari yang diperintah, maka sebaik-baiknyalah titik berat pemerintahan sendiri diletakan pada Kabupaten. Propinsi dalam sistem ini menjadi Badan Koordinasi dari pada segala Kabupaten yang berada dalam lingkungannya. Kelanjutan ialah bahwa Propinsi tidak mempunyai Dewan Perwakilan yang langsung dipilih oleh rakyat, melainkan Dewannya itu tersusun dari wakil-wakil yang diutus oleh tiap-tiap Kabupaten dengan jumlah sama banyak. Misalnya, tiap-tiap Kabupaten mengutus satu atau dua orang. Dengan cara begitu maka Propinsi merupakan Badan pelaksana kerja sama antara Kabupaten dalam segala hal yang mengenai kepentingan bersama. Memang dengan jalan begitu kurang kesempatan bagi beberapa ratus orang untuk menjadi anggota DPR daerah, tetapi pemerintahan lebih efektif dan demokratis dengan tidak terlalu banyak tingkat hirarki”¹⁴

Konsepsi Bung Hatta ini mendapat dukungan dukungan dari beberapa ahli lainnya, diantaranya:

- a. Soetardjo Karto Hadikoesoemo;
- b. Kadarman Rekso Diprodjo;
- c. Prof. Mr. Dr. Hazairin;
- d. Mr. Nasroen¹⁵

Pada dasarnya mereka menentang Daerah Propinsi memiliki wewenang otonomi dan pembagian daerah yang bertingkat-tingkat, bahkan Mr. Wongsonegoro mengusulkan hanya ada satu tingkatan daerah otonom¹⁶.

Konsepsi Bung Hatta memiliki banyak kesamaan dengan prinsip-prinsip pemerintahan daerah yang dimuat oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974, khususnya mengenai titik berat otonomi daerah pada Daerah Tingkat I, namun pelaksanaannya tidak seperti diharapkan, bahkan kekhawatiran Bung Hatta akan menguatnya pemerintahan yang lebih tinggi dan ketergantungan daerah otonomi terhadap pemerintahan yang lebih tinggi terjadi pada masa berlakunya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 sehingga tidak berkembangnya konsep otonom dan inisiatif daerah. Begitu pula kekhawatiran Bung Hatta tentang semakin banyaknya daerah-daerah yang berkeinginan menjadi pemerintahan yang lebih tinggi terjadi pada masa

¹⁴ Mohammad Hatta, *Lampau dan Datang*, Jakarta: Jambatan, hal. 25-26.

¹⁵ Sujamto, *Otonomi Daerah yang Nyata dan Bertanggungjawab*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983, hal. 152-154.

berlakunya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 seperti misalnya Banten kembali menjadi Propinsi, kepulauan Riau menjadi Kabupaten, kepulauan Seribu menjadi Kotamadya, dan masih banyak lagi yang berkeinginan untuk itu.

Fenomena masyarakat daerah terhadap konsepsi otonomi daerah dipicu oleh ketentuan Pasal 4 ayat (2), yaitu daerah-daerah Propinsi, Kabupaten dan daerah Kota masing-masing berdiri sendiri dan tidak mempunyai hirarki satu sama lain. Artinya daerah bebas untuk menentukan urusan/rumah tangganya sendiri tanpa campur tangan pemerintahan yang lebih tinggi.

Ketentuan Pasal 6 ayat (3) juga memperbesar keinginan daerah untuk menjadi daerah otonom.

Dalam mendiskusikan faktor-faktor yang mempengaruhi pelaksanaan otonomi, perlu kiranya diketahui terlebih dahulu hal yang mendasar, yaitu Pelaksanaan otonomi di negara kesatuan. Pada dasarnya negara kesatuan, adalah pemusatan segala unsur yang meliputi kepentingan seluruh wilayah negara kesatuan dan seluruh bangsa yang merupakan bangsa kesatuan itu¹⁷, dengan demikian landasan negara kesatuan dalam menyelenggarakan pemerintahan adalah asas sentralisasi, asas ini di realisasikan dalam wewenang

¹⁶ The Liang Gie, *Pertumbuhan Pemerintahan Daerah*, Jilid III, Jakarta: Gunung Agung, 1968, hal. 92-95

pemerintah pusat untuk campur tangan terhadap persoalan-persoalan di daerah. Hal inilah yang memberi pengaruh pada pelaksanaan otonomi di daerah.

Melihat uraian di atas, jelaslah otonomi bukan hanya hak dan kewajiban daerah untuk mengurus dan mengatur rumah tangganya sendiri, melainkan juga sebagai alat perlengkapan negara kesatuan untuk menyelenggarakan kepentingan masyarakat yang terdapat di daerah.

Oleh karena itu kita tidak dapat menafsirkan rumusan otonomi daerah yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, secara rigid (kaku), agar tidak timbul konflik vertikal dan horizontal, baik oleh penyelenggara otonomi daerah dan masyarakat.

Menurut Pasal 10 ayat (3) Undang-undang nomor 32 Tahun 2004, membagi urusan pemerintahan, dengan batasan bahwa yang menjadi urusan pemerintah pusat adalah :

- a. Politik luar negeri;
- b. Pertahanan;
- c. Keamanan;
- d. Yustisi;
- e. Moneter dan Fiskal Nasional;

¹⁷ M. Solly Lubis, *Pergeseran Garis Politik dan Perundang-undangan Mengenai*

f. Agama

Sedangkan menurut ayat (1) pasal tersebut di atas bahwa pemerintah daerah menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya, kecuali urusan pemerintahan yang telah diatur oleh ayat (3) pasal ini yang menjadi urusan pemerintah pusat. Dengan demikian jelaslah bahwa campur tangan pemerintah pusat hanya 6 hal yang telah diatur ayat (3) di atas dan 6 hal ini tidak didelegasikan secara otonom kepada pemerintah daerah, melainkan melalui asas tugas pembantuan, serta asas dekonsentrasi (bagi pemerintah daerah propinsi).

Urusan pemerintah daerah tidak tergambar secara jelas dalam Undang-undang ini, sehingga tidak dapat mengukur secara konkrit sampai sejauhmana Pusat dan Propinsi campur tangan terhadap urusan-urusan yang termaktub dalam otonomi daerah. Namun demikian hak dan kewajiban Pemerintah Daerah dalam menyelenggarakan otonomi yang diatur dalam Pasal 21 dan Pasal 23 Undang-undang ini hanya menunjukkan sifat hubungan atau campur tangan Pusat dan Propinsi adalah dalam bentuk pengawasan, agar kriteria eksternalitas, akuntabilitas dan efisiensi dapat terpenuhi oleh setiap daerah otonom.

Menurut M. Solly Lubis, dalam suatu negara kesatuan, terdapat asas bahwa segala urusan-urusan negara tidak dibagi antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Daerah, sehingga urusan-urusan negara dalam negara kesatuan tetap merupakan suatu kebulatan (*einheit*)¹⁸ dengan demikian pula yang dianut oleh penjelasan Pasal 18 Undang-Undang dasar 1945, yang menyatakan bahwa pembagian wilayah Republik Indonesia ke dalam wilayah besar dan kecil yang bersifat otonom bukan berarti wilayah-wilayah otonom itu bersifat negara (*Staat*) dalam negara.

pemerintahan, Bandung: Alumni, 1983 hal. 71

¹⁸ M. Solly Lubis, *Ibid.* hal. 8

Bila kita bandingkan antara pembagian wilayah yang diatur dalam Pasal 3 ayat (2) Undang-undang nomor 22 Tahun 1999 tentang ketentuan Pasal 2 Undang-undang nomor 32 tahun 2004, ada perbedaan yang prinsipil, yaitu Undang-undang nomor 22 tahun 1999 menganut pembagian wilayah dalam kedudukan yang setara antara wilayah, sementara itu Undang-undang nomor 32 Tahun 2004 menganut sistem pembagian wilayah secara bertingkat (hirarki), sehingga ada pemerintah atasan dan bawahan, Undang-undang nomor 22 Tahun 1999 lebih mengarah pada sistem pembagian wilayah pada negara serikat, yaitu negara-negara bagian mempunyai kedudukan yang sama dan berdiri sendiri.

Berlakunya Undang-undang nomor 32 Tahun 2004 lebih menegaskan peranan pemerintah pusat dan pemerintah daerah Propinsi kepada pemerintah daerah Kabupaten dan Kotamadya dalam penyelenggaraan otonomi daerah. Atas dasar uraian ini perbedaan antara konsep otonomi pada negara kesatuan dengan negara serikat berbeda, misalnya kedudukan antara wilayah/negara bagian, yaitu mempunyai kedudukan yang sama dan tidak saling terkait, masing-masing negara bagian berdiri sendiri tanpa campur tangan negara bagian lainnya dan pemerintah pusat, kecuali hal-hal urusan yang telah diserahkan kepada pemerintah pusat oleh negara-negara bagian.

Sebaliknya negara kesatuan, membagi wilayah dengan pendelegasian wewenang baik secara otonom (desentralisasi) melalui asas dekonsentrasi dan melalui asas tugas pembantuan (mede bewind), kedudukan antar wilayah pun digunakan sistem bertingkat, seperti yang diatur dalam Pasal 2 Undang-undang nomor 32 Tahun 2004, antar lain sebagai berikut :

“(1). Negara Kesatuan Republik Indonesia di bagi atas daerah-daerah Provinsi dan daerah-daerah Propinsi itu dibagi atas Kabupaten dan Kota yang masing-masing mempunyai pemerintahan daerah”.

Menurut Pasal 2 ini, sistem yang bertingkat ini menciptakan hubungan antara Pusat dan pemerintah daerah lainnya, dan hubungan-hubungan itu harus memperhatikan: Asas Keadilan, keselarasan, dan hubungan itu juga menimbulkan hubungan administrasi, serta hubungan kewilayahan antara susunan pemerintahan.

Atas dasar uraian sederhana tersebut di atas , dapat disimpulkan bahwa konsepsi otonomi daerah dalam pelaksanaannya sangat dipengaruhi oleh:

1. Bentuk Negara;
2. Kondisi Politik;
3. Letak Geografis; dan
4. Sosial Budaya setempat.

Oleh karena itu kita tidak dapat melakukan generalisasi dan memperbandingkan antara konsepsi otonom di negara yang satu dengan konsepsi otonom di negara lain.

Dasar Pemikiran Pendelegasian Otonomi Daerah

Wilayah Republik Indonesia dari lebih kurang 18.000 pulau dan terpisah oleh lautan, dan hampir lebih kurang 300 suku bangsa yang berbeda kebudayaan dan bahasa yang dimiliki Indonesia oleh karena itu penyelenggaraan pemerintahan secara terpusat, karena akan membutuhkan waktu yang panjang dan biaya yang sangat besar oleh karena itu pemerintahan yang efisien dan efektif tidak akan tercapai.

Pada umumnya di negara-negara modern sistem kekuasaan yang sentralis, karena secara historis sistem ini tendensius pada keberpihakan kelompok orang atau elite kekuasaan, sehingga acapkali mengakibatkan

kepentingan-kepentingan rakyat, atau dengan kata lain sistem sentralisasi berdampak pada bentuk kekuasaan yang otoriter dan sangat bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi. Namun demikian sistem sentralisasi dibutuhkan sebagai perangkat negara kesatuan, terutama bagi negara-negara yang memiliki wilayah yang relatif kecil atau negara-negara yang secara historis mempunyai keterikatan secara geneologis territorial, dan sentralisasi menjadi alat mempertahankan kesatuan dan persatuan suatu bangsa sehingga menjamin asas equal treatment, menjamin asas uniformitas¹⁹.

Menurut Bagir Manan kecenderungan pemerintahan yang sentralistik akan menggeser dan akhirnya mengorbankan tujuan dan kepentingan yang terkandung dalam desentralisasi²⁰, oleh karena itu harus ditemukan titik taut antara prinsip demokrasi dengan kecenderungan penggunaan kekuasaan yang sentralistik dalam negara kesatuan. Lebih lanjut dikatakan Bagir Manan; Tidak mungkin lagi menyusun suatu rincian lengkap mengenai wewenang tugas dan tanggung jawab pemerintah. Urusan pemerintahan yang begitu luas dan kompleks dan tidak mungkin lagi dirinci, menimbulkan berbagai persoalanPertambahan dan perkembangan urusan pemerintahan secara kualitatif dapat dapat menimbulkan perubahan pada sifat dan urusan pemerintahan tersebut, suatu urusan yang semula bersifat kedaerahan (lokal) dapat berubah menjadi urusan yang sifatnya nasional, begitu pula sebaliknya. Perubahan sifat ini pada saatnya akan menyentuh hubungan Pusat dan Daerah, karena akan menyangkut pergeseran wewenang, tugas dan tanggungjawab dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan²¹ Upaya mencari titik taut itu, harus dipahami asas desentralisasi yang diamanatkan oleh Pasal 18 UUD 1945. Menurut teorinya Van der Pot yang dimaksud “Desentralisasi” adalah:

¹⁹ Bagir Manam, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah, Menurut UUD 1945*, Jakarta; Pustaka Sinar Harapan, 1994, hal. 16-17.

²⁰ Ibid. Hal. 17

²¹ Ibid. hal. 18

“...det vergeling en bestuur hiet uits luiterd van uti het centrum worden gevoerd, maar plaatsvinden door het rijk en door eeh veelheid van andere autonome (ichamen, daarbi) dient te worden onder scheiden tussen territoale en functionele decentralitatie, de eerste tot uit drukking komen in het bestaan van gebieds, de tweade in dat van doel corporatie²² “.

Pada pokoknya Van der Pot mengklasifikasikan desentralisasi menjadi 2, yaitu desentralisasi territorial, dan desentralisasi fungsional. Desentralisasi itu sendiri adalah bentuk dan susunan organisasi negara yang terdiri dari satuan-satuan pemerintahan Pusat dan satuan-satuan pemerintahan yang lebih rendah, untuk melaksanakan-melaksanakan sebagian dari urusan pemerintahan negara. Menurut Pasal 1 ayat (7) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 desentralisasi adalah penyerahan wewenang pemerintahan oleh pemerintah kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dalam suatu negara kesatuan Republik Indonesia

B. Pejabat Daerah Dalam Rangka Otonomi Daerah

Menurut penjelasan Undang-Undang Nomor 43 tahun 1999 Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok Kepegawaian bahwa urusan kepegawaian harus didorong kearah desentralisasi sehingga menjadi urusan pemerintah daerah dan dalam implementasi otonomi daerah salah satu aspek yang cukup strategis adalah kelembagaan perangkat daerah, menurut Pasal 120 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, perangkat daerah Propinsi terdiri dari; Sekretariat Daerah, Sekretariat DPRD; Dinas Daerah, dan Lembaga Teknis Daerah. Sementara itu perangkat Daerah untuk Kabupaten/Kota terdiri atas; Sekretariat Daerah, Sekretariat DPRD, Dinas Daerah, Lembaga Teknis Daerah, Kecamatan dan Kelurahan.

²² Bagir Manan, Ibid. hal. 20-21

Peraturan Pemerintah Nomor 84 Tahun 2000 tidak memberikan kekuasaan dan keleluasaan yang sangat besar kepada Pemerintah Daerah dalam menyusun dan menetapkan organisasi perangkat Daerahnya, dengan mempertimbangkan kemampuan keuangan daerah, wewenang yang dimiliki karakteristik, potensi dan kebutuhan daerah, ketersediaan sumber daya operator dan pengembangan pola kemitraan antara daerah.

Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tidak mengatur secara eksplisit tentang Pejabat Daerah, namun bila atas dasar jabatan, maka yang termasuk Pejabat Daerah adalah:

1. Pemerintah daerah:
 - a. Kepala Daerah;
 - b. Wakil Kepala Daerah;
 - c. Sekretaris Daerah;
 - d. Kepala-kepala Dinas Daerah;
 - e. Kepala-kepala Lembaga Teknis Daerah;

2. DPRD;
 - a. Ketua DPRD;
 - b. Wakil Ketua DPRD;
 - c. Sekretaris DPRD.

Pengertian Jabatan itu sendiri adalah:

1. Menurut Undang-Undang Nomor 8 tahun 1974, ketentuan Pasal 1 huruf ©, yang dimaksud “Jabatan negeri adalah jabatan dalam bidang eksekutif yang ditetapkan berdasarkan Peraturan perundang-undangan yang termasuk

di dalamnya jabatan dalam Kesekretariatan Lembaga Tertinggi/Tingg Negara dan Kepaniteraan Pengadilan”.

Pasal 1 huruf (e) menegaskan “Pejabat yang berwajib adalah pejabat yang karena jabatan atau tugasnya berwenang melakukan tindakan hukum berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

2. Menurut Undang-Undang Nomor 43 Tahun 1999 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok Kepegawaian, menegaskan bahwa jabatan diklasifikasikan ke dalam:
 - a. Jabatan negeri, adalah jabatan dalam bidang eksekutif yang ditetapkan berdasarkan peraturan perundang-undangan, termasuk di dalamnya jabatan dalam kesekretariatan Lembaga Tertinggi/Tinggi Negara, dan Kepaniteraan Pengadilan;
 - b. Jabatan Karier, adalah jabatan struktural dan fungsional yang hanya dapat diduduki Pegawai negeri sipil setelah memenuhi syarat yang ditentukan;
 - c. Jabatan Organik, adalah jabatan negeri yang menjadi tugas pokok pada kesatuan organisasi Pemerintah’
3. Menurut Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 2003 tentang wewenang Pengangkatan, Pemindahan, dan Pemberhentian Pegawai Negeri Sipil, Ketentuan Pasal 1 ayat (10) dan ayat (11) menegaskan bahwa:

“(10). Jabatan Struktural adalah suatu kedudukan yang menunjukkan tugas, tanggungjawab, wewenang, dan hak seorang Pegawai Negeri Sipil dalam rangka memimpin suatu organisasi negara;

“(11). Jabatan Fungsional adalah kedudukan yang menunjukkan tugas, tanggungjawab, wewenang, dan hak seorang Pegawai Negeri Sipil

dalam rangka menjalankan tugas pokok dan fungsi keahlian dan/atau ketrampilan untuk mencapai tujuan organisasi”.

Atas dasar uraian di atas bahwa Jabatan merupakan subyek yang memiliki otoritas untuk bertindak hukum atas tugas-tugas atau fungsi-fungsi negara yang dibebankan kepada jabatan tersebut. Pengertian ini sangat luas cakupannya, perlu kiranya dibatasi berdasarkan Pasal 120 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, yang menegaskan bahwa perangkat Daerah adalah:

Ayat (1) Perangkat Daerah propinsi terdiri atas, Sekretariat Daerah, Sekretariat DPRD, Dinas Daerah, dan Lembaga Teknis Daerah,

Ayat (2) Perangkat Daerah Kabupaten/Kota terdiri atas; Sekretariat Daerah, Sekretariat DPRD, Dinas Daerah. Lembaga Teknis Daerah, Kecamatan, dan Kelurahan.

Menurut penjelasan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, bahwa perangkat daerah adalah satuan organisasi yang akan menangani urusan pemerintahan sebagaimana urusan pembantu Kepala Daerah dan Undang-Undang memberikan kriteria dalam pembentukan dan perumusan organisasi perangkat daerah sebagai berikut:

- a. Adanya urusan pemerintahan yang perlu ditangani;
- b. Harus sekurang-kurangnya mempertimbangkan :
 1. Faktor kemampuan keuangan;
 2. Faktor kebutuhan Daerah;
 3. Faktor cakupan Tugas;
 - a. Sasaran tugas yang harus diwujudkan;
 - b. Luas wilayah kerja;

- c. Jenis dan volume tugas;
4. Faktor geografis;
5. Faktor kependudukan;
6. Faktor potensi daerah yang bertalian dengan rumusan yang akan ditangani
7. Sarana dan prasarana tugas.

Ketentuan pedoman organisasi perangkat daerah lebih lanjut diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 84 Tahun 2000, antar lain dalam ketentuan Pasal 2 ayat (1) sebagai berikut:

“Organisasi perangkat daerah dibentuk berdasarkan pertimbangan-pertimbangan”

- a. Kewenangan pemerintah yang dimiliki oleh daerah;
- b. Karakteristik petensi dan kebutuhan daerah;
- c. Kemampuan keuangan daerah;
- d. Ketersediaan sumber daya aparatur;
- e. Penyebaran pola kerjasama antara daerah dan/atau dengan pihak ketiga.

Jadi jelaslah bahwa pejabat daerah dalam rangka otonomi daerah adalah sebagaimana yang diatur dalam ketentuan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tersebut di atas.

C. Asas- Asas Pemerintahan Yang Baik

Dalam rangka mewujudkan “Good Government” Pemerintah mengundang peraturan tentang Penyelenggaraan Negara yang bersih dan

Bebas dari Korupsi, dan Nepotisme, yaitu dengan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999.

Dalam Undang-Undang ini diatur hal-hal pokok penyelenggaraan negara dalam mewujudkan cita-cita bangsa yang diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar 1945, yaitu dengan meletakkan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik.

Asas-asas umum ini adalah asas-asas yang menjunjung tinggi norma kesusilaan, kepatuhan dan norma hukum, sehingga diharapkan setiap penyelenggara negara mampu menciptakan kondisi negara yang “Good Governmence”. Menurut ketentuan Pasal 3 Undang-Undang ini yang meliputi asas-asas umum penyelenggaraan negara adalah:

1. Asas Kepastian Hukum;
2. Asas Tertib penyelenggaraan Negara;
3. Asas Kepentingan Umum;
4. Asas Keterbukaan;
5. Asas Proporsionalitas;
6. Asas Akuntabilitas;

Sedangkan yang dimaksud penyelenggara negara menurut ketentuan Pasal 2 Undang-Undang ini adalah:

1. Pejabat Negara pada Lembaga Tertinggi Negara;
2. Pejabat Negara pada Lembaga Tinggi Negara;
3. Menteri;
4. Gubernur;
5. Hakim;

6. Pejabat Negara yang lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku; dan
7. Pejabat lain yang memiliki fungsi strategis dalam kaitannya dengan penyelenggaraan negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Secara eksplisit hanya Gubernur dan Pejabat daerah yang diklasifikasikan sebagai penyelenggara negara. Namun demikian dalam Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004, di atur asas-asas umum pemerintahan yang baik, yaitu dalam ketentuan pasal 20 yang terdiri dari:

- a. Asas kepastian hukum;
- b. Asas tertib penyelenggaraan negara;
- c. Asas kepentingan;
- d. Asas keterbukaan;
- e. Asas proporsionalitas;
- f. Asas akuntabilitas;
- g. Asas efisiensi; dan
- h. Asas efektifitas.

Pemerintah Daerah dalam menyelenggarakan pemerintahan otonom wajib berpedoman pada ketentuan Pasal 20 tersebut di atas, namun kontrol terhadap setiap tindakan hukum dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan daerah masih belum konkrit, dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999, hanya dibentuk komis Pemeriksa Kekayaan Penyelenggara Negara, sehingga Badan Lembaga yang independen dan bertugas memeriksa kekayaan penyelenggara negara dan mantan penyelenggara negara .

Tugas tugas komisi lebih cenderung pada tindak korupsi dan kolusi, sementara bila melihat praktik pemerintahan daerah adalah sangat luas, serta tidak melulu pada tindakan Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. Apabila ada penyelenggara-penyelenggara yang menyangkut pemerintahan di luar cakupan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999, akan menemui berbagai kendala baik software maupun hardware dan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Terutama bila timbul masalah yang menyangkut pelayanan masyarakat, khususnya tentang perbuatan melawan hukum yang hingga saat ini masih menggunakan dasar hukumnya pada Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Dalam praktiknya sulit untuk mengklarifikasikan antara perbuatan melawan hukum, dengan penyalahgunaan wewenang, dan perbuatan yang melebihi kewenangan yang dimiliki . Begitu pula pada tindakan hukum yang melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik, diklasifikasikan pada tindakan yang mana, apakah termasuk sebagai perbuatan melawan hukum, perbuatan penyalahgunaan wewenang, atau perbuatan yang melebihi kewenangan yang dimiliki.

BAB III
PERBUATAN MELAWAN HUKUM
PENGUASA DI DAERAH

A. Perbuatan Hukum Penguasa

Negara adalah suatu organisasi masyarakat untuk mengatur kehidupan bersama. Untuk mencapai tujuan bersama itu disusunlah suatu tatanan pemerintahan sebagai sarana pelaksana tugas negara, beserta pembagian tugas dan batas kekuasaan pemerintah atau administrasi Negara adalah suatu abstraksi yang oleh hukum dipersonifikasi dan diangkat sebagai realita hukum. Sebagai suatu abstraksi pemerintah tidak dapat melakukan tindakan-tindakannya tanpa melalui organnya .

Tindakan pemerintahan memiliki beberapa unsur yaitu sebagai berikut :

Perbuatan itu dilakukan oleh aparat Pemerintah dalam kedudukannya sebagai Penguasa maupun sebagai alat perlengkapan pemerintahan (bestuurs-organen) dengan prakarsa dan tanggung jawab sendiri;

Perbuatan tersebut dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan; Perbuatan tersebut dimaksudkan sebagai sarana untuk menimbulkan akibat hukum di bidang hukum administrasi; Perbuatan yang bersangkutan dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat.

E. Utrecht menggolongkan perbuatan administrasi kepada dua golongan besar yaitu golongan perbuatan hukum (rechtshandelingen) dan golongan yang bukan perbuatan hukum atau tindakan nyata (feitelijke handelingen). Tindakan nyata adalah tindakan yang tidak menimbulkan akibat hukum. Bagi hukum administrasi negara yang penting hanya golongan perbuatan hukum dan golongan perbuatan yang bukan

perbuatan hukum adalah irrelevant (tidak berarti)

Tindakan hukum yang dilaksanakan oleh pemerintah (penguasa) sebagai badan hukum publik di bedakan kepada tindakan hukum privat (*privaatrechtelijke rechtshandelingen*) dan tindakan dalam hukum publik (*publiekrechtelijke rechtshandelingen*). Tindakan hukum publik adalah tindakan hukum yang didasarkan kepada ketentuan hukum publik. Sedangkan tindakan hukum privat adalah tindakan hukum yang didasarkan kepada ketentuan hukum privat. Dalam menjalankan tugasnya yang bersifat hukum privat penguasa telah ikut serta dalam pergaulan masyarakat seperti badan-badan hukum lainnya

Akan tetapi adalah sangat sukar untuk menetapkan kriterium yang dapat digunakan untuk memutuskan apakah perbuatan yang dilakukan oleh alat perlengkapan negara merupakan perbuatan penguasa atau hanya merupakan perbuatan dengan mana penguasa dalam kedudukannya yang sama dengan seorang partikelir ikut serta dalam pergaulan masyarakat.

Dalam negara hukum, setiap tindakan pemerintahan harus berdasarkan atas hukum, karena dalam negara negara terdapat prinsip *wetmatigheid van bestuur* atau asas legalitas. Asas ini menentukan bahwa tanpa adanya dasar wewenang yang diberikan oleh suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka segala macam aparat pemerintah tidak akan memiliki wewenang yang dapat mempengaruhi atau mengubah keadaan atau posisi hukum warga masyarakatnya.

Asas legalitas menurut Sjachran Basah, berarti upaya mewujudkan duet integral secara harmonis antara paham kedaulatan hukum dan paham kedaulatan rakyat berdasarkan prinsip monodualistis selaku pilar-pilar, yang sifat hakikatnya konstitutif.

Meskipun demikian, tidak selalu setiap tindakan pemerintahan tersedia peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Dapat terjadi, dalam kondisi tertentu terutama ketika pemerintah harus bertindak cepat untuk menyelesaikan persoalan konkret dalam masyarakat, peraturan perundang-undangannya belum tersedia. Dalam kondisi seperti ini, kepada pemerintah diberikan kebebasan bertindak (*discretionare*

power) yaitu melalui *freies Ermessen*, yang diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.

Freies Ermessen ini menimbulkan implikasi dalam bidang legislasi bagi pemerintah, yaitu lahirnya hak inisiatif untuk membuat peraturan perundang-undangan yang sederajat dengan UU tanpa persetujuan DPR, hak delegasi untuk membuat peraturan yang derajatnya di bawah UU, dan *droit function* atau kewenangan menafsirkan sendiri aturan-aturan yang masih bersifat enunsiatif.

Menurut Bagir Manan, kewenangan pemerintah untuk membentuk peraturan perundang-undangan karena beberapa alasan yaitu; Pertama, paham pembagian kekuasaan menekankan pada perbedaan fungsi daripada pemisahan organ, karena itu fungsi pembentukan peraturan tidak harus terpisah dari fungsi penyelenggaraan pemerintahan; Kedua, dalam negara kesejahteraan pemerintah membutuhkan instrumen hukum untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum; Ketiga, untuk menunjang perubahan masyarakat yang cepat, mendorong administrasi negara berperan lebih besar dalam pembentukan peraturan perundang-undangan.

Freies Ermessen merupakan konsekuensi logis dari konsepsi *welfare state*, akan tetapi dalam kerangka negara hukum, *freies Ermessen* ini tidak dapat digunakan tanpa batas. Atas dasar itu, Sjachran Basah mengemukakan unsur-unsur *freies Ermessen* dalam suatu negara hukum yaitu sebagai berikut :

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

Dengan dibedakannya tindakan pemerintah ke dalam hukum perdata dan hukum publik hal ini lebih dimaksudkan dalam hal timbulnya sengketa maka peraturan manakah yang paling tepat untuk diterapkan pada hubungan hukum yang disengketakan.

B. Perbuatan Melawan Hukum Oleh Penguasa

Perbuatan melawan hukum, atau melanggar hukum tentunya merujuk pada suatu tindakan yang bertentangan dengan hukum atau peraturan perundang-undangan. Penguasa sebagai pelaku yang mendapat wewenang untuk menjalankan fungsi salah satu Badan Pemerintah, supaya tidak sewenang-wenang dalam menjalankan tugas dan fungsinya tersebut, harus dibatasi oleh aturan-aturan hukum.

Aturan hukum yang membatasi tindakan aparat pemerintah atau Badan Pemerintah, menurut Van Vollenhoven adalah Hukum Administrasi Negara di mana dinyatakan bahwa: "Badan Pemerintah tanpa Hukum Administrasi Negara akan bebas sepenuhnya, oleh karena badan ini dapat menjalankan wewenang menurut kehendaknya sendiri".

Kewenangan pemerintah yang berkembang tanpa kendali akan cenderung menghidupkan sistem otoriter dalam pemerintah yang tendensinya akan menimbulkan asas diskresi dalam pelaksanaan pemerintahan.

Negara-negara yang lahir setelah Perang Dunia Ke-II termasuk Indonesia adalah negara yang menganut asas negara kesejahteraan (*welfarestate*), di mana hal tersebut dapat dibuktikan dengan dirumuskan:

1. Sila ke lima dari Pancasila yang merupakan falsafah negara kita, menyatakan keadilan sosial bagi seluruh bangsa kita.
2. Pembukaan UUD 1945 (Alinea IV) yang menyatakan bahwa pembentukan negara untuk menyusun kesejahteraan umum, dan lain-lain.
3. Pasal 33 ayat (1), (2), dan (3) UUD 1945.

4. GBHN sebagai suatu pembangunan negara yang menyatakan bahwa tujuan pembangunan nasional adalah membangun manusia Indonesia seutuhnya dalam rangka mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur secara merata.

Selain hal-hal tersebut, secara umum dapat diketahui bahwa ciri-ciri negara kesejahteraan adalah adanya tujuan dari pemerintah untuk mensejahterakan kehidupan warganya secara merata, dan negara dituntut untuk memberikan pelayanan untuk sebaik-baiknya dan seluas-luasnya pada masyarakat, oleh karena itu ciri-ciri yang muncul dalam negara kesejahteraan adalah :

1. Adanya campurtangan pemerintah terhadap aspek kehidupan masyarakat yang luas.
2. Dalam pelaksanaan fungsi pemerintah sering digunakan asas diskresi.

Di Indonesia campurtangan pemerintah terhadap aspek kehidupan masyarakat diwujudkan dalam bentuk pengaturan dan pembinaan. Segala aspek kehidupan masyarakat, baik di bidang politik, sosial, budaya, pendidikan maupun di bidang-bidang lainnya diatur oleh pemerintah. Aktivitas-aktivitas tertentu yang dilakukan oleh masyarakat harus ada izin dari pemerintah.

Dengan pengaturan dan perizinan pemerintah dapat memantau secara langsung dan secara berkesinambungan terhadap aspek kegiatan dan kehidupan masyarakat. Dengan adanya campurtangan pemerintah akan memperluas kekuasaan pemerintah (fungsi *zorgen*). Lebih lanjut fungsi *zorgen* akan berakibat kekuasaan pemerintah seolah-olah tidaklah terbatas, asalkan kekuasaan tersebut ditujukan pada kesejahteraan masyarakat. Dalam kenyataannya, pengertian kesejahteraan masyarakat identik dengan kepentingan umum. Demi kepentingan umum, pemerintah dapat berbuat apa saja.

Ciri kedua, dari tujuan kesejahteraan adalah asas diskresi dalam pelaksanaan fungsi pemerintahan. Dengan penggunaan asas ini terjadilah apa yang disebut "*delegatie van wetgeving* (pelaksanaan fungsi perundang-undangan)" yang menimbulkan semakin luasnya kekuasaan pemerintah.

Gejala tersebut semakin terpicu dengan kondisi sebagai tersebut:

1. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar perbuatan aparat pemerintah tidak bersifat limitatif tetapi fakultatif. Peraturan perundang-undangan demikian akan menciptakan perbuatan pemerintah untuk bebas (UM) bestuur).
2. Dalam pelaksanaan fungsi pemerintahan, pemerintah sering berbuat hanya mendasarkan pada kebijaksanaan saja. Karena hanya berdasarkan kebijaksanaan semata, perbuatan tersebut sering lepas dari peraturan perundang-undangan yang semestinya mendasari perbuatan tersebut.
3. Belum adanya peraturan perundang-undangan (berbentuk Undang-undang) yang mengatur pengertian kepentingan umum. Hal ini menimbulkan penafsiran yang bebas, karena ketidak adaannya kepastian hukum menyangkut pengaturan pengertian kepentingan umum, sehingga dengan dalih suatu kepentingan umum yang harus dipenuhi, kebebasan perbuatan pemerintah semakin meningkat.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa konsekuensi logis dari negara kesejahteraan adalah sangat luasnya kekuasaan dan kebebasan pemerintah. Perbuatan pemerintahan dalam mencampuri aspek kehidupan masyarakat diujudkan dalam bentuk Keputusan Tata Usaha Negara (*beschikking*).

Dalam pengambilan suatu keputusan, pemerintah harus mempertimbangkan seluruh kepentingan yang terkait atau mungkin akan terkait dengan keputusan yang diambil tersebut. Suatu keputusan dikatakan tepat, apabila kepentingan yang diatur oleh keputusan tersebut merupakan kepentingan yang menguntungkan, terutama bagi kepentingan umum. Sedangkan keputusan yang merupakan kepentingan umum, merupakan perbuatan penguasa yang sewenang-wenang (*willwkeur*).

Dalam Hukum Administrasi Negara, bentuk perbuatan sewenang-wenang ada lima kelompok yang meliputi :

1. Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa (*Onrechtanligh overheidsdaad* - OoD).
2. Perbuatan melawan undang-undang (*Onwetmatig*)

3. Perbuatan yang tidak wajar (*Onjuist*)
4. Perbuatan yang tidak patut (*Ondoelmatig*)
5. Perbuatan yang menyalahgunakan wewenang (*misbruik van macht, detovrnement de rouvorr*).

Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa (OoD)

Dari penjelasan di atas dapat diketahui, bahwa perbuatan melawan hukum oleh penguasa adalah keputusan pejabat yang sewenang-wenang, tidak didasarkan pada kepentingan umum.

C. Tanggung Jawab Penguasa

Dalam Laporan Tim Pengkajian tentang Masalah Hukum Tanggung Jawab Perdata Atas Pelaksanaan Pemerintahan Tahun 2002 disebutkan bahwa ditinjau dari segi hukum perdata, negara adalah sebuah badan hukum. Sebagai sebuah badan hukum negara dapat melakukan perbuatan hukum perdata atau perbuatan perdata (Vide Pasal 1654 KUHPperdata). Dengan demikian negara, seperti halnya orang-orang pribadi, dapat melakukan perbuatan perdata, dapat mempunyai hak kebendaan (hak obyektif) dan mempunyai hak perorangan (hak subyektif) dan dapat memikul tanggung jawab menurut hukum perdata (tanggung jawab perdata).

Perbuatan perdata, yang secara hukum dikualifikasikan sebagai perbuatan perdata yang dilakukan oleh negara dalam kenyataannya dilakukan oleh orang-orang yang berhak untuk mewakili negara dan berhak untuk bertindak atas nama negara. Orang-orang tersebut adalah para pejabat dalam lingkungan pemerintahan. Di dalam struktur organisasi pemerintahan terdapat banyak pejabat. Reglemen Acara Perdata menentukan bahwa orang yang dapat dituntut tanggung jawab hukumnya di dalam perkara perdata hanyalah Presiden dan Menteri (Vide Pasal 6 ayat [1] dan Pasal 1 dan Pasal 6 ayat [2] Reglemen Acara Perdata).

Sebagaimana diuraikan di atas, praktek hukum atau tepatnya praktek pengadilan, yang berlangsung sampai saat ini menunjukkan bahwa hanya ada dua kejadian (event) yang dapat dijadikan sebagai dasar untuk menuntut tanggung jawab perdata. Kedua event tersebut adalah: perbuatan melanggar hukum dan perbuatan ingkar janji. Berdasarkan prinsip itu, negara/pemerintah pun pada umumnya hanya digugat untuk dituntut tanggung jawab perdatanya hanya apabila dapat dibuktikan bahwa negara/pemerintah telah melakukan perbuatan melanggar hukum atau perbuatan ingkar janji.

Beberapa Permasalahan Yuridis Dalam Hubungan Dengan Tanggung Jawab Perdata Atas Pelaksanaan Pemerintahan

1. Pelaksanaan Pemerintahan dan Tanggung Jawab Perdata

Sesuai dengan isi uraian di atas, tanggung jawab perdata akan timbul di dalam penyelenggaraan pemerintahan apabila terjadi perbuatan melanggar hukum atau perbuatan ingkar janji.

Pelaku nyata dari perbuatan melanggar hukum adalah orang pribadi (*person*). Jika seseorang yang menjadi pejabat dalam lingkungan pemerintahan, melakukan perbuatan melanggar hukum, perbuatan tersebut dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*), dapat pula dikualifikasi sebagai perbuatan penguasa melanggar hukum.. Jika perbuatan melanggar hukum tersebut dilakukan di dalam lingkup pekerjaan atau wewenang dari si pejabat yang melakukan pelanggaran (*binnen de kring van zijn bevoegheid*), perbuatan ini merupakan perbuatan penguasa melanggar hukum (*onrechtmatie overheidsdaad*). Jika perbuatan tersebut dilakukannya di luar lingkup wewenang atau pekerjaannya (*buiten de kring zijn bevoegheid*), perbuatan tersebut merupakan melanggar hukum biasa (*onrechtmatigedaad*).

Contoh yang sederhana adalah: jika seorang Camat pada saat liburan menyetir mobil dan menabrak orang, hal ini merupakan perbuatan melanggar hukum

(*onrechtmatiggedaad*), karena hal itu terjadi di luar lingkup pekerjaan dan jabatan Camat tersebut. Tetapi, jika pada saat melakukan inspeksi ke sebuah Desa mobil yang dikemudikan oleh Camat menabrak orang, hal ini merupakan perbuatan penguasa melanggar hukum (*onrechtmatie overheidsdaad*). karena hal itu terjadi di dalam lingkup wewenang dan pekerjaan Camat yang bersangkutan.

Perbuatan ingkar janji (*wanprestasi*) dapat terjadi di dalam pelaksanaan pemerintahan apabila ada perjanjian (kontrak) yang mengikat pihak negara/pemerintah, tetapi tidak dilaksanakan oleh pejabat yang ditugaskan, atau dilaksanakan tetapi secara tidak sesuai dengan ketentuan/syarat yang tercantum di dalam perjanjian.

Perbuatan ingkar janji yang menjadi tanggung jawab negara/pemerintah hanya mungkin terjadi dalam hubungannya dengan perjanjian atau kontrak yang mengikat negara. Sebuah perjanjian (kontrak) mengikat negara apabila kontrak itu dibuat oleh pihak yang berwenang untuk mewakili negara di dalam pembuatan kontrak tersebut.

2. Masalah-masalah Dalam Hubungannya Dengan Penuntutan Tanggung Jawab Perdata Atas Pelaksanaan Pemerintahan

Perlu adanya tanggung jawab perdata dalam pelaksanaan pemerintahan yang tidak timbul dari perbuatan melanggar hukum atau perbuatan ingkar janji.

Hukum perdata mengenali adanya perikatan (yang menumbuhkan tanggung jawab perdata) yang timbul bukan dari perbuatan melanggar hukum, bukan pula dari perbuatan ingkar janji. Perikatan (dan tanggung jawab perdata) tersebut adalah perikatan yang timbul murni dari hukum dan perikatan dan juga timbul dari hukum melalui perbuatan yang tidak bertentangan dengan hukum atau perbuatan halal (Vide Pasal 1352 dan 1353 KUHPperdata).

Tanggung jawab perdata atas fakir miskin dan anak-anak terlantar merupakan salah satu jenis tanggung jawab perdata dalam pelaksanaan pemerintahan yang timbul dari undang-undang, atau bahkan Undang-undang Dasar (Vide Pasal 34 UUD 1945). Tanggung jawab perdata dari negara/pemerintah terhadap para fakir miskin dan anak terlantar merupakan tanggung jawab yang timbul secara langsung dari ketentuan hukum

yang berlaku, sekalipun negara/pemerintah tidak melakukan perbuatan melanggar hukum atau perbuatan cidera/ingkar janji terhadap fakir miskin atau anak terlantar termaksud.

Tuntutan tanggung jawab perdata semacam ini (tanggung jawab tanpa adanya perbuatan melanggar hukum atau perbuatan ingkar janji) belakangan ini semakin santer terdengar. Para pengungsi menuntut agar pemerintah bertanggungjawab untuk memberikan nafkah kepada mereka, para korban banjir menuntut agar pemerintah memberi ganti rugi atas kerugian yang mereka derita akibat dari terjadinya banjir, korban kerusuhan di Cipinang Timur meminta agar pemerintah memperbaiki kerusakan rumah mereka akibat kerusuhan tersebut, para Tenaga Kerja Indonesia (TKI) yang diusir dari Malaysia menuntut tanggung jawab perdata pemerintah dalam membentuk penyediaan tempat penampungan bagi mereka dan penyediaan dana serta sarana bagi mereka untuk kembali ke kampung halamannya.

Dalam mengajukan gugatan guna menuntut pelaksanaan tanggung jawab perdata semacam ini, pihak anggota masyarakat kerap menghadapi kesulitan teknis yuridis. Gugatan yang diajukan oleh Eurico Guterres Cs atas nama para pengungsi ex Timor Timur tidak dikabulkan sepenuhnya oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat berdasarkan pertimbangan tidak adanya perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh pemerintah. Gugatan Class Action yang diajukan oleh para korban banjir yang menuntut pemerintah (Cq Presiden RI dan Gubernur DKI Jakarta) untuk membayar ganti rugi kepada mereka mungkin ditolak pula oleh Pengadilan berdasarkan alasan, bahwa kerugian yang mereka derita bukan merupakan akibat langsung dari perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh pihak pemerintah.

Adanya tanggung jawab perdata dalam pelaksanaan pemerintahan yang sama sekali tidak ada hubungannya dengan perbuatan melanggar hukum atau perbuatan ingkar janji merupakan sesuatu yang nyata-nyata dibutuhkan. Sayangnya, pelaksanaan tanggung jawab ini menghadapi kesulitan praktis. Ketentuan hukum mengenai bagaimana caranya pemerintah melaksanakan tanggung jawab perdata ini (tanggung jawab perdata tanpa adanya perbuatan melanggar hukum/perbuatan ingkar janji) masih belum ada. Praktek

peradilan perdata yang berlangsung sampai saat ini pun lebih banyak berhubungan dengan penyelesaian masalah tanggung jawab perdata yang berhubungan dengan perbuatan melanggar hukum/ perbuatan ingkar janji dan sangat minim hubungannya dengan usaha untuk melaksanakan realisasi tanggung jawab perdata tanpa adanya perbuatan melanggar hukum/perbuatan ingkar janji.

Menentukan pihak yang memikul tanggung jawab perdata dalam pelaksanaan pemerintahan. Masalah ini timbul sehubungan dengan konstruksi hukum yang menyatakan, bahwa negara adalah sebuah badan hukum. Dengan demikian, perbuatan perdata akan dikualifikasikan sebagai perbuatan negara apabila perbuatan tersebut dilakukan oleh orang yang berhak untuk mewakilinya negara.

Secara eksplisit, tidak ada ketentuan hukum perdata yang menyatakan siapa yang berhak untuk bertindak untuk dan atas nama negara. Bahkan ketentuan tersebut tidak juga tercantum secara harfiah di dalam UUD 1945, baik sebelum diamandemen maupun sesudah diamandemen.

Karena tidak ada ketentuan eksplisit semacam itu, banyak terjadi kerancuan di dalam pengajuan gugatan yang menurut tanggung jawab perdata atas pelaksanaan pemerintahan. Perkara yang paling populer dalam hubungan ini adalah gugatan yang diajukan oleh seorang penduduk Irian Jaya (Papua) terhadap Gubernur Irian Jaya. Sekalipun pihak penggugat memenangkan perkara, Ketua Mahkamah Agung kemudian menerbitkan surat yang menyatakan bahwa putusan di dalam perkara tersebut tidak dapat dieksekusi karena "Gubernur Irian Jaya" bukan badan hukum (Vide Surat Ketua Mahkamah Agung RI No.KMA/126/IV/1995 tanggal 5 April 1995).

Secara yuridis formal, isi surat Ketua Mahkamah Agung tersebut benar-benar tepat. Menurut hukum, yang dapat melakukan perbuatan perdata adalah orang atau badan hukum (Vide Pasal 1654 KUHPperdata). Oleh karena itu, yang dapat memikul tanggung jawab perdata hanyalah orang atau badan hukum. Karena secara yuridis jabatan Gubernur adalah bukan orang, bukan juga badan hukum, maka Gubernur tidak dapat digugat di dalam perkara perdata, karena Gubernur tidak dapat memikul tanggung jawab perdata.

KUHPerdata hanya menyatakan secara umum bahwa yang berhak untuk mewakili sebuah badan hukum adalah pengurus badan hukum tersebut (Vide Pasal 1655 KUHPerdata). Yang menjadi masalah adalah: siapa yang secara hukum dapat dikategorikan sebagai "pengurus" dari sebuah badan hukum yang berbentuk negara ? Jawaban atas pertanyaan ini tercantum di dalam Pasal 6 ayat (1) dan ayat (2) Reglemen Acara Perdata, yang menentukan bahwa gugatan terhadap negara/pemerintah harus dialamatkan (diajukan) kepada:

1. Presiden, apabila gugatan tersebut berhubungan dengan perbuatan yang dilakukan oleh Presiden sendiri (Vide Pasal 6 ayat [1] Reglemen Acara Perdata), atau
2. Menteri, sebagai Wakil Negara atau Wakil Pemerintah (Vide Pasal ayat (2) Reglemen Acara Perdata).

Dari isi Pasal 6 ayat (1) dan (2) Reglemen Acara Perdata kita dapat menyimpulkan bahwa pihak yang secara hukum dinyatakan harus memikul tanggung perdata dalam pelaksanaan pemerintahan adalah Presiden atau Menteri. Tanggung jawab perdata dari masing-masing menteri harus relevan dengan lingkup pekerjaan dan wewenang Menteri. Dengan demikian, tanggung jawab perdata atas perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh seorang Kepala Kantor Wilayah Departemen Agama ditanggung oleh Menteri Agama, sementara tanggung jawab perdata atas perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh Kepala Kantor Pelayanan Pajak ditanggung oleh Menteri Keuangan.

Di dalam praktek pelaksanaan Pasal 6 ayat (1) dan (2) Reglemen Acara Perdata menimbulkan masalah sebagai berikut:

1. Di dalam struktur Pemerintahan Indonesia terdapat pejabat-pejabat yang tidak berada di bawah Menteri, tidak juga berada di bawah Presiden. Dengan demikian timbul pertanyaan, siapa yang memikul tanggung jawab perdata atas perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh anggota DPR, anggota MPR, anggota BPK atau anggota DPA ?

2. Di dalam struktur Pemerintahan Indonesia terdapat pejabat yang tidak berada di bawah Menteri. Dengan demikian timbul pertanyaan, sebagai berikut:
 - a. Siapa yang memikul tanggung jawab perdata atas perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh seorang Kepala Kejaksaan Negeri ?
 - b. Pertanyaan di atas mungkin dapat dijawab dengan menyatakan, bahwa yang memikul tanggung jawab perdata dalam kasus tersebut adalah Jaksa Agung, karena sekalipun Jaksa Agung tidak disebut "Menteri", secara hirarkhis Jaksa Agung mempunyai kedudukan sebagai Menteri. Jika demikian, siapakah yang secara hukum memikul tanggung jawab perdata atas perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh seorang anggota TNI-AD? Apakah Menteri Pertahanan, atau Panglima TNI atau Kepala Staf TNI-AD (KASAD)?
 - c. Siapa pula yang harus memikul tanggung jawab atas perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh seorang Kepala Kantor Pertanahan (Kepala BPN) ? Apakah Jabatan Kepala BPN setingkat dengan jabatan menteri ? Demikian juga, siapa yang memikul tanggung jawab atas perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh Pejabat dalam lingkungan Badan Penyehatan Perbankan Nasional (BPPN), Badan Kepegawaian Negara (BKN) atau Biro Pusat Statistik (BPS).
3. Di dalam struktur Pemerintahan Negara Indonesia terdapat pejabat satuan kerja yang bersifat semi birokratis atau satuan kerja yang tidak sepenuhnya diisi oleh pegawai negeri, seperti:
 - a. Komisi Nasional Hak-hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM)
 - b. Komisi Pemilihan Umum (KPU)
 - c. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU).

Jika ketentuan Pasal 6 ayat (2) Reglemen Acara Perdata dipegang teguh, timbul pertanyaan mengenai Menteri mana yang memikul tanggung jawab

perdata atas perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh para anggota komisi tersebut.

4. Ketentuan Pasal 6 ayat (2) Reglement Acara Perdata sudah tidak sesuai dengan ketentuan UU No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah. Menurut Pasal 6 ayat (2) KUHPperdata, tanggung jawab perdata atas perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh Bupati berada pada Menteri Dalam Negeri, karena Bupati berada di bawah Menteri Dalam Negeri. Ketentuan ini jelas bertentangan dengan sistem pemerintahan daerah yang berlaku saat ini, karena di dalam UU No. 22 Tahun 1999 terdapat ketentuan yang menyatakan bahwa Daerah kabupaten adalah sebuah badan hukum dan bahwa Bupati berhak untuk mewakili daerah Kabupaten di dalam dan di luar pengadilan.
5. Permasalahan mengenai tanggung jawab perdata dalam penyelenggaraan pemerintahan dapat timbul juga sebagai akibat dari terjadinya kerugian oleh eksekusi atas putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, tetapi kemudian terbukti sebagai putusan yang secara hukum tidak dapat dibenarkan.

Contoh yang paling populer dalam hubungan ini adalah perkara Sengkon dan Karta, di mana dua orang terdakwa (Sengkon dan Karta) dijatuhi pidana penjara karena dinyatakan terbukti telah melakukan pembunuhan. Sesudah menjalani pidana penjara sampai bertahun-tahun lamanya barulah ada seseorang lain yang mengaku sebagai pembunuh yang sebenarnya di dalam kasus pembunuhan yang dipersalahkan terhadap Sengkon dan Karta.

Jika sebagai contoh, seorang Tergugat oleh putusan Peninjauan Kembali (PK) dihukum untuk membayar ganti rugi sejumlah milyaran rupiah, tetapi kemudian (sesudah putusan tersebut dieksekusi) didapatkan bukti baru yang menunjukkan bahwa gugatan Penggugat sebenarnya tidak berdasar (*legally baseless*) dan putusan ini dieksekusi, siapa yang memikul

tanggung jawab perdata dalam kasus ini? Apalagi jika di dalam kasus ini pihak yang sudah menerima pembayaran ganti rugi tersebut (yang seharusnya dihukum untuk mengembalikan lagi ganti rugi yang diterimanya) ternyata merupakan pihak yang sulit ditemukan domisilinya.

Di dalam perkara perdata, eksekusi ini dilaksanakan oleh Pengadilan, sehingga secara teori dapat dikatakan bahwa gugatan perdata untuk menuntut tanggung jawab perdata atas eksekusi putusan hakim yang kemudian terbukti sebagai eksekusi yang melanggar hukum dapat diajukan terhadap Menteri Kehakiman, sesuai dengan ketentuan Pasal 6 ayat (2) Reglemen Acara Perdata.

Di dalam praktek hal tersebut tidak dimungkinkan karena Surat Edaran Mahkamah Agung RI No. 09 Tahun 1976 tanggal 16 Desember 1976 perihal gugatan terhadap pengadilan dan hakim, di dalam butir 3 a menentukan:

"Pasal 1365 BW tidak dapat diterapkan terhadap hakim yang salah dalam melaksanakan tugasnya dalam bidang peradilan. Bahkan untuk ketentuan di atas berlaku pula terhadap hakim administratif terhadap putusan-putusan mana tidak berlaku Pasal 1365 BW tersebut".

Demikian pula disimpulkan oleh Ilmu Hukum bahwa Negara tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kesalahan hakim dalam melaksanakan tugasnya dalam bidang peradilan.

Uraian di atas menunjukkan bahwa berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung No. 09 Tahun 1976 dalam hubungan dengan diterbitkannya putusan hakim yang kemudian terbukti sebagai putusan yang tidak benar, gugatan perdata tidak dapat diajukan, karena negara sekalipun tidak memikul tanggung jawab perdata di dalam kasus ini.

Proses Pengajuan Tuntutan untuk Menuntut Tanggung Jawab Perdata Dalam Pelaksanaan Pemerintahan. Jalan yang pada umumnya ditempuh untuk menuntut tanggung jawab perdata dalam pelaksanaan pemerintahan adalah dengan mengajukan gugat perdata terhadap pemerintah

di forum Pengadilan Negeri. Hukum Acara Perdata yang berlaku di Indonesia tidak menuntut pihak Penggugat untuk diwakili oleh seorang pengacara. Sekalipun demikian, karena proses peradilan perdata menuntut pengetahuan dan keterampilan yuridis yang cukup tinggi, bantuan ahli hukum sebagai pengacara bagi pihak Penggugat jelas diperlukan.

Kesulitan yang dihadapi di dalam praktek sehubungan dengan ini adalah, panjangnya proses peradilan perdata. Kebanyakan perkara perdata di Indonesia tidak berhenti hanya sampai terbitnya Putusan Pengadilan Negeri, melainkan diteruskan ke Tingkat bandung dan Tingkat Kasasi. Tidak sedikit perkara yang masih dilanjutkan ke proses Peninjauan Kembali (PK). Bahkan sesudah perkara memperoleh putusan hakim yang mempunyai kekuatan hukum tetap, proses eksekusinya masih dapat dihentikan oleh adanya perlawanan terhadap eksekusi. Dengan cara semacam ini proses peradilan perdata dapat berlangsung sampai bertahun-tahun lamanya.

Secara teori, proses peradilan perdata dapat dipercepat dengan menyelesaikan perkara secara damai, baik di depan pengadilan (sesuai dengan prosedur yang ditentukan di dalam Pasal 130 HIR/Pasal 151 RBg), maupun di luar pengadilan (Vide Pasal 1851 KUHPperdata). Dalam hubungannya dengan gugatan terhadap Pemerintah, penyelesaian masalah perdata secara damai harus dilaksanakan dengan berhati-hati, agar jangan sampai cara penyelesaian secara damai ini digunakan sebagai kesempatan/sarana untuk bekerjasama (*kong kaling kong*) dalam merugikan negara. Untuk itu perlu diperhatikan ketentuan Pasal 1852 KUHPperdata yang berbunyi sebagai berikut:

"Untuk mengadakan suatu perdamaian diperlukan bahwa seorang mempunyai kekuasaan untuk melepaskan haknya atas hal-hal yang termaktub di dalam perdamaian itu

Kepala-kepala Daerah yang bertindak sebagai demikian begitu pula lembaga-lembaga umum tidak dapat mengadakan suatu perdamaian

selainnya dengan mengindahkan acara-acara yang ditetapkan dalam perundang-undangan yang mengenai mereka".

Kesulitan lain yang dihadapi dalam hal ini berhubungan dengan kewajiban bagi Penggugat untuk membuktikan adanya kesalahan pada pihak Pemerintah yang digugat. Gugatan yang diajukan terhadap Kepolisian/Kejaksaan sebagai Penyidik/Penuntut Umum yang diajukan oleh mantan Terdakwa yang diputus bebas, padahal sebelumnya ditahan oleh Penyidik/Penuntut Umum, pada umumnya ditolak oleh Hakim, karena pihak Penggugat tidak dapat membuktikan adanya kesalahan pada pihak Penyidik/Penuntut Umum. Menahan orang yang tidak melakukan tindak pidana jelas merupakan perbuatan yang bertentangan dengan hukum (bertentangan dengan ketentuan yang tercantum dalam KUHAP). Sekalipun demikian, untuk menyatakan penahanan semacam itu sebagai perbuatan melanggar hukum, pihak Penggugat harus membuktikan adanya kesalahan, misalnya dengan menyatakan bahwa penahanan tersebut dilakukan secara sengaja (Penyidik/Penuntut Umum tetap menahan Penggugat sekalipun mereka tahu bahwa Penggugat tidak melakukan tindak pidana), atau bahwa penahanan tersebut dilakukan karena kelalaian (Penyidik/Penuntut Umum tidak bekerja secara profesional dalam melakukan penahanan terhadap Penggugat yang sebenarnya tidak melakukan tindak pidana). Beban pembuktian semacam ini jelas bukan merupakan sesuatu yang mudah.

Masalah atau kesulitan berikutnya adalah adanya ketentuan di dalam peraturan perundang-undangan yang menentukan batas maksimum ganti rugi. Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 tentang Pelaksanaan KUHAP misalnya, menentukan bahwa dalam hal seseorang ditahan atau dipidana penjara tetapi kemudian terbukti bahwa orang itu tidak bersalah, maksimum ganti rugi yang dapat diberikan adalah Rp 1 juta, apabila masih hidup, atau Rp 3 juta apabila ia meninggal dunia di dalam tahanan/penjara.

Proses Pembayaran Ganti Rugi Atas Tanggung Jawab Perdata dalam Pelaksanaan Pemerintahan. Dalam hubungan dengan perbuatan melanggar hukum di dalam pelaksanaan pemerintahan, sebagaimana diuraikan terlebih dahulu, terdapat dua jenis perbuatan melanggar hukum, yaitu: perbuatan melanggar hukum yang dilakukan di dalam lingkup pekerjaan (*buiten de kring van zijn bevoegheid; within the course of his duties*) dan perbuatan melanggar hukum yang dilakukan di luar lingkup pekerjaan (*buiten de kring van zijn bevoegheid/beyond the course of his duties*).

Dalam hal perbuatan melanggar hukum (um yang dilakukan di luar lingkup pekerjaan (*onrechtmatige daad*) tersebut dilakukan di luar lingkup pekerjaan seorang pejabat, tanggung jawab perdata atas perbuatan melanggar hukum tersebut menjadi tanggung jawab pribadi dari si pelaku perbuatan melanggar hukum. Dengan perkataan lain, jika si pejabat tersebut dihukum untuk membayar ganti rugi kepada pihak yang dirugikan, tetapi ia tetap tidak bersedia untuk membayar ganti rugi tersebut, Pengadilan dapat meletakkan sita eksekusi terhadap harta milik pribadi si pejabat tersebut (Vide Pasal 197 HIR/Pasal 208 RBg).

Dalam hal perbuatan melanggar hukum tersebut dilakukan di luar lingkup pekerjaan Pejabat yang melakukan perbuatan tersebut (*binnen de kring van zijn bevoegheid/within the course of his duties*), perbuatan melanggar hukum tersebut dikualifikasikan sebagai perbuatan penguasa melanggar hukum atau perbuatan pemerintah melanggar hukum (*onrechtmatige overheids daad*). Dalam hal ini, tanggung jawab perdata berada pada negara.

Dengan demikian, jika atas terjadinya perbuatan melanggar hukum/perbuatan pemerintah melanggar hukum (*onrechtmatige overheids daad*) tersebut dijatuhkan hukuman pembayaran ganti rugi, tanggung jawab untuk membayar ganti rugi tersebut berada pada negara. Di dalam praktek,

proses pembayaran ganti rugi dalam hubungan ini biasanya memerlukan waktu yang lama, karena untuk pembayaran ganti rugi tersebut, negara Cq. Menteri yang relevan harus menguruskan penyediaan anggarannya.

Apabila negara tidak memenuhi kewajibannya untuk membayar dalam jangka waktu yang wajar ganti rugi kepada pihak korban dari perbuatan penguasa melanggar hukum (*onrechtmatige overheids daad*) terhadap harta milik negara dapat diletakkan sita eksekusi. Hanya saja, berdasarkan ketentuan Pasal 66 dan Pasal 67 UU Perbendaharaan Negara (ICW/S.1864-106 jis S.1925-448 dan UU No. 9 Tahun 1968 tentang Perbendaharaan Negara), penyitaan terhadap barang milik negara hanya dapat dilakukan oleh pengadilan sesudah memperoleh izin terlebih dahulu dari Mahkamah Agung.

Uraian di atas menunjukkan bahwa proses pembayaran ganti rugi dalam hubungan dengan tanggung jawab perdata atas perbuatan penguasa melanggar hukum (*onrechtmatige overheids daad*) bukanlah merupakan proses yang sederhana dan mudah.

Adanya Tindakan Pejabat Pemerintah yang tidak Mengakibatkan Tumbuhnya Tanggung Jawab Perdata

Sebagaimana telah diuraikan terlebih dahulu, syarat perbuatan melanggar hukum yang ditentukan di dalam Arrest Lindenbaum - Cohen, bersifat kumulatif. Artinya, untuk dapat menuntut tanggung jawab perdata semua syarat yang tercantum di dalam Arrest tersebut harus dipenuhi.

Dengan demikian, perbuatan yang melanggar hukum (dalam arti luas) tidak dengan sendirinya menimbulkan tanggung jawab perdata, apabila kesalahan dalam perbuatan tersebut tidak dapat dibuktikan atau apabila perbuatan tersebut tidak menimbulkan kerugian.

Sebagaimana diuraikan di atas, tanggung jawab perdata tidak dapat dituntut terhadap seorang penyidik atau penuntut umum yang melakukan penahanan terhadap seseorang yang kemudian terbukti tidak

melakukan tindak pidana yang disangkakan terhadapnya, apabila tidak dapat dibuktikan bahwa penahanan secara melawan hukum tersebut dilakukan dengan sengaja atau kurang berhati-hati (lalai). Demikian juga seorang Kepala Kelurahan yang menerbitkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) secara di luar prosedur tidak dapat dibuktikan bahwa penerbitan KTP tersebut mengakibatkan terjadinya kerugian.

Bahkan andaikata KTP yang diterbitkan secara di luar prosedur itu digunakan oleh seseorang untuk menipu orang lain, pihak yang dirugikan tidak dapat menggugat dan menuntut tanggung jawab perdata terhadap Kepala Kelurahan yang menerbitkan KTP semacam itu. Hal ini disebabkan karena kerugian tersebut bukan merupakan akibat langsung dari penerbitan KTP. Arrest Lindenbaum-Cohen menentukan bahwa kerugian yang terjadi harus merupakan akibat langsung dari perbuatan melanggar hukum yang digugat.

Hal yang sama terjadi pula dalam hubungannya dengan banjir. Jika seorang Kepala Daerah memberikan izin kepada sebuah perusahaan pengembang (*Real Estate Company*) untuk membangun di sebuah area yang sebenarnya termasuk dalam area resapan air, tindakan ini mungkin tidak dapat dikualifikasikan sebagai pelanggaran terhadap ketentuan hukum yang berlaku, sebab Kepala Daerah memiliki wewenang untuk menerbitkan izin semacam itu. Sekalipun demikian, penerbitan izin tersebut bertentangan dengan asas Kabupaten/Kelayakan, sebab ditinjau dari segi ini area resapan air tidak patut untuk dijadikan sebagai kompleks perumahan.

Meski izin tersebut diterbitkan secara bertentangan dengan asas kepatutan/kelayakan, perbuatan penerbitan izin tersebut tidak dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige overheids daad*), karena perbitan izin itu sendiri (*aan sich*) tidak mengakibatkan terjadinya kerugian. Bahkan jika kompleks perumahan yang dibangun di tempat itu mengakibatkan terjadinya banjir, para korban banjir

yang menderita kerugian akibat terjadinya banjir tetap tidak dapat menuntut Kepala Daerah yang menerbitkan izin tersebut sebagai pelaku dari perbuatan penguasa melanggar hukum (*onrechtmatige overheids daad*), karena banjir tersebut tidak diakibatkan secara langsung oleh perbuatan penerbitan izin yang dilakukan oleh Kepala Daerah. Penyebab langsung terjadinya banjir tersebut adalah pembangunan kompleks perumahan di area resapan air. Perbuatan ini tidak dilakukan oleh Kepala Daerah.

Bagian terdahulu telah menguraikan telah diuraikan bahwa dalam hubungan dengan putusan hakim yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap, tetapi kemudian putusan tersebut terbukti sebagai putusan yang tidak benar, tanggung jawab perdata dalam pelaksanaan pemerintahan sama sekali tidak dapat dituntut sekalipun putusan tersebut menimbulkan kerugian, karena Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 09 Tahun 1976 tanggal 16 Desember 1976 perihal gugatan terhadap pengadilan dan hakim menentukan:

"Demikian pula disimpulkan oleh Ilmu Hukum bahwa Negara tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kesalahan hakim dalam melaksanakan tugasnya dalam bidang peradilan".

Terhadap ketentuan tersebut di dalam alinea terakhir dari butir 3a SEMA termaksud diberikan alasan sebagai berikut:

"Hal demikian tidak dibenarkan, adanya kemungkinan bagi pihak yang setelah mempergunakan sarana hukum yang tersedia, namun tidak berhasil dalam gugatannya, untuk memulai suatu gugatan baru terhadap negara berdasarkan Pasal 1365 BW, karena hal itu berarti keputusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum yang pasti, dijadikan lagi sasaran dari pemeriksaan baru".

Di era reformasi ini isi SEMA No. 09 Tahun 1976 perlu dipertimbangkan kembali. SEMA tersebut mengesankan tidak adanya tanggung jawab perdata atas perbuatan hakim dalam penerbitan putusan, sekalipun putusan tersebut bertentangan dengan hukum dan terdapat kelalaian dalam proses penerbitan putusan. Isi SEMA ini tidak sesuai dengan

Asas Supremasi Hukum. Jika hukum menentukan adanya kewajiban untuk memikul tanggung jawab perdata atas terjadinya perbuatan melanggar hukum, maka setiap orang seharusnya tunduk kepada kewajiban ini.

Efek Sampingan dari Tanggung Jawab Perdata Dalam Pelaksanaan Pemerintahan.

Uraian di atas menunjukkan bahwa dalam hal seorang pejabat melakukan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige overheids daad*), tanggung jawab perdata sepenuhnya berada pada pihak negara, bukan pada pihak diri pribadi si pejabat yang melakukan perbuatan tersebut. Bahkan atas perbuatan termaksud, ganti rugi menjadi tanggung jawab negara, bukan tanggung jawab pribadi si pejabat yang melakukan perbuatan yang melanggar hukum tersebut

Sistem semacam ini kurang mendorong para pejabat untuk bersikap hati-hati dalam melaksanakan pekerjaannya, karena jika di dalam pelaksanaan pekerjaan tersebut terjadi perbuatan melanggar hukum, tanggung jawabnya sepenuhnya berada pada negara. Contoh yang paling mencolok dalam hubungan ini terlihat dalam penegakan hukum pidana, di mana penyidik dan penuntut umum kerap melakukan penahanan terhadap seorang Tersangka, sekalipun perkaranya kemudian dihentikan (dengan Surat Perintah Penghentian Penyidikan/SP3, atau Surat Keputusan Penghentian Penuntutan/SKKP), diputus bebas (*vrijspraak*) atau diputus lepas dari tuntutan hukum (*onslag van alle rechts vervolgings*) oleh pengadilan.

Pejabat yang melaukkan penahanan sama sekali tidak memikirkan tanggung jawab perdata jika penahanan kemudian secara hukum dikualifikasikan sebagai perbuatan penguasa melanggar hukum (*onrechtmatige overheids daad*), tanggung jawab perdata atas hal tersebut sepenuhnya ditanggung oleh negara. Pembayaran ganti rugi terhadap mantan tersangka/ terdakwa/terpidana yang pernah ditahan/dipidana tanpa bersalah menjadi tanggungan anggaran belanja negara. Dengan demikian tanggung

jawab perdata dalam hubungan dengan penahanan yang bersifat melawan hukum dianggap enteng oleh para pejabat yang berwenang dalam hal ini. Apalagi karena PP No. 27 tahun 1983 tentang Pelaksanaan KUHAP menentukan batas maksimum atas pemberian ganti rugi.

D. Penyelesaian Di Pengadilan Dan Eksekusi

Dalam hukum pidana telah diterima asas tidak ada perbuatan pidana tanpa kesalahan. Sedangkan dalam hukum perdata tidak ada pertanggung jawaban untuk akibat-akibat dari perbuatan melawan hukum tanpa kesalahan. Kesalahan dapata mencakup kesengajaan maupun kelalaian.

Untuk kerugian dimaksudkan sebagai kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatan melawan hukum. Kerugian ini dapat bersifat harta kekayaan dapat pula bersifat idiil. Kerugian harta kekayaan umumnya meliputi kerugian yang diderita oleh sipenderita dan keuntungan yang seharusnya ia peroleh. Kerugian yang bersifat idiil (immateril) dapat berupa kerugian terhadap rasa ketakutan, sakit atau kehilangan kesenangan hidup.

Undang-undang tidak secara lengkap mengatur mengenai ganti rugi yang timbul dari perbuatan melawan hukum. Oleh karena itu aturan yang dipakai untuk ganti rugi ini adalah dengan secara analogis m,enggunakan peraturan ganti rugi akibat wanprestasi dalama pasal 1243.1252 KUHPperdata.²³.

Perkembangan Perbuatan Melawan Hukum yang didasarkan pada hukum tidak tertulis ini menjadi wilayah yang terbuka untuk diisi oleh putusan-putusan

hakim yang berisi penemuan hukum. Dengan kata lain ada suatu role expectancy dari hukum untuk dijalankan oleh hakim. Pengadilan diharapkan menghasilkan konsep-konsep perbuatan melawan hukum yang dasarnya adalah hukum tidak tertulis. Penelitian terhadap putusan-putusan pengadilan mengenai perbuatan melawan hukum diharapkan dapat menjawab sejauh mana pengadilan mampu menentukan perbuatan melawan hukum berdasarkan hukum tidak tertulis. Apakah *rechtsvinding* telah terjadi melalui putusan-putusan pengadilan ataukah sebaliknya tidak terjadi penemuan hukum.

Perkembangan penerapan Perbuatan Melawan Hukum yang didasarkan pada hukum tertulis dapat terlihat dengan munculnya berbagai undang-undang yang secara khusus mengatur mengenai Perbuatan Melawan Hukum yaitu Undang-undang No.5 Tahun 1986 Tentang Peradilan tata Usaha Negara, Undang-undang No.1 Tahun 1997 Tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, Undang-undang No.8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen dan Undang-undang No.19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta.

Berbagai undang-undang tersebut di atas telah mempengaruhi penerapan pasal 1365 KUHPerdara dalam praktek sehingga dapat dikatakan bahwa telah terjadi perubahan terhadap penerapan pasal 1365 KUHPerdara.

Mengenai pengaruh Common Law terhadap pergeseran konsep kesaslahan dalam perbuatan melawan hukum dapat terlihat umpamanya melalui

²³Mariam Darus Badruzaman, KUHPerdara-Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan, Bandung : Alumni, 1983, hal.148.

undang-undang tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup. Dalam pasal 21 UU No.4 Tahun 1982 tentang Lingkungan Hidup dan pasal 35 UU No.23 tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, kita dihadapkan pada ajaran Strict Liability²⁴ atau tanggung jawab mutlak dimana unsur kesalahan tidak perlu dibuktikan oleh pihak penggugat sebagai dasar pembayaran ganti kerugian. Ajaran ini menyimpang dari prinsip yang dianut oleh pasal 1365 KUHPerdara yaitu, "Liability based on fault" dengan beban pembuktian pada korban. Hal ini sejalan dengan pasal 1865 KUHPerdara yang menentukan bahwa setiap orang yang mendalilkan bahwa ia mempunyai hak atau guna meneguhkan haknya sendiri maupun membantah suatu hak orang lain, menunjuk pada suatu peristiwa, diwajibkan membuktikan adanya hak atau peristiwa tersebut.

Tarik menarik antara kedua prinsip tersebut di atas dapat terlihat dalam putusan berikut ini :

Dalam antara WALHI v. PT.Inti Indorayon Utama (PT.IIU), perkara No.820/Pdt/G.V/1998/PN.Jakarta Pusat yang terjadi pada tahun 1998, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, menolak gugatan WALHI dengan berpedoman pada prinsip pembuktian yang terdapat dalam pasal 1365 KUHPerdara.

Juga dalam H.Acil dkk v. Pemerintah RI cq.Pertamina Pusat cq.Total Indonesia. Duduk perkaranya dalah mengenai perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh para Tergugat yaitu pencemaran pada areal perkebunan

²⁴John G.Fleming, The Law of Tort, (Sydney : The Law Book Company Limited 1992) hal.329, Dalam Rosa Agustina, Perbuatan Melawan Hukum, UI, FH. Pasca Sarjana, 2003, Hal. 15.

Penggugat yang terletak di Kecamatan Muara Jawa. Dalam perkara ini Pengadilan Negeri Balikpapan dengan putusan No.18/Pdt/G/1989/PN.BPP, menolak gugatan Penggugat. Pengadilan Tinggi Samarinda dengan putusan Nomor 03/ Perd /1991/ PT.KT.SMDA, membatalkan putusan Pengadilan Negeri dan menyatakan bahwa perbuatan para tergugat sebagai perbuatan melawan hukum. Pengadilan Tinggi ini dibatalkan oleh Mahkamah Agung melalui Putusan No.2727.K/Pdt/1991 dengan alasan bahwa Pengadilan Tinggi telah salah menerapkan hukum karena dalam suatu pertimbangan menyatakan bahwa kerugian Penggugat telah terbukti oleh karena para Tergugat tidak mengajukan bukti kebalikannya. Menurut Mahkamah Agung pertimbangan Pengadilan Tinggi tersebut melanggar pasal 283 Rbg.

Pasal tersebut menyatakan :

"Barang siapa yang mengatakan mempunyai suatu hak, menyebutkan suatu perkara sungguh-sungguh untuk meneguhkan haknya itu, atau tidak membantah hak orang lain, haruslah menerangkan adanya hak itu dan adanya perkara sungguh-sungguh itu".

Dalam kasus di atas Pengadilan Tinggi Samarinda sesungguhnya telah menerapkan prinsip pembuktian yang terkandung dalam UU No.4 tahun 1982 tentang Lingkungan Hidup dengan menyatakan bahwa kerugian Penggugat telah terbukti oleh karena para Tergugat tidak mengajukan bukti kebalikannya, namun putusan tersebut dianggap salah oleh Mahkamah Agung karena melanggar prinsip pembuktian sebagaimana diatur dalam pasal 283 Rbg.

Dua perkara lingkungan tersebut di atas terjadi pada tahun 1988 dan tahun 1991, setelah lahirnya UU No.4 tahun 1982 tentang Lingkungan Hidup, artinya prinsip "Strict Liability" sudah mulai dikenal, namun hakim tetap memutuskan berdasarkan prinsip pembuktian yang terdapat dalam pasal 1365 KUHPerdara yaitu "liability based on fault" atau "schuldaansprakelijkheid" (pertanggung jawaban atas dasar kesalahan) dengan pembuktian ada pada korban.

Dalam UU No.8 tahun 1988 tentang Perlindungan Konsumen juga diatur mengenai prinsip pembuktian sebagaimana dalam UU No.23 tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Dalam Pasal 28 disebutkan :

"Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha".

UU No.23 tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup dan UU No.8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen sesungguhnya merupakan koreksi terhadap pasal 1365 KUHPerdara yang dianggap tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat, karena apabila dalam perkara lingkungan dan perkara perlindungan konsumen diterapkan prinsip beban pembuktian kesalahan ada pada korban maka keadilan tidak akan tercapai karena biaya untuk membuktikan adanya pencemaran lingkungan atau adanya perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pelaku usaha tidaklah sedikit, biaya tersebut tidak mungkin dipikul oleh masyarakat kecil sebagai korban.

Di dalam menggugat pengganti kerugian itu kadang-kadang peristiwanya tidak begitu jelas sehingga orang tidak tahu pasti apakah berdasarkan tidak terlaksananya perjanjian (wanprestasi) atau berdasarkan perbuatan yang melanggar hukum atau kedua-duanya. Pengganti kerugian berdasar wanprestasi telah diatur dalam pasal 1243 KHUPerdata²⁵ sampai dengan pasal 1252 dan perbuatannya yang melawan hukum diatur dalam pasal 1365 KUHPerdata. Namun bila dibaca pasal 1365 KUHPerdata, tidak tercantum sama sekali apa wujud dari pengganti kerugian itu, sehingga menurut teori pasal 1243 sampai dengan pasal 1252 KUHPerdata dapat diterapkan secara analogis²⁶.

Rutten menyatakan bahwa wanprestasi adalah species dari genus perbuatan yang melawan hukum yaitu mengenai pelanggaran terhadap hak subyektif. Dengan perkataan lain wanprestasi dan perbuatan yang melanggar hukum adalah merupakan "Lex Specialis Derogat legi generali"²⁷.

²⁵Pasal 1243 KUHPerdata : "Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya", R.Subekti dan Tjitrosudibio, Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Edisi Revisi, (Jakarta : PT.Pradnya Paramita, 1996) hal.324.

²⁶Purwahid Patrik, Pembarengan Pengganti Kerugian Karena Wanprestasi dan Perbuatan Melanggar Hukum (Semarang : Dewan Kerjasama Ilmu Hukum Belanda Dengan Indonesia Proyek Hukum Perdata, 22 Agustus - 3 September 1988) hal.50.

²⁷L.E.H.Rutten, Mr.C.Asser's Handleiding Tot De Beofening Van Het Nederlands Burgerlijk Recht, Derdxe Deel-Verbintnissenrecht, Twelde Drunk, De Overreekomst En De Verbintenis Uit De ZWet (Zwolle : W.E.,J. Tjeenk Willink, 1968), hal 408, Dalam Rosa Agustina, hal. 33.

Demikian pula pendapat Hofmann bahwa pasal 1243 sampai dengan pasal 1252 KUHPerdara menyisihkan pasal 1365 KUHPerdara sepanjang mengenai tidak memnuhi suatu perikatan²⁸.

Dilihat sepintas lalu memang wanprestasi juga termasuk perbuatan melawan hukum karena bagaimanapun juga telah memenuhi unsur-unsur dari perbuatan melawan hukum. Namun apabila dilihat dari sumber perikatan dan akibatnya akan tampak berbeda.

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya bahwa sumber perikatan ialah perjanjian dan undang-undang (Pasal 1233 KUHPerdara)²⁹. Wanprestasi bersumber dari perjanjian sedangkan perbuatan yang melawan hukum bersumber dari undang-undang.

Akibat dari wanprestasi diatur dalam pasal 1243 KUHPerdara sampani dengan pasal 1252 KUHPerdara. Pasal-pasal tersebut mengatur mengenai pengganti kerugian yang terdiri dari biaya, rugi dan bunga yang berwujud uang, dan akibat dari perbuatanyang melawan hukum selain pengganti kerugian pengganti kerugian yang berwujud uang dimana pasal 1243 KUHPerdara sampai dengan pasal 1252 KUHPerdara dapat diterapkan secara analogis, juga dapat berwujud pemulihan dalam keadaan semula dan larangan untuk mengulangi

²⁸Purwahid Patrik, Opcit, hal.50, Dalam Rosa Agustina, hal. 33.

²⁹Pasal 1233 KUHPerdara : "Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang", R.Subekti dan Tjitrosidibio, KUH P Edisi Revisi, Jakarta, Pradnya Paramita, 1996, hal.323.

perbuatannya lagi atau suatu prestasi yang bukan berupa uang untuk menghilangkan kerugian yang diderita.

Dalam praktek di negeri Belanda dulu sering terjadi penggugat menggugat karena tidak dipenuhinya suatu perjanjian berdasarkan perbuatan melawan hukum. Tergugat kemudian menjawab bahwa gugatan berdasarkan perbuatan melawan hukum hendaknya tidak dapat diterima sebab sebenarnya harus berdasar tidak dipenuhinya suatu perjanjian. Apabila menurut penyelidikan hakim fakta berdasar perbuatan yang melawan hukum memang tidak ada maka gugatan tidak dapat diterima. Demikian pula sebaliknya, apabila gugatan dengan kualifikasi wanprestasi sedangkan sebenarnya adalah perbuatan yang melawan hukum³⁰.

Meijers dengan tepat menyatakan bahwa keputusan-keputusan dalam praktek yang demikian adalah sesat. Ia menekankan meskipun kualifikasi yang diberikan oleh penggugat keliru namun gugatan hendaknya diterima juga³¹.

Juga Pitlo mempunyai pendirian yang sama, ia menyatakan bahwa penggugat tidak perlu menentukan dasar gugatan. Apabila penggugat menggugat berdasar perbuatan melawan hukum dan hakim tidak melihat adanya perbuatan

³⁰Purwahid Patrik, Opcit.

³¹E.M.Keijers. *Verzamelde Privaat Rechtelijk Opstellen* (Leiden : Universitaire Pers, 1955) hal.9, Dalam Rosa Agustina, hal. 34

melawan hukum dalam peristiwa itu tetapi wanprestasi maka gugatan pengganti kerugian hendaknya berwujud uang³².

Berbeda dengan di Indonesia, karena tidak ada kewajiban untuk mempergunakan pengacara dalam proses beracara dipengadilan sebagaimana diatur dalam pasal 118 (1) HIR maka sulit bagi masyarakat awam yang tidak mengerti hukum untuk menentukan apa dasar gugatan itu³³.

Dalam hal masyarakat tidak mengetahui secara persis dasar hukum gugatannya maka dimungkinkan ia secara lisan maupun tulisan menggugat atau menghadap Ketua Pengadilan dengan mengutarakan peristiwa yang terjadi secara lengkap yang menjadi dasar gugatannya (posita) dan mengemukakan apa yang dituntut (petitum). Berdasarkan pasal 119 HIR. Ketua pengadilan dapat memberi bantuan kepada penggugat dalam mengajukan gugatannya³⁴.

Penilaian Terhadap Besarnya Ganti Rugi, Tergantung Pada Kebijakan Hakim

³²A.Pitlo, *Het Verbintenissen recht, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Algemeen deel*, 1974, dalam Purwahid Patrik, *Ibid*, hal.289, Dalam Rosa Agustina, hal.34.

³³Pasal 118 HIT ayat (1) menyebutkan bahwa gugatan perdata, yang pada tingkat pertama masuk kekuasaan Pengadilan Negeri, harus dimasukkan dengan surat permintaan yang ditandatangani oleh penggugat atau oleh wakilnya menurut pasal 123, kepada ketua pengadilan negeri di daerah hukum siapa tergugat bertempat diam atau jika tidak diketahui tempat diamnya, tempat tinggal sebetulnya R.Soesilo, *RIB/HIR dengan penjelasan* (Bogor : Politea, 1995), hal.289.

³⁴Pasal 119 HIR : "Ketua Pengadilan Negeri berkuasa memberi nasehat dan pertolongan kepada penggugat atau kepada wakilnya tentang hal memasukkan surat gugatnya", R.Soesilo, *Ibid*, hal.79.

Pasal 1365 KUH Perdata menentukan kewajiban pelaku perbuatan melawan hukum untuk membayar ganti rugi namun tidak ada pengaturan lebih lanjut mengenai ganti kerugian tersebut. Selanjutnya pasal 1371 ayat (2) KUH Perdata memberikan sedikit pedoman untuk itu dengan menyebutkan :

"Juga penggantian kerugian ini dinilai menurut kedudukan dan kemampuan kedua belah pihak, dan menurut keadaan".

Pedoman selanjutnya dapat ditemukan pada Pasal 1372 ayat (2) KUH Perdata yang menyatakan :

"Dalam menilai satu dan lain, Hakim harus memperhatikan berat ringannya penghinaan, begitu pula pangkat, kedudukan dan kemampuan kedua belah pihak, dan pada keadaan".

Dalam hukum perdata dapat dipersoalkan apakah ada perbedaan pengertian antara kerugian sebagai akibat suatu perbuatan melawan hukum diastu pihak dan kerugian sebagai akibat dari tidak terlaksananya suatu perjanjian di lain pihak. Pasal 1365 KUH Perdata menamakan kerugian akibat perbuatan melawan hukum sebagai "scade" (rugi) saja, sedangkan kerugian akibat wanprestasi oleh pasal 1246 KUH Perdata dinamakan "Kosten, scaden en interessen" (biaya, kerugian dan bunga).

Penggugat yang mendasarkan gugatan pada pasal 1365 KUH Perdata sekali-kali tidaklah dapat mengharapkan, bahwa besarnya kerugian akan ditentukan oleh undang-undang telah menjadi yurisprudensi yang tetap. Mahkamah Agung Indonesia dalam putusan R. Soegijono V. Walikota Kepala Daerah Tingkat II Kota

Madya Blitar No.610K/Sip/1968 tanggal 23 Mei 1970, memuat pertimbangan antara lain sebagai berikut³⁵ :

"Meskipun tuntutan ganti kerugian jumlahnya dianggap tidak pantas, sedang penggugat mutlak menuntut sejumlah itu, hakim berwenang untuk menetapkan berapa sepantasnya harus dibayar, hal ini tidak melanggar pasal 178 (3) HIR (ex aequo et bono)".

Bahwa hakim berwenang untuk menentukan berapa sepantasnya harus dibayar ganti kerugian, sekalipun penggugat menuntut ganti kerugian dalam jumlah yang tidak pantas.

Yang dimaksud "schade" dalam pasal 1365 KUH Perdata adalah kerugian, yang timbul karena perbuatan melawan hukum.³⁶.

Schade dalam arti kerusakan yang diderita yang menyebabkan bendanya tidak mulus lagi, tidaklah dapat diganti, umpamanya sebuah mobil ditabrak mobil lain, sehingga spatbordnya mengalami kerusakan, dan sesudah diperbaiki tidak mulus lagi. Karenanya mobil tersebut mengalami pengurangan harga (waarde vermindering). Biasanya waarde vermindering tersebut diperbaiki tidak kembali menjadi seperti asalnya, tapi juga disebabkan penghargaan orang terhadap mobil tersebut menjadi berkurang dengan dalih bahwa bodinya cacat dan sebagainya. Dengan adanya waarde vermindering tersebut pemilik mobil sudah tentu mengalami kerugian, dan karenanya pemilik tersebut menuntut ganti kerugian.

³⁵Chidir Ali, *Yurisprudensi Indonesia tentang Perbuatan Melawan Huakum*, Jakarta : Mahkamah Agung, 1970), hal.21.

³⁶L.F.H. Rutten, *Opcit*, hal.445, Dalam Rosa Agustina, hal. 53.

Dalam hal seseorang mempertanggungkan jiwanya kemudian mengalami kecelakaan karena ditabrak mobil, sehingga karenanya ia menjadi buta dan karenanya pula harus kehilangan nafkah sepanjang sisi hidupnya, maka orang tersebut berhak mendapat ganti kerugian tidak hanya atas kerugian yang dideritanya pada waktu mengajukan gugatannya, namun juga atas kerugian yang masih akan dideritanya selama sisa hidupnya dengan kehilangan sumber penghasilan tetap. Telah menjadi pendapat umum bahwa penggantian kerugian untuk kerugian yang masih akan diderita dapat pula dituntutkan.

Berdasarkan pasal 1250 KUH Perdata si pelaku harus pula dibebani bunga menurut ketentuan undang-undang atas seluruh jumlah ganti kerugian terhitung mulai hari diajukannya gugatan.

Sebagaimana telah diutarakan diatas, Hakim dalam menentukan besarnya kerugian tidaklah terikat pada peraturan undang-undang. Bahlan telah menjadi yurisprudensi tetap dari Mahkamah Agung Indonesia dengan keputusannya tanggal 23 Mei 1970 dalam R. Soegijono v. Walikota Kepala Daerah Tingkat II Kota Madya Blitar, No.610 K/ Sip/1968³⁷, bahwa hakim dalam menetapkan besarnya ganti kerugian harus menetapkan menurut keadilan (*ex aequo et bono*; *naar redelijjkheid en billijkheid* atau *in goede justitie*).

Si penderita yang mengajukan gugatan untuk menuntut ganti kerugian harus membuktikan besarnya kerugian yang telah dideritanya. Hal mana tidaklah

³⁷Yurisprudensi Indonesia (Jakarta : Mahkamah Agung, 1970), hal.65.

semudah diperkirakan, karena penetapannya diserahkan pada pengadilan secara *ex aquo et bono*.

Sehubungan dengan hal tersebut, berlaku pula suatu sendi bahwa sipenderita berkewajiban selama secara wajar dapat diharapkan padanya, untuk membatasi tuntutan kerugian. Andaikan sesuatu alat perusahaan menderita kerusakan, sehingga tidak dapat digunakan, maka untuk menjaga jangan sampai menderita kerugian yang lebih parah, ia berkewajiban untuk segera mengganti alat tersebut dari persediaan alat yang ada padanya.³⁸

Maka apabila ia harus mengeluarkan biaya-biaya untuk mengganti alat-alat yang rusak tersebut dari alat persediannya, umpamanya untuk membayar tukang dan sebagainya, hanyalah dapat dibebankan pada pelaku secara berimbang, kalau biaya-biaya tersebut harus dikeluarkan berhubung dengan adanya ancaman akan dideritanya kerugian sebagai akibat perbuatan pihak ketiga tersebut. Umpamanya, seorang pedagang keliling, yang mobilnya rusak karena perbuatan orang lain dan karenanya mengalami perbaikan beberapa waktu lamanya, tidak dapat diam saja bertopang dagu. Ia harus berusaha melanjutkan pekerjaannya dengan menyewa mobil lain.

Konsekwensi daripada sendi seperti yang diuraikan sebelumnya adalah, bahwa bilamana terjadi kerugian tambahan karena menyewa mobil lain, maka sipelaku perbuatan melawan hukum tidak perlu memikul kerugian tambahan tersebut. Konsekwensi lain adalah bahwa biaya-biaya yang harus dikeluarkan oleh

³⁸M.A.Moegni Djodirdjo, Opcit, hal.82.

penderita untuk mengurangi kerugian atau untuk mencegah bertambahnya kerugian, dianggap disebabkan karena perbuatan melawan hukum.³⁹

Ter Haar menceritakan bahwa di tanah Toraja suatu kejahatan yang dilakukan dengan ucapan harus dibalas dengan suatu pembayaran berupa ayam, sedang suatu kejahatan yang dilakukan dengan tangan menuntut pembalasan dengan suatu pembayaran berupa kambing. Suatu kejahatan yang dilakukan dengan seluruh tubuh sipenjahat harus dibalas dengan pembayaran berupa kerbau. Dengan cara pembalasan ini, maka baru dianggap suatu kerugian dalam masyarakat akibat dari perbuatan melawan hukum tersebut telah diperbaiki.⁴⁰

Di Palembang di kalangan Peradilan Adat (*Inheemse rechtsspraak*) ada peraturan adat yang dinamakan Undang-Undang Simbur Cahaya. Di situ disebutkan suatu pelanggaran adat yang dinamakan "Sumbang Kecil" yaitu seorang lelaki bersetubuh dengan ipar perempuannya. Dengan pelanggaran adat ini dusun dianggap menjadi kotor, maka sipelanggar adat itu ditetapkan harus membuat sedekah "membasuh dusun" berupa menyembelih seekor kambing dengan secukupnya bahan-bahan yang perlu untuk sedekah itu, seperti beras, kelapa, asam, garam dan lain-lain.⁴¹

Sebagaimana telah diuraikan terdahulu, kerugian sebagai akibat dari perbuatan melawan hukum dapat bersifat materiil maupun immateriil.

³⁹Ibid, hal.82.

⁴⁰Ter Haar, *Beginnelsen en stelsel van het Adatrecht*, hal.218 dalam Wirjono Projodikoro, *Perbuatan Melanggar Huakum*, Opcit, hal.40-41.

Kerugian materiil dapat berupa kerugian yang nyata diderita dan kehilangan keuntungan yang diharapkan. Mengenai kerugian yang bersifat immateriil dapat dilihat dalam Arrest Hoge Raad tanggal 31 Desember 1937 Hoetink No.123.

Perkara ini bermula dari pemilik dan penghuni sebuah rumah yang terletak didekat gedung pertemuan mahasiswa di Utrecht yang seringkali mengalami kebisingan, karena pesta malam yang sering diadakan. Pesta-pesta tersebut sangat mengganggu tidurnya. Oleh karenanya, pemilik dan penghuni rumah kemudian menggugat perhimpunan mahasiswa bersangkutan untuk membayar ganti kerugian.

Gugatan ini dikabulkan atas dasar, bahwa termasuk dalam pengertian kerugian peniadaan atau pengurangan kenikmatan yang ditimbulkan oleh perbuatan-perbuatan melawan hukum yang diharapkan ada pada seseorang berdasarkan hak-hak yang melekat pada harta kekayaannya.⁴².

Antara pengganti kerugian karena perbuatan melawan hukum dan pengganti kerugian karena tidak dipenuhinya perikatan dan persamaan, yang terakhir diatur dalam pasal 1243 KUH Perdata sampai dengan pasal 1252 KUH Perdata.⁴³

Penggantian kerugian karena perbuatan melawan hukum tidak diatur oleh undang-undang. Oleh karena itu aturan yang dipakai untuk ganti kerugian ini adalah, dengan secara analogis mempergunakan peraturan ganti kerugian akibat

⁴¹Ibid, hal.41.

⁴²H.F.A.Vollmar, Pengantar Studi Hukum Perdata, jilid II, diterjemahkan oleh I.S.Adiwimarta (Jakarta : CV.Rajawali, 1984), hal.193.

wanprestasi yang diatur pasal 1243-1252 KUH Perdata. Disamping itu pemulihan kembali kedalam keadaan semula.⁴⁴

Gugatan pengganti kerugian karena perbuatan melawan hukum dapat berupa:⁴⁵

1. Uang dan dapat dengan uang pemaksa
2. Pemulihan pada keadaan semula (dapat dengan uang pemaksa)
3. Larangan untuk mengulangi perbuatan itu lagi (dengan uang pemaksa)
4. Dapat minta putusan hakim bahwa perbuatannya adalah bersifat melawan hukum

Yang dapat digugat berdasarkan pasal 1365 KUH Perdata antara lain adalah :

1. Pengrusakan barang (menimbulkan kerugian materiil)
2. Gangguan (hinder), menimbulkan kerugian immateriil yaitu mengurangi kenikmatan atas sesuatu
3. Menyalahgunakan hak orang, menggunakan barang miliknya sendiri tanpa kepentingan yang patut, tujuannya untuk merugikan orang lain.

⁴³R.Subekti dan Tjitrosudibio, Opcit, hal.324-326.

⁴⁴Mariam Darus Badruzaman, Opcit, hal 148.

⁴⁵Ibid, hal.148.

BAB IV

HASIL PENELITIAN DAN ANALISA

A. Hasil Penelitian

Sebelum membahas hasil penelitian dan analisa maka akan disampaikan instansi terkait yang menjadi responden Tim penelitian. Adapun dari sejumlah responden tidak seluruhnya menjawab pertanyaan yang disampaikan sehingga yang diperoleh hanya beberapa instansi saja.

Tim menyampaikan kuesioner penelitian ke Pengadilan Negeri Jakarta Selatan, Pengadilan Negeri Surabaya, Pengadilan Negeri Bandung, dan Pengadilan Negeri Makassar. Disamping juga ke Instansi Pemerintah Daerah Khusus Ibukota Jakarta, Yayasan Lembaga Konsumen Indonesia, Mahkamah Agung dan Lembaga Bantuan Hukum Jakarta. Responden yang belum menjawab pertanyaan dikarenakan kasus yang berkaitan dengan penelitian belum mempunyai kekuatan hokum tetap (Surat jawaban terlampir).

Adapun pertanyaan dan jawaban responden sebagai berikut :

- A. Mohon informasi kasus atau perkara perbuatan melawan hukum oleh penguasa di era otonomi daerah yang selesai di tahap Pengadilan Negeri tempat Bapak/Ibu bertugas . (2 perkara yang paling menonjol).

- B. Dalam menangani kasus atau perkara perbuatan melawan hukum oleh penguasa, menurut Bapak/Ibu apakah yang dimaksud dengan istilah : a. Penguasa b. Pejabat Pemerintah.

- C. Apakah Bapak/ Ibu dalam memutuskan perkara atau menangani perkara berkenaan dengan kasus perbuatan melawan hukum oleh penguasa, gugatan ganti rugi dari penggugat dikabulkan seluruhnya atau sebagian ?

- D. Berkenaan dengan pembayaran ganti rugi, dalam prakteknya siapakah yang akan membayar kerugian tersebut, apakah pejabat yang bersangkutan, pemerintah daerah , pihak ketiga atau pihak lainnya ?

- E. Mohon penjelasan dari Bapak/Ibu, apakah dalam memutuskan perkara atau menangani perkara perbuatan melawan

- F. Apakah alasan utama Bapak/Ibu untuk memutuskan atau menangani bahwa perkara yang ditangani tersebut termasuk perbuatan melawan hukum.

Jawaban :

1. Hasil Penelitian Lapangan ke Pemda DKI Jakarta

- A. Dari daftar perkara perdata di peradilan umum:
 - a. Tahun 2004 ada 15 perkara PMH
 - b. Tahun 2005 sampai bulan Oktober ada 16 perkara PMH

- B. Istilah perbuatan melawan hukum, menurut pihak Pemda adalah versi penggugat. Hal ini tidak sama dengan yang dimaksud Pasal 1365 BW yang memakai istilah tiap perbuatan melanggar hukum.
Jadi perbuatan melawan hukum itu semata-mata memenuhi petitum (tuntutan) dari penggugat semata.
- C. Dari perkara-perkara yang ada tentang PMH gugatan penggugat dikabulkan sebagian. Dan banyak perkaranya yang mengalahkan penggugat.
- D. Pembayaran ganti rugi dalam prakteknya dibayar oleh Pemda yang diambil dari APBD tahun berikutnya. Ini harus diajukan dulu dalam sidang dengan DPRD. Jadi masalah pembayarannya agak lama tergantung disetujui kapan.

(Tidak seluruh pertanyaan dijawab)

2. Hasil Penelitian Lapangan ke PN Makassar

- A. Kasus atau perkara yang masuk cukup banyak. Ada 2 perkara/kasus yang sudah inkraht (mempunyai kekuatan hukum tetap) yang didapat yaitu:
 - a. Putusan No. 72/Pts.Pdt.G/1996/PN.Pdg
 - b. Putusan No. 164/Pdt.G/2000/PN.Mks
- B. Yang diartikan penguasa dalam kasus-kasus/perkara tersebut adalah Pemerintah Daerah yang diwakili oleh pejabatnya (dalam surat gugatan).
- C. Dalam kasus/perkara PMH kebanyakan mengabulkan gugatan para penggugat untuk sebagian.
- D. Berkenaan dengan pembayaran ganti rugi dibebankan kepada pihak yang kalah. Bila pihak tergugat (Pemda) yang kalah, maka ganti rugi dibayar oleh Pemda tersebut. Bila yang kalah penggugat, maka dia yang harus membayar ganti rugi.

(Tidak seluruh pertanyaan dijawab)

3. Hasil Lapangan ke PN Surabaya .

A. Dua perkara perdata tentang perbuatan melawan hukum:

1. Perkara No. 656/Pdt.G/2004/PN.SBY (Marwan Kustiono melawan Departemen Keuangan RI cq Dirjen Bea dan Cukai Cq Kanwil Pelayanan Bea dan Cukai Tanjung Perak, Surabaya).
2. Perkara No. 59/Pdt.G/2002/PN.SBY dan Perkara No. 43/Pdt/2005/PT.SBY (Nanik Hariyati melawan Kepala Kanwil BPN Tk I Jatim dan Bojonegoro)

B. Pengertian Penguasa sama dengan Negara, Pengertian Pejabat Pemerintah adalah pelaksana negara misalkan Departemen Keuangan Cq Kantor Lelang.

C. Pemberian gugatan ganti rugi tergantung pada putusan perkaranya, apabila bukti-bukti yang diajukan penggugat dapat diterima sebagai dalil maka ganti rugi dikabulkan demikian sebaliknya gugatan diajukan dapat kabur, ditolak atau diterima, tergantung bukti-bukti.

D. Yang membayar kerugian, dapat dilihat diamar putusan tergantung perkaranya. Jika yang dituntut membayar pejabat maka harus negara yang membayar, karena ia melaksanakan tugas negara sebagai pejabat publik.

(Tidak seluruh pertanyaan dijawab)

Perkara Perdata PN Surabaya (Register Bagian Panitera Perdata).

1. Tahun 2002
 - a. Perbuatan Melawan Hukum : 41 perkara
 - b. PMH oleh Penguasa : 2 perkara
2. Tahun 2003
 - a. Perbuatan Melawan Hukum : 50 perkara

- b. PMH oleh Penguasa : 6 perkara
- 3. Tahun 2004
 - a. Perbuatan Melawan Hukum : 85 perkara
 - b. PMH oleh Penguasa : 10 perkara
- 4. Tahun 2005

JANUARI 2005	FEB	MAR	APR	MEI	JUN	JUL	AGT
Sisa : 26	30	38	39	42	51	55	64
Masuk : 8	12	1	6	15	8	12	-
Putus : 4	4	3	3	6	4	3	-

Disamping itu Tim juga mencari data berkenaan dengan Perbuatan melawan Hukum Penguasa melalui Putusan Badan Peradilan (Varia Peradilan) Putusan Mahkamah Agung RI : No. 2947.K/Pdt/1988, tanggal 28 November 1990. tentang Pemerintah Daerah Melawan Hukum Kasus Lubang Riool. Kasus ini berasal dari Pengadilan Negeri di Medan No. 60/Pdt.G/1986/PN.Medan, tanggal 11 Agustus 1986. Dan Putusan Pengadilan Tinggi Sumatera Utara di medan No. 212/Pdt/1987/PT.Medan, tanggal 30 April 1988.

B. Analisa

Pada kasus Perbuatan Melawan Hukum Penguasa di Medan tahun 1985, analisa yang diperoleh dari kasus tersebut adalah bahwa terjadi kelalaian dari Walikota Medan sebagai aparat dan administrator di Kota Medan dengan

tidak melakukan wewenang yang dimilikinya, yaitu melakukan kontrol dengan teliti cara kerja bawahannya sehingga akibatnya dapat membahayakan orang banyak. Kasus ini juga menunjukkan tidak adanya koordinasi yang serasi antara para aparat pemerintah Kota Medan. Ketidaksinkronan dan tidak terlaksananya koordinasi tersebut mengakibatkan jatuhnya korban masyarakat yang seharusnya merupakan pihak yang harus terlindungi secara hukum atas tindakan-tindakan yang dilakukan oleh para aparat pemerintah.

Pada pertimbangan hakim, Walikota dalam kedudukannya sebagai Kepala Daerah, selain merupakan pimpinan tertinggi di kota Medan, dia juga merupakan penanggungjawab dari seluruh aparat pemerintah Kota Medan, sehingga untuk hal ini Walikota merupakan pihak yang paling relevan untuk dijadikan tergugat atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pejabat pemerintah yang berada dibawah tanggungjawabnya. Apalagi pada saat terjadinya kasus tersebut, Walikota diberikan wewenang oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok Pemerintahan Daerah sebagai penguasa tunggal di wilayah tugasnya. Sebagai penguasa tunggal di kota Medan, Walikota secara hukum merupakan penanggungjawab tertinggi atas semua tindakan yang dilakukan oleh aparat pemerintahan.

Pada berbagai kasus Perbuatan Melawan Hukum Penguasa lainnya, beberapa hal yang bisa dikategorikan sebagai tindakan Perbuatan Melawan Hukum Penguasa adalah antara lain :

1. Menghentikan pengiriman minyak kepada SPBU swasta;
2. Menguasai tanah milik rakyat;
3. Mengeluarkan perintah penghentian pembangunan;
4. Penerbitan sertifikat tanah;
5. Gugatan wanprestasi dan tuntutan ganti rugi;
6. Dan lain-lain

Dari berbagai hal tersebut tampak bahwa Perbuatan Melawan Hukum Penguasa adalah tindakan-tindakan hukum yang mempunyai ciri-ciri sebagai berikut :

1. Dilakukan penguasa/pejabat pemerintah, baik di pusat maupun daerah;
2. Tindakan para pejabat tersebut dinyatakan oleh hakim sebagai perbuatan melawan hukum yang merugikan masyarakat;
3. Pihak yang menderita kerugian dari PMHP tersebut adalah masyarakat.
4. Obyek dari sengketa tersebut adalah sengketa dalam bidang hukum perdata;
5. Sanksi yang diberikan adalah sanksi perdata, antara lain berupa ganti rugi

1. Faktor-Faktor Pendukung

Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa (PMHP) dalam Era Otonomi Daerah seringkali diakibatkan oleh dukungan beberapa faktor yang saling berkaitan antara satu dengan lainnya. Faktor-faktor tersebut dapat diklasifikasikan menjadi beberapa faktor utama sebagai berikut :

a. Peraturan Perundang-undangan

Ada berbagai peraturan perundang-undangan yang baik langsung maupun tidak langsung menjadi penyebab terjadinya PMHP di Era Otonomi Daerah. *Pertama*, Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945 yang memberikan otonomi yang seluas-luasnya kepada daerah menyebabkan berbagai Kepala Daerah menafsirkannya terlalu luas, dan seringkali menyebabkan para Kepala Daerah tersebut melakukan berbagai tindakan hukum yang melawan hukum. Dua Undang-Undang Otonomi Daerah yang terakhir, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 dan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 banyak memberikan kewenangan dan keleluasaan kepada Kepala Daerah untuk melakukan berbagai tindakan pemerintahan yang pada dasarnya dapat mengakibatkan terjadinya PMHP. Sebagai contoh, UU Nomor. 22 Tahun 1999 dan juga UU Nomor. 32 Tahun 2004 menyatakan bahwa daerah berwenang menyelenggarakan semua urusan pemerintahan kecuali urusan yang ditentukan oleh undang-undang sebagai urusan pemerintah pusat, yaitu Politik Luar Negeri, Pertahanan, Keamanan, Agama, Fiskal dan Moneter, Justisi. Kalimat Pasal dalam Undang-Undang Otonomi Daerah seperti ini justru menyebabkan banyak kepala daerah menganggap bahwa pemerintah daerahnya boleh melakukan semua hal, kecuali yang dilarang oleh undang-undang.

Kedua, adalah masih banyak ketidaksinkronan antara berbagai perundang-undangan sektoral dengan undang-undang otonomi daerah. Sering ditemukan bahwa antara undang-undang otonomi daerah dengan undang-undang sektoral saling bertentangan antara satu dengan lainnya. Sebagai contoh Undang-Undang yang tidak sinkron dengan Undang-Undang Otonomi Daerah adalah Undang-Undang Kehutanan, Undang-Undang Minyak dan Gas Bumi, Undang-Undang Perhubungan, Undang-Undang Lingkungan Hidup dan masih banyak lagi Undang-Undang lainnya. Ketidaksinkronan ini menyebabkan kerancuan berfikir bagi para pejabat daerah untuk melakukan berbagai tindakan sesuai kewenangannya di daerahnya.

Ketiga, Pemahaman pejabat daerah terhadap hukum dan perundang-undangan. Di banyak daerah sering ditemukan bahwa pemahaman pejabat daerah terhadap hukum dan perundang-undangan adalah masih rendah. Banyak pejabat daerah yang menganggap hukum adalah hanya mencakup peraturan perundang-undangan semata. Padahal hukum selain mencakup perundang-undangan juga mencakup berbagai norma dan nilai hukum lainnya, baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Oleh karena itu, hal tersebut seringkali mengakibatkan para pejabat daerah tidak mengetahui bahwa dalam melakukan tindakan-tindakan hukumnya ada berbagai rambu-rambu hukum yang harus dipatuhinya. Rambu-rambu tersebut antara lain seperti peraturan perundang-undangan sektoral, norma-norma hukum seperti ketertiban, kesusilaan, kepentingan umum, dan lain sebagainya.

b. Situasi dan Kondisi di Daerah

Situasi dan kondisi di daerah seringkali mengakibatkan terjadinya PMHP yang dilakukan oleh pejabat daerah. Ada beberapa hal yang antara lain dapat disajikan pada laporan penelitian ini sebagai berikut.

Pertama, pada masa Orde Baru dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1974, Kepala Daerah dinyatakan sebagai Penguasa Tunggal di daerahnya. Dengan sebutan seperti ini, maka banyak pejabat daerah yang merasa dirinya sebagai penguasa tunggal yang memiliki kekuasaannya sangat besar dan menciptakan situasi bahwa seolah-olah tidak ada lagi kekuasaan yang lebih tinggi selain kepala daerah. Situasi seperti ini mengakibatkan kondisi bahwa kepala daerah adalah penguasa yang super dan sebagai akibatnya banyak melakukan tindakan yang sewenang-wenang atau *abuse of power* terhadap rakyat di daerah.

Kedua, untuk beberapa daerah yang rawan konflik atau daerah yang dinilai strategis, pada zaman Orde Baru, seringkali ditempatkan para kepala daerah yang berasal dari kalangan militer. Penempatan kalangan militer untuk jabatan kepala daerah, yang merupakan jabatan sipil, menyebabkan situasi di daerah diatur dengan cara-cara militeristik. Hal ini mengakibatkan situasi pemerintahan daerah menjadi bernuansa militer yang bergaya komando yang tidak sesuai dengan kondisi pemerintahan daerah yang seharusnya bernuansa sipil yang menekankan kepada pelayanan publik. Situasi seperti ini menyebabkan banyak terjadinya PMHP di daerah karena kepala daerah yang berasal dari militer kurang memahami nuansa pemerintahan sipil yang bersifat pelayanan dan demokratis dalam mengelola daerahnya.

Ketiga, sampai dengan era lima tahun terakhir, banyak sumber daya di daerah yang belum memenuhi kualifikasi yang diharapkan sebagai pejabat daerah. Banyak daerah memiliki banyak pegawai dan staf, namun di berbagai daerah tersebut justru terdapat banyak pegawai dan staf yang *non-qualified*. Hal yang sama juga terjadi pada keanggotaan DPRD sebagai lembaga pengawas kepala daerah. Banyak keanggotaan DPRD yang diisi oleh anggota-anggota partai politik yang kurang memahami hukum dan perundang-undangan dalam kapasitasnya sebagai pengawas bagi kepala daerah dalam menjalankan pemerintahan daerah.

Keempat, pendekatan pembangunan dan pertumbuhan ekonomi serta berbagai program nasional yang dijalankan oleh pemerintah pusat seringkali menciptakan situasi dan kondisi yang menyebabkan banyak kepala daerah melakukan berbagai tindakan yang dapat dikategorikan sebagai PMHP karena dipaksa untuk mengejar berbagai target pembangunan dan pertumbuhan ekonomi yang sudah ditentukan oleh pemerintah pusat. Kegagalan memenuhi target-target tersebut akan mengakibatkan pemerintah pusat memberikan sanksi dalam berbagai bentuk kepada kepala daerah tersebut.

c. Percampuran kewenangan publik dan perdata

Pada praktek pemerintahan sehari-hari, para pejabat pemerintah sering tidak menyadari apakah tindakan-tindakan hukum yang dilakukannya berada dalam ruang hukum publik atau ruang hukum perdata. Seperti contoh keputusan pemerintah tentang penetapan lelang. Pada dasarnya perbuatan lelang adalah perbuatan hukum perdata, namun apabila penetapan pemenang lelang diformulasikan dalam bentuk keputusan pejabat pemerintah, maka telah terjadi percampuran kewenangan hukum publik dan kewenangan hukum perdata. Sedangkan sengketa tentang keputusan penetapan pemenang lelang tersebut menjadi kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara.

Contoh lain adalah tentang kegiatan perawatan jalan-jalan pemerintah yang dilakukan oleh pihak swasta. Pemberian pekerjaan (kontrak) kepada pihak swasta dalam perawatan jalan tersebut merupakan tindakan dalam hukum perdata. Namun, apabila terjadi kecelakaan yang diakibatkan kurang baiknya perawatan yang dilakukan pihak swasta tersebut, maka yang akan digugat adalah pejabat hukum publik (bisa Kepala Dinas Pekerjaan Umum, atau Kepala Daerah) yang bertanggungjawab atas perawatan jalan-jalan tersebut. Gugatan mengenai hal tersebut biasanya diajukan ke Peradilan Umum.

Hal-hal tersebut mencerminkan terjadinya percampuran kewenangan hukum perdata dan hukum publik dalam berbagai kegiatan pemerintah. Karena disatu pihak tindakan pemerintah dapat digugat melalui Peradilan Tata Usaha Negara, sedangkan disisi lain tindakan pemerintah juga dapat digugat melalui Peradilan Umum.

2. Faktor-Faktor Penghambat

Dalam membahas Perbuatan Melawan Hukum Penguasa, dapat ditemukan adanya berbagai faktor yang dapat menghambat terjadinya PMHP di daerah. Berbagai faktor tersebut antara lain adalah sebagai berikut :

Pertama, sejak era reformasi digulirkan pada tahun 1998, banyak sekali bermunculan berbagai lembaga pemantau pemerintahan di berbagai daerah. Lembaga-lembaga pemantau ini seringkali menjadi kekuatan yang efektif dalam menggalang dukungan dari berbagai stakeholder untuk mengawasi kegiatan pemerintahan yang ada, baik di tingkat pusat maupun tingkat daerah.

Lembaga-lembaga tersebut telah menjadi pengawas yang ampuh untuk mencegah terjadinya tindakan-tindakan pemerintah yang berpotensi menciptakan PMHP di daerah. Selain itu, pengawasan yang dilakukan oleh lembaga-lembaga tersebut telah menyebabkan banyak pejabat daerah diajukan ke pengadilan, karena tindakan-tindakan yang dilakukannya dikategorikan sebagai perbuatan melawan hukum, baik perdata, pidana, maupun administrasi. Sebagai dampak positifnya, para pejabat di daerah sekarang berhati-hati dalam melakukan berbagai tindakan pemerintahan, seperti pembuatan keputusan, perijinan, pengadaan barang dan jasa, dan lain sebagainya.

Kedua, di beberapa daerah kesadaran hukum masyarakat semakin meningkat seiring dengan peningkatan kesejahteraan dan perekonomian masyarakat. Dengan semakin meningkatnya kaum terpelajar di berbagai daerah mengakibatkan terbentuknya masyarakat yang sadar akan hak dan kewajibannya, terutama pada saat berinteraksi dengan aparat pemerintah yang ada dalam berbagai hal yang berkaitan dengan kegiatan administrasi pemerintahan. Dengan semakin meningkatnya jumlah masyarakat yang terpelajar menyebabkan terjadinya evolusi di masyarakat dalam mengevaluasi berbagai kegiatan dan tindakan yang dilakukan pejabat pemerintah dalam memberikan layanan kepada masyarakat.

Ketiga, semakin berkembangnya teknologi komunikasi mengakibatkan berbagai arus informasi mudah terserap oleh masyarakat. Sehingga kejadian di satu daerah dapat segera diterima informasinya di daerah lainnya dalam waktu yang singkat. Hal ini mengakibatkan terjadinya saling tukar menukar informasi antar berbagai lapisan masyarakat mengenai berbagai kegiatan dan tindakan yang dilakukan pemerintah di berbagai daerah dan menjadi alat yang efektif untuk mengawasi dan mengevaluasi kegiatan pemerintahan yang ada di daerahnya.

Keempat, adanya berbagai kegiatan penyuluhan hukum terhadap para pejabat juga ikut memberikan efek yang positif bagi para pejabat pemerintahan daerah untuk sadar hukum dan berhati-hati dalam mengeluarkan berbagai kebijakan dan peraturan serta melakukan tindakan-tindakan yang sesuai dengan hak, wewenang dan kewajiban yang diperolehnya sebagai pejabat daerah. Selain itu pengadilan terhadap berbagai kasus yang melibatkan para pejabat di banyak daerah sedikit banyak juga memberikan efek jera kepada para pejabat daerah lainnya untuk bertindak secara bijak dan berdasarkan peraturan hukum dan perundang-undangan yang lain.

BAB V

PENUTUP

Berdasarkan uraian dalam Bab-bab sebelumnya, maka Tim memberikan kesimpulan dan saran sebagai berikut :

A. Kesimpulan

1. Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa terjadi karena adanya kewenangan yang berkembang tanpa kendali sehingga cenderung mengedepankan system otoriter dalam pemerintahan.
2. Tanggungjawab penguasa atas perbuatan melawan hokum dalam bidang perdata sering dikualifikasikan sebagai perbuatan Negara sehubungan dengan konstruksi hokum yang menyatakan bahwa Negara adalah sebuah badan hokum.
3. Tidak adanya ketentuan eksplisit yang menyatakan siapa yang berhak untuk bertindak untuk dan atas nama Negara banyak terjadi kerancuan di dalam pengajuan gugatan yang menurut tanggungjawab perdata atas pelaksanaan pemerintahan.
4. Faktor-faktor yang menyebabkan terjadinya perbuatan melawan hokum di daerah dikarenakan masih banyak ketidaksinkronan antara berbagai peraturan perundang-undangan sektoral dengan undang-undang otonomi daerah. Disamping pemahaman pejabat daerah terhadap hokum dan perundang-undangan masih rendah.

B. Saran

1. Perlu adanya lembaga-lembaga pemantau sebagai kekuatan efektif dalam menggalang dukungan dari berbagai stakeholder untuk mengawasi kegiatan pemerintahan yang ada baik di tingkat pusat maupun tingkat daerah.
2. Perlu peningkatan kegiatan penyuluhan hukum terhadap para pejabat pemerintahan daerah agar dalam melakukan tindakan sesuai dengan hak, wewenang dan kewajiban yang diperolehnya sebagai pejabat daerah.
3. Pengadilan yang menangani perkara yang melibatkan para pejabat daerah bertindak secara bijak dan berdasarkan peraturan perundangan yang ada.

DAFTAR PUSTAKA

Buku-buku :

- Badan Pembinaan Hukum Nasional, Laporan Pengkajian tentang Masalah Hukum Tanggung Jawab Perdata Atas Pelaksanaan Pemerintahan Tahun 2002.
- Bagir Manan, Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945, Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 1994.
- Chidir Ali, Yurisprudensi Indonesia Tentang Perbuatan Melawan Hukum, Jakarta: Mahkamah Agung, 1970
- Yurisprudensi Indonesia Tentang Perbuatan Melawan Hukum Oleh Penguasa, Bandung : Binacipta, 1978.
- HFA. Vollmar, Pengantar Studi Hukum Perdata, Jilid II Diterjemahkan Oleh IS Adiwimarta, Jakarta : CV. Rajawali, 1984.
- Indroharto, SH, Perbuatan Pemerintahan Menurut Hukum Publik dan Hukum Perdata, Lembaga Penelitian dan Pengembangan Hukum Administrasi Negara, Bogor, 1995.
- Irfan Fachruddin, Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah, Bandung : Alumni, 2004.
- Komariah Emong Sapardjaja, Dr, SH, Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia, Bandung : Alumni, 2002.
- M. Solly Lubis, Pergeseran Garis Politik dan Perundang-undangan Mengenai Pemerintahan, Bandung : Alumni, 1983.
- M.A Moegni Djojodirdjo, SH, Perbuatan Melawan Hukum, Jakarta : Pradnya

- Paramita, 1979.
- Mohammad Hatta, Lampau dan Datang, Jakarta : Jambatan.
- Mariam Darus Badruzaman, KUH Perdata – Buku III.
Hukum Perikatan dengan Penjelasan, Bandung : Alumni, 1983
- Munir Fuady, SH,MH,LL.M, Perbuatan Melawan Hukum, Bandung : Citra Aditya
Bhakti, 2002.
- Rachmat Setiawan, SH, Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum, Bandung :
Binacipta, 1991.
- Rosa Agustina, Perbuatan Melawan Hukum, Universitas Indonesia Fakultas Hukum
Pasca Sarjana, 2003
- Roeslan Saleh, Prof,Mr, Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Pidana, Jakarta :
Aksara Baru, 1981.
- Sujamto, Otonomi Daerah yang Nyata dan Bertanggungjawab, Jakarta : Ghalia
Indonesia, 1983.
- The Liang Gie, Pertumbuhan Pemerintahan Daerah, Jilid III Jakarta: Gunung Agung,
1968
- Wirjono Prodjodikoro, Perbuatan Melawan Hukum, Bandung : Sumur, 1993
- Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Kedua. Jakarta : Balai Pustaka, 1996.

Peraturan Perundang-undangan :

Undang-Undang Dasar 1945

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP)

Undang-Undang Nomor. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.