

Sanggah Banding dalam Sistem Peradilan Tata Usaha Negara

Hendrik Salmon

Fakultas Hukum Universitas Pattimura, Ambon
Email: hendriksalmon13@gmail.com

Abstract: Appeal decisions made by the committee protested the auction through the competent authority, in which case it was never followed up to the State Administrative Court by those who feel aggrieved. The issues of this study are the legality of the decision of the appeal pursuant corrected Presidential Decree No. 54 of 2010 and its amendments and decisions corrected and its amendments, may be sued in the State Administrative Court. The materials of this study are used primary and secondary legal materials, and are analyzed using the approach of legislation and conceptual. The results of this study indicate that the legality of the decision of the appeal pursuant corrected Presidential Decree No. 54 of 2010 is a process that is performed for the seats the law as its posture. Therefore, an appeal in the procurement of goods and services can be done because the bidders are not satisfied with the answer of ULP, thus bidders do rebuttal appeal to obtain from the decision of officer authorized. Referring to the law of State Administrative Court, the decision of authorized can be submitted to the State Administrative Court to obtain lawful.

Abstrak: Sistem peradilan tata usaha negara sebagai suatu upaya administrasi yang dilakukan sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara. Bertolak dari hal ini bahwa dalam pengadaan barang dan jasa banyak menimbulkan persoalan hukum yang perlu ditempuh dengan upaya hukum. Perpres Nomor 54 Tahun 2010 sebagaimana dirubah dengan Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012, hingga perubahan mengenal adanya upaya sanggah banding yang dilakukan oleh pihak yang merasa tidak puas dengan penetapan panitia lelang. Oleh karena itu, keputusan sanggah banding dilakukan oleh panitia lelang melalui pejabat yang berwenang dapat dilakukan ke jenjang peradilan administrasi. Dengan demikian bahwa sanggah banding ini bisa tidaknya dilakukan ke peradilan tata usaha negara. Masalah yang diangkat dalam penelitian ini berkaitan dengan legalitas keputusan sanggah banding menurut ketentuan Perpres No 54 Tahun 2010 serta perubahannya dan keputusan sanggah banding menurut ketentuan Perpres No 54 Tahun 2010 serta perubahannya, dapat digugat di Peradilan Tata Usaha Negara, dimana bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder dianalisis dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan dan pendekatan konseptual. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa Legalitas keputusan sanggah banding menurut ketentuan Perpres No 54 Tahun

2010 merupakan suatu proses yang dilakukan untuk mendudukan hukum sebagaimana posisinya. Oleh karena itu, bahwa sanggahan banding dalam pengadaan barang jasa dilakukan karena peserta lelang tidak puas dengan jawaban sanggahan yang diberikan oleh ULP/peserta lelang. Dengan demikian peserta lelang melakukan sanggahan banding dan dikeluarkan keputusan sanggahan banding oleh Menteri/Kepala lembaga/ kepala daerah/Pimpinan Institusi/Pejabat yang berwenang. Hal ini mengacu pada undang-undang peradilan tata usaha negara, bahwa keputusan pejabat dapat diajukan ke peradilan tata usaha negara. Untuk itu perlu sanggahan banding dapat dilakukan upaya ke pengadilan tata usaha negara untuk menjawab kepastian hukum.

Kata kunci : *keputusan sanggah banding, Peradilan Tata Usaha Negara*

Pendahuluan

Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada alinea ke-empat menyatakan bahwa:

“Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia,...”

Uraian di atas merupakan landasan konstitusional dari tujuan Nasional Negara Indonesia yang bercorak “Negara Kesejahteraan (*Welfare Staats*)”,

Keberadaan Peradilan Tata Usaha Negara dikaitkan dengan sistem pemerintahan negara menurut UUD NRI 1945 menampakkan urgensinya dengan tetap menyadari bahwa masih cukup perlu waktu untuk mengembangkan Hukum Administrasi Materil di Indonesia dalam rangka mewujudkan pemerintahan yang baik (*good governance*), sebagaimana Bintoro Tjokroamidjojo¹ kemukakan:

“Good Governance adalah suatu sistem dan proses dalam penyelenggaraan pemerintahan dan pembangunan yang mengindahkan prinsip-prinsip supremasi hukum, kemanusiaan, keadilan, demokrasi, partisipasi, transparansi, profesionalitas dan akuntabilitas, serta memiliki komitmen tinggi terhadap tegaknya nilai-nilai dan prinsip desentralisasi, daya guna,

¹ Bintoro Tjokroamidjojo, *Good Governance Paradigma Baru Managemen Pembangunan*, UI (Jakarta: Pres, 2000), hlm. 7.

basil guna, kepemerintahan yang baik bertanggung jawab dan berdaya saing”.

Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) yang dapat digugat ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) adalah KTUN yang berupa suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata (Pasal 1 angka 9 UU No 51 Tahun 2009).

Selain KTUN yang dapat digugat ke PTUN, ada juga KTUN yang tidak dapat digugat ke PTUN. KTUN yang tidak dapat digugat ke PTUN tercantum dalam Pasal 2 UU No 9 Tahun 2004, salah satunya adalah KTUN yang masih memerlukan persetujuan. Yang dimaksud dengan “KTUN yang masih memerlukan persetujuan” adalah KTUN yang berlakunya masih memerlukan persetujuan instansi atasan atau instansi lain. Dalam kerangka pengawasan administratif yang bersifat preventif dan keseragaman kebijaksanaan, sering kali peraturan yang menjadi dasar keputusan menentukan bahwa sebelum berlakunya KTUN diperlukan persetujuan instansi atasan terlebih dahulu. Adakalanya peraturan dasar menentukan bahwa persetujuan instansi lain itu diperlukan karena instansi lain tersebut akan terlibat dalam akibat hukum yang akan ditimbulkan oleh keputusan itu. Contoh KTUN yang tidak dapat digugat ke PTUN yaitu penetapan pemenang lelang pengadaan barang/jasa pemerintah

Menurut ketentuan Keppres No 80 Tahun 2003, penetapan pemenang lelang pengadaan barang/jasa pemerintah merupakan KTUN yang berupa suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata. KTUN ini ditetapkan oleh Pejabat Pembuat Komitmen (PPK).

Meskipun sudah memenuhi unsur KTUN yang dapat digugat ke PTUN, tetapi penetapan pemenang lelang pengadaan barang/jasa pemerintah berdasarkan ketentuan Keppres No 80 Tahun 2003, tidak dapat digugat ke PTUN karena masih ada Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara lain yang diberi wewenang oleh atau berdasarkan peraturan perundang-undangan untuk menyelesaikan secara administratif sengketa TUN-nya. Ketentuan ini diatur dalam

Pasal 48 UU No 5 Tahun 1986. Upaya administrasi terhadap sengketa TUN tentang penetapan penang lelang pengadaan barang/jasa pemerintah yaitu berupa sanggah dan sanggah banding.

Sanggah merupakan pengajuan surat keberatan (*bezwaarschrift*) yang ditujukan kepada Badan/Pejaba TataUsaha Negara yang mengeluarkan Keputusan (penetapan/*beschiking*) semula. Sementara sanggah banding merupakan pengajuan surat banding administratif (*administratif bereop*) yang ditujukan kepada atasan pejabat atau instansi lain dari Badan/Pejabat Tata Usaha Negara yang mengeluarkan keputusan, yang berwenang memeriksa ulang KTUN yang disengketakan.

Saat ini aturan pengadaan barang/jasa pemerintah telah berubah.Keppres No 80 Tahun 2003 sudah tidak berlaku, dan diganti dengan Perpres No 54 Tahun 2010sebagaimana dirubah dengan Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 serta perubahannya. Salah satu yang berubah dalam aturan yang baru ini adalah tata cara penetapan pemenang lelangnya. Dalam Perpres No 54 Tahun 2010, serta perubahannya, penetapan pemenang lelang dilakukan oleh Kelompok Kerja (Pokja) Unit Layanan Pengadaan (ULP).

Penetapan pemenang lelang oleh Pokja ULP ini tidak dapat di gugat ke PTUN karena KTUN ini belum menimbulkan akibat hukum. KTUN yang ditetapkan oleh Pokja ULP ini masih memerlukan persetujuan, artinya keputusan Pokja ULP tersebut belum dapat menimbulkan suatu hak dan kewajiban pada pihak yang dimenangkan karena masih memerlukan persetujuan instansi atasan atau instansi lain, yaitu masih memerlukan persetujuan PPK.Persetujuan tersebut berupa Penerbitan Surat Penunjukan Penyedia Barang/Jasa (SPPBJ).

PPK bisa saja menolak keputusan ULP dengan tidak menerbitkan SPPBJ. Dalam hal PPK tidak bersedia menerbitkan SPPBJ karena tidak sepandapat atas penetapan pemenang, maka masalah tersebut disampaikan kepada Pengguna Anggaran/Kuasa Pengguna Anggaran (PA/KPA) untuk diputuskan. Ketentuan ini telah diatur dalam Lampiran Perpres 70/2012 yang bunyinya sbb:

“Dalam hal PPK tidak bersedia menerbitkan SPPBJ karena tidak sepandapat atas penetapan pemenang, maka diberitahukan kepada PA/KPA untuk diputuskan dengan ketentuan:

- 1) *Apabila PA/KPA sepandapat dengan PPK, dilakukan evaluasi ulang atau pelelangan dinyatakan gagal; atau*

- 2) *Apabila PA/KPA sependapat dengan ULP, PA/KPA memutuskan penetapan pemenang oleh ULP bersifat final, dan PA/KPA memerintahkan PPK untuk mengeluarkan SPPBJ.”*

Sanggah banding dilakukan karena penyedia barang/jasa (peserta lelang) tidak puas terhadap jawaban sanggah. Namun demikian, sanggah banding menurut ketentuan Perpres No 70 Tahun 2014 serta perubahannya berbeda dengan sanggah banding sebagaimana yang diatur dalam Keppres No 80 Tahun 2003 serta perubahannya.

Menurut Keppres No 80 Tahun 2003, sanggah banding merupakan pengajuan banding administratif, karena sanggah banding tersebut merupakan tindak lanjut dari surat sanggah atau surat keberatan (*bezwaarschrift*) terhadap KTUN yang memenuhi unsur Pasal 1 angka 9 UU No 51 Tahun 2009. Sementara menurut ketentuan Perpres No 70 Tahun 2014 serta perubahannya, meskipun sebagai tindak lanjut dari sanggahan/keberatan, tetapi sanggah banding ini tidak termasuk dalam upaya banding administratif sebagaimana dimaksud dalam ketentuan tentang peradilan tata usaha negara, karena KTUN yang menjadi sebab diajukan sanggahan/keberatan, merupakan KTUN yang tidak dapat digugat ke PTUN atau KTUN yang tidak memenuhi unsur Pasal 1 angka 9 UU No 51 Tahun 2009.

Dalam sistem peradilan tata usaha negara, sanggah banding berdasarkan ketentuan Perpres No 70 Tahun 2014 serta perubahannya, diatur dalam Pasal 3 UU No 5 Tahun 1986, yang bunyinya sebagai berikut:

- (1) Apabila Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tidak mengeluarkan keputusan, sedangkan hal itu menjadi kewajibannya, maka hal tersebut disamakan dengan Keputusan Tata Usaha Negara.
- (2) Jika suatu Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tidak mengeluarkan keputusan yang dimohon, sedangkan jangka waktu sebagaimana ditentukan dalam peraturan perundang-undangan dimaksud telah lewat, maka Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tersebut dianggap telah menolak mengeluarkan keputusan yang dimaksud.

Dari uraian latar belakang pemikiran, maka legalitas dari sanggah banding dalam sistem peradilan Tata Usaha Negara perlu dikaji. Permasalahan yang dikaji adalah: bagaimana Legalitas Sanggah Banding menurut ketentuan Perpres No 70 Tahun 2014, serta perubahannya, apakah Sanggah Banding menurut ketentuan Perpres No 70 Tahun 2014

serta perubahannya, dapat digugat Pada Peradilan Tata Usaha Negara. Kajian ini bertujuan untuk:

1. Untuk mengidentifikasi dan menjelaskan tentang bagaimana legalitas dari sangah banding menurut ketentuan Perpres No 54 Tahun 2010 serta perubahannya dalam sistem Peradilan Tata Usaha Negara
2. Untuk mengetahui dan mengidentifikasi apakah sangah banding menurut ketentuan Perpres No 70 Tahun 2014 serta perubahannya dapat dijadikan obyek sengketa dalam sistem Peradilan Tata Usaha Negara

Untuk menemukan dan menjelaskan tentang legalitas dari sangah banding menurut ketentuan Perpres No 70 Tahun 2014 serta perubahannya dalam penegakan hukum administrasi melalui sistem Peradilan Tata Usaha Negara

Deskripsi Proses Keadilan

Proses keadilan ini dilahirkan atau muncul sejak manusia hidup di bumi ini, diperlukan sebuah *rule* atau aturan agar kehidupan yang dijalannya dapat berjalan dengan aman, tertib, dan teratur. Kebiasaan yang berlaku pada suatu masyarakat yang dijalankan secara kontinyu dapat menjadi sebuah aturan baik tertulis maupun tidak tertulis. Kemudian dengan perkembangan zaman dan pemikiran bangsa-bangsa aturan tersebut diperlukan agar suatu ketertiban dalam masyarakat dapat terwujud. Dengan perkembangan masyarakat yang semakin kompleks, aturan tersebut tidak dipenuhi oleh masyarakat.

Isi atau materi hukum agar dapat diterima dan dipatuhi oleh masyarakat harus memuat keadilan bagi siapa peraturan itu diberlakukan. Oleh karena itu, hukum sangat sarat dengan nilai-nilai luhur yang hidup dalam masyarakat, misalnya keadilan, kesejahteraan, kemanfaatan, persamaan derajat dan lain-lain. Dengan demikian mewujudkan keadilan dapat dikatakan pula menjadi tujuan dibentuknya hukum, meskipun dalam penerapan dan penegakan kaidah hukum tersebut tidak ada jaminan bahwa keadilan benar-benar tercapai sebab banyak kemungkinan terjadi distorsi.²

² Jazim Hamidi, *Teori dan Politik Hukum Tata Negara*, 2009 (Yogyakarta: Total Media, 2009), hlm. 339.

Dalam sejarah perkembangan ilmu hukum dikenal 3 (tiga) jenis aliran konvensional tentang tujuan hukum, yaitu ³: 1) Aliran etis yang menganggap bahwa pada asasnya tujuan hukum itu adalah semata-mata untuk mencapai keadilan; 2) Aliran utilities yang menganggap bahwa pada asasnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan warga masyarakat; dan 3) Aliran normatif-dogmatik menanggap bahwa pada asasnya hukum adalah semata-mata menciptakan kepastian hukum.

Ketiga aliran konvensional tujuan hukum yang diuraikan di atas, merupakan tujuan hukum dalam arti luas. Gustav Radbruck⁴ mengemukakan 3 (tiga) nilai dasar tujuan hukum yang disebut “asas prioritas”. Teori ini menyebutkan bahwa tujuan hukum pertama-tama wajib memprioritaskan keadilan, disusul kemanfaatan dan terakhir untuk kepastian hukum. Ketiga nilai dasar tujuan hukum itu diharapkan dapat terwujud secara bersama-sama, tetapi manakala tidak mungkin, maka haruslah diprioritaskan keadilannya dulu, barulah kemanfaatannya dan terakhir barulah kepastian hukumnya.

Sejalan dengan fungsi hukum di atas, maka teori keadilan secara konseptual ada kaitannya dengan pemikiran dan pemaknaan yang mendukung, untuk penggunaan kekuasaan dari Negara oleh pemerintah atau penguasa yang mengemban tugas dan fungsi Negara, agar kepentingan masyarakat terlindungi dan terwujud bukan dipergunakan secara sewenang-wenang dan diperuntukan hanya kepentingan penguasa dan kelompok saja.

Marthen Luther King, yang dikenal sebagai “*an American black leader*” dan pemenang hadiah Nobel di Tahun 1964, pernah mengungkapkan⁵ :

“Law and order exist for the purpose of establishing justice and when they fail in this purpose they become the dangerously structured dams that block the flow of social progress”

Perlindungan terhadap ketidakbebasan mendasar adalah perlu bagi keberadaan manusia sebagai mahluk sosial dan merupakan syarat bagi keadilan. Tujuan eksistensi hukum dan peraturan adalah untuk menegakkan keadilan. Kegagalan dalam mencapai tujuan ini menjadikan

³ Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2004), hlm. 73-74

⁴ Rusli Effendi, *Teori Hukum Lembaga*, (Unjung Pandang: Unhas Press, 2002), hlm. 79.

⁵ O.C. Kaligis, *Perlindungan Hukum Atas Hak Asasi Tersangka, Terdakwa dan Terpidana*, (Bandung: Alumni, 2009), hlm. 45

hukum dan peraturan itu sebagai bendungan berbahaya yang memblok arus perkembangan sosial. Ini berarti bahwa tujuan eksistensi hukum itu adalah tegaknya keadilan.

Dari berbagai konsep keadilan di sepanjang sejarah umat manusia, ternyata keadilan dipelajari dan dicari dengan 2 (dua) pendekatan sekaligus, yaitu :

- 1) pendekatan *affective* (dengan menggunakan perasaan/ institusi); dan
- 2) pendekatan *cognitive* (dengan menggunakan pengetahuan/ logika).

Yunani klasik sendiri, konsep-konsep keadilan bersama-sama dengan konsep-konsep kebijakan lainnya, seperti konsep perdamaian dan lain-lain, semula dilukiskan sebagai dewa-dewi dalam mitologi-mitologi Yunani, di mana *Dike* disebutkan sebagai dewi keadilan (*goddess of justice*) yang diyakini selalu berjuang untuk menegakkan keadilan melawan musuh-musuhnya yaitu dewa-dewi yang lain.

Setelah era keadilan versi mitologi, kemudian di Yunani kuno mulai berkembang pemikiran untuk mengartikan keadilan secara filsafat, meskipun mula-mula pemikiran baru itu tidak dapat dipisahkan, bahkan merupakan kelanjutan dari konsep keadilan versi mitologi tersebut.

Lagi pula, pendekatan awal terhadap keadilan di zaman Yunani klasik, seperti juga pendekatan awal terhadap masalah-masalah lainnya, sebenarnya dimulai dari prinsip tentang ‘asal-usul alam semesta’ (*cosmogony*), dimana berbagai masalah tradisional termasuk masalah keadilan tercakup dalam mitologi kosmos (*cosmological myths*), dimana manusia dengan berbagai pencarinya masuk ke dalam konsep alam semesta tersebut. Karena itu, pendekatan orang Yunani kuno kepada hukum, politik, dan keadilan dimulai dari suatu keteraturan dari tatanan alam semesta. Dalam hal ini, keadilan diartikan sebagai suatu jenis pengejawantahan dari prinsip kosmologi filosofis untuk mengatur kekuatan alam sebagai suatu unsur alam semesta raya, untuk menjamin keseimbangan dan harmoni di antara unsur-unsur alam semesta. Jadi dengan demikian, awal mula konsep keadilan berjalan bersamaan dengan awal mula konsep hukum alam dalam artinya yang sangat klasik. Menurut paham di zaman Yunani kuno, alam semesta ini sudah teratur dan terhadap segala sesuatu ada tempatnya atau perannya sendiri. Keadilan akan terusik manakala terjadi ketidakseimbangan alam, termasuk ketidakseimbangan moralitas karena ada yang berpindah tempat atau berganti peran dalam alam semesta ini. Konsep keadilan alam semesta ini kemudian menjelma menjadi paham keadilan dalam pandangan Plato.

Filosof Yunani, Heraclitus mensejajarkan keadilan dengan konsep kebijaksanaan hukum alam. Keadilan diartikan suatu pemahaman manusia sebagai bagian dari suatu komunitas, berdasarkan atas ketertiban alam semesta (*universe*). Kebijaksanaan (*wisdom*) menurut Heraclitus⁶ tidak lain dari “*to speak the truth and to act according to nature*” (berbicara benar dan bertindak sesuai alam).

Oleh karena itu dalam dunia filsafat, nilai keadilan yang menjiwai sebuah aturan hukum, Plato melalui pemikirannya dalam buku *Politea*, yang menggambarkan sebuah negara yang adil karena adanya pengaturan yang seimbang sesuai bagiannya dalam kehidupan ketatanegaraan, sehingga harapannya dapat dicapai keadilan bagi semua unsur bernegara sebab tiap-tiap kelompok (filsuf, tentara, pekerja) berbuat sesuai dengan tempatnya dan tugasnya⁷.

Cicero, filsuf dan pengacara besar Romawi, kemudian merumuskan tiga hal esensial yang dicapai keadilan yang sekaligus elemen keadilan, yakni : “(i) *goodwill*, (ii) *because it desires to benefit many*; (iii) *and for the same reason faithfulness and admiration, because it snorns and ignores the very things towards which most men, inflamed by greed, are dragged*” (terjemahan: (i) niat baik, (ii) karena mempunyai keinginan untuk menguntungkan orang banyak, (iii) dan untuk alasan yang sama juga iman dan kekaguman, karena kedua hal itu mengacuhkan hal yang menarik semua orang terhadap keserakahan). Karena itu, menurut Cicero, keadilan harus terus ditanamkan dan dijaga dengan berbagai cara demi kepentingan keadilan itu sendiri, sebab jika tidak, akan ada ketidakadilan dan juga demi kehormatan dan kemuliaan setiap orang⁸.

Dibandingkan dengan para filosof sebelumnya, pandangan Aristoteles tentang hukum dan keadilan merupakan teori yang relatif lebih sistematis dan lengkap. Dalam hal ini selain mengandalkan aturan, untuk meraih keadilan diperlukan cara yang bijak, yakni rasio dan praktis, sehingga keadilan tidak hanya pada tataran substansi namun meliputi pula prosedur.

Keadilan menurut Aristoteles terbagi ke dalam 2 (dua) golongan, yaitu:

- Keadilan distributif, yakni keadilan dalam hal pendistribusian kekayaan atau kepemilikan lainnya pada masing-masing anggota

⁶ Julius Stone, *Human Law and Justice*, (California: Stanford University Press-USA, 1965), hlm. 15.

⁷ Huibers Theo, *Filsafat Hukum*, (Yogyakarta: Kanesius, 1995), hlm. 23

⁸ O.C. Kaligis, *Perlindungan Hukum...*, .hlm. 47-48

masyarakat. Dengan keadilan distributif ini, yang dimaksud oleh Aristoteles adalah keseimbangan antara apa yang didapat oleh seseorang dengan apa yang patut didapatkan.

- b) Keadilan korektif, yakni keadilan yang bertujuan untuk mengoreksi kejadian yang tidak adil. Dalam hal ini keadilan dalam hubungan antara satu dengan yang lainnya yang merupakan keseimbangan (*equality*) antara apa yang diberikan dengan apa yang diterima.

Pandangan yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch relevan pula untuk disampaikan disini sebab menurutnya nilai keadilan merupakan mahkota dari setiap tata hukum. Hukum sebagai pengembangan nilai keadilan, menjadi ukuran bagi adil atau tidak adilnya tata hukum. Keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan bersifat normatif, karena berfungsi sebagai prasyarat transendental yang mendasari tiap hukum positif yang bermartabat. Ia menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolok ukur sistem hukum positif. Kepada keadilanlah, hukum positif berpangkal, sedangkan keadilan bersifat konstitutif, karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum sebagai hukum. Tanpa keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum. Keadilan bagi Radbruch lebih terarah pada *rechtsidee* atau keadilan sebagai cita hukum.⁹

Keadilan yang disampaikan oleh para ahli pikir di atas lebih menitikberatkan pada keadilan yang bersifat individual sesuai dengan berbagai beristiwa sejarah pada zamannya yang terkait dengan perkembangan kehidupan ketatanegaraan, mencuatnya perjuangan hak asasi manusia, sehingga mendesak lahirnya pemikiran-pemikiran tersebut. Di samping keadilan yang bersifat individual tersebut, lahir pula pemikiran-pemikiran yang mengupayakan adanya keadilan yang didasarkan atas kedudukan manusia secara kolektif, yang disebut solidaritas sosial dan keadilan sosial.

Segolongan pemikir atau filosof yang mendukung keadilan sosial dimaksud antara lain John Rawls. Salah satu pemikiran terkenal John Rawls adalah keadilan sebagai kejujuran (*justice as fairness*). Menurutnya, keadilan adalah kebijakan yang pertama dari lembaga-lembaga sosial sebagai kebenaran dari sistem-sistem pemikiran. Karena itu, suatu teori yang elegan, harus ditolak atau direvisi jika teori tersebut tidak benar (*untrue*). Demikian juga dengan aturan-aturan hukum dan lembaga-

⁹ Bernard L. Tanya, Yoan N. Semanjuntak, Markus Y. Hage, *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Surabaya: Kita, Surabaya, 2006), hlm. 106-107.

lembaga harus dibaharui dan dihapus, jika aturan dan lembaga tersebut tidak adil (*unjust*).

Keadilan yang mesti dikembalikan oleh hukum dengan meminjam istilah John Rawls adalah “*reasonably expected to be everyone's advantage*”, seperti terlihat dalam pendapat John Rawls¹⁰ berikut ini.

“I shall now state in a provisional form the two principle of justice that I believe would be chosen in the original position... the first statement of the two principles reads as follows:

First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others.

Second: Social and economic inequalities are to be arranged so they are both (a) reasonably expected to be everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all”

Keadilan merupakan fokus utama dari setiap sistem hukum dan keadilan tidak dapat begitu saja dikorbankan, seperti dikatakan oleh John Rawls¹¹ : sebagai berikut:

“Each person possessed an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole can not override. It does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many. Therefore in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled; the rights secured by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests ... an injustice is tolerable only when it is necessary to avoid an even greater injustice. Being first virtues of human activities, truth and justice are uncompromising”

Dari pendapat John Rawls tersebut terlihat bahwa nilai keadilan tidak boleh ditawar-tawar dan harus diwujudkan ke dalam masyarakat tanpa harus mengorbankan kepentingan masyarakat lainnya. Prinsip keadilan menurut John Rawls¹² dapat dirinci dalam 2 (dua) konsep sebagai berikut :

- 1) Dalam masyarakat yang berkeadilan, setiap orang memiliki kemerdekaan atau kebebasan yang sangat besar yang setara dengan kemerdekaan atau kebebasan yang dimiliki oleh orang lain, dan
- 2) Ketimpangan sosial dan ekonomi adalah dapat dibenarkan sejauh jika ketimpangan tersebut dapat memberikan keuntungan atau

¹⁰ John Rawls, 1971 *A Theory of Justice*, (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1971), hlm. 48.

¹¹ John Rawls, *Ibid*, hlm. 361.

¹² John Rawls, *Ibid*, hlm. 60

manfaat yang sebesar-besarnya bagi kelompok yang paling tidak diuntungkan yang ada di dalam masyarakat.

Dalam bahasa yang lebih sederhana konsep tersebut memuat prinsip-prinsip dalam sebuah keadilan yaitu (i) prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty*), yakni setiap orang memiliki hak atas kebebasan individual yang sama dengan hak orang lainnya; (ii) prinsip kesempatan yang sama, yaitu bahwa ketidakadilan ekonomi dalam masyarakat harus diatur untuk melindungi pihak yang tidak beruntung, dengan jalan memberikan kesempatan yang sama bagi semua orang dengan persyaratan yang adil.

Oleh karena itu menurut John Rawls, dalam suatu masyarakat yang berkeadilan, kebebasan dari tiap warganegara dijamin melalui keadilan, yang tidak tunduk pada tawar-menawar politik (*not subject to political bargaining*) atau pada hitungan kepentingan-kepentingan sosial. Suatu keadilan hanya dapat ditolerir, ketika hal itu penting untuk menghindari suatu peristiwa ketidakadilan yang lebih besar. Karena itu, kebijakan dari aktivitas-aktivitas manusia, kebenaran dan keadilan, tidak dapat dikompromikan.

Bagaimana kedua prinsip keadilan tersebut dapat ditegakkan? Jawaban menarik yang ditawarkan oleh John Rawls adalah bahwa prinsip-prinsip tersebut harus dipilih oleh pihak-pihak dalam sesuatu yang disebut sebagai posisi murni (*original position*). Menurut John Rawls, prinsip keadilan itu dipilih dibawah bayang-bayang ketidaktahuan dan ketidakpedulian. *Original position* ini merupakan suatu alat untuk menjelaskan bagaimana masyarakat akan menentukan kondisi keadilan di dalam lingkungannya apabila pandangan dan pemikiran mereka tidak dipengaruhi dan dikacaukan oleh posisi kekayaan, kelas dan kemampuan aktual yang mereka miliki.

Metode yang ditawarkan oleh John Rawls adalah mempertahankan apa yang sesungguhnya dimaksud dengan keadilan itu sendiri dan prinsip-prinsip distribusi apa saja yang dibutuhkan untuk mewujudkan keadilan tersebut.

Deskripsi Kewenangan dalam Peradilan

Berbagai literatur sering ditemukan istilah kekuasaan, kewenangan, dan wewenang. Kekuasaan merupakan inti dari penyelenggaraan negara, agar negara dapat menyelenggarakan pemerintahan dengan baik, maka (organ) negara harus diberi kekuasaan. Dengan adanya kekuasaan tersebut negara dapat

bekerjasama, melayani warga negaranya. Max Weber menyebut kekuasaan yang berkaitan dengan hukum sebagai wewenang rasional atau legal, yakni wewenang yang berdasarkan suatu sistem hukum ini dipahami sebagai kaidah-kaidah yang telah diakui serta dipatuhi masyarakat dan bahkan diperkuat oleh negara.

Kewenangan atau wewenang memiliki kedudukan penting dalam kajian hukum tata negara dan hukum administrasi. Begitu pentingnya kedudukan wewenang ini, sehingga F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyatakan : “*Het begrip bevoegdheid is dan ook een kernbegrip in het staats-en administratief recht*”. Dari pernyataan ini dapat ditarik suatu pengertian bahwa wewenang merupakan konsep inti dari hukum tata negara dan hukum administrasi.

Istilah wewenang atau kewenangan disejajarkan dengan “*authority*” dalam bahasa Inggris dan “*bevoegdheid*” dalam bahasa Belanda. *Authority* dalam *Black's Law Dictionary* diartikan sebagai *Legal power; a right to command or to act; the right and power of public officers to require obedience to their orders lawfully issued in scope of their public duties.*¹³ (kewenangan atau wewenang adalah kekuasaan hukum, hak untuk memerintah atau bertindak; hak atau kekuasaan pejabat publik untuk mematuhi aturan hukum dalam lingkup melaksanakan kewajiban publik). “*Bevoegdheid*” dalam istilah Hukum Belanda, Phillipus M. Hadjon memberikan catatan berkaitan dengan penggunaan istilah wewenang atau “*bevoegdheid*”. Istilah “*bevoegdheid*” digunakan dalam konsep hukum privat dan hukum publik, sedangkan “wewenang” selalu digunakan dalam konsep hukum publik.¹⁴ Wewenang (*authority, competence*)¹⁵ adalah hak dan kekuasaan (untuk menjalankan sesuatu).

Dalam kewenangan terdapat wewenang-wewenang. Wewenang tidak hanya meliputi membuat keputusan pemerintahan (*besluit*), tetapi meliputi wewenang dalam rangka melaksanakan tugas, dan pembentukan wewenang serta distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam undang-undang dasar.¹⁶

¹³ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, (West Publishing, 1990), hlm. 133.

¹⁴ Phillipus M. Hadjon, (Phillipus M. Hadjon IV) tentang Wewenang, Yuridika, No. 5&6 Tahun XII, Sep-Des 1997, hlm.1

¹⁵ John M. Echols dan Hassan Shadilly, *Kamus Indonesia Inggris*, (Gramedia, Jakarta, 1997) hlm. 614.

¹⁶ Phillipus M. Hadjon, dalam Malik, *Perspektif Fungsi Pengawasan Komisi Yudisial Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi*, 2007, (Malang: Program Pascasarjana Universitas Brawijaya), hlm. 31.

Wewenang sebagai konsep hukum publik sekurang-kurangnya terdiri dari 3 (tiga) komponen, yaitu: 1) Pengaruh; 2). Dasar Hukum; dan 3) Konformitas Hukum

Komponen pengaruh ialah bahwa penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subjek hukum. Komponen dasar hukum bahwa wewenang itu selalu harus dapat ditunjuk dasar hukumnya. Komponen konformitas mengandung makna adanya standar wewenang yaitu standar umum (semua jenis wewenang) dan standar khusus (untuk jenis wewenang tertentu).¹⁷

Asas legalitas merupakan unsur universal konsep negara hukum apapun tipe negara hukum yang dianut suatu negara. Dalam hukum pidana asas legalitas dalam wujudnya "*nullum delictum sine lege*" dewasa ini masih diperdebatkan asas berlakunya. Dalam hukum administrasi asas legalitas dalam wujudnya "*wetmatigheid van bestuur*" sudah lama dirasakan tidak memadai.¹⁸

Tidak memadainya asas "*wetmatigheid van bestuur*" pada dasarnya berakar pada hakikat kekuasaan pemerintah. Kekuasaan pemerintahan (arti sempit) di Indonesia sangat populer disebut dengan eksekutif dalam prakteknya tidaklah murni sebuah kekuasaan eksekutif (melaksanakan undang-undang). Dalam kaitan dengan hal tersebut, Philipus M. Hadjon menyatakan dengan menyitir pendapatnya N.E. Algra bahwa : "pada kepustakaan Belanda jarang menggunakan istilah "*uitvoerende macht*", melainkan menggunakan istilah yang populer "*bestuur*" yang dikaitkan dengan "*sturen*" dan "*sturing*". "*Bestuur*" dirumuskan sebagai lingkungan kekuasaan negara di luar lingkungan kekuasaan legislatif dan kekuasaan yudisial".¹⁹

Konsep "*bestuur*" membawa implikasi kekuasaan pemerintahan tidaklah semata sebagai kekuasaan terikat, tetapi juga merupakan suatu kekuasaan bebas (*vrij bestuur, Freies Ermessen, discretionary power*).²⁰ Menurut Ten Berge, seperti yang dikutip Philipus M. Hadjon, kekuasaan bebas itu meliputi kebebasan kebijakan dan kebebasan penilaian.²¹ Kebebasan kebijakan (wewenang diskresi dalam arti sempit)

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 1-2

¹⁸ Philipus M. Hadjon (Philipus M. Hadjon V), *Discretionary Power dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB)*, Paper, disampaikan pada Seminar Nasional "Aspek Pertanggungjawaban Pidana Dalam Kebijakan Publik Dari Tindak Pidana Korupsi", (Semarang, 6-7 Mei, 2004), hlm. 1

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 2.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 3.

²¹ *Ibid.*, hlm. 2.

artinya bila peraturan perundang-undangan memberikan wewenang tertentu kepada organ pemerintah, sedangkan organ tersebut bebas untuk (tidak) menggunakannya meskipun syarat-syarat bagi penggunaannya secara sah dipenuhi. Kebebasan penilaian (wewenang diskresi dalam arti yang tidak sesungguhnya) adalah hak yang diberikan organ pemerintah untuk menilai secara mandiri dan eksklusif apakah syarat-syarat bagi pelaksanaan suatu wewenang secara sah telah terpenuhi.

Philipus M. Hadjon menyatakan untuk memudahkan memberikan pemahaman tentang kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi dengan cara melihat ruang lingkupnya. Kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi meliputi; 1) Kewenangan untuk memutus sendiri, dan 2) Kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*vage normen*).²²

Kekuasaan bebas (*vrij bestuur*) asas "wetmatigheid" tidaklah memadai. Kekuasaan bebas di sini tidak dimaksudkan kekuasaan yang tanpa batas, tetapi tetap dalam koridor hukum (*rechtmatigheid*), setidak-tidaknya kepada hukum yang tertulis atau asas-asas hukum. Badan hukum publik yang berupa negara, pemerintah, departemen, pemerintah daerah, institusi untuk dapat menjalankan tugasnya mereka memerlukan kewenangan. Pemberian kewenangan terhadap badan hukum publik tersebut dapat dilihat pada konstitusi masing-masing negara.

Hukum administrasi pada hakikatnya berhubungan dengan kewenangan publik dan cara-cara pengujian kewenangannya, juga hukum mengenai kontrol terhadap kewenangan tersebut.²³

Deskripsi Proses Penegakan Hukum

Pada hakikatnya hukum administrasi tidak dapat menegakkan dirinya sendiri tanpa usaha konkret dari negara. Oleh karena itu, melalui penegakan hukum administrasi, hukum administrasi menjadi kenyataan dalam negara hukum Indonesia. Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa proses perwujudan dari keinginan-keinginan (ide-ide) dalam hukum merupakan hakikat dari pengertian penegakan

²² *Ibid.*, hlm. 6.

²³ Philipus M. Hadjon IV, *Discretionary Power...*

hukum. Penegakan hukum merupakan suatu proses untuk mewujudkan keinginan-keinginan hukum menjadi kenyataan.²⁴

Terkait dengan penegakan hukum, Sjachran Basah²⁵ mengatakan bahwa penegakan hukum secara konkret adalah berlakunya hukum positif dalam praktek sebagaimana seharusnya ditaati. Oleh karena itu, memberikan keadilan dalam suatu perkara berarti memutuskan perkara dengan menerapkan hukum dan menemukan hukum *in concreto* dalam mempertahankan dan menjamin ditaatinya hukum materil dengan menggunakan cara prosedural yang ditetapkan oleh hukum formal. Lebih jauh dikatakan oleh Laica Marzuki,²⁶ tanpa penegakan hukum (*formeel recht*), maka, kaidah-kaidah hukum materil (*materieel recht*) niscaya menjadi tumpukan kertas (*een papieren muur*) saja, sedangkan Jimly Asshiddiqie²⁷ mengatakan penegakan hukum dalam arti luas mencakup kegiatan untuk melaksanakan dan menerapkan hukum serta melakukan tindakan hukum terhadap setiap pelanggaran atau penyimpangan yang dilakukan oleh subjek hukum. Bahkan, lebih jauh dikatakan bahwa dalam pengertian yang lebih luas, kegiatan penegakan hukum mencakup pula segala aktifitas yang dimaksudkan agar hukum sebagai perangkat kaidah normatif yang mengatur dan mengikat para subjek hukum dalam segala aspek kehidupan bermasyarakat berbangsa dan bernegara benar-benar ditaati dan sungguh-sungguh dijalankan sebagaimana mestinya, sedangkan penegakan hukum dari aspek hukum administrasi menurut Philipus M. Hadjon yang menyatakan bahwa, pada umumnya tidak ada gunanya memasukkan kewajiban-kewajiban atau larangan-larangan bagi para warga di dalam peraturan perundang-undangan tata usaha negara, manakala aturan-aturan tingkah laku itu tidak dapat dipaksakan oleh tata usaha negara (dalam hal dimaksud diperlukan). Bagi pembuat peraturan penting untuk tidak hanya melarang tindakan-tindakan yang tanpa disertai izin, tetapi juga terhadap tindakan-tindakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang dapat dikaitkan pada suatu izin.²⁸

²⁴ Satjipto Rahardjo, *Permasalahan Hukum Di Indonesia*, cet. Pertama, (Bandung: Alumni, 1983), hlm. 15.

²⁵ Sjahran Basah, *Perlindungan Hukum Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Cet. Kedua, Bandung, Alumni, hlm. 14

²⁶ Laica Marzuki, ..., hlm. 94-95.

²⁷ Jimly Asshiddiqie, *Pembangunan Hukum Dan Penegakan Hukum di Indonesia*, Makalah, Disampaikan pada Seminar “Menyoal Moral Penegakan Hukum” Dalam rangka Lustrum XI Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 17 Februari 2006

²⁸ Philipus M. Hadjon, *Discretionary Power...*, hlm. 245.

Agar kewajiban-kewajiban atau larangan-larangan tersebut efektif, pejabat administrasi harus diberi kemampuan yang bersifat memaksa untuk menegakkan kewajiban atau larangan dimaksud. Philipus M. Hadjon menyatakan bahwa instrumen penegakan hukum administrasi meliputi pengawasan dan penegakan sanksi. Pengawasan merupakan upaya preventif untuk memaksakan kepatuhan, sedangkan penerapan sanksi merupakan upaya represif untuk memaksakan kepatuhan.²⁹

Unsur-unsur pokok dari penegakan hukum administrasi dikemukakan pula oleh Tatiek Sri Djatmiati.³⁰ Penegakan hukum di bidang hukum administrasi mempunyai 2 (dua) unsur pokok yaitu: 1) Pengawasan; dan 2) Sanksi.

Pengawasan dilakukan terhadap kepatuhan warga masyarakat, agar ketentuan yang bersifat mewajibkan, atau ketentuan yang dilarang tidak dilanggar. Dengan demikian sanksi pada hakikatnya merupakan instrumen yuridis yang biasanya diberikan apabila kewajiban-kewajiban atau larangan-larangan yang ada dalam ketentuan hukum telah dilanggar.

Unsur pokok penegakan hukum administasi, juga terungkap dari pendapat Nicolai, yang menyatakan:

"De bestuursrechtelijke handhavings--middelen omvatten (1) het toezicht dat bestuursorganen kunnen uitoefenen op de naleving van de bij of krachtens de wet gestelde voorschriften en van de bij besluit individueel opgelegde verplichtingen, en (2) de toepassing van bestuursrechtelijke sanctie bevoegdheden". (Sarana penegakan hukum administrasi berisi (1) pengawasan bahwa organ pemerintahan dapat melaksanakan ketaatan pada atau berdasarkan undang-undang yang ditetapkan secara tertulis dan pengawasan terhadap keputusan yang meletakan kewajiban kepada individu, dan (2) penerapan kewenangan sanksi pemerintahan).³¹

Pengawasan sebagai Instrumen Penegakan Hukum Administrasi

Sebagaimana halnya dengan pelayanan izin, dalam penegakan hukum administrasi, pengawasan terhadap ketentuan-ketentuan perizinan pengelolaan sumber daya, pemerintah dan pemerintah daerah mengambil kebijakan yang menempatkan wewenang pengawasan diberi

²⁹ *Ibid*, hlm. 337

³⁰ Tatiek Sri Djatmiati, hlm. 82.

³¹ P. Nicolai, et.al. *Bestuursrecht*, Amsterdam, 1994, hlm. 469.

fungsi utama. Pengawasan sebagai langkah preventif untuk memaksakan kepatuhan terhadap ketentuan-ketentuan hukum, adalah langkah awal sebelum sampai pada pengenaan sanksi atas pelanggaran ketentuan-ketentuan tersebut. Philipus M. Hadjon menyatakan:

“Pengenaan sanksi-sanksi hanya mungkin apabila badan tata usaha negara mengetahui adanya pelanggaran-pelanggaran nyata atas peraturan perundang-undangan. Hal itu tidak terjadi dengan sendirinya. Karena itu tata usaha negara mempekerjakan pegawai-pegawai yang ditugaskan untuk mengadakan pengawasan (disebut juga: kontrol).”

“Pengawasan sebagaimana dimaksud di atas, didalam praktek merupakan syarat bagi dimungkinkannya pengenaan sanksi. Sekaligus menurut pengalaman, pelaksanaan dari pengawasan itu sendiri telah mendukung penegakan hukum (*hukum administrasidharing*). “...Lagi pula pegawai-pegawai pengawasan melalui penerangan (penyuluhan), anjuran (bujukan), peringatan dan nasehal biasanya dapat mencegah terjadinya suatu keadaan pengenaan sanksi...” Bagi pengadaan pengawasan atau kontrol itu sendiri tidak perlu terdapat dugaan terjadinya suatu perbuatan pidana.³²

Deskripsi Pelaksanaan Perlindungan Hukum

Subjek hukum selaku pemikul hak-hak dan kewajiban-kewajiban (*de drager van de rechten en plichten*), baik itu manusia (*natuurlijk persoon*), badan hukum (*rechtspersoon*), maupun jabatan (*ambi*), dapat melakukan tindakan-tindakan hukum berdasarkan kemampuan (*bekwaam*) atau kewenangan (*bevoegdheid*) yang dimilikinya. Dalam pergaulan di tengah masyarakat, banyak terjadi hubungan hukum yang muncul sebagai akibat adanya tindakan-tindakan hukum dari subjek hukum itu. Tindakan hukum ini merupakan awal lahirnya hubungan hukum, yakni interaksi antar subjek hukum yang memiliki relevansi hukum atau mempunyai akibat hukum. Agar hubungan hukum antar subjek hukum itu berjalan harmonis, seimbang, dan adil, dalam arti setiap subjek hukum mendapatkan apa yang menjadi haknya dan menjalankan kewajiban yang dibebankan kepadanya, maka hukum tampil sebagai aturan main dalam mengatur hubungan hukum tersebut.

Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum.³³ Pelanggaran

³² Philipus M. Hadjon, *Discretionary Power...*, hlm. 248.

³³ Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum Suatu Pengantar, Liberty (Yogyakarta, 1996, hlm. 140.

hukum terjadi ketika subjek hukum tertentu tidak menjalankan kewajiban yang seharusnya dijalankan atau karena melanggar hak-hak subjek hukum lain. Subjek hukum yang dilanggar hak-haknya harus mendapatkan perlindungan hukum. Fungsi hukum sebagai instrumen pengatur dan instrumen perlindungan ini, di samping fungsi lainnya yaitu diarahkan pada suatu tujuan yaitu untuk menciptakan suasana hubungan hukum antar subjek hukum secara harmonis, seimbang, damai, dan adil.

Hukum yang mengatur hubungan hukum antara pemerintah dengan warga negara adalah hukum administrasi atau hukum perdata, tergantung dari sifat dan kedudukan pemerintah dalam melakukan tindakan hukum tersebut. Pemerintah memiliki 2 (dua) kedudukan hukum yaitu sebagai wakil dari badan hukum publik (*publiek rechtspersoon*) dan sebagai pejabat (*ambtdrager*) dari jabatan pemerintah. Ketika pemerintah melakukan tindakan hukum dalam kapasitasnya sebagai wakil dari badan hukum, maka tindakan tersebut diatur dan tunduk pada ketentuan hukum keperdataan, sedangkan ketika pemerintah bertindak dalam kapasitasnya sebagai pejabat, maka tindakan itu diatur dan tunduk pada hukum administrasi. Baik tindakan hukum keperdataan maupun tindakan hukum publik dari pemerintah dapat menjadi peluang munculnya perbuatan yang bertentangan dengan hukum, yang melanggar hak-hak warga negara. Oleh karena itu, hukum harus memberikan perlindungan hukum bagi warga negara.

F.H. van Der Burget. al., mengatakan bahwa:

*"De mogelijkheden van rechtsbescherming zijn van belang wanneer de overheid iets heeft gedaan of nagelaten of voornemens is bepaalde handelingen te verrichten en bepaalde personen of groepen zich daardoor gegriefd achten"*³⁴ (kemungkinan untuk memberikan perlindungan hukum adalah penting ketika pemerintah bermaksud untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu terhadap sesuatu, yang oleh karena tindakan atau kelalaiannya itu melanggar (hak) orang-orang atau kelompok tertentu).

Berkaitan dengan perlindungan hukum, maka Philipus.M.Hadjon³⁵ membedakannya atas perlindungan hukum yang preventif dan perlindungan hukum yang represif. Pada perlindungan

³⁴ F. H. Van Der Burg et.al., *Rechtsbescherming Tegen de Overheid*, (Nijmegem, 1985), hlm. 2.

³⁵ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*, (Edisi Khusus, Peradaban, 2007), hlm. 2-3

hukum yang preventif, kepada rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan(*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Ini berarti, perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, sedangkan perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Lebih jauh dikatakan bahwa perlindungan hukum yang preventif sangat besar artinya bagi tindak pemerintahan yang didasarkan kepada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah ter dorong untuk bersikap hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi.

Pentingnya sarana perlindungan hukum preventif dibandingkan sarana perlindungan hukum represif, terutama dikaitkan dengan asas "*freis ermessen*" (*discretionare bevoegdheid*). Dengan sarana ini sebelum pemerintah menetapkan *bestemmingplannen* (rencana keputusan), rakyat dapat mengajukan keberatan, atau dimintai pendapatnya mengenai rencana keputusan tersebut.

Pada sisi lain, terkait dengan perlindungan hukum terdapat beberapa macam perbuatan pemerintah yang memungkinkan lahirnya kerugian bagi masyarakat dan/atau bagi seseorang atau badan hukum perdata. Secara umum ada 3 (tiga) macam perbuatan pemerintahan, yaitu perbuatan pemerintahan dalam bidang pembuatan peraturan perundang-undangan (*regeling*), perbuatan pemerintahan dalam penerbitan keputusan (*beschikking*), dan perbuatan pemerintah dalam bidang keperdataan (*materiele daad*). Perbuatan pemerintahan dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dan penerbitan keputusan terjadi dalam bidang publik, dan karena itu tunduk dan diatur berdasarkan hukum publik, sedangkan perbuatan pemerintah dalam bidang keperdataan termasuk dalam bidang perdata, dan karenanya tunduk dan diatur berdasarkan hukum perdata.

Lebih lanjut dijelaskan bahwa Perlindungan Hukum dapatlah dikategorikan atas 2 (dua) jenis yaitu:

a. Sarana perlindungan hukum preventif

Penelitian yang dilakukan oleh tim dari *Council of Europe* pada tahun 1975 tentang *The Protection of Individual in relation to Act of Administratitve Authorities*. Penetian tersebut menetik beratkan pada sarana perlindungan hukum yang preventif, misalnya *the right to hear and access to information*. Menurut penelitian tersebut, arti penting dari "*the right to be heard*" adalah: *pertama*, individu yang terkena tindak pemerintahan dapat mengemukakan hak-haknya dan

kepentingannya, *kedua*, cara demikian menunjang suatu pemerintah yang baik (*good administration*) dan dapat ditumbuhkan suasana saling percaya antara yang memerintah dan yang diperintah. Dengan kata lain “*the right to be heard*” mempunyai tujuan ganda yaitu menjamin keadilan dan menjakmin suatu pemerintah yang baik.

b. Sarana Perlindungan hukum represif

Secara garis besar, sistem hukum di dunia modern terdiri atas 2 (dua) sistem induk, yaitu *civil law system* dan *common law system*. Sistem hukum yang berbeda melahirkan perbedaan mengenai bentuk dan jenis sarana perlindungan hukum bagi rakyat dalam hal ini sarana perlindungan hukum preventif.

Dengan menggunakan konsepsi barat sebagai kerangka pikir dengan landasan pijak pada Pancasila, prinsip perlindungan hukum bagi rakyat adalah prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia yang bersumber pada Pancasila dan prinsip negara hukum yang berdasarkan Pancasila.

Adapun elemen dan ciri-ciri negara hukum Pancasila ialah:

- (1) Keserasian hubungan antara pemerintah dengan rakyat berdasarkan asas kerukunan;
- (2) Hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara;
- (3) Prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir;
- (4) Keseimbangan antara hak dan kewajiban.

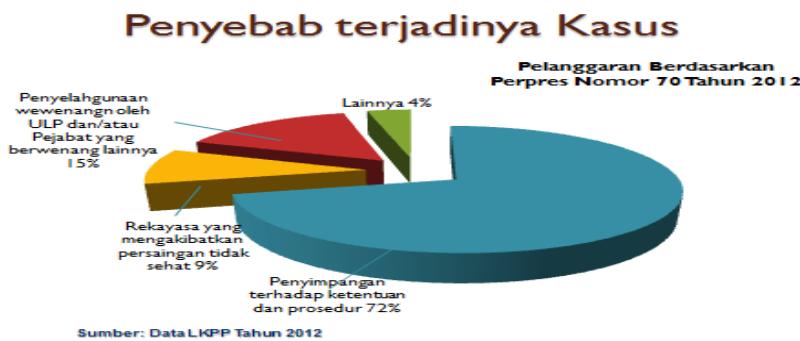
Berdasarkan elemen-elemen tersebut, perlindungan hukum bagi rakyat terhadap pemerintah diarahkan kepada:

- (1) Usaha-usaha untuk mencegah terjadinya sengketa atau sedapat mungkin mengurangi terjadinya sengketa, dalam hubungan ini sarana perlindungan hukum preventif patut diutamakan daripada sarana perlindungan represif;
- (2) Usaha-usaha untuk menyelesaikan sengketa antara pemerintah dan rakyat dengan cara musyawarah;

Penyelesaian sengketa melalui peradilan merupakan jalan terakhir, peradilan hendaknya merupakan ultimum remedium dan peradilan bukan forum konfrontasi sehingga peradilan harus mencerminkan suasana damai dan tenram terutama melalui hubungan acaranya.

Sanggah Banding dalam Pengadaan Barang dan Jasa

Sanggah banding dalam Pengadaan barang dan jasa pemerintah berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 menurut sumber data LKPP tahun 2012 terjadi karena beberapa faktor yaitu (1) penyimpangan terhadap kententuan dan prosedur, (2) rekayasa yang mengakibatkan persaingan tidak sehat, (3) Penyalagunaan wewenang oleh ULP dan/atau pejabat yang berwenang lainnya (4) faktor lain, hal ini dapat telihat dari gambar berikut :



Khusus terkait dengan penyebab terjadinya kasus pengadaan barang dan jasa pemerintah berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 maka dapat dilakukan sangahan dan sangah banding oleh pihak yang merasa dirugikan dengan dalam kedudukanya sebagai peserta lelang yang menyampaikan penawaran, kepada ULP/Panitia Lelang, dengan materi sangahan berupa, (1) Peyimpangan Prosedur, (2) rekayasa tertentu dan (3) penyalagunaan wewenang, materi sangahan ini harus ditembusukan kepada, PPK, PA/KPA dan APIP, sangahan ini harus dilakukan 3-5 hari setelah diumumkan pemenang lelang, jika sangahan benar, atau diterima maka lelang gagal atau batal.

Apabila sangahan ditolak maka peserta lelang yang menyampaikan penawaran, kepada ULP/Panitia Lelang dapat mengajukan sangah banding yang ditujukan kepada Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah/Pimpinan Institusi/Pejabat yang berwenang menjawab sanggahan banding, materi sangah bading berisikan Ketidakpuasan atas jawaban sanggahan yang diberikan oleh ULP/Panitia, sangah bading ini harus ditembusukan kepada, PPK, PA/KPA dan APIP.

Selain sangah dan sangah bading yang merupakan hak peserta lelang yang menyampaikan penawaran juga dapat ditempuh upaya pengaduan sebagaimana diatur dalam Perpres Nomor 54 Tahun 2010 (pasal 117) yang menegaskan bahwa:

- (1) Dalam hal Penyedia Barang/Jasa atau masyarakat menemukan indikasi penyimpangan prosedur, KKN dalam pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dan/atau pelanggaran persaingan yang sehat dapat mengajukan pengaduan atas proses pemilihan Penyedia Barang/Jasa.
- (2) Pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ditujukan kepada APIP K/L/D/I yang bersangkutan dan/atau LKPP, disertai bukti-bukti kuat yang terkait langsung dengan materi pengaduan.
- (3) APIP K/L/D/I dan LKPP sebagaimana dimaksud pada ayat (2) sesuai dengan kewenangannya menindaklanjuti pengaduan yang dianggap beralasan.
- (4) Hasil tindak lanjut pengaduan yang dilakukan oleh APIP sebagaimana dimaksud pada ayat (3), dilaporkan kepada Menteri/Pimpinan Lembaga/Kepala Daerah/Pimpinan institusi, dan dapat dilaporkan kepada instansi yang berwenang dengan persetujuan Menteri/Pimpinan Lembaga/Kepala Daerah/Pimpinan Institusi, dalam hal diyakini terdapat indikasi KKN yang akan merugikan keuangan negara, dengan tembusan kepada LKPP dan Badan Pengawasan Keuangan dan pembangunan.
- (5) Instansi yang berwenang dapat menindaklanjuti pengaduan setelah Kontrak ditandatangani dan terdapat indikasi adanya kerugian negara.

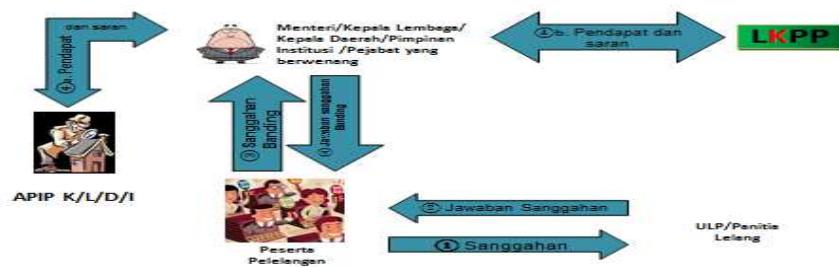
Materi pengaduan meliputi: 1) Pengaturan tender, 2) Persekongkolan antar penyedia/afiliasi, 3) Panitia tidak bersertifikat, 4) Persyaratan yang tidak sesuai dengan ketentuan Perpres dan Dokumen Pengadaan, 5) Mark up HPS, 6) Penilaian evaluasi yang tidak sesuai dengan Dokumen Pengadaan, 7) Persaingan usaha tidak sehat, 8) Sanggahan/Sanggahan Banding tidak dijawab, 9) Panitia tidak transparan terkait proses dan hasil pelelangan, dan 10) Pemalsuan dokumen.

Peserta lelang yang menyampaikan penawaran yang menempuh upaya pengaduan melaporkan kepada APIP dan LKPP dengan materi pengaduan meliputi; 1) Penyimpangan Prosedur, 2) KKN, dan/atau, dan 3) Persaingan tidak sehat.

Dari laporan pengaduan yang disampaikan Peserta lelang yang menyampaikan penawaran maka APIP akan melakukan tindakan sebagai berikut : 1) Melaporkan kepada Pimpinan, dan 2) Melaporkan kepada Instansi Berwenang dengan persetujuan Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah/Pimpinan Institusi jika indikasi KKN.

Tindak lanjut oleh LKPP adalah menyampaikan pendapat dan/atau rekomendasi kepada APIP, tindak lanjut oleh instansi berwenang adalah; 1) Jika terdapat Indikasi KKN, dan 2) Dapat ditindak lanjuti setelah Kontrak ditandatangani, sedangkan tindak lanjut oleh Menteri/ Kepala Lembaga/Pimpinan Institusi adalah menyatakan lelang gagal, jika pengaduan melibatkan KPA terbukti benar, hal tersebut dapat dilihat pada gambar dibawah ini :

Mekanisme Sanggah, Sanggahan Banding Berdasarkan Perpres 70 Tahun 2012



Apabila seluruh mekanisme dan prosedur sebagaimana diatur dalam Perpres No 54 Tahun 2010, sebagaimana dirubah dengan Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012, telah ditempu dan oleh Pejabat Kementerian/Lembaga telah menetapkan pemenang lelang dan menolak sangah dan sangah Banding, serta pengaduan yang dilakukan, maka dengan keputusan yang dikeluarkan oleh Pejabat Kementerian/Lembaga, yang merupakan suatu Keputusan TataUsaha Negara dapat digugat pada peradilan Tata Usaha Negara, gugatan yang dilakukan pada Peradilan Tata Usaha Negara tersebut untuk menguji apakah tindakan dan prosedur serta subtansi dari suatu peraturan dilaksanakan secara baik atau tidak oleh Pejabat Kementerian/Lembaga.

Dengan demikian legalitas suatu keputusan sangah dan sangah banding serta pengaduan dalam proses pengadaan barang dan Jasa pemerintah merupakan obyek hukum yang harus diperhatikan secara baik bagi para pejabat yang terlibat dan berwenang dalam proses pengadaan barang dan Jasa pemerintah, karena jika tidak diperhatikan

dengan baik membuat tindakan Pejabat Kementerian/Lembaga menjadi tidak sah dan berdampak hukum baik bersifat perdata berdasarkan pasal 1365 KUHPerdata terkait perbuatan melanggar hukum, maupun bersifat adminitrasi Tata Usaha Negara.

Penutup

Berdasarkan pembahasan diatas, penulis menyimpulkan beberapa hal sebagai berikut :

1. Legalitas keputusan sanggah banding menurut ketentuan Perpres No 54 Tahun 2010, sebagaimana dirobah dengan Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 merupakan suatu proses yang dilakukan untuk mendudukan hukum sebagaimana posisinya. Dalam perspektif demikian bahwa sanggahan banding yang dianggap legal bila keputusan tersebut memiliki objek sengketa yang sesuai dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Jo Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 Jo Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009. Oleh karena itu bahwa sanggahan banding dalam pengadaan barang jasa dilakukan karena peserta lelang tidak puas dengan jawaban sanggahan yang diberikan oleh ULP/peserta lelang. Dengan demikian peserta lelang melakukan sanggahan banding dan dikeluarkan keputusan sanggahan banding oleh Menteri/Kepala lembaga/kepala daerah/Pimpinan Institusi/Pejabat yang berwenang.
2. Keputusan sanggah banding menurut ketentuan Perpres No 54 Tahun 2010 serta perubahannya merupakan keputusan yang dilakukan oleh pejabat sehingga proses dapat dilakukan di peradilan tata usaha negara. Hal ini mengarah pada adanya suatu objek sengketa yang dilakukan berdasarkan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Jo Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 Jo Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009

Daftar Pustaka

- Abdullah,Rozali, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1996.
- _____, *Pelaksanaan Otonomi Luas & Isu Federalisme sebagai suatu Alternatif*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000.

- Agussalim Andi Gadjong, *Pemerintahan Daerah, Kajian Politik dan Hukum*. Bogor: Ghalia Indonesia, 2007.
- Ali Achmad, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang Legisprudence*. Bandung: Kencana, 2009.
- Amarullah Salim, *Peranan Peradilan Tata Usaha Negara sebagai Pengawasan Yusticial Terhadap Pemerintah Berdasarkan Asas-Asas Umum Pemerintah Yang Baik Dari Suatu Negara Hukum*, “makalah” disampaikan pada lokakarya menyongsong Pelaksanaan Peradilan Tata Usaha Negara, Ikatan Alumni IIAP-LAN bekerjasama dengan Kantor Menteri Negara Pendayagunaan Apratur Negara, Lembaga Administrasi Negara, Depertemen Kehakiman, Jakarta, 1990.
- Amiruddin dan Zaenal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Huku*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004.
- Arief Muljadi, *Landasan dan Prinsip Hukum Otonomi Daerah Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia*. Cet. Ke-1, Jakarta: Prestasi Pustaka Publisher, 2005.
- Asshiddiqie, Jimly, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Jakarta: Ichtiaar Baru Van Goeve, 1994.
- _____, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*. Jakarta: Pusat Studi HTN FH. UI, 2004.
- _____, *Perihal Undang-Undang*. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- _____, *Pembangunan Hukum dan Penegakan Hukum di Indonesia*, Makalah, Disampaikan pada Seminar “Menyoal Moral Penegakan Hukum” Dalam rangka Lustrum XI Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2006.
- Azhary, *Negara Hukum Indonesia*. Jakarta: UI-Press, 1995.
- Basjah, Sjahran, *Eksistensi dan Tolok Ukur Peradilan Administrasi di Indonesia*. Bandung: Alumni, 1995.
- _____, *Perlindungan Hukum Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*. Alumni, Bandung, 1992.

- Bernard L. Tanya, Yoan N. Semanjuntak, Markus Y. Hage, *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Surabaya: Kita, 2006.
- Bohari, *Pengawasan Keuangan Negara*. Jakarta: Rajawali Press, 1992.
- Bintoro Tjokroamidjojo, *Good Governance Paradigma Baru Managemen Pembangunan*. Jakarta: UI-Press, 2001.
- Campbell Black, Henry, *Black's Law Dictionary*. Inggris: West Publishing, 1990.
- Carl C. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, 5th ed. Blaidsdell Publishing Company, Weltham Mass, 1967.
- Cecile Fabre & David Miller, *Justice and Culture: Rawls, Sen, Nussbaum and O'Neil, Political Studies Review 1*, 2003.
- DarwanPrinst, *Strategi Menangani Perkara Tata Usaha Negara*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1995.
- Echols, John M. dan Hassan Shadilly, *Kamus Indonesia Inggris*. Jakarta: Gramedia, 1997.
- Fadjar Mukthie, *Tipe Negara Hukum*, Cet. Ke-2. Malang: Bayumedia, 1995.
- Habib Adjie, *Sanksi Perdata dan Sanksi Administratif Terhadap Notaris Sebagai Pejabat Publik*. Bandung: Refika Aditama, 2007.
- Hadjon, P.M, *Pengkajian Ilmu Hukum (Normatif)*, Yudika, Majalah Fakultas Hukum UNAIR, 1994 No. 16, 1994.
- _____, *Ide Negara Hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, (Makalah), 1994.
- _____, *Fungsi Normatif Hukum Administrasi dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih* Pidato Penerimaan Jabatan Guru Besar dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 10 Oktober 1994.
- _____, *Kedudukan Undang-Undang Pemerintahan Daerah dalam Sistem Pemerintahan*, Disampaikan dalam Seminar Sistem Pemerintahan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945 (Makalah). Surabaya, Jawa Timur, 2004.

- _____, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia, Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan peradilan Administrasi*. Surabaya: Peradaban, Edisi Khusus, 2007.
- _____, *Pengantar Hukum Administrasi Negara (Introduction to The Administration Law)*, Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1994.
- _____, *Penerapan Eksekusi Putusan PTUN Terhadap Pejabat TUN Daerah*, disampaikan pada Workshop Tentang Penerapan Eksekusi Putusan PTUN dalam Kaitannya dengan Pelaksanaan Otonomi Daerah, Jakarta; 28 Agustus 2004.
- Harahap, Zairin, *Hukum Acara Peradilan tata Usaha Negara*. Jakarta: Raja Grafindo, 1994.
- Hiubers Theo, *Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Kanesius, 1995.
- Indroharto, *Usaha Memahami Undang-undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1999.
- _____, *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Buku II, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1999.
- _____, *Peradilan Tata Usaha Negara*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1999.
- Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*, Bandung: Alumni, 2004.
- Jack H. Nagel, *The Descriptive Analysis of Power*. New Haven: Yale University Press, 1975
- John Rawls, *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge, USA, 1971.
- _____, *The Law of the Peoples*. Critical Inquiry, USA.
- Jujun S. Suriasumantri, *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer*. Cet.XVI, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2003.