

BAB 4

IMPLEMENTASI "GOOD GOVERNANCE" DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DAERAH

Di dalam bab ini dikaji tentang implementasi *good governance* dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah yang terdiri atas 3 sub bab yaitu: Implementasi *good governance* dalam Legislasi dan Regulasi Daerah ; Implementasi *good governance* dalam Penegakan Hukum di Daerah; dan Implementasi Undang – undang No. 28 Tahun 1999 dalam Legislasi dan Regulasi Daerah. Argumentasi yang dapat dikemukakan di dalam pembagian sub-bab tersebut adalah bahwa penyelenggaraan pemerintahan daerah pada hakekatnya terdiri atas kegiatan pembentukan kebijakan (*policy making*) dalam bentuk legislasi dan regulasi daerah; penegakan hukum produk hukum daerah (*law enforcement*), serta kontrol (*controlling*) terhadap penegakan hukum tersebut. Dalam rangka menguji apakah Undang – undang No.28 Tahun 1999 dipakai sebagai dasar pembentukan kebijakan daerah, maka diadakan sub bab implementasi Undang – undang No. 28 Tahun 1999 dalam Legislasi dan Regulasi Daerah.

Prinsip - prinsip *good governance* yang dipakai sebagai batu uji adalah prinsip – prinsip *good governance* dari perspektif hukum administrasi yaitu : **prinsip demokrasi dan negara hukum**. Perspektif demokrasi meliputi **asas keterbukaan** yang terdiri atas **prosedur** (persiapan yang terbuka, badan pertimbangan, lembaga keberatan; pengumuman keputusan yang sudah final), **peran serta masyarakat** ;

asas kecermatan (*principle of carefulness*) yang terdiri atas kecermatan dalam persiapan (*carefulness preparation*), investigasi (*carefulness investigation*), dengar pendapat (*carefulness hearing*) dan publikasi (*carefulness publication*); asas alasan yang rasional (*carefulness of reasoning*). Dari perspektif negara hukum adalah asas legalitas (*the principle of legal certainty*).

Dengan substansi kajian tersebut diharapkan *pertama*: dapat memberikan diskripsi secara faktual tentang implementasi prinsip – prinsip demokrasi dan negara hukum dalam pembentukan legislasi dan regulasi daerah, serta penegakannya. *kedua*: memberikan gambaran secara faktual implementasi Undang – Undang No. 28 tahun 1999 dalam legislasi dan regulasi daerah, yang akhirnya dapat menjawab sub isu *pertama* dan *kedua* yang diajukan di dalam disertasi ini yaitu: prinsip – prinsip *good governance* dalam tataran legislasi dan regulasi daerah.

4.1. Implementasi *Good Governance* Dalam Legislasi dan Regulasi Daerah

Pengertian legislasi pada prinsipnya dapat diartikan sebagai aturan hukum yang pembentukannya melibatkan badan legislatif, untuk tingkat daerah adalah DPRD (Dewan Perwakilan Rakyat Daerah) dalam bentuk Perda (Peraturan Daerah). Regulasi adalah produk hukum yang dibentuk oleh Kepala Daerah yang mengatur hal – hal yang bersifat umum (peraturan kepala daerah), sedangkan yang mengatur hal – hal yang bersifat kongkrit individual disebut dengan keputusan kepala daerah (*order* atau *beschikking*). Regulasi merupakan delegasi perundang – undangan (*delegated legislation*) yang merupakan perintah peraturan hukum yang lebih tinggi. Pengertian *regulation* dalam *Black's Law Dictionary* diartikan sebagai peraturan atau perintah

yang mempunyai kekuatan hukum, dikeluarkan oleh badan eksekutif "*regulation is rule or order having force of law issued by executive authority of government*" dan selanjutnya dinyatakan *regulation are not the work of legislative*. Menurut **P.P.Craig** dalam bukunya yang berjudul *Administrative Law*, regulasi merupakan salah satu bentuk dari delegasi perundang - undangan di samping apa yang disebut *Orders in Council, rules, regulations, bylaws* dan *direction* seperti dinyatakan: "*There is a bewildering variety of terminology through which to express delegated legislation. Orders in Council, rules, regulations, bylaws direction*"²¹⁹. Kebingungan karena bervariasinya istilah yang dipergunakan dalam pendelegasian perundang - undangan adalah wajar, karena menurut **Sir William Wade**, badan pembentuk undang - undang mengikuti kebijakan umum artinya tidak ada suatu kebijakan khusus di dalam memilih bentuk dari pendelegasian perundang - undangan, dan oleh karenanya ada rentangan yang lebar tentang jenis dan istilah, seperti yang dinyatakannya: "*Parliament follows no particular policy, and there is a wide range of varieties and nomenclature*"²²⁰. Tetapi **Sir William Wade** dan **P.P.Craig** tidak memberikan pengertian atau definisi tentang apa yang dimaksud dengan *regulations* itu, dikatakan oleh **P.P. Craig** bahwa regulasi dan peraturan dipergunakan dalam situasi yang sangat beragam untuk menunjukkan kekuasaan subordinasi pembentukan hukum," *Regulations and rules are used in a wide variety of situations to denote subordinate law making power*"²²¹. Sedangkan **Wade** menyatakan bahwa regulasi, peraturan dan perintah tidak dapat dipergunakan secara serta merta (tidak pandang bulu) seperti yang dinyatakan "*regulation, rule, and order should not be used indiscriminately*" Petunjuk yang diberikan oleh **P.P. Craig** adalah, untuk

pembentukan regulasi biasanya kekuasaan berada di tangan menteri, tetapi untuk regulasi dan peraturan atau perintah dapat juga dikeluarkan oleh perwakilan pemerintah dan badan yang berwenang di daerah." *The power will be normally be conferred up on a minister of the crown, but regulations, rules or orders may also be passed by agencies and local authority.*²⁸²

Dari kajian beberapa sumber tersebut dapat disimpulkan bahwa regulasi merupakan salah satu bentuk pendelegasian perundang – undangan yang diberikan oleh badan pembentuk undang – undang kepada badan eksekutif atau badan lain, termasuk kepada pemerintah daerah dalam bentuk Keputusan Kepala Daerah. Hal ini kiranya sesuai dengan pengertian regulasi yang diatur di dalam Undang – undang No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – undangan, ditentukan bahwa regulasi pada prinsipnya dibuat atas perintah peraturan perundang – undangan yang lebih tinggi. Dengan demikian, jelas bahwa regulasi bukan merupakan produk badan pembentuk undang – undang secara langsung seperti apa yang ditegaskan dalam *Black's Law Dictionary*.

4.1.1. Asas keterbukaan dalam legislasi dan regulasi daerah

Dalam kaitannya dengan asas keterbukaan dalam legislasi dan regulasi daerah masalah yang dikaji adalah keterbukaan dalam prosedur dan peran serta dalam legislasi dan regulasi daerah.

4.1.1.1 Prosedur

Asas keterbukaan prosedur menurut **Philipus M Hadjon**, meliputi :persiapan yang terbuka; badan pertimbangan; lembaga keberatan; pengumuman keputusan²⁸³.

Bahan hukum yang dikaji adalah Peraturan Daerah dan peraturan kepala daerah Provinsi Bali, Perda Pemerintah Kabupaten Badung dan Perda Pemerintah Kota Denpasar, mulai tahun 1999 dengan pertimbangan undang – undang tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi Kolusi dan Nepotisme (UU No. 28 Tahun 1999) diundangkan pada tahun 1999. Di samping itu Undang undang 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dan aturan hukum lainnya yang berkaitan dengan pokok kajian. Bahan hukum dalam bentuk perda tersebut diambil dari lembaran daerah yang diperoleh dari Biro Hukum dan Ham Provinsi Bali dan Bagian Hukum Pemerintah Kabupaten Badung dan Pemerintah Kota Denpasar. Di samping itu juga dalam pengkajian ini penulis mengirimkan kuisisioner untuk Sekretariat DPRD Provinsi, DPRD Kabupaten Badung, DPRD Kota Denpasar dan juga melakukan wawancara dengan Sekretaris Dewan untuk melengkapi informasi yang didapat dari kuisisioner.

Dari hasil kajian yang penulis lakukan terhadap aspek keterbukaan prosedur di daerah penelitian menunjukkan hal – hal sebagai berikut:

a.) Persiapan yang terbuka

Dalam tahapan persiapan, baik itu perda yang diajukan atas usul inisiatif badan eksekutif daerah, maupun badan legislatif daerah dan regulasi daerah tidak ditemukan ketentuan secara normatif yang mengharuskan adanya keterbukaan dalam tahapan ini, namun di dalam praktek hal itu terjadi. Hal ini dapat dilihat dengan jelas dalam tahapan persiapan yang dilakukan oleh instansi terkait yang memprakarsai pembuatan suatu Perda (inisiatif pemerintah). Pembuatan perda selalu terbuka untuk

melibatkan pihak luar baik itu masyarakat maupun organisasi kemasyarakatan atau kelompok ahli (yang diangkat berdasarkan keputusan kepala daerah) yang relevan dengan substansi perda, misalnya Perda Provinsi Bali No.3 Tahun 2001 tentang Desa Pakraman yang melibatkan seluruh masyarakat Bali melalui berbagai media dan berbagai pertemuan ilmiah baik seminar maupun lokakarya. Contoh yang paling mutakhir adalah Rancangan Perda tentang Rencana Tata Ruang Wilayah Provinsi Bali. Pemrakarsa ranperda dalam hal ini Bappeda (Badan Perencanaan Pembangunan Daerah) Bali dalam kata pengantar surat terbuka yang ditujukan kepada masyarakat luas di *Harian Bali Post* terbitan tanggal 28 Januari 2004, dinyatakan antara lain:

*" ... Dokumen teknis (naskah akademis) Revisi RTRWP Bali tersebut telah dituangkan dalam Rancangan Peraturan Daerah Provinsi Bali. Secara teknis materi naskah akademis dari Rencana Tata Ruang Wilayah Provinsi Bali telah mendapat masukan dari berbagai pihak, yaitu dari instansi terkait ditingkat provinsi dan kabupaten/kota, serta masukan dari beberapa Perguruan Tinggi dan LSM. Guna memperluas sosialisasi serta memberikan kesempatan kepada masyarakat luas menanggapi Rancangan Perda tersebut, sebelum Rancangan Perda ini di bahas di DPRD Provinsi Bali, maka melalui *Harian Bali Post* ini kami menyampaikan Rancangan Perda kepada para pembaca *Bali Post*...²⁶⁴ (garis miring dari penulis)*

Dari surat terbuka yang merupakan ajakan kepada masyarakat luas, dari kata – kata yang bergaris miring tampak jelas adanya aspek keterbukaan dalam prosedur untuk mengundang peran serta masyarakat dalam pematangan konsep Ranperda tersebut.

Hasil kajian menunjukkan bahwa, tidak semua Ranperda disosialisasikan dengan cara terbuka luas seperti itu, disebabkan karena beberapa faktor, pertama: faktor substansi perda, artinya kalau perda tersebut menyangkut kepentingan masyarakat secara luas seperti Ranperda RTRWP dan juga Perda No. 3 tahun 2001

tentang desa pakraman, sosialisasi dilakukan dengan mempergunakan berbagai media baik media cetak maupun elektronik. Tetapi jika substansi perda tersebut hanya menyangkut kepentingan kelompok tertentu, maka keterbukaan itu terbatas pada kelompok yang terkait dengan perda tersebut misalnya Perda Provinsi Bali No.2 tahun 2003 tentang Pengeluaran Ternak Potong Sapi Bali hanya ditujukan kepada pengusaha ternak dan peternak. Faktor kedua adalah faktor dana, karena ternyata tidak disediakan dana khusus yang dianggarkan untuk itu. Kondisi seperti ini tidak boleh dibiarkan terus, dalam era keterbukaan dewasa ini para pengambil kebijaksanaan harus menganggarkan secara khusus dalam satu mata anggaran untuk pembentukan perda termasuk dana untuk sosialisasi dan peran serta masyarakat. Keterbukaan prosedur dalam proses pembentukan peraturan daerah di badan legislatif, baik di tingkat Provinsi maupun di tingkat Kabupaten/Kota diatur secara tegas di tiap – tiap Tata Tertib DPRD yang pada intinya ditentukan bahwa : “ Rapat Paripurna dan Rapat Paripurna Khusus DPRD pada dasarnya terbuka, kecuali atas permintaan sekurang – kurangnya seperlima jumlah anggota atau apabila dipandang perlu oleh pimpinan DPRD untuk dinyatakan sebagai rapat tertutup”. Sedangkan yang dimaksud dengan Rapat terbuka adalah rapat DPRD yang dapat dihadiri oleh umum. Dari ketentuan ini menunjukkan bahwa keterbukaan dalam prosedur jelas diatur secara normatif.

Dalam tataran peraturan kepala daerah dari hasil wawancara yang penulis lakukan, ternyata terdapat variasi jawaban. Untuk Peraturan Gubernur, di dalam praktek terbuka tidaknya suatu perencanaan pembentukan Peraturan Kepala Daerah sangat tergantung pada luas ruang lingkup substansi yang diatur dalam Keputusan

Kepala Daerah yang akan dibentuk. Untuk Peraturan Walikota Denpasar di dalam perencanaan sifatnya tertutup, dengan argumentasi bahwa Keputusan Walikota merupakan kebijakan Walikota, sehingga walaupun ada pihak luar yang terlibat sebatas kelompok ahli. Sedangkan untuk Keputusan Bupati Badung berdasarkan jawaban Bagian Hukum bahwa di dalam perencanaan sifatnya terbuka artinya masyarakat boleh berpartisipasi, tetapi sampai saat ini belum ada suatu Keputusan Bupati yang dibuat berdasarkan peran serta masyarakat. Berdasarkan pada variasi tersebut, dilihat dari sisi keterbukaan, ada dua pola keterbukaan dalam perencanaan pembentukan Keputusan Kepala Daerah.

1. Terbuka terbatas, bilamana substansi yang diatur berdampak pada masyarakat secara terbatas, misalnya tentang *labeling* minuman keras, bekerja sama dengan asosiasi yang terkait, penetapan tarif angkutan umum bekerjasama dengan Organda.
2. Terbuka untuk umum, bilamana substansi yang diatur akan berdampak terhadap kehidupan masyarakat luas, misalnya tentang rencana detail tata ruang. Sebagai contoh Rencana Detail Tata Ruang Kawasan sepanjang Jalan Arteri Tohpati - Kusamba yang dituangkan dalam Keputusan Gubernur No. 16 Tahun 2002. Pengaturan ini melibatkan 3 wilayah Kabupaten/Kota yaitu Kota Denpasar, Kabupaten Gianyar dan Kabupaten Klungkung. Rencana ini berdampak sangat luas terhadap perikehidupan masyarakat sepanjang kawasan tersebut, baik dampak fisik maupun non fisik, dampak ekonomi, social dan religius (keagamaan), sehingga di dalam perencanaannya melibatkan seluruh komponen masyarakat termasuk dengan PHDI (Parisadha

Hindu Dharma) karena rencana tersebut banyak menggeser tempat – tempat suci. Sedangkan di dalam SK Bupati Badung dan SK Walikota yang penulis kaji tidak dijumpai adanya keterbukaan dalam proses persiapan.

Dari apa yang diuraikan di depan, maka dapat disimpulkan bahwa Persiapan dalam pembentukan legislasi daerah (peraturan daerah) sifatnya terbuka sedangkan untuk tataran regulasi keterbukaan perencanaan Peraturan Kepala Daerah dijumpai pada Peraturan Kepala Daerah pada tataran Pemerintah Provinsi, sedangkan dalam tataran regulasi untuk Peraturan Walikota tertutup. Untuk Peraturan Bupati Badung sifatnya terbuka. Keterbukaan dalam persiapan tergantung pada substansi yang akan diatur dalam Peraturan kepala daerah tersebut. Dengan demikian untuk menentukan apakah materi itu berdampak luas, atau berdampak terbatas dan bahkan tidak berdampak sama sekali, sangat tergantung pada ketajaman analisa pemrakarsa Keputusan Kepala Daerah tersebut, dan juga tentunya ketajaman analisa Biro atau Bagian Hukum.

b) Badan pertimbangan

Salah satu unsur keterbukaan prosedur adalah keberadaan Badan Pertimbangan. Di dalam Undang – undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah tidak diatur suatu badan pertimbangan daerah seperti yang terdapat di dalam Undang – undang No. 5 tahun 1974 tentang Pokok - Pokok Pemerintahan di Daerah. Di dalam pasal 46 Undang – Undang No. 5 Tahun 1974 dinyatakan: Di daerah dibentuk Badan Pertimbangan Daerah yang keanggotaannya terdiri dari Pimpinan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dan unsur fraksi fraksi yang belum terwakili

dalam Pimpinan DPRD. Badan Pertimbangan Daerah ini bertugas memberikan pertimbangan pertimbangan kepada Kepala Daerah. Di dalam Undang – Undang No. 22 Tahun 1999 yang dikenal adalah Badan Pertimbangan Otonomi Daerah yang keanggotaannya terdiri atas Menteri Dalam Negeri, Menteri Keuangan, Menteri Sekretaris Negara, Menteri lain sesuai dengan kebutuhan Perwakilan Asosiasi Pemerintah Daerah (sekarang adalah Apkasi, Apeksi dan Appsi) dan wakil – wakil daerah yang dipilih oleh DPRD. Dewan ini bertanggung jawab kepada Presiden dan bertugas memberikan pertimbangan kepada Presiden. Di dalam Undang – Undang No.32 Tahun 2004 tidak diatur secara tegas keberadaan Badan Pertimbangan tersebut. Pasal 224 ayat (1) “Dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan daerah, Presiden dapat membentuk suatu dewan yang bertugas memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan otonomi daerah”, ayat (3) menentukan: “ Dewan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipimpin oleh Menteri dalam negeri yang susunan organisasi keanggotaan dan tata laksanaanya diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah”.

Dilihat dari bentuk institusi, susunan keanggotaan dan tugas masing – masing maka ketiganya sangat berbeda. Dewan Pertimbangan Otonomi Daerah adalah aparat pemerintah pusat, sedangkan Badan Pertimbangan Daerah adalah aparat Pemerintah Daerah, karena dalam Undang – Undang No. 5 Tahun 1974 DPRD merupakan salah satu unsur Pemerintah Daerah. Di dalam era Undang - Undang No. 22 Tahun 1999, pemerintah daerah membentuk suatu tim yang dilihat dari tugasnya hampir sama dengan Badan Pertimbangan Daerah yaitu Tim Ahli di dalam beberapa perangkat daerah yang dianggap perlu, misalnya di Bappeda, Biro/bag hukum,

yang terdiri dari para pakar dalam segala bidang yang diperlukan yang ditetapkan dalam suatu Keputusan Kepala Daerah. Tim ahli inilah yang bertugas memberikan pertimbangan kepada Kepala Daerah tentang kebijakan yang akan diambil oleh kepala daerah. Hal semacam itu masih berlanjut sampai era Undang – Undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Misalnya Keputusan Gubernur Bali No.99/01-A/Hk/2002 tentang Penetapan Kelompok Ahli Pemerintah Provinsi Bali. Kelompok ahli ini bertugas mengkaji dan menelaah produk hukum daerah dan menyampaikan pemikiran – pemikiran secara tertulis kepada Gubernur Bali untuk meningkatkan kinerja pembangunan. Keputusan Walikota Denpasar No. 163 Tahun 2003 tentang Pembentukan Tim Bantuan Hukum Dan Penyusunan Produk Hukum Daerah Pemerintah Kota Denpasar, dengan tugas antara lain memberikan pertimbangan kepada Walikota Denpasar untuk menyelesaikan/memecahkan permasalahan – permasalahan hukum yang dihadapi oleh Pemerintah Kota Denpasar ; memberikan bantuan baik diluar maupun di dalam Pengadilan baik yang menyangkut perkara perdata, pidana maupun tata usaha negara; memberikan bantuan dan atau konsultasi dalam rangka penyusunan Rancangan Produk Hukum Daerah.

c) Lembaga keberatan

Dengan adanya lembaga ini diharapkan memungkinkan peran serta pihak ketiga terhadap perda atau peraturan kepala daerah , dapat berupa tindakan mengajukan keberatan. Dalam penyelenggaraan pemerintahan, keberatan masyarakat bukanlah suatu hal yang negatif,²⁸⁵ di sisi lain bilamana sarana keberatan disiapkan berarti ada saluran bagi masyarakat untuk berperan serta, dan sekaligus merupakan *feed back*

bagi kebijakan yang telah dikeluarkan oleh pemerintah, sehingga dengan sarana keberatan tersebut dapat dilakukan penyesuaian terhadap produk kebijakan yang telah diberlakukan, dalam hal ini termasuk juga perda.

Hasil kajian terhadap produk perda yang ada, ternyata tidak semua perda di dalamnya mengatur tentang lembaga keberatan ini. Kalau diadakan pengelompokan paling tidak ada dua kelompok perda yang memuat lembaga keberatan ini. Kelompok pertama yaitu perda yang substansinya membebani masyarakat, dalam hal ini pajak daerah dan retribusi daerah. Kelompok kedua perda yang didalamnya memuat prosedur perizinan. Contoh untuk perda kelompok pertama antara lain: Perda Provinsi Bali No. 7 Tahun 2000 tentang Retribusi Tempat Penginapan / Pesanggrahan / Villa di dalam Bab XIII tentang Pengurangan, Keringanan dan Pembebasan Retribusi. Pasal 16 (1) Gubernur dapat memberikan pengurangan, keringanan dan pembebasan retribusi, ayat (3) tata cara pengurangan keringanan dan pembebasan retribusi ditetapkan oleh Gubernur.

Untuk Peraturan Daerah Pemerintah Kabupaten Badung sebagai contoh penulis kemukakan Perda Kabupaten Badung No. 24 Tahun 2001 tentang Pajak Reklame yang mengaturnya ke dalam 3 bab yaitu Bab XI tentang Pengurangan, Keringanan dan Pembebasan Pajak, dalam Pasal 26 antara lain ditentukan: "Bupati berdasarkan permohonan wajib pajak dapat memberikan pengurangan, keringanan dan pembebasan pajak ...", mengenai tata cara pemberian ditetapkan oleh Bupati. Bab XII tentang Tata Cara Pembetulan Pembatalan, Pengurangan Ketetapan Dan Penghapusan Atau Pengurangan Sanksi Administrasi yang antara lain mengatur Bupati karena jabatannya atas permohonan wajib pajak dapat a) **membetulkan,**

SKPD (Surat Ketetapan Pajak Daerah) SKPDKB (Surat Ketetapan Pajak Daerah Kurang Bayar) atau SKPDKBT (Surat Ketetapan Pajak Daerah Kurang Bayar Tambahan) atau STPD (Surat Pemberitahuan Pajak Daerah), b) **membatalkan** atau mengurangi ketetapan pajak yang tidak benar; c) **mengurangkan** atau menghapuskan sanksi administrasi berupa bunga denda atau kenaikan pajak yang terutang dalam hal sanksi tersebut dikenakan karena kekhilafan wajib pajak atau bukan karena kesalahannya. Permohonan tersebut oleh wajib pajak disampaikan dalam bentuk tertulis. Dalam waktu 3 bulan sejak diterimanya permohonan tersebut Bupati **harus** sudah memberikan keputusan. Bilamana sampai batas waktu tersebut Bupati tidak memberikan keputusan, permohonan itu dianggap dikabulkan. Di dalam Bab XIII tentang Keberatan Dan Banding di dalam pasal 29 ayat (1) ditentukan: wajib pajak dapat mengajukan banding kepada Badan Penyelcsaian Sengketa Pajak dalam jangka waktu 3 (tiga) bulan setelah diterimanya keputusan keberatan. Satu hal yang berbeda dalam Perda Kabupaten Badung dengan Perda Provinsi dan Perda Kota Denpasar adalah di dalam Perda Retribusi Kabupaten Badung tidak memuat upaya hukum.

Perda yang substansinya membebani masyarakat, di dalam Perda Kota Denpasar, lembaga keberatan dapat ditemukan antara lain di dalam Perda Kota Denpasar No.26 Tahun 2001 Penyelenggaraan Pengujian Kendaraan Bermotor yang mengatur upaya keberatan dalam pasal 10 ayat (1): Setiap pemilik atau pemegang kendaraan yang ditolak pengujiannya dapat mengajukan keberatan secara lisan atau tertulis kepada Pimpinan Petugas Penguji yang bersangkutan. Pimpinan tersebut harus sudah memberikan jawaban diterima atau ditolaknya permohonan keberatan

tersebut. Sedangkan tata cara penerimaan keberatan ditetapkan dalam Keputusan Walikota

Dari hasil kajian terhadap sejumlah perda tersebut di atas, terdapat variasi pengaturan tentang upaya hukum. Dengan kata lain tidak ada pedoman umum tentang kapan dan dimana upaya hukum itu diatur di dalam perda.

Perda Kota Denpasar yang memuat prosedur perizinan antara lain Perda No. 6 Tahun 2001 tentang Izin Bangun - Bangunan yang mengatur tentang masalah upaya keberatan di dalam Bab X Banding dan Peninjauan Kembali, Pasal 83 antara lain ditentukan Keputusan Walikota tentang penolakan permohonan izin dan pencabutan izin mendirikan atau mengubah atau merobohkan bangunan dapat dimintakan peninjauan kembali kepada Walikota dalam waktu selambat - lambatnya 14 (empat belas) hari setelah diterimanya penolakan atau pencabutan yang bersangkutan.

Pada tataran Peraturan Kepala Daerah, dari hasil kajian terhadap Peraturan kepala daerah, di daerah penelitian, terdapat persamaan pola dengan pengaturan masalah upaya hukum didalam legislasi daerah. Pencatuman upaya hukum di dalam regulasi daerah dapat dikelompokkan atas dua kelompok yaitu: *pertama* Keputusan Kepala Daerah yang substansinya membebani masyarakat yaitu dalam bentuk retribusi dan pajak daerah. Kelompok *kedua* adalah Keputusan Kepala Daerah yang substansinya berdampak kepada masyarakat luas

Untuk Keputusan Kepala Daerah kelompok pertama, misalnya: Keputusan Gubernur Bali No.514 Tahun 2000 tentang Juklak Peraturan Daerah Prop Bali No. 2000 tentang Retribusi Penjualan Produksi Usaha Daerah. di dalam Bab VI mengatur tentang Tata Cara Pengurangan dan Pembebasan Retribusi, Pasal 9 ditentukan antara

lain: Pengurangan, keringanan dan pembebasan retribusi dapat diberikan kepada wajib retribusi antara lain lembaga sosial dan lembaga lain yang melaksanakan kegiatan sosial. Pemberian pengurangan, keringanan dan pembebasan retribusi ini diberikan dengan jalan wajib retribusi mengajukan permohonan kepada Gubernur. Sedangkan untuk SK Bupati Badung dan SK walikota tentang retribusi tidak memuat ketentuan tentang upaya hukum.

Dari hasil kajian tersebut tampak bahwa upaya hukum dalam Keputusan Kepala Daerah tentang Retribusi yang memuat upaya hukum adalah Keputusan Kepala Daerah Provinsi, sedangkan Keputusan Kepala Daerah Kabupaten Badung dan Kota Denpasar tentang hal yang sama tidak memuat upaya hukum.

Keputusan Kepala Daerah yang berdampak kepada sejumlah masyarakat yang cukup banyak. Untuk Keputusan gubernur dapat dilihat pada Keputusan Gubernur No. 16 Tahun 2002 tentang Rencana Detail Tata Ruang Kawasan Sepanjang Jalan Arteri Tohpati – Kusamba, yang penulis sudah kemukakan di didepan, di dalam Pasal 55 ditentukan:

- (1) hak untuk memperoleh penggantian yang layak atas kerugian terhadap perubahan status semula yang dimiliki oleh masyarakat sebagai akibat pelaksanaan Rencana Detail Tata Ruang Kawasan sepanjang jalan arteri Tohpati- Kusamba diselenggarakan *dengan cara musyawarah* antara pihak yang berkepentingan.
- (2) *Dalam hal tidak tercapai kesepakatan mengenai pergantian yang layak sebagaimana dimaksud pada ayat (1) maka penyelesaiannya dilakukan dengan peraturan perundang – undangan yang berlaku (garis miring dari penulis).*

Upaya keberatan seperti tersebut tidak dijumpai dalam Keputusan Bupati Badung dan Keputusan Walikota Denpasar padahal substansi yang diatur relatif sama hanya berbeda dalam tempat. Hal ini dapat dilihat dalam Keputusan Bupati Badung No. 73

Tahun 2000 tentang "Rencana Detail Tata Ruang Kawasan Mengwi" padahal di dalam pasal 3 huruf b ditentukan bahwa Rencana Detail Tata Ruang Kawasan Mengwi berasaskan keterbukaan, persamaan, *keadilan dan perlindungan hukum*. Akan tetapi asas tersebut sama sekali tidak dijabarkan di dalam pasal – pasal berikutnya, sehingga terkesan asas tersebut hanyalah merupakan sampiran untuk memperindah keputusan tanpa ada makna hukumnya. Hal serupa dijumpai di dalam SK Walikota Denpasar No. 435 Tahun 2000 tentang Kebijakan Umum Penyusunan Rencana Tata Bangunan Dan Lingkungan Jalan Hayam Wuruk – Art Centre di Kecamatan Denpasar Timur, sama sekali tidak mengatur tentang upaya hukum keberatan.

Dari hasil kajian terhadap ada tidaknya lembaga keberatan dalam legislasi maupun dalam Peraturan Kepala Daerah dapat disimpulkan bahwa tidak ada aturan hukum atau pedoman yang pasti mengenai hal ini. Lembaga keberatan hanya tersedia di dalam produk legislasi maupun Peraturan Kepala Daerah tingkat provinsi.

d. Pengumuman keputusan yang sudah final

Menurut pendapat Philipus M Hadjon, dalam tulisannya yang berjudul "*Good Governance* Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Daerah (Perspektif Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi" dinyatakan: pengumuman melahirkan kekuatan mengikat secara materiel. Pengumuman memantapkan perlindungan hukum bagi rakyat bagi kebutuhan teknis Peradilan Tata Usaha Negara²⁸⁶.

Dari hasil kajian yang penulis lakukan tidak dijumpai suatu ketentuan normatif yang mengharuskan adanya pengumuman suatu keputusan yang sudah

final, yang ada hanyalah ketentuan agar perda dan peraturan kepala daerah yang bersifat mengatur diundangkan di dalam lembaran daerah sebagaimana diatur di dalam pasal 147 Undang – Undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Dalam kaitannya dengan proses pengumuman suatu keputusan yang telah final, di Belanda dikenal suatu prosedur yang disebut *bekendmaking* dan *mededeling*²⁸⁷ Di dalam *Awb (Algemene wet bestuursrecht)* Bagian 3.6 mengatur tentang apa yang disebut dengan *Bekendmaking* seperti apa yang tersebut di bawah ini:

"Afd3.6. van de Awb handelt over bekendmaking van besluiten. Deze afdeling heeft, gelet op art 3.1, geen betrekking op algemene verbindende voorschriften (zie hier over in deze posket paragraaf 18 onder a) Zij geldt met name voor beschikkingen en besluiten van algemene strekking zoals plannen en beleidsregel. Met de term bekendmaking wordt bedoeld op het zodanig ter kennis brengen van een besluit aan de daarbij betrokkenen dat het besluit zijn werking, als rechtshandeling kan verkrijgen. Ingevolge art 3.40 kan een besluit niet in werking treden voor dat het bekendmaakt. Het bekendmakingsmoment is dus een constitutief vereiste (vgl. HR 4 December 1985 NJ 1986,668)"²⁸⁸.

Dari apa yang diuraikan di atas dapat diartikan bahwa bagian 3.6 Awb mengatur tentang pengumuman (*bekendmaking* terhadap keputusan – keputusan (*besluiten*). Bagian ini sebagaimana ditentukan di dalam pasal 3.1. Awb tidak berhubungan dengan “ketentuan – ketentuan yang mengikat umum” (*algemene verbindende voorschriften*) bagian ini berlaku terhadap keputusan – keputusan (*beschikkingen*) dan *besluiten* yang untuk umum, seperti perencanaan (*plannen*) dan peraturan – peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*). Dengan istilah pengumuman (*bekendmaking*) dimaksudkan untuk memberitahukan tentang suatu keputusan kepada yang bersangkutan bahwa keputusan itu berlaku dan mempunyai akibat hukum.

Sesuai ketentuan pasal 3.40 Awb suatu keputusan tidak dapat berlaku sebelum diumumkan. Jadi pengumuman itu merupakan suatu keharusan yang konstitutif. Hal tentang pengumuman ini dapat dilihat pada yurisprudensi 4 Desember 1985, NJ 1986, 668. Di dalam jurisprudensi itu dinyatakan bahwa:

*"De jurisprudentie is overwegend gevormd met betrekking tot de aanvang van de beroepstermijn. Van prematuur beroep is sprake als het is ingesteld op het moment dat de beschikking nog niet aan betrokkene bekend was. Op dat moment was er naar het oordeel van de betrokken rechter nog geen beschikking. De bekendmaking is dus een constitutief vereiste"*²³⁹.

Dari jurisprudensi tersebut dapat disimpulkan bahwa jurisprudensi menentukan tentang penerimaan tenggang waktu untuk banding. Dari jurisprudensi tersebut juga dapat disimpulkan bahwa banding dianggap premature jika banding itu diajukan sebelum keputusan itu diumumkan (*bekendgemakt*) oleh yang berwenang, karena pada saat banding itu diajukan dianggap belum ada suatu keputusan. Jadi disini jelas terlihat bahwa pengumuman (*bekendmaking*) bersifat konstitutif. Dengan demikian berarti bahwa *Bekendmaking* merupakan pengumuman suatu keputusan yang sudah final, karena konsekuensi dari prosedur *bekendmaking* memberikan status hukum bagi keputusan yang bersangkutan.

Di samping prosedur *bekendmaking* berdasarkan Awb (*Algemene wet bestuursrecht*) dikenal juga prosedur *mededeling* yang diatur di dalam pasal 4.43 sebagai berikut:

"In art3.43 Awb is 'de mededelingsplicht geregeld voor die belanghebbenden die bij de voorbereiding van een besluit hun zienwijze naar voren gebracht en aan wie het besluit niet overeenkomstig de voorgaande artikelen is bekengemaakt'. De mededeling als hier bedoeld heft geen consequenties voor de werking van het besluit noch

voor het gaan lopen van de beroepstermijn ook niet voor de beroepsgerechtigden onder hen"²⁹⁴.

Dari pengertian tersebut di atas bahwa *mededeling* merupakan suatu keharusan untuk mereka yang berkepentingan dalam suatu persiapan dari suatu keputusan (*besluit*) supaya pendapatnya didengar terlebih dahulu, terhadap siapa (mereka itu) menurut pasal -- pasal terdahulu tidak perlu dilakukan pengumuman "*bekendgemaakt*". Berlainan dengan *bekendmaking*, maka *mededeling* tidak mempunyai konsekuensi terhadap berlakunya suatu keputusan (*besluit*) juga terhadap berlakunya tenggang waktu untuk mengajukan banding (keberatan), juga tidak untuk mengajukan upaya banding, jadi sifatnya non konstitutif. Dari pengertian *mededeling* tersebut jelas bahwa *mededeling* ini merupakan salah satu bentuk partisipasi pada tahap proses pembuatan keputusan.

Peraturan Daerah yang mencantumkan secara tegas pengumuman secara terbuka dapat ditemukan di dalam Rencana Tata Ruang Wilayah Provinsi Bali, Pasal 37 ditentukan Rencana Tata Ruang Wilayah Provinsi bersifat terbuka untuk umum dan ditempatkan di Kantor Pemerintah Daerah dan ditempat tempat yang mudah dilihat oleh umum. Ketentuan semacam ini dijumpai juga di dalam Perda Kota Denpasar No. 10 Tahun 1999 tentang Rencana Tata Ruang Wilayah Kota Denpasar, di dalam Pasal 45 Rencana Tata Ruang Wilayah bersifat terbuka untuk umum dan ditempatkan di kantor Pemda dan tempat yang mudah dilihat masyarakat. Keterbukaan pengumuman mengenai perda secara normatif adalah dengan diundangkannya dalam lembaran daerah. Di samping itu untuk Pemerintah Daerah Bali, informasi tentang segala sesuatu tentang Bali ditunjang dengan *homepage*

Bali.go.id. Di setiap pemerintah kabupaten di Bali telah memiliki *homepage* kecuali Pemerintah Kabupaten Bangli dan Klungkung sedang dalam persiapan. Dengan adanya sarana *homepage* ini masyarakat dapat memperoleh informasi tentang segala kebijakan yang direncanakan dan yang sedang dilaksanakan oleh Pemerintah Daerah, dan dimungkinkan pula memberikan usul saran secara langsung tentang segala hal yang menyangkut kebijaksanaan pemerintah daerah melalui situs tersebut.

Dari hasil kajian yang diuraikan di depan dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa tidak ada satupun Perda yang memenuhi keempat unsur secara lengkap, dan terlihat adanya variasi pengaturan satu unsur keterbukaan diantara perda yang ada. Misalnya upaya keberatan, diatur di dalam perda tentang retribusi untuk perda provinsi dan perda Kota Denpasar, tetapi tidak diatur di dalam perda Kabupaten Badung.

Untuk tataran regulasi daerah, hal ini dapat dilihat pada Keputusan Gubernur No. 16 Tahun 2002 tentang Rencana Detail Tata Ruang Kawasan sepanjang jalan arteri Tohpati-Kusamba, dan juga Rencana SK Walikota tentang Rencana Detail Tata ruang Kota Denpasar; Rencana SK RDTR Denpasar Selatan dan Rencana SK RDTR Sanur. Di dalam Keputusan Gubernur No.16 Tahun 2002, di dalam pasal 53 ditentukan:

- (1) Untuk mengetahui tentang tata ruang sebagaimana dimaksud dalam pasal 52 selain masyarakat mengetahui Rencana Detail Tata Ruang Kawasan sepanjang jalan arteri Tohpati-Kusamba melalui *pengumuman atau penyebarluasan materi rencana tata ruang oleh pemerintah Provinsi, Kabupaten Kota pada tempat – tempat yang memungkinkan masyarakat mengetahui dengan mudah.* (ketik miring dari penulis)
- (2) Pengumuman atau penyebarluasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diketahui dari penempelan /pemasangan peta rencana tata ruang

yang bersangkutan pada tempat - tempat umum dan kantor kantor secara fungsional menangani rencana tata ruang tersebut.(ketik miring dari penulis)

Di dalam Rancangan Keputusan Walikota tentang Rencana Detail Tata Ruang : Pusat Kota; Denpasar Selatan dan Sanur diformulasikan dalam dua pasal dengan kalimat yang sama hanya berbeda dalam penempatan pasal. Ketentuan tersebut adalah sebagai berikut:

“ Rencana Detail Tata Ruang (Pusat Kota, Denpasar Selatan, Sanur) bersifat terbuka untuk umum dan ditempatkan di Kantor Pemerintah Daerah dan tempat – tempat yang mudah dilihat oleh masyarakat”.

“Masyarakat berhak untuk mendapatkan informasi mengenai Rencana Detail Tata Ruang (Pusat Kota, Denpasar Selatan, Sanur) secara tepat, cepat dan mudah”.

Ketentuan semacam ini tidak dijumpai di dalam Keputusan Bupati Badung yang mengatur tentang Rencana Detail Tata Ruang (Kep.Bupati Badung No.73 – No.76 tahun 2000).

Dari hasil kajian tersebut menunjukkan bahwa keterbukaan hasil akhir keputusan di antara ketiga Keputusan Kepala Daerah berbeda satu sama lain. Dari contoh – contoh yang dikemukakan di atas menunjukkan belum adanya suatu ketentuan yang mengatur secara pasti tentang prosedur pengumuman untuk suatu keputusan yang sudah final.

4.1.1.2. Peran serta masyarakat.

Peran serta merupakan konsekuensi logis dari keterbukaan, karena dengan adanya keterbukaan otomatis memberikan kesempatan masyarakat untuk berperan

serta dalam pelaksanaan pemerintahan. Pengertian peran serta seringkali dipertukarkan dengan istilah partisipasi, padahal dalam kepustakaan Belanda *inspraak* (peran serta) merupakan salah satu bentuk dari partisipasi. Bentuk partisipasi yang lain adalah dengar pendapat (*horen*), penasehatan (*adviezeren*) pertimbangan (*overleg en medezeggenschap*)²⁹¹. Berkenaan dengan penjumlahan pemakaian kedua konsep tersebut, dari hasil bacaan penulis, di dalam kasanah ilmu politik cenderung dipergunakan istilah partisipasi.

Dalam hubungannya dengan penyelenggaraan pemerintahan dewasa ini termasuk pemerintahan daerah berdasarkan Undang – Undang No. 32 tahun 2004 istilah peran serta ini merupakan istilah yang melekat dalam setiap pembicaraan masalah penyelenggaraan pemerintahan. Hal ini wajar karena misi yang diemban oleh Undang – Undang No. 32 tahun 2004 antara lain adalah menciptakan suatu pemerintahan daerah yang demokratis, dengan demikian masalah peran serta masyarakat tidak dapat ditinggalkan. Afan Gafar, dalam bukunya yang berjudul “Politik Indonesia Transisi Menuju Demokrasi” dinyatakan “hampir semua teoritis bahkan sejak zaman klasik selalu menekankan bahwa sesungguhnya yang berkuasa dalam demokrasi adalah rakyat atau *demos populus*. Oleh karena itu selalu ditekankan, *demos* yang senyatanya dalam proses politik yang berjalan, paling tidak dalam dua tahap: pertama: *agenda setting* yaitu tahap untuk memilih masalah apa yang hendak dibahas dan diputuskan; kedua, *deciding the outcome* yaitu tahap pengambilan keputusan²⁹². Hal ini kiranya sesuai dengan apa yang dinyatakan oleh Robert A Dahl:

*"The demos must have the exclusive opportunity to decide how matters are to be placed on the agenda of matters that are to be decided by means of the democratic process."*²⁹³

Dalam kaitannya dengan peran serta masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan, dewasa ini telah dicoba untuk dilakukan oleh pemerintah. Hal ini dikemukakan **Hatiffah SJ Sumarto**, di dalam bukunya yang berjudul "Inovasi, Partisipasi Dan *Good Governance*" dinyatakan : beberapa instansi pemerintah belakangan ini telah mencoba membawa serta *stakeholders* utama di wilayahnya untuk mengidentifikasi isu - isu utama yang dihadapi dan membangun kesepahaman tentang masalah dan peluang yang ada, namun pada umumnya *stakeholders* yang dilibatkan masih dari kalangan elit (ahli dari Perguruan Tinggi), aktivis omop terkenal, tokoh - tokoh yang pada umumnya berasal dari ekonomi kuat dan tidak selalu memiliki konstituent yang jelas. Ke depan kesadaran akan adanya keragaman *stakeholders* sangat penting untuk menjamin terciptanya *good governance*²⁹⁴ .

Dari uraian di atas terlihat jelas bahwa peran serta dalam penyelenggaraan pemerintahan sangat penting. Arti penting peran serta ini menurut pendapat **Canter**, yang dikutip oleh **Arimbi Horoepoetri** dan **Mas Achmad Santosa**, dalam tulisannya yang berjudul " Peran Serta Masyarakat Dalam Pengelolaan Lingkungan" dinyatakan bahwa tujuan peran serta sejak tahap perencanaan adalah untuk menghasilkan masukan dan persepsi yang berguna dari warga negara dan masyarakat yang berkepentingan (*public interest*) dalam rangka meningkatkan kualitas pengambilan keputusan. .²⁹⁵

Bila dikaitkan dengan persoalan kapan peran serta masyarakat itu diperlukan, maka bila disimak pendapat para pakar di atas baik itu **Afan Gafar**, **Robert A Dahl**, maupun **Canter** dapat disimpulkan bahwa peran serta itu dilakukan sejak perencanaan dan pengambilan keputusan. Dalam kaitannya dengan masalah ini **Philipus M Hadjon** mengintrodusir tiga unsur utama keterbukaan pemerintah yang memungkinkan peran serta masyarakat adalah:

1. mengetahui proses pengambilan keputusan rancangan rencana (*meeuwen*);
2. memikirkan bersama pemerintah mengenai keputusan/rancangan rencana yang dilakukan pemerintah (*mcedenken*);
3. memutuskan bersama pemerintah (*meebeslissen*)²⁹⁶

Pertanyaan yang kemudian timbul adalah bagaimana sifat pengaruh peran serta itu terhadap pengambilan keputusan tersebut ? Dalam kaitannya dengan sifat peran serta masyarakat ini **Cormick**, membedakan 2 macam/sifat peran serta yaitu:

1. peran serta bersifat konsultatif;
2. peran serta bersifat kemitraan.²⁹⁷

ad.1 Peran serta masyarakat bersifat konsultatif

Dalam peran serta masyarakat dengan pola hubungan konsultatif antara pihak pejabat pengambil keputusan dengan kelompok masyarakat yang berkepentingan, anggota – anggota masyarakatnya mempunyai hak untuk didengar pendapatnya dan untuk diberitahu, dimana keputusan terakhir tetap berada di tangan pejabat pembuat keputusan tersebut.

Ad.2. Peran serta bersifat kemitraan.

Dalam konteks peran serta bersifat kemitraan, pejabat pembuat keputusan dan anggota masyarakat merupakan mitra yang relatif sejajar kedudukannya. Mereka bersama – sama membahas masalah, mencari alternatif pemecahan masalah dan membahas keputusan. Pengertian secara normatif tentang peran serta masyarakat diatur di dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia No. 68 Tahun 1999 tentang Tata Cara Pelaksanaan Peran Serta Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Negara, Pasal 1 angka 2 ditentukan bahwa:

“Peran serta masyarakat adalah peran aktif masyarakat untuk ikut serta mewujudkan penyelenggara negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme, yang dilaksanakan dengan menaati norma hukum, moral, dan sosial yang berlaku dalam masyarakat”.

Di dalam penjelasan umum nya antara lain dinyatakan bahwa maksud peran serta masyarakat tersebut untuk mewujudkan hak dan tanggung jawab masyarakat dalam penyelenggaraan negara yang bersih, disamping itu diharapkan pula peran serta tersebut lebih mengarahkan masyarakat untuk melaksanakan kontrol sosial terhadap penyelenggara negara.

Dari pengertian peran serta masyarakat berdasarkan Peraturan Pemerintah beserta penjelasannya tersebut, pengertian peran serta masyarakat dititikberatkan pada kontrol baik terhadap penyelenggara negara maupun penyelenggaraan negara, padahal semestinya peran serta masyarakat itu lebih ditekankan pada turut sertanya masyarakat dalam proses pengambilan keputusan yaitu menentukan rencana, membahas rencana yang telah ditentukan, dan memutuskan rencana tersebut menjadi suatu keputusan dan juga kontrol terhadap keputusan yang telah ditetapkan untuk

dilaksanakan oleh penyelenggara pemerintahan. Jadi tidak sekedar kontrol yang mengesankan masyarakat berada di luar lingkaran pengambilan keputusan.

Di dalam kaitannya dengan kajian peran serta dalam legislasi daerah, secara tidak langsung telah tampak pada uraian pembahasan 4.1.1. tentang keterbukaan prosedur, karena konsekuensi keterbukaan adalah adanya peran serta masyarakat. Oleh karenanya dalam kesempatan ini penulis hanya mengemukakan satu perda (untuk tataran legislasi) yang dapat mewakili adanya peran serta masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah Bali, yaitu Perda Provinsi Bali No.3 Tahun 2001 tentang *Desa pakraman*. Perda ini disadari atau tidak, dilihat dari substansinya dapat dikatakan sebagai perda payung dalam rangka penataan kelembagaan masyarakat Bali khususnya dalam aspek adat. Keistimewaan Perda No. 3 Tahun 2001 ini di samping substansinya yang begitu kuat memberikan peran serta masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah, Perda ini juga di klaim sebagai hasil inisiatif DPRD Provinsi Bali. Di dalam proses pembahasannya, disosialisasikan secara luas melalui berbagai media cetak dan elektronik dan juga melalui pertemuan – pertemuan ilmiah yang melibatkan seluruh komponen masyarakat yang terkait, jadi suasana keterbukaan benar – benar dirasakan dalam pembahasannya. Kesimpulannya adalah dalam proses pembentukannya peran serta masyarakat untuk kesempurnaan nya dapat dikatakan maksimal.

Desa pakraman adalah kesatuan masyarakat hukum adat yang dijiwai oleh ajaran agama Hindu dan nilai – nilai budaya yang hidup di Bali yang diakui sangat besar peranannya dalam bidang agama dan sosial budaya. *Desa pakraman* di Bali

sudah tumbuh dan berkembang sepanjang sejarah berabad - abad yang lalu yang memiliki otonomi asli, mengatur rumah tangganya.

Hasil kajian penulis mengenai peran serta masyarakat yang diatur di dalam Perda Provinsi Bali No.3 tahun 2001 tentang *Desa pakruman* ini, menunjukkan adanya tiga peranan peran serta yaitu:

1. Peran serta dalam bidang pembangunan;
2. Peran serta sebagai hakim perdamaian desa;
3. Peran serta dalam Ketertiban dan Keamanan.

Dalam tataran regulasi dan hasil kajian yang penulis lakukan, terlihat kecenderungan bahwa regulasi yang menyangkut kepentingan masyarakat luas pada umumnya mengatur tentang peran serta masyarakat.

Keputusan Gubernur Bali No.16 Tahun 2002 tentang RDTR Kawasan sepanjang jalan arteri Tohpati – Kusamba, dapat dipakai sebagai salah satu contoh dengan pertimbangan bahwa keputusan ini merupakan satu – satunya regulasi yang memuat lengkap prinsip keterbukaan, baik keterbukaan dalam perencanaan, badan pertimbangan, upaya keberatan, keterbukaan hasil akhir keputusan. Menurut penulis inilah contoh untuk Keputusan Kepala Daerah yang mencerminkan prinsip *good governance* yang harus diikuti oleh Keputusan Kepala Daerah yang lain. Di dalam Pasal 7 ayat (2) a. Mengembangkan tata ruang secara terpadu dan terkoordinasi antar lintas pelaku; c. *mengembangkan partisipasi antara pemerintah daerah, masyarakat dan dunia usaha dalam proses penataan ruang.* (ketik miring dari penulis). Ketentuan pasal 7 ayat (2) c. ini merupakan perwujudan prinsip *good governance*, karena memuat tiga pilar *good governance* yaitu pemerintah, masyarakat dan pihak

dunia usaha. Peran serta masyarakat di dalam keputusan ini dapat juga dilihat di dalam ketentuan pasal 52 huruf a. " Dalam kegiatan penataan ruang kawasan sepanjang jalan arteri Tohpati - Kusamba masyarakat berhak berperan serta dalam proses perencanaan tata ruang, pemanfaatan ruang dan pengendalian pemanfaatan ruang (khususnya dalam proses pengawasan). Untuk Keputusan Bupati Badung, dari seluruh keputusan yang penulis kaji tidak ada keputusan yang mengatur tentang peran serta, hal ini disebabkan karena keputusan Bupati merupakan kebijakan Bupati. Peran serta hanya terdapat ditataran perda. Untuk Keputusan walikota Denpasar, ada beberapa Keputusan yang memuat peran serta masyarakat, misalnya Keputusan Walikota No.110 A tahun 2000 tentang Penertiban Penduduk Pendetang di Kota Denpasar, yang kemudian diubah oleh Keputusan Walikota Denpasar No.593 tahun 2000 di dalam Pasal 9 ayat (1) ditentukan:

"Perangkat Banjar Adat diberikan kewenangan melakukan pengawasan, mengkoordinasikan serta menginformasikan keberadaan penduduk pendatang yang berada di dalam wilayahnya kepada perangkat desa/kelurahan untuk dilanjutkan kepada Camat setempat."

Peran serta masyarakat di dalam Keputusan Walikota denpasar dapat juga dijumpai dalam Keputusan No. 570 tahun 2001 tentang Sistem Penyelenggaraan Perparkiran, di dalam Pasal 10 diatur tentang peran serta masyarakat baik perorangan, badan hukum, desa adat atau lembaga yang sejenis dapat menyelenggarakan atau mengelola khusus tempat parkir untuk umum.

Walaupun terdapat sarana partisipasi yang diatur di dalam keputusan, namun tidak ada suatu norma yang menentukan adanya keharusan untuk memberikan

kesempatan kepada masyarakat untuk berpartisipasi dalam proses pembuatan keputusan.

4.1.2. Asas legalitas

Pembahasan asas legalitas di dalam sub bab ini didekati dari tiga aspek yaitu: aspek wewenang, prosedur dan substansi dari legislasi (perda) dan regulasi (peraturan kepala daerah).

Asas legalitas oleh S.W. Couwenberg dimasukkan sebagai satu diantara 10 prinsip negara hukum²⁹⁸. Sudargo Gautama, dalam bukunya yang berjudul "Pengertian Tentang Negara Hukum" memaknai asas *legaliteit* dari dua sisi, pertama dari sisi warga negara sebagai kelanjutan dari prinsip pembatasan kekuasaan negara terhadap perscorangan adalah bahwa pelanggaran terhadap hak – hak individual itu hanya dapat dilakukan apabila diperbolehkan dan berdasarkan peraturan – peraturan hukum, kedua dari sisi negara yaitu bahwa tiap tindakan negara harus berdasarkan hukum. Peraturan perundang – undangan yang diadakan terlebih dahulu merupakan batas kekuasaan bertindak negara²⁹⁹. Dari pengertian tersebut, dapat disimpulkan bahwa asas legalitas sama dengan asas kepastian hukum. Asas kepastian hukum (*The principle of legal certainty*) merupakan salah satu prinsip *good governance* di Belanda yang kemudian dinormakan dalam wadah Awb (*Algemene wet bestuursrecht*) yang disebut juga dengan *General Administrative Law Act (GALA)*³⁰⁰ antara lain dalam ketentuan pasal 5.22. yang menentukan: "*The power to take enforcement action exists only if it has been granted by or pursuant to act of Parliament*"³⁰¹ Dari ketentuan tersebut jelas menunjukkan asas kepastian hukum,

karena ditentukan bahwa kekuasaan untuk melaksanakan paksaan pemerintah (*bestuurs dwang*) hanya diijinkan bilamana telah dijamin atau berdasarkan atas peraturan perundang – undangan. Pengertian lain dari asas legalitas adalah larangan penggunaan asas retroaktif seperti apa yang dinyatakan oleh **Philip M. Langbroek** dalam tulisannya yang berjudul " *General Principles of Proper Administration in Dutch Administrative Law*" yang menyatakan bahwa *the second meaning of the gppa of legal certainty is, that an administrative body may not issue orders against interested of person or an organization with retroactive effect*³⁰². Dalam kaitannya dengan asas kepastian hukum **J.M.Otto** pada pidato penerimaan jabatan guru besar pada Universitas Leiden, 16 Juni 2002, yang dikutip **Tatiek Sri Djatmiati**, dalam disertasinya yang berjudul "Prinsip Izin Usaha Industri Di Indonesia" mengemukakan *rechtszekerheid* secara lebih tegas dengan kata *reële rechtszekerheid* tidak hanya *het juridische rechtszekerheid begrip*, tetapi lebih dari itu meliputi:

- Adanya aturan hukum yang konsisten dan dapat diterapkan, yang ditetapkan oleh negara;
- Aparat pemerintah menerapkan aturan hukum tersebut secara konsisten dan berpegang pada aturan hukum tersebut;
- Sebagian besar rakyat pada dasarnya konform pada aturan tersebut;
- Hakim yang bebas dan tidak memihak secara konsisten menerapkan aturan hukum tersebut;
- Putusan hakim dilaksanakan secara nyata³⁰³.

Dengan demikian dalam kaitannya dengan asas legalitas dalam legislasi dan regulasi daerah, yang dimaksud adalah dasar hukum keberadaan legislasi dan regulasi daerah. Pada umumnya, badan – badan tata usaha negara, seperti halnya departemen, lembaga pemerintah non departemen, pemerintah daerah menetapkan bentuk tertentu yang membedakan keputusan tata usaha negara yang merupakan pengaturan yang

bersifat umum dengan keputusan tata usaha negara yang bersifat *beschikking*³⁰⁴..

Hasil kajian terhadap kedua jenis keputusan tersebut menunjukkan perbedaan di antara keduanya dalam hal – hal sebagai berikut:

Table. 4.1. Perbedaan Keputusan yang bersifat pengaturan dan penetapan

No.	Hal	Keputusan yang bersifat pengaturan	Keputusan yang bersifat penetapan
1	Titel (judul)	Keputusan	Surat Keputusan
2	Penomoran	Angka arab bulat dan tahun mis. Keputusan No. 203 tahun 2004	Angka arab dengan / misalnya: Surat Keputusan No. 204/.../.../ 2004
3.	Diktum	Mempergunakan pasal – pasal	Mempergunakan kata: Pertama, Kedua, dst
4	Penandatanganan	Kepala Daerah dan Sekretaris Daerah (lembaran daerah)	Kepala Daerah atau Pejabat yang ditunjuk oleh Kepala Daerah
5.	Kekuatan mengikat	Setelah diundangkan di Lembaran Daerah	Sejak ditetapkan, dan tidak dicatat dalam Lembaran Daerah
6.	Sifat pengaturan	umum kongkrit	individual kongkrit

4.1.2.1 Wewenang.

Dalam konsep hukum publik, wewenang merupakan suatu konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi.³⁰⁵ Wewenang dalam arti yuridis adalah suatu kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang – undangan yang berlaku untuk menimbulkan akibat – akibat hukum.³⁰⁶

Wewenang dapat diperoleh melalui beberapa cara. Dari hasil kajian beberapa pustaka hukum administrasi dan hukum tata negara yang membahas tentang wewenang, menunjukkan adanya beberapa variasi cara diperolehnya wewenang. **Philipus M Hadjon**, membagi cara memperoleh wewenang atas dua cara utama yaitu: a) atribusi; b) delegasi; dan kadang - kadang juga mandat³⁰⁷. *Atribusi* merupakan wewenang untuk membuat keputusan (*besluit*) yang langsung bersumber kepada undang - undang dalam arti material. *Atribusi* ini dikatakan juga sebagai suatu cara normal untuk memperoleh wewenang pemerintahan. Dari pengertian tersebut jelas tampak bahwa kewenangan yang didapat melalui atribusi oleh organ pemerintah adalah kewenangan asli, karena kewenangan itu diperoleh langsung dari peraturan perundang - undangan, dengan kata lain dengan atribusi berarti timbulnya kewenangan baru yang sebelumnya kewenangan itu tidak dimiliki oleh organ pemerintah yang bersangkutan. Delegasi diartikan sebagai penyerahan wewenang untuk membuat *besluit* oleh pejabat pemerintahan kepada pihak lain tersebut. Dengan kata penyerahan, ini berarti adanya perpindahan tanggung jawab dari yang memberi delegasi (*delegans*) kepada yang menerima delegasi (*delegetaris*). Suatu delegasi harus memenuhi syarat-syarat tertentu antara lain:

- a delegasi harus difinitif, artinya *delegans* tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;
- b delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang - undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan untuk itu dalam peraturan perundang - undangan;
- c delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hubungan hirarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;
- d kewajiban memberi keterangan (penjelasan), artinya *delegans* berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut;
- e peraturan kebijakan (*beleidsregel*) artinya *delegans* memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut³⁰⁸.

Mandat diartikan suatu pelimpahan wewenang kepada bawahan. Pelimpahan itu bermaksud memberi wewenang kepada bawahan untuk membuat keputusan a/n pejabat tata usaha negara yang memberi mandat³⁰⁹. Dari pengertian tersebut maka tampak bahwa tanggung jawab tidak berpindah kepada mandataris, dengan kata lain tanggung jawab tetap berada di tangan pemberi mandat, hal ini dapat dilihat dari kata a/n (atas nama), dengan demikian semua akibat hukum yang ditimbulkan oleh adanya keputusan yang dikeluarkan oleh mandataris adalah tanggung jawab si pemberi mandat. Untuk memberikan gambaran yang lebih jelas tentang perbedaan antara delegasi dan mandat dapat dilihat pada tabel di bawah ini.

Tabel 4.2. Perbedaan antara Mandat dan Delegasi

hal	mandat	delegasi
a. Prosedur pelimpahan	dalam hubungan rutin atasan bawahan; hal biasa kecuali dilarang secara tegas	Dari suatu organ pemerintahan kepada organ lain dengan peraturan perundang – undangan
b. tanggung jawab dan tanggung gugat	tetap pada pemberi mandat	Tanggung jawab dan tanggung gugat beralih kepada delegeataris.
c. kemungkinan si pemberi menggunakan wewenang itu lagi	setiap saat dapat menggunakan sendiri wewenang yang dilimpahkan itu	Tidak dapat menggunakan wewenang itu lagi kecuali setelah ada pencabutan dengan berpegang pada asas <i>contrarius actus</i>

Suwoto Mulyosudarmo, dalam bukunya yang berjudul: "Peralihan Kekuasaan Kajian Teoritis dan Yuridis terhadap Pidato Nawaksara" dalam Bab III tentang Pembagian Tanggung Jawab, dinyatakan bahwa perolehan kekuasaan dapat dibagi

atas: a) perolehan kekuasaan yang sifatnya atributif; b) perolehan kekuasaan yang sifatnya derivatif.³¹⁰ **Suwoto Mulyosudarmo** mempergunakan istilah kekuasaan bukan kewenangan (wewenang), hal ini dapat dimengerti karena tinjauannya dari sudut hukum tata negara bukan dari sudut hukum administrasi. Hal lain yang berbeda dengan pembagian yang diberikan oleh **Philipus M Hadjon** adalah istilah kekuasaan derivatif yaitu sebagai pelimpahan kekuasaan, karena kekuasaan yang telah ada dialihkan kepada pihak lain. Perolehan kekuasaan yang bersifat derivatif dapat berbentuk delegasi dan mandat. Pada pendelegasian kekuasaan delegeataris melaksanakan kekuasaan atas nama sendiri dan tanggung jawab sendiri, oleh karenanya disebut pelimpahan kekuasaan dan tanggung jawab³¹¹ *Mandat* berasal dari bahasa latin *mandatum* yang berasal dari kata *mandare; atum* yang artinya melimpahkan (*overdragen*), di dalam mandat, mandataris bertindak atas nama pemberi mandat, karena itu dia tidak memiliki tanggung jawab sendiri. Di samping itu disampaikan juga apa yang disebut dengan sub delegasi dan sub mandat³¹². Pembagian lebih rinci lagi disampaikan oleh **Indroharto**.³¹³

Dari pembagian yang dilakukan oleh ketiga penulis tersebut maka pembagian yang dilakukan oleh **Philipus M Hadjon**, lebih sederhana dan jelas terlihat cara perolehan dan tanggung jawab wewenang, baik pada atribusi, delegasi dan mandat di samping itu menurut hemat penulis di dalam praktek administrasi negara tiga cara perolehan kewenangan itu yang paling sering terjadi.

Dikaji dari dasar hukum keberadaan legislasi daerah, diatur secara jelas di dalam Undang – undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Pembentukan Peraturan Daerah merupakan tugas dan wewenang Kepala Daerah dan

juga DPRD. Kewenangan Kepala Daerah membentuk Perda diatur di dalam ketentuan Pasal 25 huruf b Kepala Daerah mempunyai kewajiban "mengajukan Rancangan Peraturan daerah dan menetapkannya sebagai Peraturan Daerah bersama setelah mendapat persetujuan DPRD". (Pasal 136 ayat (1)). Wewenang DPRD dalam kaitannya dengan pembentukan Peraturan Daerah diatur di dalam Pasal 42 huruf a, "membentuk Peraturan Daerah yang dibahas dengan kepala daerah untuk mendapat persetujuan bersama. Dari ketentuan pasal -- pasal tersebut terlihat jelas kepastian hukum tentang wewenang pembentukan legislasi daerah (perda)

Dalam tataran regulasi wewenang pembentukannya ada di tangan Kepala Daerah. Dasar kewenangan Kepala Daerah untuk membentuk peraturan adalah pasal 146 Undang – undang No.32 Tahun 2004. Di dalam ayat (1) ditentukan:

"Untuk melaksanakan Peraturan Daerah dan atas kuasa peraturan perundang – undangan, Kepala Daerah menetapkan peraturan kepala daerah dan atau keputusan kepala daerah"

Dari ketentuan pasal 146 ayat (1) tersebut, maka produk hukum yang dapat dibentuk oleh Kepala Daerah adalah Peraturan Kepala Daerah dan Keputusan Kepala Daerah. Peraturan adalah untuk mengatur hal – hal yang bersifat umum (regulasi), sedangkan keputusan adalah untuk mengatur hal – hal yang bersifat kongkrit individual (*beschikking*).

Mengenai bentuk keputusan kepala daerah diatur di dalam Keputusan Menteri Dalam Negeri dan Otonomi Daerah No. 47 Tahun 2000 tentang Pedoman Tata Naskah Dinas Dilingkungan Pemerintah Provinsi, dan Keputusan No.48 tentang

Pedoman Tata Naskah Dinas Dilingkungan Pemerintah Kabupaten/Kota. Di dalam Lampiran Keputusan No. 47 dan 48, Naskah Dinas dibagi atas dua jenis yaitu:

A. Naskah Dinas yang dirumuskan dalam susunan dan bentuk produk – produk hukum terdiri atas:

1. Peraturan Daerah;
2. Keputusan Kepala Daerah (Gubernur, Bupati/Walikota);
3. Keputusan Bersama Kepala Daerah (Gubernur, Bupati/Walikota);
4. Instruksi Kepala Daerah (Gubernur, Bupati/Walikota).

B. Naskah Dinas yang dirumuskan dalam susunan dan bentuk surat yang terdiri atas 27 jenis³¹⁴

Dari ketentuan Kepmendagri–Otda tersebut di atas, maka bentuk naskah dinas yang dapat dikeluarkan oleh Kepala Daerah ada dua bentuk yaitu naskah dinas yang dirumuskan dalam susunan dan bentuk produk-produk hukum, dan naskah dinas yang dirumuskan dalam susunan dan bentuk surat.

Walaupun secara tegas ditentukan dasar kewenangan Kepala Daerah membentuk peraturan dan keputusan, secara teoritik untuk sahnya suatu keputusan harus memenuhi beberapa syarat, seperti apa yang disampaikan oleh **Philipus M Hadjon** dalam bukunya yang berjudul “Pengertian – Pengertian Dasar Tentang Tindak Pemerintahan (Bestuurshandeling)” menarik inti dasar dari sahnya suatu keputusan yaitu:

1. kewenangan (*bevoegdheid*) organ administrasi negara;
2. *rechtmatigheid* keputusan pemerintah;
3. tidak ada kekurangan dalam *wilsvorming* (pembentuk kehendak) organ administrasi negara;
4. *doelmatigheid* dari pada keputusan pemerintah;

5. prosedur pembuatan keputusan;
6. penguangan keputusan dalam bentuk yang tepat³¹⁵

Dari hasil kajian terhadap keputusan kepala daerah yang penulis kaji terdapat satu Keputusan Gubernur dan satu Keputusan Walikota Denpasar bila dikaji dari sisi wewenang menimbulkan permasalahan. Keputusan Gubernur Bali No. 88 Tahun 2000 tentang: Penetapan Lembaga Kanwil Departemen Sosial dan Kanwil Departemen Penerangan Propinsi Bali di dalam konsideran menimbang huruf b dinyatakan:

“bahwa berkenaan dengan hal tersebut di atas, sambil menunggu Peraturan Pemerintah mengenai Pengaturan kewenangan dan mendahului Peraturan Daerah tentang Pembentukan Susunan Organisasinya dipandang perlu menetapkan Kelembagaan Kanwil Departemen sosial dan Kanwil Departemen Penerangan Propinsi Bali.”

Dari pertimbangan tersebut di atas jelas – jelas bahwa Gubernur secara yuridis formal tidak atau belum berwenang untuk menetapkan dalam bentuk Keputusan Gubernur tentang Lembaga Kanwil Departemen Sosial dan Kanwil Departemen Penerangan Propinsi Bali, karena belum ada delegasi kewenangan yang ditentukan oleh Peraturan Pemerintah dan Peraturan Daerah. Jadi bila dikaji dari syarat sahnya keputusan sebagaimana disampaikan oleh Philipus M Hadjon di atas, maka keputusan Gubernur tersebut tidak memenuhi syarat pertama yaitu kewenangan organ administrasi negara, karena di dalam kasus ini Gubernur tidak berwenang.

Hal yang sama terjadi pada Keputusan walikota Denpasar No. 380 Tahun 2000 tentang “Pembentukan, susunan Organisasi dan Tata Kerja Unit Pelaksana

Teknis Terminal Dinas Lalu Lintas dan Angkutan Jalan Kota Denpasar, di dalam konsideran menimbang huruf b dinyatakan:

“bahwa berhubung dengan hal tersebut pada huruf a di atas, maka **mendahului** ditetapkan Peraturan Daerah Kota Denpasar dipandang perlu menetapkan Keputusan Walikota Denpasar tentang Pembentukan Susunan Organisasi dan Tata kerja Pelaksana Teknis Terminal Dinas Lalu Lintas dan Angkutan Jalan Kota Denpasar”

Dari konsideran menimbang keputusan tersebut, jelas tampak bahwa walikota secara normatif tidak memiliki wewenang, karena belum ada pendelegasian kewenangan dari Peraturan Daerah Kota Denpasar kepada Walikota Denpasar untuk membentuk Susunan Organisasi dan Tata Kerja Pelaksana Teknis Terminal Dinas Lalu Lintas dan Angkuta Jalan Kota Denpasar.

Ditinjau dari aspek wewenang dari kedua keputusan tersebut, jelas tidak menjamin adanya kepastian hukum, karena pengaturan yang dilakukan oleh Gubernur atau Walikota tersebut belum tentu sama dengan apa yang ditetapkan oleh Peraturan Pemerintah atau Peraturan Daerah yang justru merupakan dasar hukum kewenangan untuk pembentukan keputusan tersebut.

4.1.2.2. Prosedur

Prosedur merupakan unsur kedua ruang lingkup keabsahan tindak pemerintahan.

Di dalam sub bab terdahulu telah dipaparkan bahwa hak inisiatif untuk mengajukan suatu Ranperda sesuai ketentuan Undang - Undang No.32 Tahun 2004 dapat dilakukan oleh Pemerintah Daerah (pasal 25 b) dan DPRD (pasal 42 ayat (1)), Menurut hemat penulis seharusnya ada satu unsur lagi yang dapat mengajukan Ranperda di samping Kepala Daerah dan DPRD yaitu masyarakat sebagai wujud

partisipasinya dalam turut serta dalam pembangunan daerahnya sesuai dengan hakekat otonomi daerah. Masyarakat dalam pengertian ini adalah pihak ketiga selain Pemerintah Daerah dan DPRD, bisa dari instansi pemerintah (kejaksaan, pengadilan, kepolisian, perguruan tinggi) atau masyarakat, baik individual (pakar) maupun dari kelompok organisasi non pemerintah sejenis LSM (lembaga swadaya masyarakat) yang berpengalaman dalam bidang tertentu. Ada beberapa argumentasi yang mendasari pendapat tersebut, baik itu argumentasi yuridis maupun non yuridis (realita). Argumentasi yuridis yang dapat disampaikan antara lain ketentuan pasal 45 b " DPRD sebagai lembaga perwakilan rakyat di daerah merupakan wahana untuk melaksanakan pemerintahan demokrasi. Pasal 45 huruf e Undang – Undang No.32 Tahun 2004 DPRD mempunyai kewajiban memperhatikan dan menyalurkan aspirasi, menerima keluhan dan pengaduan masyarakat, serta memfasilitasi tindak lanjut penyelesaiannya". Dari dua ketentuan pasal tersebut, dengan jelas peluang secara yuridis terbuka lebar bagi partisipasi masyarakat, terlebih lagi salah satu jiwa dari otonomi daerah yang luas nyata dan bertanggung jawab adalah menghidupkan demokrasi lokal, yang identik dengan partisipasi masyarakat daerah. Peluang peran serta masyarakat secara yuridis dalam pembentukan Perda juga dimungkinkan oleh ketentuan pasal 4 ayat (3) Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 188 tahun 1998 tentang Tata Cara Mempersiapkan Rancangan Undang – Undang:

"Dalam kegiatan konsultasi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat pula diundang para ahli dari lingkungan perguruan tinggi dan organisasi di bidang sosial, politik, profesi atau kemasyarakatan lainnya sesuai dengan kebutuhan"

Undang – Undang No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – undangan juga mengatur tentang hak masyarakat untuk berpartisipasi dalam pembahasan rancangan undang – undang dan rancangan perda (Pasal 53)

Pertanyaan yang timbul kemudian adalah mengapa harus ada partisipasi masyarakat lagi ? bukankah DPRD sebagai lembaga perwakilan rakyat daerah sudah cukup untuk mewakili masyarakat ? Harjadi berpendapat bahwa dinegara bangsa maupun fungsi standar badan legislatif adalah fungsi representatif, fungsi pengawasan, dan fungsi legislasi³¹⁶. Namun bila dilihat secara normatif badan legislatif di Indonesia mempunyai fungsi yang berbeda, hal ini dapat dilihat pada ketentuan Pasal 20 A Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 :” DPR memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran, dan fungsi pengawasan. Ketentuan ini ditindaklanjuti oleh undang – undang No.22 Tahun 2003 tentang Susunan dan Kedudukan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Pasal 61 untuk DPRD Provinsi dan Pasal 77 untuk DPRD Kabupaten/Kota, ditentukan DPRD mempunyai fungsi: a). legislasi b). anggaran c). pengawasan.

Dari fungsi legislatif yang ditentukan dalam Undang – undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Undang – undang No.22 Tahun 2003 tentang Susduk MPR, DPR, DPD dan DPRD secara normatif DPRD tidak memiliki fungsi representatif. Secara normatif berarti DPRD bukan mempresentasikan preferensi dan kepentingan rakyatnya. Mungkin hal ini dapat menjelaskan, mengapa agenda dan kepentingan DPRD sering kali berjarak dan bertentangan secara diametral dengan agenda dan kepentingan rakyatnya³¹⁷. Dari hasil kajian aspek normatif fungsi DPRD,

maka partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan Perda dari tahap awal sangat relevan dan perlu diatur dalam peraturan perundang – undangan untuk menjamin kepastian hukum bagi peran serta masyarakat

Hak Kepala Daerah untuk mengajukan Ranperda diatur di dalam Pasal 25 b jo Pasal 140 ayat (3) Undang – undang No. 32 Tahun 2004 Masalah usul inisiatif ini diatur juga di dalam ketentuan Pasal 26 Undang – Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – Undangan, ditentukan:

“ Rancangan peraturan daerah dapat berasal dari dewan perwakilan rakyat daerah atau gubernur, atau bupati/walikota masing – masing sebagai kepala pemerintah daerah propinsi, kabupaten atau kota.”

Selanjutnya Pasal 27 menentukan :

“Ketentuan mengenai tata cara mempersiapkan rancangan peraturan daerah yang berasal dari gubernur atau bupati/walikota diatur dengan Peraturan Presiden.”

Peraturan Presiden sebagai pelaksanaan langsung dari undang – undang ini belum ada. Pada era Undang – Undang No.22 Tahun 1999 , dikeluarkan Keputusan Menteri Dalam Negeri dan Otda No.23 Tahun 2001 tentang Prosedur Penyusunan Produk Hukum Daerah yang mengatur tentang proses penyiapan rancangan peraturan daerah sebelum diajukan ke DPRD. Kepemendari tersebut merupakan tindak lanjut dari Kepres No. 44 Tahun 1999 tentang Teknik Penyusunan Peraturan Perundang – undangan dan bentuk Rancangan Undang – undang ,Rancangan Peraturan Pemerintah dan Rancangan Keputusan Presiden . Proses yang diatur dalam Kepmendagri dan Otda tersebut dapat di gambarkan sebagai berikut:

Prakarsa dapat diajukan oleh pimpinan unit kerja ,yang disampaikan kepada Sekretaris Daerah untuk dilakukan harmonisasi materi dan sinkronisasi pengaturan pengajuan ranperda kepada Sekretaris Daerah dilengkapi dengan pokok – pokok pikiran yang terdiri atas: a) maksud dan tujuan pengaturan, b) dasar hukum; c) materi yang akan diatur; d) keterkaitan dengan peraturan perundang – undangan lain (Pasal 3).

Untuk kepentingan harmonisasi materi dan sinkronisasi pengaturan Sekretaris Daerah menugaskan kepada Biro/Bagian hukum setelah mendapat persetujuan Sekretaris Daerah. Pimpinan unit kerja menyiapkan draft awal dan melakukan pembahasan dengan melibatkan Biro/Bagian hukum dan unit kerja terkait. Disamping unit kerja, Biro/Bagian hukum dapat pula membuat rancangan perda, sehingga unit kerja dapat mendelegasikan kepada Biro/Bagian hukum untuk melakukan penyusunan dan pembahasan Ranperda.

Setelah proses pembahasan selesai Unit kerja menyampaikan kepada Sekretaris Daerah melalui Biro/Bagian hukum untuk selanjutnya diajukan kepada Kepala Daerah yang terlebih dahulu diparaf oleh pimpinan unit kerja terkait, selanjutnya ranperda disampaikan kepada DPRD untuk dilakukan pembahasan.

Hak inisiatif DPRD untuk mengajukan Ranperda diatur di dalam berbagai peraturan perundang – undangan. Di dalam Undang – undang No.32 Tahun 2004 , diatur di dalam Pasal 42 ayat (1) huruf a. menentukan “DPRD mempunyai tugas dan wewenang membentuk Perda yang dibahas dengan kepala daerah untuk mendapat persetujuan bersama” . Pasal 44 ayat (1) huruf a mengatur hak inisiatif anggota

DPRD. Pasal 140 ayat (1) menentukan "Rancangan Perda dapat berasal dari DPRD, Gubernur, Bupati/Walikota". Undang – Undang No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – undangan: juga mengatur tentang hak inisiatif DPRD. Pasal 26 menentukan Rancangan Perda dapat berasal dari DPRD, Gubernur, Bupati/Walikota" masing – masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten atau kota. Ketentuan mengenai tata cara mempersiapkan Perda yang disampaikan oleh DPRD diatur lebih lanjut dengan Peraturan Tata Tertib DPRD (Pasal 28 UU No. 10 Th.2004 jo. Pasal 141 ayat (2) UU No. 32 Th.2004)

Pengaturan lebih lanjut tentang pedoman penyusunan peraturan tata tertib DPRD diatur di dalam Peraturan Pemerintah No. 25 Tahun 2004. Di dalam Pasal 29 Peraturan Pemerintah No.25 Tahun 2004 diatur tentang tata cara pengajuan usul prakarsa Ranperda sebagai berikut:

Sekurang – kurangnya lima orang anggota DPRD dapat mengajukan suatu usul prakarsa rancangan peraturan daerah (ayat1) Usul prakarsa tersebut disampaikan kepada Pimpinan DPRD dalam bentuk Rancangan Peraturan Daerah disertai penjelasan secara tertulis dan diberikan nomor pokok oleh sekretariat DPRD (ayat2) Usul prakarsa tersebut oleh Pimpinan DPRD disampaikan pada rapat paripurna setelah mendapat pertimbangan dari Panitia Musyawarah (ayat 3). Dalam Rapat Paripurna, para pengusul diberi kesempatan memberikan pandangan atas usul Ranperda (ayat 4). Pembicaraan mengenai sesuatu usul prakarsa dilakukan dengan memberikan kesempatan kepada a).anggota DPRD lainnya untuk memberikan pandangan; b) Kepala Daerah untuk memberikan pendapat; c) Para pengusul memberikan jawaban atas pandangan para anggota dan pendapat Kepala Daerah

(ayat 5). Usul prakarsa sebelum diputuskan menjadi prakarsa DPRD, para pengusul berhak mengajukan perubahan dan atau mencabutnya kembali (ayat 6). Pembicaraan diakhiri dengan Keputusan DPRD yang menerima atau menolak usul prakarsa menjadi prakarsa DPRD (ayat 7)

Dari pengaturan tersebut di atas ada perbedaan prinsip dengan Keputusan Presiden No. 1 Tahun 2001 tentang Pedoman Penyusunan Tata Tertib Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, dalam hal syarat jumlah anggota 5 orang tidak harus dalam fraksi yang berbeda. Ketentuan ini diharapkan dapat memberdayakan tugas dan wewenang DPRD dalam mengajukan rancangan peraturan daerah.

Tahap pembahasan tidak ada perbedaan antara usulan Ranperda atas hak inisiatif kepala daerah maupun usulan atas hak DPRD. Dalam tahap pembahasan dilakukan empat tahapan pembicaraan. Dalam pembicaraan tahap pertama adalah penjelasan oleh inisiator (kepala daerah atau pimpinan DPRD). Pembicaraan tahap kedua adalah pandangan umum dari fraksi – fraksi atau pendapat Kepala Daerah yang kemudian dilanjutkan dengan jawaban dari masing – masing inisator Ranperda. Pembicaraan tahap ketiga adalah pembahasan dalam rapat komisi/ gabungan komisi dilakukan bersama – sama dengan kepala daerah. Pembicaraan tahap keempat adalah tahap pengambilan keputusan yang didahului dengan laporan hasil pembicaraan ketiga. Tahap terakhir adalah tahap penetapan dan pengundangan. Ranperda yang telah disetujui bersama oleh pimpinan DPRD disampaikan kepada Kepala Daerah untuk disahkan, dengan membubuhkan tanda tangan, yang kemudian oleh sekretaris daerah diundangkan di dalam lembaran daerah.

Prosedur pembuatan keputusan erat kaitannya dengan peraturan yang menjadi dasar kewenangan pembentukan keputusan itu³¹⁸, peraturan yang menjadi dasar pembentukan keputusan biasanya menentukan bentuk keputusan dan derajat keputusan.

Pengaturan masalah prosedur pembentukan keputusan kepala daerah diatur di dalam Keputusan Menteri Dalam Negeri Dan Otonomi Daerah Nomor 23 Tahun 2001 tentang Prosedur Penyusunan Produk Hukum Daerah. Jenis produk hukum daerah menurut Kepmendagri ini terdiri atas: a) Peraturan Daerah; b) Keputusan Kepala Daerah dan c) Instruksi Gubernur/Bupati/Walikota. Sedikit berbeda dengan Kepmendagri Nomor 47 dan 48 Tahun 2000 tentang Pedoman Tata Naskah Dinas Di Lingkungan Pemerintah Propinsi dan Kabupaten/Kota, yang menentukan jenis naskah dinas yang dirumuskan dalam susunan dan bentuk – bentuk produk hukum atas 4 jenis. Kelebihan yang ada di dalam Kepmendagri ini adalah adanya Keputusan Bersama Kepala Daerah.

Kepmendagri No. 23 tahun 2001 pada prinsipnya tidak membedakan prosedur penyusunan produk hukum daerah (Peraturan Daerah; Keputusan Kepala Daerah; Instruksi Gubernur/Bupati/Walikota). Perbedaan hanya terdapat pada proses lanjut pengajuan kepada DPRD untuk perda, dan memasukkan kedalam lembaran daerah untuk keputusan kepala daerah yang bersifat pengaturan. Bab III tentang mekanisme penyusunan yang diatur dari pasal 3 sampai dengan pasal 12. yang dapat dibagi atas beberapa tahapan yaitu:

- a. Tahap pengajuan (inisiatif)
- b. Tahap harmonisasi dan sinkronisasi

c. Tahap penyusunan dan pembahasan

d. Tahap penomoran, penggandaan, pendistribusian dan pendokumentasian

ad.a. Tahap pengajuan (inisiatif)

Di dalam Kepmendagri ini inisiatif rencana penyusunan diberikan kepada pimpinan unit kerja (Badan, Dinas, Kantor, Biro/Bagian dilingkungan sekretariat daerah), namun ketentuan ini tidak mutlak karena formulasi kata yang dipergunakan adalah kata "dapat", ini berarti inisiatif tidak harus datang dari pimpinan unit kerja. Dengan kata lain staf dari masing – masing unit kerja tersebut dapat mengajukan inisiatif penyusunan produk daerah, hal ini dapat ditafsirkan dari ketentuan pasal 6 yang menentukan bahwa: "Tanpa mengurangi prakarsa unit kerja sebagaimana dimaksud dalam pasal 3, Biro/Bagian dapat melakukan penyusunan produk hukum daerah

ad.b. Tahap Harmonisasi dan Sinkronisasi

Rencana penyusunan produk hukum tersebut diajukan oleh pimpinan unit kerja kepada Sekretaris Daerah untuk dilakukan harmonisasi materi dan sinkronisasi pengaturan dengan menyertakan pokok – pokok pikiran yang berisikan: maksud dan tujuan pengaturan; dasar hukum; materi yang akan diatur dan keterkaitan dengan peraturan perundang – undangan lain.

ad. c Tahap Penyusunan dan Pembahasan

Di dalam tahap penyusunan dan pembahasan dapat juga dibentuk Tim Antar Unit Kerja. Ketua tim adalah pimpinan unit kerja yang ditunjuk oleh Kepala Daerah, dan Biro/Bagian hukum menjadi sekretaris tim. Setelah rancangan produk hukum selesai dilakukan pembahasan Pimpinan Unit Kerja menyampaikan kepada Sekretaris

Daerah melalui Biro/Bagian hukum untuk selanjutnya diajukan kepada Kepala Daerah tetapi harus mendapat paraf dari pimpinan unit terkait. Rancangan produk hukum yang telah mendapat paraf koordinasi Pimpinan Unit Kerja disampaikan oleh Kepala Biro/Bagian Hukum kepada Sekretaris Daerah untuk diajukan kepada Kepala Daerah. Produk hukum yang bersifat yang penetapan ditetapkan oleh kepada daerah harus lebih dahulu diparaf kepala Biro/Bagian hukum.

ad.d Tahap penomoran, penggandaan, pendistribusian dan pendokumentasian

Penomoran produk hukum dilakukan oleh Biro/Bagian hukum. Rancangan produk hukum yang telah ditetapkan dan diberikan nomor harus diautentikasi oleh Kepala Biro/Bagian hukum. Penggandaan, pendistribusian dan pendokumentasian produk – produk hukum, dilakukan oleh Biro/Bagian hukum, sedangkan sosialisasi produk hukum dilakukan secara bersama – sama antara Biro/Bagian hukum dan unit Kerja pemrakarsa.

Hasil kajian yang penulis lakukan terhadap prosedur pembentukan keputusan kepala daerah ditemukan Keputusan Gubernur Bali No. 88 tahun 2000 dan Keputusan Walikota Denpasar No.380 Tahun 2000 kedua keputusan kepala daerah tersebut tidak sesuai dengan prosedur, karena di dalam Kepmendagri No. 23 Tahun 2001 dengan jelas ditentukan bahwa di dalam penyampaian Rancangan penyusunan keputusan kepala daerah kepada Sekretaris Daerah, diwajibkan melampirkan pokok – pokok pikiran yang salah satu nya adalah dasar hukum pembentukan keputusan. Karena kedua produk keputusan tersebut mendahului dari peraturan yang menjadi dasarnya, maka secara teoritik keputusan tersebut tanpa dasar hukum yang pasti dan ini berarti pula tidak sesuai dengan asas kepastian hukum.

4.1.2.3 Substansi.

Aspek substansi berkenaan dengan "apa" dan "untuk apa" kekuasaan pemerintahan yang berisi wewenang pengaturan dan pengendalian kehidupan masyarakat dibatasi secara substansial¹¹⁾ sebagai contoh, misalnya wewenang menetapkan PBB (Pajak Bumi dan Bangunan) secara substansial dibatasi pada luas tanah dan luas bangunan dan tidak menyangkut isi rumah tersebut. Dari contoh tersebut, maka substansi keputusan tata usaha negara berkaitan erat dengan wewenang yang dimiliki oleh pejabat tata usaha negara, sedangkan batas kewenangan yang dimiliki oleh pejabat tata usaha negara ditentukan oleh aturan dasar yang melandasi kewenangan tersebut.

Masalah substansi legislasi (perda) dan regulasi (peraturan kepala daerah) tergantung pada jenis dari perda atau peraturan kepala daerah. Di dalam Undang – undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah ada tiga jenis perda, yaitu : Perda yang melaksanakan otonomi daerah, perda tugas pembantuan dan perda untuk melaksanakan peraturan perundang – undangan yang lebih tinggi (pasal 136 ayat (2), dan ayat (3)). Larangan juga merupakan pembatas substansi perda. Perda dilarang bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan perundang – undangan yang lebih tinggi (pasal 136 ayat (4)). Di samping itu di dalam ketentuan Pasal 143 ditentukan bahwa perda dapat memuat ketentuan tentang pembebasan biaya paksaan penegakan hukum, memuat ancaman kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau denda Rp.50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) sesuai dengan yang diatur di dalam peraturan perundangan lainnya.

Dari ketentuan tersebut di atas, substansi perda sangatlah luas, yaitu urusan yang merupakan otonomi daerah dan tugas pembantuan serta dapat pula memuat tentang pembebanan biaya paksaan penegakan hukum serta hukuman kurungan atau denda

Dalam kaitannya dengan larangan substansi perda ada beberapa konsep yang perlu kajian lebih lanjut pertama, "kepentingan umum" dan bertentangan dengan peraturan perundangan yang lebih tinggi.

Pertanyaan timbul, apakah yang dimaksud dengan kepentingan umum?

Philipus M Hadjon, dalam berbagai tulisannya menyatakan bahwa formulasi seperti itu termasuk dalam katagori konsep yang kabur (*vague*) yaitu suatu konsep yang sulit di difinisikan atau dimaknai secara tepat³²⁰ walaupun konsep semacam itu sering dibutuhkan. Dalam kaitannya dengan konsep yang kabur ini **J.J.H. Bruggink** memberikan pengertian yang hampir sama yaitu suatu pengertian yang tidak dapat ditetapkan secara persis sehingga lingkupnya tidak jelas.³²¹ Selanjutnya dijelaskan, sesungguhnya pengertian ini berkenaan dengan perintah dari pembentuk undang – undang kepada hakim untuk menyelesaikan kejadian- kejadian ini secara kasuistis, karena aturan umum yang lebih langsung tidak dapat diberikan³²². Jadi dalam penyelesaian masalah pengertian kabur hakim memegang peranan sentral dalam artian hakimlah yang bertugas mengkonkritkan pengertian yang kabur itu ke dalam konsep yang lebih jelas. Dalam kaitannya dengan peranan hakim dalam penyelesaian masalah pengertian kabur ini, **Jan Geijssels** dan **Mark van Hoecke**, dalam bukunya yang berjudul *Wat is Recht* dinyatakan: ... *zelf stelt sich hier in de eerste plaats de vraag in welke mate de rechter vrij is bij de konkretisering van vage begrippen*³²³

di sini Geijssels mempertanyakan dalam derajat apa hakim bebas pada kongkretisasi dari konsep kabur. Pertanyaan selanjutnya yang dikemukakan Geijssels adalah "*kunnen uit het bestaande rechtssystem richtinggevende regels gehaald worden?*"³²⁴ Di sini Geijssels mempertanyakan dalam derajat dapatkah dari system hukum yang ada diambil aturan – aturan sebagai pedoman. Jadi pendapat Geijssels dalam kaitannya dengan konsep kabur, seyogyanya dicarikan unsur – unsur yang dapat dipergunakan sebagai pedoman dalam kaitannya dengan konsep tersebut, yang diambil dari system hukum yang ada. Dengan kata lain, Geijssels menghendaki adanya perincian lebih lanjut dari konsep kabur tersebut. Konsep kabur oleh Geissels diartikan sebagai pengertian yuridik yang tidak didefinisikan lebih jauh yang secara implisit menunjuk pada nilai – nilai atau kaidah – kaidah non yuridikal (misalnya "kepentingan dari anak" "kehati – hatian" "salah" "itikad baik"). Untuk menjawab pertanyaan yang diajukan oleh Geissels tentang derajat kebebasan hakim dalam mengkongkretisasi konsep yang kabur, kiranya Ian Mc Leod dalam bukunya yang berjudul *Legal Method* dapat memberikan jawaban. Di dalam Bagian III angka 21 dengan judul *Modern Interpretation in Practice*, dalam kaitannya dengan kata atau ungkapan yang kabur diintrodusir apa yang disebut dengan *contextualism*, yaitu suatu penafsiran kontekstual, artinya dalam memaknai suatu kata atau ungkapan yang kabur hendaknya dilihat pada konteks untuk apa kata itu biasanya dipergunakan seperti pernyataan berikut: "*Since modern interpretation emphasizes the meaning of the word in the context within which they are used, it is obviously of the first importance that we should be able to identify the elements which make up that context.*"³²⁵ Apa yang disebutkan oleh **Mc Leod** bahwa dalam masalah kata atau ungkapan yang

umum dituntut untuk mengidentifikasi unsur – unsur yang menentukan konteks tersebut. Dalam kaitannya dengan hal ini, saran yang disampaikan oleh Lord Simon³²⁶, kiranya dapat memperkuat, dikatakannya: *"statutory language must given presumptively the most natural and ordinary meaning which it appropriate in the circumstance.* Saran Lord Simon tersebut jelas menunjukkan bahwa bahasa dalam undang – undang harus sedapat mungkin di anggap dan diartikan dalam pengertian yang lazim dan sehar – hari yang sesuai dengan lingkungannya. Dari sini jelas bahwa pemaknaan suatu kata atau ungkapan hendaknya diarahkan pada konteks yang paling dekat dari arti kata dan ungkapan tersebut dalam pengertian yang lazim sehari – hari dipergunakan untuk arti kata tersebut. Dalam kaitan dengan masalah pemaknaan kata atau ungkapan terdapat ungkapan dalam bahasa Latin yang disebut: *"the noscitur a sociis principle"*³²⁷ yang merupakan prinsip pertama yaitu suatu asas yang menyatakan bahwa: *"a thing is known by its associates"* ungkapan ini membentuk suatu asas fundamental bahwa *"the context of a word governs its meaning"*. Dari asas *the noscitur a sociis* terlihat jelas bahwa hubungan kata menentukan artinya, dengan kata lain kontekstual, artinya arti suatu kata tergantung pada konteksnya. Pengertian Asas *the noscitur a sociis* dapat juga dilihat di dalam *Black's Law Dictionary* yang memberikan pengertian yang relatif sama hanya berbeda dalam pengungkapannya *"noscitur a sociis the meaning of questionable words or phrase in a statute may be ascertained by reference to meaning of words or phrases associated with it"* Prinsip kedua adalah *the ejusdem generis principle*³²⁸ yang pada prinsipnya uraian lebih khusus dari asas *noscitur a sociis*, yang secara harfiah dapat diartikan sebagai pengertian *"of the same class"* (dari kelas yang sama), dan asas ini dapat

dinyatakan demikian:" *where general words follow particular words, the general words are to be restricted to things of the same class as those which are specified.* Dari pengertian tersebut dinyatakan bahwa dalam asas *ejusdem generis principle* kata kata umum (konsep umum) mengikuti kata - kata yang khusus, kata - kata umum dibatasi oleh sesuatu dari kelas yang sama dimana dia dikelompokkan. Prinsip ketiga adalah *The expressio unius exclusio alterius principle.*³²⁹ Seperti halnya *the ejusdem generis principle*, prinsip ini secara jelas tidak lebih merupakan sub katagori dari pepatah *the noscitur a sociis*. Asas ini dapat diterjemahkan sebagai "pernyataan (atau pencantuman) sesuatu secara tidak langsung menyingkirkan yang lain" (*the expression (or inclusion) of one thing implies the exclusion of another*). Ian Mc Leod memberikan contoh penerapan asas ini dalam perkara R versus Cuthbertson (1980) 2 All ER 401³³⁰, mengenai penyalahgunaan Undang - undang obat - obatan (Drugs Act 19710). Dinyatakan bahwa denda karena memiliki obat terlarang harus berdasarkan perintah pengadilan , dengan mana seseorang dihukum karena suatu pelanggaran berdasarkan undang - undang ini. Terdakwa dihukum karena berkomplot untuk melanggar undang - undang ini. Walaupun secara jelas itu merupakan suatu pelanggaran, namun karena berkomplot tidak diatur di dalam undang - undang ini, dan oleh karenanya dia tidak dapat dihukum karena pelanggaran berdasarkan undang - undang ini. *The House of Lord* menyatakan bahwa tidak ada kekuasaan untuk memerintahkan denda karena kepemilikannya.

Dari apa yang diuraikan di atas, maka dalam kaitannya dengan pengertian "kepentingan umum" tidak mempunyai makna yang berlaku umum, melainkan sangat tergantung pada konteksnya. Ini berarti setiap konsep yang bermakna kabur

(termasuk konsep "pengertian umum") dalam suatu undang - undang harus diatur, dibatasi ruang lingkup maknanya dengan jalan menyebutkan unsur - unsurnya, sehingga dapat membatasi kebebasan hakim dalam memberikan makna bagi suatu konsep. Hal ini penting untuk memberikan kepastian dalam pemaknaan suatu konsep sehingga terdapat suatu kepastian hukum. **Philipus M Hadjon**³³¹, memberikan contoh batasan kepentingan umum antara lain Inpres No.9/1973 tentang Pelaksanaan Pencabutan Hak - hak Atas Tanah Dan Benda - benda Yang Ada Diatasnya. Di dalam Pasal 1 ayat (1) ditentukan : "suatu kegiatan dalam rangka pelaksanaan pembangunan mempunyai sifat kepentingan umum, apabila kegiatan tersebut menyangkut : a) kepentingan bangsa dan negara, dan/atau b). kepentingan masyarakat luas, dan /atau c). kepentingan rakyat banyak/bersama dan/atau d) kepentingan pembangunan. Dan bentuk - bentuk kegiatan pembangunan yang mempunyai sifat kepentingan umum diatur di dalam ayat (2) yaitu terdiri atas tigabelas jenis kegiatan: a) Pertahanan; b) Pekerjaan Umum; c) Perlengkapan Umum; d). Jasa umum; e) Keagamaan; f) Ilmu Pengetahuan dan Seni Budaya; g) Kesehatan; h) olahraga; i) Keselamatan Umum terhadap bencana alam; j). Kesejahteraan Sosial; k) Makam/Kuburan; l) Pariwisata dan rekreasi; m) Usaha- usaha ekonomi yang bermanfaat bagi kesejahteraan umum. Di dalam Perpres No. 36 Tahun 2005 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan umum , ditentukan 21 (dua puluh satu) jenis pembangunan yang dikategorikan sebagai kepentingan umum³³²

Dari Inpres tersebut sebenarnya masih terdapat konsep - konsep yang kabur yang sangat sulit untuk memaknainya. **Bagir Manan**, dalam bukunya yang berjudul *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah* dinyatakan, salah satu landasan yang dapat

dipergunakan untuk menentukan pengertian "kepentingan umum" adalah dasar - dasar atau asas atau nilai yang menjadi dasar bermasyarakat dan bernegara, atau kebijakan - kebijakan negara, dan dasar - dasar keadilan yang umum. Berdasarkan atas pendapatnya tersebut Perda tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum diartikan sebagai tidak boleh bertentangan dengan Pancasila sebagai dasar negara, bertentangan dengan kebijakan nasional, kesusilaan, nilai - nilai keadilan, dan berbagai bentuk kemaslahatan atau yang berguna untuk umum³³³. Selanjutnya dikatakan bahwa perkataan "umum" terutama diartikan sebagai kesempatan bagi masyarakat memperoleh manfaat seluas - luasnya tanpa syarat yang terlalu memberatkan. Dicontohkan hotel bintang lima diperuntukkan untuk orang banyak, tetapi tidak termasuk dalam pengertian kepentingan umum, karena hanya orang yang mampu membayar yang dapat menikmati hotel tersebut, lain halnya dengan jembatan yang dapat dinikmati oleh semua orang. Akhirnya disimpulkan beberapa ukuran untuk menentukan "kepentingan umum". Pertama: dibutuhkan orang banyak. Kedua: setiap orang dapat menikmati dan memperoleh manfaat tanpa ada pembatasan karena kondisi individual seseorang. Ketiga: harus dalam rangka kesejahteraan umum baik dalam arti materiil maupun spiritual.

Dalam masalah substansi peraturan kepala daerah luas ruang lingkup substansi kewenangan Kepala Daerah identik dengan luas ruang lingkup substansi kewenangan pemerintah daerah. Ruang lingkup substansi kewenangan daerah diatur di dalam Undang - Undang No.32 Tahun 2004 dapat dibagi atas beberapa kriteria, yaitu kewenangan umum yang diatur di dalam Pasal 10, ditentukan :

- (1) Pemerintahan daerah menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang – undang ini ditentukan menjadi urusan pemerintah

Di dalam ayat (3) nya ditentukan tentang urusan pemerintahan yang menjadi urusan pemerintah adalah: a. politik luar negeri, b. pertahanan, c. keamanan, d. yustisi, e. moneter dan fiscal nasional dan f. agama. Dilihat dari ketentuan ayat (3) tersebut seakan jumlah urusan sudah pasti, akan tetapi bila disimak ketentuan ayat (5) ditentukan:

Dalam urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Pemerintah *di luar urusan pemerintahan sebagaimana dimaksud pada ayat (3)* Pemerintah dapat :

- a. menyelenggarakan sendiri sebagian urusan pemerintahan;
- b. melimpahkan sebagian urusan pemerintahan kepada Gubernur selaku wakil Pemerintah; atau
- c. menugaskan sebagian urusan kepada pemerintahan daerah dan/atau pemerintahan desa berdasarkan asas tugas pembantuan.

Dari ketentuan Pasal 10 ayat (5) tersebut, berarti kewenangan Pemerintah disamping apa yang diatur di dalam ketentuan Pasal 10 ayat (3) masih ada kewenangan lain. Jadi sama dengan formula Undang – undang No.22 Tahun 1999, dan bahkan lebih luas, karena tidak diperinci jenis kewenangan di luar kewenangan yang di atur di dalam ketentuan ayat (3). Urusan pemerintahan tersebut dibagi atas dua macam urusan yaitu urusan wajib dan urusan pilihan. Undang – Undang No.32 Tahun 2004 sebagai pengganti Undang – Undang No.22 Tahun 1999 tidak menentukan titik berat otonomi pada pemerintahan Kabupaten/Kota, baik dalam pasal – pasalnya maupun penjelasannya maka masing – masing pemerintah daerah (Provinsi dan Kabupaten/Kota) mempunyai kewenangan masing – masing. Kewenangan daerah provinsi (urusan wajib) diatur di dalam ketentuan Pasal 13 ayat

(i) meliputi: a. perencanaan dan pengendalian pembangunan; b. perencanaan , pemanfaatan dan pengawasan tata ruang; c. penyelenggaraan ketertiban umum dan ketentraman masyarakat; d. penyediaan sarana dan prasarana umum; e. penanganan bidang kesehatan; f. penyelenggaraan pendidikan dan alokasi sumber daya manusia potensial; g. penanggulangan masalah sosial lintas kabupaten/kota; h. pelayanan bidang ketenagakerjaan lintas kabupaten/kota; I fasilitas pengembangan koperasi, usaha kecil dan menengah termasuk lintas kabupaten kota ; j. pengendalian lingkungan hidup, k. pelayanan pertanahan termasuk lintas kabupaten/kota; l. pelayanan kependudukan dan catatan sipil; m. pelayanan administrasi umum pemerintahan; n.pelayanan administrasi penanaman modal termasuk lintas kabupaten/kota; o. penyelenggaraan pelayanan dasar lainnya yang belum dapat dilaksanakan oleh kabupaten/kota dan p. urusan wajib lainnya yang diamanatkan oleh peraturan perundang – undangan. Urusan pemerintahan provinsi yang bersifat pilihan meliputi urusan pemerintahan yang secara nyata ada dan berpotensi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan kondisi, kekhasan, dan potensi unggulan daerah yang bersangkutan.

Kewenangan pemerintah daerah kabupaten/kota sama halnya dengan kewenangan pemerintah daerah provinsi, yaitu ada urusan pemerintahan wajib dan pilihan. Urusan Pemerintahan wajib diatur di dalam ketentuan Pasal 14 meliputi : a. perencanaan dan pengendalian pembangunan; b. perencanaan, pemanfaatan dan pengawasan tata ruang; c. penyelenggaraan ketertiban umum dan ketentraman masyarakat; d. penyediaan sarana dan prasarana umum, e. penanganan bidang kesehatan; f. penyelenggaraan pendidikan g. penanggulangan masalah sosial h.

pelayanan bidang ketenagakerjaan; l fasilitas pengembangan koperasi, usaha kecil dan menengah; j. pengendalian lingkungan hidup; k. pelayanan; l. pelayanan kependudukan dan catatan sipil; m. pelayanan administrasi umum pemerintahan; n. pelayanan administrasi penanaman modal; o. penyelenggaraan pelayanan dasar lainnya; p. urusan wajib lainnya yang diamanatkan oleh peraturan perundang – undangan. Sedangkan yang dimaksud dengan urusan pilihan meliputi urusan pemerintahan yang secara nyata ada dan berpotensi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan kondisi, kekhasan, dan potensi unggulan daerah yang bersangkutan.(ayat 2). Pelaksanaan penyelenggaraan kewenangan urusan pemerintahan tersebut selanjutnya diatur dengan Peraturan Pemerintah .

Di samping kewenangan wajib dan kewenangan pilihan tersebut, pemerintah daerah juga mempunyai kewenangan lain yang timbul dari hubungan antara pemerintah daerah dengan pemerintah (pusat). Hubungan itu adalah hubungan wewenang, keuangan, pelayanan umum, pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya (Pasal 2 ayat (5))

Dari ketentuan normatif tentang ruang lingkup substansi wewenang Daerah Provinsi dan Daerah Kabupaten/Kota, dapat disimpulkan bahwa ruang lingkup kewenangannya sangatlah luas, karena mencakup semua kewenangan yang ada dikurangi dengan kewenangan Pemerintah. Ruang lingkup kewenangan yang demikian luas itu akan dilaksanakan oleh Pemerintah Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang diformulasikan dalam bentuk Peraturan Daerah dan juga ada kewenangan yang dilaksanakan oleh Kepala Daerah secara mandiri dalam bentuk Peraturan Kepala Daerah dan Keputusan Kepala Daerah. Dengan demikian dapat

disimpulkan bahwa substansi Keputusan Kepala Daerah sangat luas. Dilihat dari formulasi pengaturan tentang wewenang antara Pemerintah, Daerah Provinsi dan Daerah Kabupaten/Kota, jelas tampak sebagai suatu pembagian kewenangan antara Pemerintah (Pusat) dengan Daerah, bukan penyerahan kewenangan sebagaimana dalam sistem desentralisasi.

Pengaturan substansi kewenangan Daerah Provinsi diatur di dalam Peraturan Pemerintah No.25 Tahun 2000 tentang Kewenangan Pemerintah dan Kewenangan Provinsi Sebagai Daerah Otonom yang sampai sekarang masih berlaku. Hasil kajian penulis terhadap Peraturan Pemerintah No 25 Tahun 2000, menunjukkan bahwa ada 20 bidang kewenangan³³⁴. Keduapuluh bidang wewenang tersebut diselenggarakan dengan variasi 24 bentuk kegiatan kewenangan (penetapan; penyelenggaraan; promosi; penyediaan dukungan; pengaturan; pemantauan, peramalan dan pengendalian; penataan dan pengelolaan; pelayanan izin; pedoman penyelenggaraan; kerjasama; turut serta; perlindungan dan pengamanan; sertifikasi teknologi; penempatan tenaga kerja; pertimbangan; pengawasan; penyusunan rencana; pengelolaan; pengendalian; penilaian; membantu penyelenggaraan; penyelesaian perselisihan; alokasi dan pemindahan pegawai/tenaga potensial; mengatur realokasi;) dan 109 item kegiatan yang merupakan kewenangan Daerah Propinsi. Dari hasil kajian tersebut menunjukkan bahwa substansi keputusan Gubernur cukup luas, bisa mencapai 109 masalah.

Penjabaran lebih lanjut tentang wewenang Daerah Kabupaten/Kota dibentuk Keputusan Presiden No. 5 Tahun 2001 tentang Pelaksanaan Pengakuan Kewenangan Kabupaten Kota, yang pada intinya menugaskan Mendagri dan Otda untuk

melaksanakan pengakuan kewenangan Kabupaten/Kota. Sebagai tindak lanjut Keppres ini, Mendagri dan Otda mengeluarkan Kepmendagri Nomor 130-67 Tahun 2002 tentang Pengakuan Kewenangan Kabupaten dan Kota, dan Daftar Kewenangan Kabupaten dan Kota per Bidang dari Departemen /LPND. Hasil kajian penulis terhadap Kepmendagri dan Otda ini menunjukkan ada 19 bidang, 14 sub – bidang, 95 pokok masalah, dan 1190 item substansi kewenangan. Untuk lebih jelasnya dapat dilihat pada tabel di bawah ini.

Tabel: 4.3. Pengakuan Kewenangan Kabupaten/Kota.

No	Bidang	Sub-bidang	Pokok masalah	item
1	Pertanian	-	20	196
2	Kelautan	2	-	101
3	Pertambangan & Energi	3	15	151
4	Kehutanan & Perkebunan	2	11	100
5	Perindag	-	-	40
6	Perkoperasian	-	-	18
7	Penanaman Modal	-	5	37
8	Kepariwisata	-	-	106
9	Ketenagakerjaan	3	17	57
10	Kesehatan	-	-	27
11	Pendidikan & Kebudayaan	-	-	23
13	Sosial	-	-	24
14	Pemukiman	-	4	17
15	Pekerjaan Umum	4	15	81
16	Perhubungan	-	4	94
17	Lingkungan Hidup	-	-	54
18	Kependudukan	-	-	25
19	Olahraga	-	-	16
	Jumlah	19	95	1190

Sumber diolah dari: Lampiran Kepmendagri-Otda No. 130-67.

Dari tabel di atas ada beberapa hal yang kiranya perlu penulis jelaskan, pertama mengenai istilah "pokok masalah" dan "item". Pokok masalah penulis artikan sebagai substansi wewenang yang merupakan jabaran dari sub bidang yang ada, sedangkan untuk istilah "item" itu merupakan substansi wewenang yang merupakan jabaran dari pokok masalah. Dari substansi kewenangan pemerintah Kabupaten/Kota sebagaimana diuraikan di dalam tabel di atas tampak bahwa substansi Keputusan Bupati/Walikota sangat luas dapat mencapai 1190 masalah, suatu jumlah yang luar biasa, dan jumlah ini kemungkinan akan bertambah tergantung pada perkembangan kemampuan Kabupaten dan Kota, karena secara normatif kewenangan Kabupaten/Kota tidak terbatas. Dengan kata lain sebenarnya seluruh kewenangan pemerintahan berada di Kabupaten/Kota dikurangi kewenangan Pemerintah dan Provinsi.

Dari hasil kajian penulis terhadap Keputusan Gubernur Bali dan Bupati Badung serta Walikota Denpasar yang bersifat mengatur yang menjadi obyek kajian tidak ditemukan yang substansinya menyimpang dari apa yang telah ditentukan, kecuali Keputusan Gubernur Bali No. 88 Tahun 2000 dan Keputusan Walikota Denpasar No.380 Tahun 2000 yang telah dibahas di depan, karena penerbitannya mendahului aturan hukum yang menjadi dasarnya, maka secara yuridis substansinya belum dapat dijamin kepastiannya.

Dalam tataran Keputusan Kepala Daerah yang bersifat Penetapan yang menjadi titik kajian adalah Izin khususnya pada IMB (Izin Mendirikan Bangunan) dengan argumentasi bahwa karakter yuridis izin adalah keputusan tata usaha negara³³⁵ Pengertian izin, menurut N.M.Spelt dan J.B.J.M. Ten Berge dalam

tulisannya berjudul Hukum Perizinan yang disunting oleh **Philipus M.Hadjon**, adalah suatu persetujuan dari penguasa berdasarkan undang – undang atau peraturan pemerintah, untuk dalam keadaan tertentu menyimpang dari ketentuan – ketentuan larangan perundangan³³⁶. Dari pengertian izin tersebut tampak adanya unsur permohonan dari pihak warga masyarakat kepada pihak penguasa untuk melakukan sesuatu yang seharusnya tidak boleh dilakukan tanpa izin penguasa. Dengan mengkaji jenis Izin ini diharapkan dapat mewakili wujud keputusan kepala daerah yang bersifat penetapan dan sekaligus memberikan gambaran implementasi *good governance* dalam keputusan kepala daerah yang bersifat penetapan khususnya dari aspek kepastian hukum. Dalam kaitannya dengan penulisan ini penulis mengambil contoh Izin mendirikan Bangunan, dengan argumentasi izin ini merupakan salah satu izin yang paling sering dimohonkan oleh masyarakat. Berdasarkan atas tujuan pengkajian, yaitu melihat substansi dalam kaitannya dengan asas kepastian hukum, maka hasil kajian menunjukkan, dilihat dari isi pokok Izin, substansinya cukup jelas, akan tetapi permasalahan timbul pada lampiran yang memuat syarat – syarat yang harus dipenuhi dan merupakan satu kesatuan dengan izin adalah adanya persyaratan yang menyatakan bahwa: Izin Bangunan ini menjadi tidak berlaku atau dapat dicabut apabila

- *Adanya perubahan peruntukan sebagai akibat dari pengesahan Rencana Tata Ruang Kota/revisi tata ruang kota;*
- *Tidak berlakunya lagi peraturan – peraturan yang mendasari sahnya izin bangunan ini. (ketik miring dari penulis).*

Dikaji dari asas kepastian hukum, kedua persyaratan tersebut sama sekali tidak memberikan kepastian hukum bagi mereka yang telah memiliki Izin Mendirikan Bangunan. Ketidak pastian tersebut tentu saja menggelisahkan pemilik izin, karena sewaktu - waktu izin dapat dicabut karena kedua alasan tersebut. Ketentuan semacam ini sungguh tidak logis karena peraturan daerah yang mengatur RUTRD (Rencana Umum Tata Ruang Daerah) selalu dilakukan peninjauan kembali dalam kurun waktu tertentu. Ini berarti pemegang IMB disetiap saat ada rencana perubahan peraturan mengenai tata ruang akan mengalami kegelisahan, karena kemungkinan lokasi bangunan yang telah ada berdasarkan IMB, menjadi tidak sah karena aturan dasarnya dicabut. Di samping itu, irasionalitas ketentuan semacam ini adalah sifat pemberian izin membangun adalah *einmalig*, artinya dengan selesai dibangunnya bangunan tersebut dalam izin, maka berakhirilah daya laku izin tersebut, berbeda dengan izin usaha industri atau izin usaha perdagangan yang berlaku selama usaha industri atau perdagangan tersebut berlangsung.

Dari hasil kajian yang dilakukan, maka dapat disimpulkan bahwa ada beberapa produk legislasi daerah (perda) ataupun peraturan dan atau keputusan kepala daerah yang tidak sesuai dengan asas legalitas.

4.2. Implementasi Undang - undang No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme dalam Legistasi dan Regulasi daerah.

Di dalam pembahasan *good governance* dari perspektif ilmu hukum (no.2.3.) disimpulkan bahwa Undang -- undang No. 28 tahun 1999 merupakan perwujudan normatif prinsip -- prinsip *good governance* dalam hukum positif Indonesia. Namun

demikian disimpulkan pula bahwa Undang – undang ini tidak mempunyai kekuatan hukum berlaku karena prinsip – prinsip tersebut diformulasikan di dalam bentuk asas.

Di dalam anak sub bab ini ingin dikaji implementasi Undang – undang No.28 Tahun 1999 di dalam legislasi dan regulasi daerah, sebagai pembuktian apakah benar keberadaan Undang – undang ini tidak mempunyai daya ikat yang kuat dalam penyelenggaraan pemerintahan, termasuk penyelenggaraan pemerintahan daerah.

Masalah implementasi undang – undang dalam legislasi dan regulasi daerah erat kaitannya dengan kewenangan pemerintah daerah untuk menjabarkan lebih lanjut undang – undang di dalam peraturan daerah maupun dalam keputusan kepala daerah. Berkenaan dengan itu, di dalam Pasal 136 Undang – undang No. 32 Tahun 2004 ditentukan bahwa Perda ditetapkan oleh kepala daerah setelah mendapat persetujuan bersama DPRD. Selanjutnya di dalam ayat (2) nya ditetapkan bahwa Perda dibentuk dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah provinsi/kabupaten /kota dan tugas pembantuan. Ayat (3) menentukan Perda dimaksud ayat (1) merupakan penjabaran lebih lanjut dari peraturan perundang – undangan yang lebih tinggi dengan memperhatikan ciri khas masing – masing daerah. Di dalam Pasal 146 ayat (1) ditentukan:

“Untuk melaksanakan Peraturan daerah dan atas kuasa peraturan perundang undangan Kepala Daerah menetapkan peraturan Kepala Daerah dan atau keputusan kepala daerah”

Dari ketentuan pasal – pasal tersebut kewenangan untuk menjabarkan lebih lanjut peraturan perundang – undangan dalam peraturan daerah memiliki dasar hukum yang cukup kuat.

Masalah implementasi perundang - undangan erat kaitannya dengan delegasi perundang - undangan atau yang dikenal dengan istilah *delegated legislation*. P.P.Craig dalam bukunya yang berjudul *Administrative Law* menyatakan bahwa delegasi perundang - undangan bukan merupakan fenomena baru (*delegated legislation is not a new phenomenon*)³³⁷ saat Undang - undang proklamasi tahun 1939 memberikan Henry VIII kekuasaan yang luas untuk membentuk peraturan melalui suatu pengumuman. Perkembangan yang pesat tentang hal ini terjadi pada saat perang dunia pertama, tidak saja berkembang dalam jumlah tetapi juga kompleksitas dan kelumrahan pendelegasian perundang - undangan. Diberikan contoh Undang - undang tentang Pertahanan kerajaan tahun 1914 memberikan kekuasaan untuk membuat peraturan untuk menjamin keselamatan publik dan pertahanan kerajaan, kekuasaan dijalankan secara liberal. (*the advent of war increased not only the amount ,but also the complexity and generality of delegated legislation. The defence of the Realm Act 1914 gave the government power to make regulations for securing the public safety and the defence of the realm ,a power liberally used*)³³⁸

Dalam kaitannya dengan delegasi perundang - undangan oleh parlemen kepada pihak pemerintah dan juga pemerintah Daerah Sir William Wade, menyatakan: *Parliament is obliged to delegate very extensive law - making power over matters of detail and to content it self with providing a framework of more or less permanent statutes. Law - making power is also vested in local authorities*³³⁹. Dari pernyataan tersebut tampak ada kewajiban bagi Parlemen untuk mendelegasikan kewenangan pembentukan hukum secara luas atas masalah -

masalah rinci dan mengisinya dengan menyediakan suatu pedoman yang relatif tetap. Kekuasaan pembentukan hukum ini juga ada di pemerintah daerah. Ada beberapa hal yang menyebabkan dimungkinkannya pendelegasian perundang – undangan, antara lain: diperlukan untuk kasus dimana parlemen tidak dapat menyelesaikan masalah – masalah rumit dan sangat detail dan juga terkadang parlemen mendelegasikan kekuasaan pembentukan hukum yang sangat umum. “ *A standard argument for delegated legislation is that necessary for cases where parliament cannot attend to small matter of details*”³⁴⁰. Sedangkan menurut P.P.Craig ada beberapa alasan mengapa pendelegasian ini diperlukan:

*First. The area may be one which is technically complex making it extremely to set out all the permutation in the original statute; Second, the subject matter may be novel. Time may be needed to experiment and to determine how the legislation is operating ,only then can all the details be filled in .This process may be best be carried out over of period of time making delegated legislation the most appropriate tool. Third even where the area is well known, the executive may wish to implement the legislation at a latter stage to alter or it detail. delegated legislation ia usefull mechanism for achieving these ends.*³⁴¹

Dari apa yang dinyatakan oleh P.P.Craig tersebut ada tiga alasan antara lain, *pertama* menyangkut masalah yang sangat kompleks (ruwet) yang membuat sulit untuk mencantumkannya semua di dalam undang – undang. *Kedua* menyangkut masalah rentang waktu yang sangat panjang sehingga, memerlukan waktu untuk percobaan dan bagaimana melaksanakan pendelegasian tersebut, sehingga delegasi perundang – undangan merupakan sarana yang paling tepat. *Ketiga* berkenaan dengan masalah penguasaan masalah oleh eksekutif sehingga diharapkan badan eksekutif dapat menerapkannya yang pada akhirnya dapat merubah atau

mengatur secara detil. Dalam kondisi begini delegasi perundang - undangan merupakan alat yang paling bermanfaat untuk mencapai tujuan.

Dari uraian pendapat sarjana hukum administrasi tersebut, dapat disimpulkan bahwa pendelegasian perundang - undangan dari badan pembentuk undang - undang kepada badan eksekutif dan termasuk pemerintah daerah merupakan hal yang lumrah terjadi, hal ini sudah sejak dahulu biasa dilakukan. Dengan demikian ini berarti bahwa pemerintah daerah dapat saja melakukan penjabaran undang - undang ke dalam produk legislasi maupun regulasi daerah, dalam bentuk peraturan daerah atau keputusan kepala daerah. Indikator untuk menentukan adanya implementasi UU No.28 Tahun 1999 tersebut atau tidak adalah dipakai tidaknya undang - undang tersebut sebagai dasar pertimbangan pembentukan legislasi ataupun regulasi daerah.

Dari hasil kajian yang penulis lakukan terhadap 105 Peraturan Daerah dan 312 Keputusan Kepala Daerah ada beberapa produk legislasi Daerah Provinsi yang mencantumkan Undang - undang No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas KKN. Dari hasil kajian menunjukkan pula adanya inkonsistensi pencantuman UU No.28 Tahun 1999 di dalam produk legislasi daerah misalnya: Perda Provinsi Bali No.1 Tahun 2000 tentang Penetapan APBD Provinsi Bali Tahun 2000, mencantumkan UU No.28 Tahun 1999 di konsideran mengingat, tetapi di dalam Perda Provinsi Bali No. 1 Tahun 2001, tentang Penetapan APBD 2001, UU No. 28 Tahun 1999 tidak dicantumkan lagi dalam konsideran mengingat, padahal materi perda yang dibentuk adalah sama. Perda Provinsi Bali No. 16 Tahun 2001 tentang Rencana Stratejik (Renstra) Provinsi Bali, Tahun 2002 - 2005, mencantumkan UU NO.28 Tahun 1999 dikonsiderans menimbang, bukan

dikonsiderans mengingat. Di dalam Perda ini pada angka 3.2. Misi huruf h antara lain dinyatakan bahwa: "mengembangkan sistem administrasi pemerintahan dan pembangunan yang efektif dan efisien, dan transparan serta meningkatkan profesionalisme aparatur pemerintah untuk mewujudkan pemerintahan yang baik (*good governance*), sedangkan di dalam faktor penentu keberhasilan ditentukan: adanya aparatur pemerintah yang profesional dalam upaya mewujudkan pemerintahan yang baik (*good governance*). Faktor penentu keberhasilan ini adalah berkaitan dengan pengembangan sistem administrasi pemerintahan dan pembangunan yang efektif, efisien, transparan dan akuntabel serta meningkatkan profesionalisme aparatur pemerintah dalam rangka mewujudkan pemerintahan yang baik (*good governance*). Di dalam Perda Provinsi Bali No. 7 Tahun 2003 tentang Rencana Strategik (Renstra) Pemerintah Provinsi Bali 2003 -- 2008, UU No. 28 tahun 1999 dicantumkan pada konsideran mengingat, dan di dalam angka 3.2. Misi angka 8 dinyatakan: Mewujudkan pemerintahan yang baik berdasarkan prinsip – prinsip -- prinsip *good governance*. Di dalam Bab IV Faktor Penentu Keberhasilan angka 7 memasukkan *good governance* sebagai factor penentu dengan prinsip – prinsip sebagai berikut:

1. partisipasi;
2. penegakan hukum dan menjunjung tinggi HAM;
3. transparansi;
4. kesetaraan;
5. daya tanggap;
6. wawasan kedepan;
7. akuntabilitas;
8. pengawasan;
9. efisiensi dan efektifitas;
10. profesionalisme.

Dari dua Perda yang substansinya sama tersebut terlihat adanya inkonsistensi tetapi positif dalam pengertian adanya perkembangan yang positif dalam penempatan undang - undang No. 28 Tahun 1999, yang semula hanya di konsideran menimbang ditempatkan di konsideran mengingat, di samping itu adanya perkembangan yang lebih jelas mengenai penjabaran prinsip - prinsip *good governance* yang dipergunakan sebagai acuan dalam menciptakan pemerintahan yang baik. Namun demikian prinsip yang dipergunakan tidaklah sama dengan asas - asas penyelenggara negara yang baik sesuai dengan ketentuan pasal 3 UU No. 28 Tahun 1999, melainkan mendekati prinsip - prinsip yang dikemukakan oleh UNDP (*United Nation Development Program*)

Perda Provinsi Bali lain yang memuat UU No. 28 Tahun 1999 adalah: Perda Provinsi Bali No.10 Tahun 2000 tentang Pola Dasar Pembangunan Daerah Propvinsi Bali Tahun 2000 - 2005. Perda Provinsi Bali No. 6 Tahun 2002 tentang Pokok - Pokok Pengelolaan Keuangan Daerah, tetapi dari sudut substansinya sama sekali tidak diatur.

Untuk produk regulasi, di tingkat pemerintah Daerah Provinsi satu - satunya yang mencantumkan UU No28 Tahun 1999 adalah Keputusan gubernur Bali No. 15 Tahun 2000 tentang Program Pembangunan Daerah Propeda Th. 2001 - 2005. Namun demikian seperti halnya dengan legislasi yang disebutkan didepan, tidak ada penjabaran lebih lanjut di dalam pasal - pasalnya.

Dari hasil kajian terhadap implementasi UU No. 28 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi Kolusi dan Nepotisme di dalam legislasi dan regulasi daerah di tingkat Pemerintah Daerah Provinsi Bali, dapat

disimpulkan bahwa pencantuman UU No. 28 tahun 1999 tersebut terbatas pada Perda tentang Renstra dan Propeda atau perda payung, akan tetapi tidak ditindaklanjuti oleh perda – perda yang lain, hal ini terbukti selain perda – perda tersebut tidak ada perda yang mencantumkan UU No.28 Tahun 1999 sebagai dasar pertimbangan, terlebih lagi penjabaran materi UU tersebut. Dengan kata lain Pemerintah Daerah Provinsi Bali belum menjabarkan UU No. 28 tahun 1999 secara substansial, melainkan baru pada tataran formalitas belaka, hal ini terbukti tidak ada satupun produk legislasi dan regulasi daerah Provinsi yang secara jelas merupakan penjabaran lebih lanjut dari asas – asas yang terkandung di dalam UU No 28 Tahun 1999.

Hasil kajian terhadap legislasi dan regulasi Kabupaten Badung dan Kota Denpasar , lebih jelas lagi tidak adanya implementasi UU No. 28 Tahun 1999. Hal ini terbukti dari hasil kajian penulis terhadap Lembaran Daerah Kabupaten Badung dan Kota Denpasar sampai dengan tahun 2002, hanya ada satu Perda, yaitu Perda Kota Denpasar No. 22 Tahun 2001 Lembaran Daerah Kota Denpasar No.22 Tahun 2001 tentang Pembentukan susunan Organisasi Dan Tata Kerja Badan Pelayanan Rumah Sakit Umum Daerah Wangaya Kota Denpasar yang mencantumkan UU No.28 Tahun 1999 di dalam konsideran mengingat. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa implementasi UU No. 28 Tahun 1999 di dalam Legislasi dan Regulasi Daerah Kabupaten Badung dan Kota Denpasar dapat dikatakan tidak ada. Contoh Penjabaran langsung Undang – undang No.28 Tahun 1999 ke dalam peraturan daerah dilaksanakan oleh pemerintah Daerah Kota Sawahlunto tentang Pengawasan Penyelenggaraan Pemerintahan Di Daerah.

Hasil kajian ini menunjukkan bahwa memang benar UU No.28 Tahun 1999 tidak mempunyai makna hukum bagi Pemerintah Daerah, sehingga asas – asas yang dicantumkan di dalam undang – undang tersebut yang tujuannya dipergunakan sebagai dasar panduan penyelenggaraan pemerintahan yang baik, tidak ditindaklanjuti. Padahal asas – asas umum penyelenggaraan negara yang baik berdasarkan Pasal 3 UU No. 28 Tahun 1999 telah diadopsi oleh UU No.9 Tahun 2004 tentang Peradilan Tata Usaha Negara Pasal 53 ayat (2) huruf b merupakan pasal tentang alasan gugatan ditentukan bahwa: Keputusan tata usaha negara yang digugat itu bertentangan dengan asas – asas umum pemerintahan yang baik. Lebih lanjut di dalam penjelasan pasal tersebut dengan jelas dinyatakan bahwa yang dimasuk dengan asas – asas umum pemerintahan yang baik adalah asas kepastian hukum, tertib penyelenggaraan negara, keterbukaan, proporsionalitas, profesionalitas, akuntabilitas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 UU No. 28 tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas dari Korupsi Kolusi dan Nepotisme.

4.3. Implementasi “Good Governance” Dalam Penegakan Hukum di Daerah

Di dalam sub bab ini dikaji tentang implementasi *good governance* dalam penegakan hukum di Daerah. Dilihat dari sudut prinsip – prinsip *good governance*, masalah penegakan hukum lebih condong pada prinsip – prinsip yang bersifat prosedural. Untuk maksud tersebut , penulis dalam mengkaji masalah ini berpegang pada prinsip – prinsip *good governance* yang diintrodusir oleh G.H.Addink³⁴². Ada beberapa argumentasi yang dapat penulis kemukakan mengapa penulis mempergunakan prinsip – prinsip *good governance* yang dikemukakan oleh

G.H.Addink. *Pertama* G.H.Addink mengkaji masalah *good governance* dari aspek hukum administrasi, sejalan dengan kajian yang penulis lakukan terhadap masalah *good governance*. *Kedua*, dari hasil bacaan penulis terhadap literatur yang membahas masalah *good governance* hanya G.H.Addink yang membagi secara jelas prinsip – prinsip *good governance* atas aspek prosedural dan aspek substansi, sesuai dengan apa yang penulis perlukan dalam pengkajian dalam sub – bab. *ketiga* Prinsip prinsip *good governance* yang dikemukakan dapat ditelusuri secara normatif dalam *Algemene wet Bestuursrecht* atau *General Administrative Law Act*. Hal ini sesuai dengan kebutuhan penulis dalam rangka mengkaji prinsip – prinsip *good governance* dalam penegakan hukum di daerah yaitu ingin mengkaji adakah prinsip – prinsip tersebut diatur di dalam produk legislasi maupun regulasi daerah. *Keempat* titik pijak kajian G.H. Addink terhadap *good governance* adalah pada aspek demokrasi dan negara hukum hal ini dapat dilihat di dalam tulisan – tulisannya antara lain dalam tulisannya yang berjudul *From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance* dinyatakan: *"The combination of the classic Rule of Law and the principle of democracy, The democratic Rule of Law, can be seen as the main source of creating the principles of Good Governance"*³⁴³ hal ini sesuai dengan titik pijak penulis dalam mengkaji *good governance* dari aspek Hukum Administrasi Berdasarkan keempat alasan tersebut penulis dalam mengkaji substansi sub-bab ini mempergunakan prinsip – prinsip *good governance* yang disampaikan oleh G.H.Addink.

Berdasarkan atas uraian di depan, didalam sub-bab ini dibahas tiga masalah pokok yaitu pertama: kajian dari aspek prosedur yang terdiri atas dua sub pokok

bahasan yaitu asas kecermatan (*principle of carefulness*) dan asas alasan yang baik (*principle of reasoning*), kedua: kajian dari aspek substansi yaitu asas kepastian hukum (*the principle of legal certainty*) dalam kaitannya dengan *good governance*, dan ketiga: adalah kajian dari aspek kontrol, yang dibagi atas dua sub pokok bahasan yaitu kontrol intern oleh pejabat atasan dan kontrol eksternal yang dikaji dari dua hal yaitu kontrol yudisial dan kontrol non yudisial. Hal ini penting agar di dalam pelaksanaan penegakan hukum tidak terjadi apa yang disebut dengan *maladministration*.

Hasil yang diharapkan dari formulasi kajian seperti tersebut di atas dapat memberikan suatu argumentasi tentang dipenuhi atau tidaknya prinsip - prinsip *good governance* dalam penegakan hukum di Daerah.

Mengingat substansi kajian di dalam sub - bab ini adalah penegakan hukum produk legislasi dan regulasi daerah yang belum ada aturan hukumnya maka pendekatan yang dipergunakan di dalam pengkajiannya adalah studi kasus (*case study*). Hasil kajian yang penulis lakukan menunjukkan bahwa tidak ada suatu legislasi ataupun regulasi daerah yang mengatur secara pasti tentang prosedur penegakan hukum legislasi dan regulasi daerah. Prosedur penegakan hukum didasarkan atas praktek atau kebiasaan tata usaha negara¹⁴⁴. Dalam kaitannya dengan penegakan hukum administrasi, **Philipus M Hadjon**, dalam tulisannya yang berjudul "*Good governance Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah (perspektif hukum tata negara dan hukum administrasi)*" dinyatakan bahwa penegakan hukum yang dilakukan oleh pemerintah seharusnya di dasarkan atas norma pemerintah baik tertulis maupun tidak tertulis yang dalam praktek (peradilan tata usaha negara)

dikenal dengan sebutan "Asas – asas Umum Pemerintahan Yang baik."³⁴⁵ Pernyataan Philipus M Hadjon ini konsisten dengan pendapatnya terdahulu di dalam tulisannya yang berjudul "Asas – Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (*algemene beginselen van behoortlyk bestuur*)" di dalam kesimpulannya dinyatakan antara lain: Asas pemerintahan menurut hukum (*rechtmatig bestuur*), khususnya menyangkut penerbitan keputusan tata usaha negara adalah pertama: asas bertindak sesuai dengan peraturan perundang – undangan (*wetmatigheid*) kesesuaian tersebut menyangkut, wewenang, prosedur, dan substansi keputusan, kedua bertindak sesuai dengan asas – asas umum pemerintahan yang baik sebagai hukum yang tidak tertulis³⁴⁶. Dari pendapat kedua sarjana tersebut dapat disimpulkan bahwa praktek atau kebiasaan administrasi negara dapat dipergunakan sebagai dasar bertindak bagi pemerintah, dengan ketentuan harus sesuai dengan asas – asas umum pemerintahan yang baik.

Studi kasus dilakukan terhadap kasus – kasus yang dapat menunjukkan adanya penerapan maupun penyimpangan baik dari sisi maladministrasi maupun dari prinsip asas – asas umum pemerintahan yang baik, dan akhirnya bermuara pada prinsip – prinsip *good governance* dalam hal ini prinsip kecermatan (*carefulness*) dan asas kepastian hukum (*legal certainty*). Untuk kepentingan pengkajian ada beberapa kasus yang penulis angkat, yaitu kasus Pembongkaran Toko Melati dan Toko Mirah yang berlokasi di Jl. Hasanuddin Denpasar, Kasus pemindahan pondok petani rumput laut dan budi dayanya, di Desa Sawangan. Kedua kasus tersebut mewakili praktek penyimpangan yang dilakukan oleh pihak pemerintah. Di samping itu penulis juga menganalisa kasus Pembangunan Jalan Teuku Umar – Batu Belg Kelurahan Kerobokan Kelod, Kecamatan Kuta Kabupaten Badung dan Penataan Kawasan

Pantai Sanur. Kedua kasus ini diharapkan dapat mewakili praktek penegakan hukum yang sesuai dengan prinsip - prinsip *good governance*.

4.3.1. Prosedur.

Di awal sub - bab ini penulis telah nyatakan bahwa dari hasil kajian yang penulis lakukan berdasarkan wawancara dengan Kepala Biro Hukum Pemerintah Daerah Provinsi Bali, Kepala Bagian Hukum Pemerintah Daerah Kabupaten Badung, dan Pemerintah Kota Denpasar serta Kepala Dinas Tata Kota Denpasar, tidak ada prosedur tetap (protap) yang dirumuskan di dalam suatu legislasi ataupun regulasi daerah yang mengatur tentang prosedur penegakan hukum legislasi dan regulasi daerah. Dengan kata lain praktek penegakan hukum yang dilakukan selama ini hanya berdasarkan atas kebiasaan praktek administrasi negara.

4.3.1.1. Asas kecermatan (*principle of carefulness*)

Pengertian asas kecermatan hingga saat ini belum dapat diberikan secara pasti, namun demikian asas ini merupakan asas yang paling sering dipergunakan.³⁴⁷ Asas kecermatan dapat didefinisikan sebagai : *the prepare an administrative order (or another legal or actual act) carefully.*³⁴⁸ Pengertian ini sejalan dengan pengertian yang diberikan oleh Ateng Syafrudin, di dalam tulisannya yang berjudul Asas – asas Pemerintahan Yang Layak Pegangan Bagi Pengabdian Kepala Daerah, dinyatakan: “ Asas kecermatan mengandung arti bahwa suatu ketetapan harus dipersiapkan dan diambil dengan cermat.³⁴⁹ Di dalam asas kecermatan ada beberapa

bagian yang termasuk di dalamnya yaitu: Persiapan yang cermat, investigasi, dengar pendapat, publikasi.

a. Persiapan yang cermat.

Masalah persiapan yang cermat ini di Belanda di atur di dalam Pasal 3 ayat 2 Awb, ditentukan bahwa pada saat mempersiapkan suatu keputusan pihak yang berwenang (administrasi negara) harus mengumpulkan informasi yang diperlukan berkenaan dengan fakta yang relevan dan kepentingan yang menjadi pertimbangan (*when preparing an order an administrative authority shall gather the necessary information concerning the relevant facts and the interests to be weighed*)³⁵⁰. Indroharto³⁵¹ menjelaskan bahwa yang dikehendaki oleh asas persiapan yang cermat adalah agar pada masa mempersiapkan suatu keputusan semua faktor – faktor dan keadaan-keadaan yang relevan bagi keputusan yang akan dikeluarkan itu dicari, diteliti dan dikumpulkan sehingga dapat diikutkan dalam keputusan yang bakal dikeluarkan.

Hasil kajian yang penulis lakukan, walaupun tidak ada aturan tertulis, tetapi tahapan yang ada selalu sama. Dalam tahap persiapan ini dilakukan pemanggilan bagi yang bersangkutan, bilamana ternyata berdasarkan atas hasil sidak atau laporan masyarakat, yang bersangkutan telah melakukan pelanggaran (bentuk pelanggaran bisa berupa tidak memiliki IMB, ketidak sesuaian antara bangunan dengan IMB), bagi mereka yang ternyata tidak memiliki IMB maka akan dilakukan pengecekan apakah bangunan yang didirikan tersebut tidak menyalahi rencana tata ruang dan wilayah. Untuk semua pelanggaran tersebut yang bersangkutan dipanggil oleh pihak

yang berwenang dalam hal ini adalah Dinas Tata Kota. Oleh pihak Dinas Tata Kota yang bersangkutan diberikan penjelasan tentang pelanggaran yang telah dilakukan dan diberikan saran penyelesaiannya (peringatan I). Setelah diberikan penjelasan pihak Dinas Tata Kota melakukan monitoring terhadap si pelanggar, apakah benar – benar ada itikad baik untuk melakukan apa yang disarankan atau tidak. Bilamana dalam waktu yang telah ditentukan dan disepakati oleh si pelanggar (minimal 7 hari) telah terlewati dan ternyata si pelanggar tidak melaksanakan apa yang disarankan, maka yang bersangkutan dipanggil kembali untuk diberikan penjelasan kembali (peringatan II) dan membuat suatu pernyataan oleh si pelanggar yang isinya antara lain pengakuan si pelanggar bahwa yang bersangkutan telah melanggar peraturan dengan menyebutkan juga pasal dan peraturan yang telah dilanggar, kesanggupan yang bersangkutan untuk melakukan apa yang diwajibkan, dan pernyataan tidak keberatan dari yang bersangkutan bangunannya dibongkar, jika dalam batas waktu yang telah ditentukan yang bersangkutan tidak melakukan apa yang diwajibkan. Monitoring terus dilakukan untuk mengawasi apakah yang bersangkutan melakukan apa yang diwajibkan atau tidak. Jika tidak maka yang bersangkutan diberi peringatan kembali (peringatan III). Setelah peringatan ke III, permasalahan oleh Dinas Tata Kota dilimpahkan ke Dinas Tramtib untuk ditindak lanjuti. Dinas Tramtim dan Satuan Polisi Pamong Praja, merupakan koordinator Tim Yustisi, yaitu suatu tim yang dibentuk khusus untuk melakukan penertiban/penegakan hukum, yang anggotanya terdiri atas : Dinas Tata Kota, Instansi terkait, Kabag Hukum, Pengadilan Negeri, Kejaksaan, Kepolisian negara RI.

b. Inventigasi (*carefulness investigation*)

Hasil kajian penulis menunjukkan bahwa kegiatan investigasi terhadap pelanggaran, dilakukan oleh Dinas Tramtib dan Satuan Polisi Pamong Praja, melalui Penyidik Pegawai Negeri Sipil setelah ada limpahan dari Dinas Tata Kota. Dalam tahapan ini dilakukan investigasi lebih mendetail berkenaan dengan pokok masalah yang menjadi obyek penertiban, terutama dari aspek yuridis tentang persyaratan yang dilanggar oleh si pelanggar, dan pula kebenaran prosedur yang telah ditempuh oleh Dinas Tata Kota sampai dengan pelimpahan masalah tersebut ke Dinas Tramtib. Bila dipandang perlu proses investigasi dilakukan bersama – sama dengan seluruh Tim Yustisi dengan maksud untuk dapat mengambil keputusan yang tepat. Bilamana ternyata dari hasil investigasi ini Tim berkeyakinan telah terjadi pelanggaran maka diambil tindakan sesuai dengan berat ringannya pelanggaran yang dilakukan oleh si pelanggar. Sanksi yang terberat adalah pembogkaran bangunan. Setelah merumuskan tindakan yang akan diambil, maka hasil rumusan tersebut dikirim kepada Kepala Daerah (Bupati/Walikota) untuk dibuatkan SK tentang perintah pembongkaran bangunan. Tahap investigasi ini oleh Philip M. Langbroek³⁵², dikatakan sebagai bagian dari prinsip *carefulness*, dan merupakan kewajiban tidak langsung dari badan administrasi untuk melakukan investigasi kasus tersebut untuk mendapatkan informasi yang harus dipertimbangkan dalam mengambil keputusan.

c. Dengar pendapat (*carefulness hearing*)

Dengar pendapat (*hearing*) merupakan bagian dari asas kecermatan. Asas ini mensyaratkan bahwa yang berkepentingan didengar dahulu, sebelum mereka

dihadapkan pada suatu keputusan yang merugikan, bila yang berkepentingan memperoleh kesempatan menjelaskan.³³³ Dilihat dari sudut administrasi negara kewajiban administrasi negara untuk mendengar memiliki dua makna, pertama: merupakan batas yang pasti dari kewenangan administrasi negara, dan dilain pihak administrasi negara nenerima beberapa keuntungan dari padanya, yaitu pelayan publik dapat mengetahui gambaran yang salah tentang suatu hal. Bilamana administrasi negara tidak mendapatkan informasi tersebut dari masyarakat, yang kemudian berpeluang menghasilkan suatu keputusan yang salah, seperti apa yang dikatakan oleh J.G. Brouwer dan AE Schilder dalam tulisannya yang berjudul "*A Survey of Dutch Administrative Law*" dinyatakan: *The duty to hear means on the one hand that there is a certain burden for the administrative authority. On the other hand, the administration also receives some benefie from it. Civil servants could have the wrong picture on a subject. If the administration does not obtain further information from the citizen, then chances are that a wrong decision will result.*

Di dalam GALA (Awb) masalah ini diatur secara jelas antara lain dalam Pasal 4:7 - 4:12. Dalam bagian ini dibuat suatu perbedaan antara suatu keputusan yang diterapkan dan suatu keputusan yang tidak diterapkan untuk hal – hal tertentu .

Pasal 4.7. mengatur tentang penolakan permohonan suatu keputusan. Ditetapkan bahwa sebelum pejabat yang berwenang menolak untuk seluruh atau sebagian dari permohonan suatu keputusan administrasi negara. pemohon harus diberikan kesempatan untuk menyampaikan pendapatnya jika: a) penolakan itu didasarkan informasi tentang fakta dan kepentingan yang berhubungan dengan kepentingannya dan informasi itu berbeda dengan apa yang diberikan oleh pemohon dalam masalah

ini (ayat (1)). Apa yang diatur di dalam ayat (1) tersebut tidak diterapkan, bilamana penerapan tersebut hanya berdampak tidak penting terhadap pemohon³⁵⁴. Dari ketentuan Pasal 4.7 tersebut tampak jelas bahwa masyarakat diberikan kesempatan untuk menyampaikan pandangannya sebelum keputusan diambil. Ketentuan ini mengharuskan administrasi negara bertindak cermat sebelum mengambil keputusan. Dari ketentuan itu pula dapat disimpulkan bahwa pemohon suatu keputusan harus didengar pendapatnya jika memenuhi tiga kriteria yaitu: pertama, badan administrasi yang berwenang bermaksud menolak sebagian atau seluruhnya permohonan suatu keputusan. Kedua maksud penolakan itu didasarkan atas informasi tentang fakta dan kepentingan yang berhubungan dengan pemohon. Ketiga informasi itu berbeda dari informasi yang diberikan oleh diri pemohon mengenai masalah tersebut

Ketentuan Pasal. 4.8 serupa dengan ketentuan pasal 4:7, yaitu tentang persiapan pembuatan keputusan hanya saja kalau Pasal 4:7 mengatur tentang keputusan penolakan pemohon, sedangkan ketentuan Pasal 4:8 mengatur tentang pemberian kesempatan kepada pihak yang berkepentingan (bukan pemohon) untuk menyampaikan pendapatnya bilamana (a) keputusan administrasi negara tersebut didasarkan atas informasi tentang fakta dan kepentingan yang berhubungan dengan pihak yang berkepentingan; (b) informasi tersebut tidak berasal dari pihak yang berkepentingan secara pribadi. Seperti halnya di dalam ayat (2) pasal 4:7, di dalam ketentuan pasal 4:8 ayat (2) juga mengatur tentang pengecualian bahwa ketentuan ayat (1) tidak diberlakukan jika peraturan perundang – undangan tidak mewajibkan pihak yang berkepentingan untuk memberikan informasi. Berdasarkan Pasal 4:9

Informasi yang diberikan oleh pihak yang berkepentingan dapat secara tertulis atau lisan³⁵⁵

Pasal 4:11 mengatur tentang perkecualian – perkecualian terhadap kewajiban untuk mendengar pendapat pihak yang berkepentingan, yaitu pertama dalam hal perlu waktu yang cepat untuk itu, artinya keputusan itu diperlukan dengan segera. Kedua, pihak yang berkepentingan telah diberikan kesempatan untuk menyatakan pendapatnya dalam hubungannya dengan keputusan administrasi sebelumnya, atau untuk administrasi negara yang lain dan tidak ada fakta atau situasi baru yang telah terjadi sejak itu. Ketiga, maksud dari keputusan dapat dicapai hanya jika pihak yang berkepentingan tidak diberitahu tentang itu sebelumnya. Jadi bilamana terjadi keadaan seperti itu, maka kewajiban untuk mendengar pendapat pihak yang berkepentingan tidak diperlukan atau dikecualikan. Sedangkan ketentuan Pasal 4: 12 juga mengatur tentang perkecualian tersebut dalam hal menyangkut penentuan kewajiban keuangan atau tuntutan.³⁵⁶

Hasil kajian penulis menunjukkan bahwa baik pada tahap persiapan pihak yang bersangkutan diberikan kesempatan untuk menyampaikan pendapatnya tentang pelanggaran yang dituduhkan kepadanya. Di dalam kesempatan tersebut pihak – pihak yang berkepentingan diberikan kesempatan menyampaikan kendala atau keluhan yang mereka hadapi terhadap permasalahan yang mereka. Kesempatan ini terjadi pada saat yang bersangkutan dipanggil oleh instansi yang berwenang untuk diberikan penjelasan tentang hal – hal apa yang harus mereka penuhi lebih lanjut agar dapat dikeluarkannya keputusan yang dimohon, atau mengklarifikasi tentang pelanggaran yang mereka lakukan. Kesempatan ini diberikan oleh instansi berwenang

kepada yang bersangkutan dari awal yaitu peringatan I sampai dengan peringatan III. Ada satu contoh yang dapat memberikan gambaran tentang kesempatan bagi masyarakat untuk menyampaikan pendapatnya dari persiapan sampai dengan pelaksanaan keputusan yaitu program penataan pantai Sanur sebagai salah satu contoh penerapan prinsip *hearing* (dengar pendapat). Yang akan penulis analisa secara khusus sehingga dapat menggambarkan implementasi prinsip *hearing* (dengar pendapat) di dalam praktek.

d. Publikasi (*carefulness publication*)

J.G.Brouwer dan A.E Schilder berpendapat bahwa publikasi merupakan: *A fundamental requirement for law and treaties to enter into force is publication*³⁵⁷. Dari pendapat tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa yang dimaksud dengan publikasi itu adalah pengundangan suatu peraturan perundang - undangan. Pendapatnya tersebut di dasarkan atas ketentuan pasal 88 Konstitusi Negeri Belanda yang menentukan:

The publication and entry into force of act of parliament shall be regulated by act of parliament. They shall not enter into force before they have been published

Ketentuan ini mirip dengan ketentuan di dalam Pasal 50 UU No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang - undangan yang menentukan:

“Peraturan perundang - undangan mulai berlaku dan mempunyai kekuatan mengikat pada tanggal diundangkan, kecuali ditentukan lain di dalam peraturan perundang - undangan yang bersangkutan”

Pertanyaan yang kemudian timbul adalah bagaimana dengan keputusan administrasi negara (regulasi) ? Undang - undang No.10 Tahun 2004 tidak

mengatur tentang pengundangan suatu Keputusan Administrasi Negara, karena yang diatur hanyalah tentang pengundangan peraturan perundang – undangan (legislasi). Hal tersebut diatur di dalam Undang – undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 147 ayat (1) yang menentukan peraturan kepala daerah diundangkan di dalam benta daerah. Di Belanda masalah publikasi ini diatur secara tegas didalam *Awb (algemene wet besruursrecht)* atau *GALA (General Administrative Law Act)*. *GALA* membedakan publikasi keputusan antara keputusan yang ditujukan untuk seseorang atau beberapa orang yang berkepentingan dengan keputusan yang ditujukan untuk umum. Di dalam ketentuan Pasal 3:40 ditentukan: *An order shall not take effect until it has been notified*. Selanjutnya di dalam Pasal 3:41 ayat (1) ditentukan: *Orders which are addressed to one or more interested parties shall be notified by being sent or issued to these, including the applicant*. Di dalam ayat (2) nya : *If an order cannot be notified in the manner provided in subsection 1, it shall be notified in any other suitable way*. Sedangkan Keputusan yang tidak ditujukan kepada seseorang atau beberapa orang yang berkepentingan, diatur di dalam ketentuan Pasal 3:42 ayat (1) : *Orders which are not addressed to one or more interested parties shall be notified by means of a notice of the order, or the substance thereof, placed in an official government publication, newspaper or free local paper, or in any other suitable way*. Dari ketentuan di dalam Konstitusi Negeri Belanda dan *GALA* terdapat perbedaan makna dari pengertian publikasi. Publikasi di dalam Konstitusi Negeri Belanda dapat disamakan dengan pengertian pengundangan di dalam UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – undangan, sedangkan pengertian publikasi di dalam *Awb* atau *GALA*

pengertian publikasi mengarah pada pengertian pemberitahuan kepada pemohon atau kepada pihak-pihak yang berkepentingan terhadap keputusan tersebut. Hal ini logis karena, *Awb* atau *GALA* adalah undang-undang yang khusus mengatur tentang tindakan-tindakan administrasi secara umum. Dengan demikian materi yang diatur adalah tindakan-tindakan yang dilakukan oleh administrasi negara.

Hasil kajian terhadap prinsip publikasi di dalam praktek, menunjukkan bahwa ketentuan di dalam *Awb* atau *GALA* yang mengatur publikasi keputusan administrasi negara (*order*) mirip dengan yang dilakukan di dalam praktek penegakan hukum legislasi dan regulasi di Daerah. Hal ini dapat dilihat di dalam setiap surat peringatan atau tegoran yang dilakukan oleh badan atau pejabat yang berwenang yang ditujukan kepada si pelanggar selalu ditembuskan kepada pihak-pihak yang berkepentingan. Bahkan bilamana sampai pada pembongkaran bangunan, dituangkan di dalam Keputusan Kepala Daerah (walikota/bupati) yang diundangkan di dalam berita daerah.

4.3.1.2. Asas alasan yang rasional (*principle of reasoning*)

Pemberian alasan yang rasional merupakan salah satu pengertian dari hakekat prosedur di dalam merancang suatu keputusan³⁵⁸ Hal ini diperlukan agar keputusan tersebut memiliki dasar yang baik, terlebih lagi dalam keputusan yang bersifat negatif, misalnya keputusan yang berisi penolakan suatu ijin, atau pembebanan denda administrasi³⁵⁹ Arti penting pemberian alasan yang rasional antara lain adalah, setiap orang dapat menyimpulkan dari penjelasan mengapa keputusan itu dibuat.

Penjelasan yang disajikan oleh alasan dibentuknya keputusan itu memegang peranan penting di dalam peninjauan kembali keputusan tersebut dikemudian hari.

Masalah alasan yang rasional di atur di dalam Pasal 3:46 *Awb/GALA*, ditentukan bahwa suatu keputusan perlu didasarkan atas alasan - alasan yang baik (*an order needs to be based on proper grounds*) Namun demikian tidak disebutkan apa yang dimaksud dengan alasan yang baik itu. *Awb/GALA* kemudian mengatur lebih lanjut tentang kewajiban memberikan alasan di dalam beberapa ketentuan. Pasal 3:46 ayat 1 dasar – dasar pembeda harus disebutkan bersamaan dengan publikasi dari keputusan tersebut. Jika dimungkinkan hal itu harus dinyatakan didalam dasar pembeda berdasarkan aturan hukum mana keputusan itu dibuat (Pasal 3:47 ayat (2))³⁶⁰. Seperti halnya di dalam prinsip publikasi, *Awb/GALA* juga mengatur tentang pengecualian terhadap prinsip ini, hal ini dapat dilakukan bilamana administrasi negara secara rasional percaya bahwa tidak ada kepentingan untuk memberikan alasan (*section 3:38 part 1*). Hal ini akan sering terjadi dalam keputusan – keputusan yang sederhana, dalam hal seluruh permohonan pemohon dipenuhi. Akan tetapi, terkadang di dalam satu kasus pembeda – pembeda sewaktu – waktu diperlukan (*section 3:38, part 2 of the Awb*). Hal ini tidak untuk kepentingan pemohon, akan tetapi bilamana sebagai pihak yang berkepentingan, pihak ketiga yang ingin memasalahkan keputusan itu tertarik dengan suatu penjelasan tersebut, maka dalam waktu secepatnya diberikan penjelasan kepadanya.³⁶¹

Pentingnya masalah pemberian alasan yang rasional ini dikemukakan juga oleh Kranenburg – Vegting yang dikutip oleh Utrecht dalam bukunya yang berjudul “ Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia” dinyatakan bahwa ada

4 alasan yang tidak boleh ada di dalam suatu keputusan (Utrecht mempergunakan istilah ketetapan) yaitu:

- a. *geen oorzaak* (tidak ada alasan) artinya suatu alat negara membuat suatu keputusan, tetapi peristiwa hukum (*juridische atau feitelijke omstandigheid*) yang menurut peraturan yang bersangkutan harus ada agar keputusan itu dapat dibuat sekali - kali tidak ada.
- b. *Valse oorzaak* (alasan salah) artinya suatu alat negara membuat suatu keputusan, tetapi peristiwa - peristiwa yang yang disebut dalam keputusan itu adalah peristiwa - peristiwa yang diperuntukkan untuk keputusan lain
- c. *Ongeworloofde oorzaak* (alasan yang tidak dapat dipakai) artinya suatu alat negara membuat suatu keputusan, berdasarkan suatu peristiwa - peristiwa yang sebenarnya tidak dapat dipakai alasan
- d. *Detournement de pouvoir* (penyalahgunaan wewenang) artinya suatu alat negara membuat suatu keputusan tetapi alat negara itu tidak mempergunakan kekuasaannya sesuai dengan tujuan yang diberikan oleh peraturan yang menjadi dasar kekuasaan itu.³⁶²

Dari penjelasan tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa menurut Kranenburg Vegting, setiap keputusan harus ada alasan. Alasan yang baik itu adalah alasan yang tidak salah, dan alasan yang dapat dipakai. Dengan kata lain alasan tersebut harus rasional. Di dalam Undang - undang No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang - undangan, masalah pemberian alasan ini merupakan suatu persyaratan yang harus ada. Hal ini dapat dilihat di dalam lampiran angka 17 yang menentukan bahwa: "Konsideran memuat uraian singkat mengenai pokok - pokok pikiran yang menjadi latar belakang dan alasan - alasan pembuatan peraturan perundang - undangan. Walaupun undang - undang ini mengatur tentang peraturan perundang - undangan (legislasi) dengan mempergunakan interpretasi analogi, kiranya dapat diberlakukan di dalam pembentukan keputusan administrasi negara

Dari hasil kajian penulis, pemberian alasan ini ada pada setiap surat peringatan oleh pejabat yang berwenang kepada pelanggar, yang berisi alasan mengapa yang bersangkutan diberi surat peringatan dan juga memuat tentang dasar hukum peringatan yang dikirimkan serta aturan – aturan yang dilanggar oleh yang bersangkutan. Untuk prinsip inipun kiranya kasus pembongkaran Toko Melati dan toko Mirah di Jalan Hasanudin sangat relevan untuk dianalisa.

4.3.2. Substansi.

Dari aspek substantif prinsip - prinsip *good governance* yang ada, yang dikaji dalam anak sub bab ini hanyalah asas kepastian hukum (*legal certainty*).

4.3.2.1. Asas kepastian hukum (*the principle of legal certainty*)

Masalah prinsip kepastian hukum di dalam *Awb/GALA* diatur di dalam ketentuan Pasal 4:23 dan Pasal 5:22. Di dalam ketentuan pasal 4:23 ayat (1)

"An administrative authority may provide subsidies only under a statutory regulation which specifies the activities for which a subsidy may be granted."

Selanjutnya di dalam ayat (2) ditentukan:

"If such statutory regulation has been included in an order in council not based on an act of Parliament, the regulation shall cease to have effect four years after it enters into force, unless before that moment a bill has been presented to Parliament in which the subsidy is regulated."

Dari ketentuan pasal tersebut dengan jelas terlihat bahwa suatu keputusan administrasi negara harus didasarkan atas peraturan perundangan yang secara khusus untuk keputusan tersebut. Bahkan suatu keputusan dapat di berhentikan daya lakunya bilamana ternyata tidak berdasarkan suatu peraturan perundangan – undangan

.Selanjutnya dalam kaitan dengan penegakan hukum Pasal 5:22 *Awb.GALA* menentukan : *The power to take enforcement action exists only if it has been granted by or pursuant to act of Parliament*. Dari ketentuan dua pasal tersebut jelas tampak bahwa baik pembentukan maupun penegakan hukum suatu keputusan harus didasarkan atas peraturan perundang – undangan

Dari hasil kajian dalam praktek penegakan hukum di daerah, substansi prinsip kepastian hukum seperti diuraikan di atas ditemukan di dalam format surat peringatan yang ditujukan kepada pelanggar. Dalam kaitan dengan asas kepastian hukum, kasus Petani rumput laut di Sawangan dapat dipakai sebagai contoh, yang akan penulis uraikan secara khusus.

Analisa Kasus

I. Kasus Pembongkaran Toko Emas di Jalan Hasanudin Denpasar.

a. Sejarah obyek pembongkaran

1. Lokasi Bangunan yang menjadi obyek pembongkaran terletak di jalan Hasanudin No.39 Denpasar, dibangun di atas tanah milik Nyoman Seniweca, Made Sutedja, Bsc, I Ketut Mataram, dan Tomi Wiguna yang diperoleh berdasarkan warisan dari I Retug dan Ni Jigreg.
2. Bahwa tanah tersebut pada mulanya milik dari Puri Jambe, namun pada tahun 1948 tanah tersebut diberikan kepada I Solog (alm) atas jasa - jasanya sebagai seorang *seduhan* untuk selanjutnya dimiliki oleh I Solog.(I Solog adalah kakak dari I Retug almarhum).

3. Bahwa oleh karena I Retug tidak memiliki tempat tinggal maka tanah tersebut selanjutnya oleh I Solog diberikan untuk dimiliki kepada I Retug, oleh I Retug didirikan sebuah tempat tinggal yang juga sekaligus dipergunakan untuk tempat usaha menjahit.
4. Bahwa sejak tahun 1969 rumah tersebut oleh I Retug dikontrakkan kepada pihak lain sebagai tempat usaha dan setelah I Retug meninggal maka proses sewa menyewa dilanjutkan oleh isterinya (Ni Jigreg). demikian seterusnya setelah kedua orang tua mereka meninggal, proses sewa menyewa dilanjutkan oleh ahli warisnya yang tersebut di dalam angka 1 di atas.
5. Dalam tenggang waktu sebagaimana tersebut di atas, selain menguasai dan memanfaatkan tanah dan bangunan rumah tinggal tersebut, orang tua maupun ahli waris nya bertanggung jawab pula terhadap segala kewajiban yang melekat pada tanah dan bangunan tersebut misalnya PBB (Pajak Bumi dan Bangunan). Selain itu pula dalam kurun waktu tersebut yang bersangkutan tidak pernah mendapatkan keberatan – keberatan ataupun gugatan dari pihak manapun termasuk dari Puri Jambe.
6. Bahwa oleh karena didasari oleh kepercayaan dan rasa hormat terhadap Puri Jambe, dan karena tanah tersebut merupakan “pemberian” dimasa lalu, maka baik orang tua maupun ahli waris segan atau *ewuh pakewuh* untuk mengurus surat – surat yang berkaitan dengan tanah tersebut. Namun pola pikir itu berbeda dengan pola pikir ahli waris Puri Jambe (AA Ngurah Jambe), yang mensertifikatkan hak milik tanah tersebut atas nama Duwe Pura Suci/Penyungsur A.A. Ngurah Jambe. Berdasarkan bukti kepemilikan

tersebut selanjutnya A.A Ngurah Jambe mengajukan gugatan ke Pengadilan Negeri Denpasar terhadap ahli waris tersebut angka 1 maupun pihak ketiga (Lie Sumirat, Sri Watini Tanoyo & Yulianto dan Bowo Saputro) dalam kapasitasnya selaku pemegang hak kontrak, dimana hingga saat ini tanah dan bangunan tersebut masih dalam proses sengketa pemeriksaan tingkat kasasi di Mahkamah Agung R.I.

b. Kronologis Tindakan Dinas Tramtib Kota Denpasar.

1. Berdasarkan laporan masyarakat, Dinas Tramtib dan Sat.Pol.PP Kota Denpasar mengadakan tindakan penertiban oleh petugas /tim Dinas Tramtib dan Sat.PolPP Kota Denpasar terhadap toko Emas di Jalan Hasanudin (Toko Emas Melati dan Toko Emas Mirah)
2. Dari hasil temuan dilakukan tindakan pemanggilan terhadap pemilik Toko Emas Melati (Sdr I Bowo Saputro) dan pemilik Toko Emas Mirah (Sdr.Yulianto Susilo)
3. Kedua pemilik tersebut telah dipanggil dan di proses pembuatan BAP pemeriksaan oleh PPNS Dinas Tramtib dan Sat.Pol PP Kota Denpasar untuk proses sidang tindak pidana ringan di Pengadilan Negeri Denpasar sesuai dengan pelanggaran yang dilakukan pengusaha tersebut.
4. Dari pelanggaran yang dilakukan kedua pengusaha tersebut dipersalahkan melanggar Perda No. 6 Tahun 2001 tentang IMB dan Perda No. 9 Tahun 2001 tentang Situ/HO.
5. Dari pelanggaran tersebut telah diberikan kesempatan kepada yang bersangkutan untuk mengurus ijin – ijin sesuai dengan persyaratan, dengan

suatu surat pernyataan yang ditandatangani tanggal 6 Mei 2004 dan 12 Mei 2004. Di dalam surat pernyataan itu diberikan waktu selama \pm 15 hari dari sejak ditandatanganinya pernyataan tersebut (sampai dengan tanggal 31 Mei 2004)

6. Pada tanggal 25 Mei 2004 Dinas Tramtib dan Satpol.PP Kota Denpasar menerima surat dari kuasa hukum Sdr. Made Sutedja, B.Sc dkk, dengan No.025/DS/A/V/2004 dengan Pokok surat "Klarifikasi dan Mohon solusi". Klarifikasi dimaksudkan *pertama*: memberikan penegasan kembali kepada Dinas Tramtib dan Satpol.PP Kota Denpasar, bahwa bangunan tersebut adalah milik klien nya dengan asal - usul yang dituraikan di dalam asal usul obyek sengketa di atas. *Kedua* berkenaan dengan itu klien yang bersangkutan sangat keberatan terhadap adanya pihak - pihak yang saat ini telah mengklaim kepemilikan tanah dan bangunan toko dimaksud ,padahal senyatanya diketahui oleh pihak lain tersebut, tanah masih dalam "status quo". *Ketiga*, bahwa dengan ini pula klien yang bersangkutan sangat keberatan terhadap adanya surat pernyataan yang dibuat oleh Sdr.Bowo Saputro, tertanggal 12 Mei 2004 yang pada intinya menyatakan siap dengan segera memproses ijin - ijin dan atau membongkar bangunan dimaksud sampai dengan tanggal 31 Mei 2004, oleh karena yang bersangkutan bukanlah pemilik bangunan tersebut, dan bahkan juga bukan sebagai pemegang hak kontrak, *Keempat* bahwa obyek sengketa yang masih dalam *status quo*. *Kelima* berdasarkan atas semua hal tersebut mohon kepada Dinas Tramtib dan Satpol.PP Kota Denpasar untuk

dapat memberikan solusi yang terbaik dalam rangka penyelesaian masalah ini dengan bijaksana.

7. Berdasarkan Surat dan Kuasa Hukum Sdr. Sutedja, B.Sc.dkk, dengan No. 025/DSA/V/2004 Dinas Tramtib dan Satpol.PP Kota Denpasar, membenkan tanggapan dengan surat No. 065/143/Iramtib, tanggal 9 Juni 2004, yang isinya antara lain: *pertama* bahwa batas waktu yang telah ditetapkan tanggal 31 Mei 2004 telah berakhir, kesanggupan pengurusan ijin sebagaimana tertuang di dalam surat pernyataan sampai saat ini belum terlaksana. *Kedua*, bahwa bangunan tempat usaha yang berada di atas tanah tersebut melanggar ketentuan Perda Propinsi Bali ,Perda No. 4/PD/DPRD/1974 dan Perda Kota Denpasar No. 6 Tahun 2001 tentang IMB serta Perda Kota Denpasar No.9 Tahun 2001 tentang SITU/HO. *Ketga* bahwa terhadap poin 1 dan 2 secara patut Dinas Tramtib dan Satpol.PP Kota Denpasar telah memberikan toleransi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang – undangan yang berlaku, oleh karena itu maka terhadap usaha tersebut harus ditutup dan harus dibongkar sendiri dari sejak diterimanya Surat Pemeritahuan ini sampai dengan tanggal 22 Juni 2004 (sesuai pasal 12 jo Pasal 54 Perda No.4/PD/DPRD/1974 serta Pasal 2 jo Pasal 81 Perda No.6 Tahun 2001)
8. Kemudian Dinas Tramtib dan Satpol PP kembali menerima surat dari pengacara/kuasa hukum saudara Made Sutedja,B.Sc. No.027/DSA/VI/2004 tanggal 12 Juni 2004 dengan pokok surat tentang Tanggapan dan Penegasan Sebagai Pemilik Bangunan antara lain dinyatakan: *Pertama* bahwa Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar telah salah subyek hukum dalam proses

BAP pemberian peringatan dan pernyataan kepada Sdr. I Bowo Saputro dan Yulianto yang kapasitasnya bukanlah pemilik bangunan, dan bukan pula sebagai pemegang hak kontrak, karena over kontrak yang diperoleh dari Sdr.Lie Sumirat telah berakhir sejak tanggal 1 April 2004. *Kedua* terhadap hal tersebut klien kami merasa dirugikan baik materiel maupun immateriel, dan ternyata surat kami No 025/DSA/V/2004 tertanggal 24 Mei 2004 tidak pernah mendapatkan tanggapan, bahkan hanya mendapatkan surat tembusan yang berisi peringatan sampai dengan pembongkaran bangunan. *Ketiga* bahwa klien kami telah berusaha keras untuk mengurus segala bentuk ijin yang diperlukan, tetapi karena sejarah tanah yang sedemikian itu memerlukan waktu dan kebijaksanaan dari pihak yang berwenang untuk itu.

9. Terhadap surat dari Kuasa hukum Sdr.Made Sutedja B.Sc. Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar mengirimkan surat No.065/154/Tramtib perihal Tanggapan dan pemberitahuan kepada kuasa hukum Sdr.Made Suteja B.Sc.. Di dalam surat tersebut antara lain dinyatakan: *Pertama*: pada saat dilakukan sidak oleh Tim Penertiban Ijin Usaha dan Bangun bangunan Pemerintah Kota Denpasar pada tanggal 4 Mei 2004 terhadap Toko Emas Melati di Jalan Hasanudin No. 39 Denpasar dan Toko Emas Mirah di Jalan Hasanudin No.39A Denpasar, tidak dapat menunjukkan Surat Ijin Mendirikan Bangunan (IMB) dan Surat Ijin Tempat Usaha (SITU/IO). *Kedua* dari hasil pemeriksaan sebagaimana tertuang di dalam BAP Tindak Pidana Ringan No.01/V/2004/PPNS Tramtib tertanggal 12 Mei 2004 dan No.02/V/PPNS/Tramtib Tanggal 6 Mei 2004 yang bersangkutan dipersalahkan

melanggar Perda Kota Denpasar No.9 Tahun 2001 tentang Situ HO dan kepada yang bersangkutan telah disidang tanggal 18 Mei 2004 dengan vonis denda masing - masing Rp.300.000 (tiga ratus ribu rupiah) Disamping itu pada saat yang bersamaan yang bersangkutan telah menandatangani surat pernyataan dan telah diberikan kesempatan untuk mengurus perijinan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang undangan yang berlaku dari sejak ditandatangani surat pernyataan tanggal 12 Mei 2004 sampai dengan tanggal 31 Mei 2004. *Ketiga* bahwa secara logika hukum dapat saudara pahami yang menempati bangunan tersebut sebagai tempat usaha adalah I Bowo Saputro dan Yulianto Susilo, sebelumnya kami tidak tahu dan tidak mengenal klien saudara seperti yang tertuang dalam surat kuasa tanggal 23 Juni 2003 sebagai pemilik bangunan. *Keempat* bahwa secara tegas dapat disampaikan kami tidak mempermasalahkan status kepemilikan hak atas tanah dan status kepemilikan atas bangunan tersebut secara hukum. Yang kami permasalahkan adalah keberadaan bangunan tersebut sebagai tempat usaha secara terib administrasi tidak dilengkapi dengan Ijin Mendirikan Bangunan, Ijin Situ HO dan persyaratan ijin lainnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang undangan yang berlaku. *Kelima* bahwa dengan demikian bangunan di atas tanah tersebut dalam posisi melanggar ketentuan Perda Propinsi Bali No.4/PD/DPRD/1974 dan ketentuan Perda Kota Denpasar No.6 Tahun 2001 tentang IMB dan Perda No.9 Tahun 2001 tentang SITU/HO, maka terhadap usaha tersebut harus ditutup dan bangunan yang tidak dilengkapi IMB harus dibongkar sendiri sejak diterimanya surat ini sampai tanggal 2 Juli

2004. Apabila saudara tidak mengindahkan isi surat penegasan ini, maka Pemerintah Kota Denpasar/ Tim Penertiban Bangunan dan Ijin Usaha akan bertindak sesuai prosedur dan mekanisme hukum yang berlaku.

10. Setelah tempat usaha disegel, kembali Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar menerima surat dari kuasa hukum saudara Budi Sidartha alias Lie Sumirat (Luh Putu Rusmiasih) No.Surat Ag.04/K/VI/2004 Tanggal 28 Juni 2004 pokok surat berkenaan dengan keberatan tentang disegelnya pintu bangunan di Jl.Hasanudin No.39 dan 39A Denpasar.Berdasarkan atas surat tersebut Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar memberikan tanggapan dengan surat No.065/177/Tramtib yang pada prinsipnya diberitahukan bahwa proses dan mekanisme serta solusi penegakan Perda Pemerintah Kota Denpasar, oleh karenanya Pemerintah Kota Denpasar melakukan langkah – langkah hukum bila perlu tindakan pembongkaran karena persyaratan minimal IMB tidak terpenuhi.
11. Untuk mempertegas kembali Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar mengirim surat peringatan I/ Pemberitahuan No.065/194/Tramtib tgl.5 Agustus 2004 kepada kuasa hukum Sdr.Made Sutedja,B.Sc. (Pengacara Diah Sulistyawati,S.H. I Putu Gede Darmawan,S.H.) yang pada prinsipnya memberitahukan/mengingatkan serta memberi toleransi/solusi untuk memproses ijin yang dipersyaratkan dalam Perda Kota Denpasar sampai tanggal 31 Agustus 2004.
12. Lebih lanjut dipertegas dengan surat tanggal No.065/229/Tramtib tanggal 27 September 2004 tentang peringatan III/pemberitahuan kepada kuasa hukum

Sdr.Made Sutodja,B.Sc. dan kuasa hukum Sdr.Budi Sidarta alias Lie Sumirat,pada prinsipnya memberitahukan dan memperingatkan serta memberi solusi dengan tetap memihina serta memberi kesempatan untuk memproses ijin –ijin sampai dengan tanggal 4 Oktober 2004 apabila tidak terpenuhi syarat minimal akan dilakukan pembongkaran .

13. Sebagai persyaratan terakhir Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar telah mengirim surat No.065/242/Tramtib tanggal 6 Oktober 2004 pada prinsipnya bangunan di Jalan Hasanudin No.39 dan 39A sesuai batas waktu tanggal 4 Oktober 2004 akan dibongkar paksa.

Komentar.

Dari pemaparan kronologis kasus pembongkaran bangunan toko emas Melati dan toko emas Mirah yang dilakukan oleh Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar, ada beberapa pertanyaan yang dapat diajukan, ditinjau dari prinsip asas – asas umum pemerintahan yang baik dan juga prinsip – prinsip *good governance*.

1. masalah prosedur
2. masalah kecermatan dalam bertindak
3. masalah alasan yang rasional
4. kewenangan pembongkaran yang dimiliki oleh Dinas Tramtib dan Satpol PP

Kota Denpasar

ad.1. Masalah prosedur.

Masalah prosedur yang dimaksud disini adalah proses pengambilan tindakan oleh Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar dalam menindaklanjuti laporan masyarakat tentang terjadinya pelanggaran IMB dan SITU /HO.

Berdasarkan Peraturan Daerah Kota Denpasar No. 13 Tahun 2001 tentang Pembentukan Organisasi Dinas Daerah Kota Denpasar yang dijabarkan lebih lanjut dalam Keputusan Walikota Denpasar Nomor 350 Tahun 2001 tentang Uraian Tugas Jabatan Pada Organisasi Dinas Daerah Kota Denpasar, yang pada prinsipnya memuat tentang Tupoksi (tugas pokok dan fungsi) masing – masing Dinas Daerah Kota Denpasar ,di dalamnya ditentukan adanya Dinas Tata Kota dan Bangunan dan Dinas Ketentraman dan Ketertiban dan Satuan Polisi Pamong Praja. Di dalam kaitannya dengan masalah perijinan IMB yang menjadi pokok masalah dalam kasus pembongkaran ini, di dalam susunan organisasi Dinas Tata Kota dan Bangunan Kota Denpasar terdapat satu Sub Dinas yang berkaitan langsung dengan masalah IMB dan pembongkaran bangunan, yaitu Sub Dinas Bangunan yang terdiri atas 3 (tiga seksi) yaitu: Seksi Tata Bangunan, Seksi Perijinan Bangunan dan Seksi Pengawasan dan Pengendalian Bangunan. Di dalam uraian tugas Sub Dinas Bangunan huruf f ditentukan : *Menyelenggarakan proses perijinan (IMB)*, dan pada huruf h. ditentukan : *melaksanakan pengawasan, penertiban, pengusutan dan pembongkaran terhadap bangunan – bangunan yang tidak sesuai pemanfaatan ruang kota*. Tugas Seksi Bangunan huruf i ditentukan: *melaksanakan pendataan bangunan sesuai dengan peraturan perundang undangan yang berlaku*, huruf k ditentukan: *melaksanakan pengawasan agar bangunan menonjolkan arsitektur tradisional Bali*. Tugas seksi Perijinan Bangunan huruf f ditentukan: *melaksanakan proses penerbitan Ijin Mendirikan Bangunan (IMB)* dan tugas Seksi Pengawasan dan Pengendalian Bangunan huruf f ditentukan: *melaksanakan pengawasan perijinan dan pembangunan fisik kota agar sesuai dengan rencana tata ruang kota*, dan tugas pada

huruf h adalah melaksanakan *penertiban, pengusutan dan pembongkaran* bangunan liar yang belum sesuai dengan rencana tata ruang kota. Di dalam organisasi Dinas Ketentraman Ketertiban dan Satuan Polisi Pamong Praja, Sub Dinas yang berkaitan dengan kasus ini antara lain Sub Dinas Ketertiban Operasional Penegakan Peraturan Daerah, di dalam uraian tugas **huruf h** ditentukan: *melaksanakan penertiban dan pengawasan administrasi perijinan, pada huruf i* ditentukan: *memproses administrasi perijinan dan mengadakan pencatatan hasil penertiban administrasi tempat usaha* dan pada **huruf k** menentukan tindakan pidana ringan atas pelanggaran peraturan daerah yang dikuatkan dengan berita acara pemeriksaan oleh Penyidik Pegawai Negeri Sipil. Di dalam Sub Dinas Ketertiban Operasional Penegakan Peraturan Daerah terdapat dua seksi yang dapat dikaitkan dengan kasus ini yaitu **Seksi Ketertiban Administrasi Perijinan**, di dalam uraian tugas **huruf i** ditentukan: *memberikan peringatan kepada pelanggar yang tidak mematuhi peraturan, huruf l* menentukan : *menertibkan pelanggar yang tidak mematuhi perda dan menyerahkan berkas pelanggaran kepada PPNS untuk diproses lebih lanjut. Seksi Penindakan* antara lain mempunyai tugas melaksanakan koordinasi penindakan pelanggaran peraturan daerah dengan instansi terkait.

Dari ketentuan yang diuraikan tersebut, antara Dinas Tata Kota dan Bangunan dan Dinas Ketentraman Ketertiban dan Satuan Polisi Pamong Praja, sama – sama memiliki kewenangan dalam pengawasan terhadap perizinan. Hanya saja di dalam uraian tugas masing masing dinas tersebut, tampak jelas bahwa masalah perijinan Izin Mendirikan Bangunan (IMB) baik proses, pengawasan dan penindakan merupakan kewenangan Dinas Tata Kota dan Bangunan, sedangkan di dalam uraian

tugas Dinas Ketentraman Ketertiban dan Satuan Polisi Pamong Praja, ijin yang diawasi tersebut adalah perijinan secara umum, dan di dalam melakukan penindakan pun harus melalui koordinasi dengan instansi terkait. Untuk memperjelas bagaimana prosedur yang benar dalam kasus ini penulis mengadakan wawancara dengan Kepala Dinas tata Kota dan Bangunan Denpasar.

Hasil wawancara penulis dengan Kepala Dinas Tata Kota Denpasar, prosedur yang benar dalam rangka pemeriksaan terhadap laporan masyarakat mengenai IMB dilakukan oleh Dinas Tata Kota, karena yang berwenang menentukan legalitas masalah IMB adalah Dinas Tata kota. Setelah dilakukan pendekatan dan pembinaan kepada si pelanggar oleh Dinas Tata Kota sesuai dengan peraturan perundangan yang berlaku (memenuhi persyaratan perizinan) dan telah diberikan peringatan ke tiga ternyata si pelanggar tetap tidak mengindahkannya, kasus tersebut kemudian oleh Dinas Tata Kota diserahkan kepada Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar, untuk dilakukan investigasi lebih lanjut tentang kebenaran hasil pemeriksaan yang dilakukan oleh Dinas Tata Kota tentang pelanggaran yang terjadi. Pada tahap inilah sebenarnya Dinas Tramtib dan Satpol PP baru berperan dalam rangka penegakan hukum peraturan perundangan yang berlaku.

Ad.2. Kecermatan dalam bertindak

Dari paparan kronologis tindakan yang dilakukan oleh Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar terdapat ketidak cermatan dalam bertindak yaitu perintah pembuatan pernyataan oleh subyek hukum yang salah, karena yang bersangkutan (I Bowo Saputro dan Yulianto) bukanlah pemilik bangunan. Adalah tidak tepat

memerintahkan orang untuk membuat pernyataan yang menimbulkan akibat pembongkaran terhadap bangunan tersebut padahal yang bersangkutan bukan pemilik bangunan. Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar juga tidak memperhatikan surat kuasa hukum Sdr. Made Sutedja.B.Sc yang menyatakan bahwa tanah dan bangunan tersebut masih dalam sengketa dan masih dalam proses peradilan.

Ad.3 Alasan yang rasional

Di dalam Surat Pemberitahuan/Peringatan yang dikirimkan oleh Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar kepada I Bowo Saputro dan Yulianto Susilo (bukan pemilik bangunan) dinyatakan bahwa bangunan tersebut melanggar Perda Prov Bali No. 4/PD/DPRD/1974 dan Perda Kota Denpasar No. 6 Tahun 2001 tentang IMB serta ketentuan Perda No. 9 Tahun 2001 tentang SITU/HO, padahal bangunan tersebut dibangun sekitar tahun 1969 yang pada waktu itu perda dimaksud belum ada. Maka tidak rasional bilamana suatu bangunan dinyatakan melanggar suatu ketentuan yang justru pada saat dibangunnya bangunan tersebut ketentuan itu belum ada. Untuk menghindari bangunan - bangunan tua tidak memiliki Ijin Mendirikan Bangunan (IMB) Walikota Denpasar telah mengeluarkan Keputusan Walikota Denpasar Nomor 8 Tahun 2001 tentang Pemutihan Izin Mendirikan Bangunan di wilayah kota Denpasar. Pemilik bangunan yang diwakili oleh Sdr Lie Sumirat, karena dia yang memegang hak kontrak sampai dengan Tahun 2009. Ternyata usaha yang dilakukan oleh yang bersangkutan mengalami hambatan yang justru datangnya dari Kepala Lingkungan/Kelian Dinas Banjar Suci dan Lurah Dauh Puri Kangin (lokasi bangunan termasuk wilayah kelurahan Dauh Puri Kangin). Hal yang janggal dalam penolakan

oleh Lurah adalah bahwa Lurah pernah sebagai saksi dalam Perjanjian Sewa menyewa yang dilakukan oleh pemilik bangunan (Sdr Made Suteja, Bsc) dengan Sdr Lie Sumirat yang dilakukan pada tahun 2003, dan juga lurah mengetahui dan membenarkan Surat Pernyataan tertanggal 17 Maret 2003 tentang pembayaran PBB dengan SPTPT (NOP) 51.71.030.006.004.0012.0 atas nama Lie Sumirat yang letak obyek pajaknya di Kecamatan Denpasar Barat Desa Dauh Puri Kangin di Jl Hasanudin No.39 adalah untuk pemilik bangunan Sdr. Made Suteja Bsc. Jadi dalam hal ini Lurah tidak konsisten, di satu saat dia mengakui dan membenarkan bahwa bangunan itu milik Sdr. Made Suteja tetapi pada saat lain tidak mau memberikan surat keterangan bahwa bangunan tersebut dibangun sebelum tahun 2001. Disini terlihat jelas Lurah melakukan tindakan maladministrasi dalam bentuk tindakan kurang adil dan dapat juga dikatakan bertindak sewenang – wenang.

Ad 4. Kewenangan pembongkaran yang dimiliki oleh dinas tramtib dan satpol PP Kota Denpasar

Kewenangan melakukan tindakan paksaan pemerintah (*bestuursdwang*) yang dimiliki oleh Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar bukanlah kewenangan yang bersifat atributif maupun delegasi, melainkan mandat, artinya pembongkaran bangunan memang wewenang Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar, tetapi kewenangan tersebut adalah berdasarkan mandat Walikota, dengan kata lain pembongkaran baru dapat dilakukan oleh Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar bilamana ada mandat dari Walikota (Walikota Denpasar) dalam bentuk surat keputusan Walikota, jadi bukan kewenangan yang mandiri. Hal ini dapat dilihat pada Keputusan Walikota Denpasar Nomor 350 Tahun 2001 tentang Uraian Tugas

Jabatan Pada Organisasi Dinas Daerah Kota Denpasar di dalam Pasal 235 ayat (2) ditentukan: " Kepala Dinas dalam melaksanakan tugasnya berada di bawah dan bertanggung jawab kepada Walikota melalui Sekretaris Daerah." Di dalam hal perizinan yang dikeluarkan oleh Dinas Daerah yang dikeluarkan oleh Kepala Dinas adalah atas nama Walikota. Dua hal ini membuktikan bahwa kewenangan yang dimiliki oleh Dinas dalam pembuatan Keputusan Tata Usaha Negara (perizinan) adalah atas mandat Walikota, artinya tidak dapat bertindak atas namanya sendiri. Sebagai contoh prosedur pembongkaran yang benar adalah pembongkaran 8 (delapan) bangunan pertokoan di sebelah selatan Pura Desa Denpasar atau di sebelah utara Pasar Badung Jalan Gajahmada Denpasar Perintah pembongkaran dituangkan dalam Keputusan Walikota Denpasar No.20 Tahun 2002. Jadi disini jelas terlihat dalam kasus pembongkaran bangunan toko emas Melati dan toko emas Mirah di jalan Hasanudin No.39 dan 39 A Dinas Tramtib dan Satpol PP Kota Denpasar telah mengambil tindakan melampaui wewenang atau dapat dikatakan telah melakukan maladministrasi dalam bentuk tindakan sewenang – wenang, karena mengambil tindakan tidak berdasarkan atas dasar kewenangan yang sah. Bentuk maladministrasi yang dilakukan adalah nyata- nyata berpihak pada salah satu pihak yang ternyata masih ada hubungan keluarga

2. Kasus Pembangunan Hotel dan Penataan Pondok Petani Rumput Laut dan Budidayanya di Kawasan Wisata Nusa Dua Selatan, Desa Sawangan

Kasus ini diangkat untuk menunjukkan kekurangcermatan Pemda Kabupaten Badung dalam memberikan Ijin Prinsip untuk pembangunan pondok petani rumput laut tidak pada tempatnya.

a. Kronologis kasus

1. Surat Gubernur Bali No. 593.21/23259/B.B.Pem, tertanggal 3 Agustus 1990 Perihal Persetujuan perpanjangan izin prinsip pembelian tanah di daerah obyek wisata Sawangan yang ditujukan kepada Direktur Utama P.T. Carteson Sukses yang tembusannya dikirimkan kepada Bupati KDH Tk.II Badung di Denpasar
2. Keputusan Gubernur KDH TK.I Bali No. 590 Tahun 1991 tentang Pengaturan Tata Ruang dan Tata Bangunan Bagian Kawasan Sawangan Kabupaten Dati II Badung. Keputusan ini mengatur tentang peruntukan daerah Sawangan sebagai kawasan pariwisata. Berdasarkan Pasal 3 nya diatur tentang pembagian peruntukan yaitu: a. Peruntukan hotel; b. Peruntukan fasilitas penunjang pariwisata; c. Peruntukan campuran; d. Peruntukan pemukiman; e. Peruntukan taman dan tempat rekreasi; f. Tempat terbuka hijau.
3. Persetujuan Prinsip Bupati KDH TK.II Badung No.640/7806/Sun.Prog, tertanggal 30 Desember 1996 yang memberikan persetujuan prinsip Membangun Balai Pertemuan Kelompok Petani Rumput Laut yang berlokasi di Sawangan Kelurahan Benoa, Kecamatan Kuta.
4. Surat Dinas Perikanan No. 523.3/388/Diskan tanggal 23 Pebruari 1997 perihal Tanda Pendaftaran Kegiatan Usaha Perikanan, berdasarkan permohonan pendaftaran kegiatan usaha pembudidayaan rumput laut oleh I Ketut Sarka yang berlokasi di Pantai Sawangan.
5. Keputusan Bupati KDH TK.II Badung No. 529 Tahun 1998 tentang Penetapan Lokasi Potensi Budidaya Rumput Laut di Kabupaten Dati II Badung. Di dalam

lampirannya ditentukan bahwa Kelurahan Benoa Br Sawangan merupakan lokasi | Potensi Budidaya Rumput Laut di Dati II Badung.

6. Surat P.T. Baliprada Segara No.27 /D/BPS/XI/2003 tanggal 10 Nopember 2003 perihal: Permohonan peninjauan kembali Surat Persetujuan Prinsip Bupati KDH TK.II Badung No. 640/7806/Sun.Prog. tanggal 30 Desember 1996 yang ditujukan kepada Bupati KDH.TK.II Badung. Salah satu pertimbangan usulannya adalah: Balai Pertemuan Kelompok atau Wantilan ini berada di atas tanah sertifikat HGB No. 1229/Benoa atas nama PT Baliprada Segara atau dikenal Lot 1, dan Balai Pertemuan Kelompok atau Wantilan ini berada di dalam areal peruntukan pariwisata. Di dalam surat tersebut juga disampaikan usul pengganti lokasi Balai Pertemuan Kelompok yang baru, di batas bagian barat Lot 1 yang sudah disiapkan dan sudah dibuatkan Pelepasan Hak Atas Tanah untuk fasilitas umum, serta dibuatkan bangunan wantilan dan telah selesai.
7. Surat Bupati Badung No. 660.I/1358/Sekret. Perihal Permohonan pensertifikatan tanah laba Pura, yang ditujukan kepada kelompok tani rumput laut "Arta Segara Murti" Sawangan Kelurahan Benoa, Kecamatan Kuta Selatan di dalam poin 4 dinyatakan: Berkenaan dengan bangunan balai pertemuan kelompok tani rumput laut Arta Segara Murti yang berada di pantai sawangan, sesuai dengan gambar ukur BPN Badung adalah berada di atas HGB No. 1229 Tahun 1993, milik PT Baliprada Segara, oleh karena itu Persetujuan Prinsip yang kami terbitkan sesuai dengan syarat - syarat yang ada dalam diktum persetujuan prinsip tersebut untuk tertib administrasi maka

Persetujuan Prinsip Nomor 640/7806/Sun.Prog. akan kami tinjau untuk diperbaiki dan diubah sesuai dengan ketentuan yang berlaku dan didukung oleh data dan bukti – bukti yang benar dan sah secara hukum.

8. Surat Bupati Badung No. 640/2558/Sekret. Perihal: Pencabutan Persetujuan Prinsip yang ditujukan kepada Kelompok Tani Rumput Laut “Arta Segara Murti” Sawangan Kelurahan Benoa, Kecamatan Kuta Selatan. Isinya antara lain mencabut persetujuan prinsip Nomor 640/7006/Sun.Prog. tertanggal 30 Desember 1996, dan dinyatakan tidak berlaku lagi. Adapun pertimbangan yang melandasinya antara lain sesuai dengan surat Bupati Badung Nomor 660.I/1358/Sekret, tanggal 20 Februari 2004, Perihal permohonan pensertifikatan tanah laba pura , angka 4 (lihat angka 7 di atas)

b.Komentar

Dari kronologis pemaparan kasus tersebut, ditinjau dari prinsip asas –asas umum pemerintahan yang baik dan juga prinsip – prinsip *good governance* maka tampak jelas bahwa Bupati tidak bertindak cermat di dalam memberikan persetujuan prinsip kepada Kelompok Petani Rumput Laut “Arta Segara Murti” Sawangan, Kelurahan Benoa, Kecamatan Kuta Selatan, karena lokasi itu sejak tahun 1993 telah memiliki sertifikat HGB atas nama PT Baliprada Segara dengan Nomor 1229 Tahun 1993. Hal seperti ini seharusnya tidak akan terjadi bilamana Bupati dan jajarannya bekerja dengan cermat Pencabutan persetujuan prinsip ini juga mengakibatkan tidak adanya jaminan kepastian hukum bagi masyarakat dalam hal ini Kelompok Tani Rumput Laut Arta Segara Murti untuk melakukan kegiatan yang

pada prinsipnya telah didasarkan atas keputusan Bupati sebagai penguasa di daerah dimana lokasi bangunan dan kegiatan itu dilakukan.

3. Kasus Pembangunan Jalan Teuku Umar – Batu Belig Kelurahan Kerobokan Kelod, Kecamatan Kuta, Kabupaten Badung

Kasus ini ditampilkan untuk mewakili proses penegakan hukum di daerah yang sesuai dengan prinsip – prinsip “good governance”

Bahwa dalam rangka pelaksanaan pembangunan jalan Terusan Teuku Umar – Batu Belig pelaksanaannya dimulai tahun 1996 dengan sistem L.C. (*Land Consolidation*), berdasarkan SK.Bupati Kepala Daerah Tk.II Badung No.1652 Tahun 1996,di dalam pelaksanaannya terdapat 7 (tujuh) pemilik tanah dan bangunan yang terkena ruas jalan dimaksud, dan berdasarkan ketentuan yang berlaku terhadap tanah masyarakat yang terkena program LC dikenakan peran serta LC masing – masing 20 persen. Salah satu dari 7 (tujuh) pemilik tanah dan bangunan dimaksud adalah an. Sdr. Ni Luh Sutarsih yang sampai batas akhir tidak membongkar bangunannya.

a. Kronologis.

1. Pada tanggal 17 September 1996 yang bersangkutan (Ni Luh Sutarsih) mendaftar L.C. Subak Kedampang paket Jalan Teuku Umar – Batu Belig di Kantor Pertanahan Kab.Badung dan pada saat itu juga Ni Luh Sutarsih telah membuat Surat Pernyataan/ Persetujuan terhadap rencana konsolidasi tanah perkotaan dimaksud;

2. Pada tanggal 6 Pebruari 1997 yang bersangkutan (Ni Luh Sutarsih) menerima ganti rugi bangunan di Kantor Camat Kuta sebesar Rp.206.585.970,- (dua ratus enam juta lima ratus delapan puluh lima ribu sembilan ratus tujuh puluh rupiah) Berita acara Nomor 32/T.Pem, tanggal 4 Pebruari 1997;
3. Pada tanggal 8 dan 9 Pebruari 1998 yang bersangkutan (Ni Luh Sutarsih) dipanggil untuk musyawarah persetujuan pra desain penataan L/C. Subak Kedampang di Banjar Pengubengan Kangin, Kelurahan Kerobokan , akan tetapi yang bersangkutan tidak hadir karena ada kesibukan;
4. Pada bulan Desember 1998 pemerintah menunjukkan tanah pengganti Ni Luh Sutarsih, akan tetapi yang bersangkutan tidak hadir hanya diketahui oleh seorang suruhannya;
5. Pada bulan april 1999 yang bersangkutan (Ni Luh Sutarsih), datang ke kantor Pertanahan Kab.Badung mengajukan keberatan atas lokasi tanah pengganti yang dialokasikan oleh Tim terkait
6. Bahwa pada tanggal 22 Juni 1999 Tim terkait mengadakan rapat dengan Ni Luh Sutarsih, di Bagian Tata Pemerintahan Setda Kabupaten Badung ,pada pertemuan tersebut yang bersangkutan menyatakan keberatan tanah miliknya dipotong untuk peran serta L.C. dan tanah miliknya dikembalikan utuh seluas 1500 m²
7. Bahwa pada tanggal 22 Juni 1999 tersebut anggota/Tim memberikan solusi antara lain:
 - a. menetapkan lokasi tanah pengganti di Jalan Utama seluas 1200 m² di blok 15 kapling No.1 L.C. Subak Kedampang

- b. memberikan yang bersangkutan tanah seluas 300 M2 ditempat terpisah namun tidak di jalan utama dengan membekaskan kepada yang bersangkutan dari pembayaran kompensasi

Pada akhir pertemuan yang bersangkutan sementara dapat menerima keputusan rapat hanya saja secara pasti masih berkoordinasi dengan sang suami

8. Bahwa kurang lebih 2 (dua) minggu setelah rapat tersebut di atas, kembali yang bersangkutan datang ke kantor Pertanahan Kab.Badung yang pada intinya menolak keputusan rapat tanggal 22 Juni 1999 dan tetap menuntut tanah pengganti seluruhnya memanjang ke jalan utama (tidak terpisah)
9. Berdasarkan perintah Sekda Kab.Badung pada tanggal 18 Juni 2002 Kabag Hukum Setda Kab.Badung mengadakan koordinasi kepada yang bersangkutan (Ni Luh Sutarsih), yang hasilnya yang bersangkutan dapat menerima lokasi tanah pengganti di Jalan Utama (sebelah barat rumahnya semula) seluas 1200 m2 lokasinya dipinggir jalan.

b. Komentar

Dari kronologis tersebut terlihat bahwa Pemerintah Kab Badung, berusaha untuk mendengarkan keberatan warganya sehingga program pembuatan jalan Teuku Umar -- Batu Belg Kelurahan Kerobokan Kelod, Kecamatan Kuta, Kabupaten Badung dapat terlaksana tanpa menyisakan penderitaan bagi warganya. Dilihat dari sisi asas -- asas umum pemerintahan yang baik dan *good governance* pemerintah Kab Badung telah bertindak cermat, khususnya dalam mendengarkan keluhan masyarakat

4. Kasus Penataan Pantai Sanur

Pemaparan program penataan Pantai Sanur oleh Pemerintah Kota Denpasar, sebagai salah satu contoh kasus, sebagai penyeimbang bahwa tindakan pemerintah tidak selalu dalam areal *maladministrasi*. Walaupun sebenarnya kurang tepat dikategorikan sebagai suatu kasus karena dalam pelaksanaannya tidak menimbulkan gejala, tetapi karena program ini termasuk program yang menyangkut masyarakat luas dengan panjang hamparan sekitar 6 Km bentangan pantai dan 90 buah bangunan yang harus dibongkar kiranya layak untuk ditampilkan.

a. Kronologis

1. Pemerintah Kota Denpasar merencanakan penataan Pantai Sanur, karena banyak bangunan tanpa izin yang mengganggu keindahan dan peruntukan pantai untuk publik dengan bentangan sepanjang 6 Km.
2. Langkah awal yang dilakukan oleh Pemerintah Kota mengadakan rapat dengan seluruh komponen masyarakat Sanur yang dihadiri oleh Yayasan Pembangunan Sanur, LSM, Bendesa Adat, dan instansi terkait.
3. Rapat tersebut menghasilkan kriteria berdasarkan kesepakatan bersama sebagai berikut:
 - a. Dari trotoar ke arah pantai tidak boleh ada bangunan
 - b. Dari trotoar ke daratan dengan ketentuan:
 - Bangunan terbuka tidak bertingkat \pm 5 meter
 - Bangunan tertutup tidak bertingkat \pm 15 – 25 meter
 - Bangunan dua lantai \pm 50 meter

- Bangunan di atas dua lantai \pm 100 meter
4. Hasil kesepakatan tersebut dituangkan kedalam SK Walikota Denpasar yaitu
 - Keputusan Walikota Denpasar, No.317 Tahun 2003 tentang Penataan Kawasan Pantai Sanur Kota Denpasar
 - Keputusan Walikota Denpasar No.188.45/243/HK/2003 tentang Pembentukan Tim Penataan Kawasan Pantai Sanur Kota Denpasar
 5. Tim mengadakan sosialisasi kepada seluruh masyarakat baik melalui tatap muka di Banjar – Banjar se-wilayah Desa Sanur dan juga interaktif di TV dan RRI serta Radio Pemkot dengan memberikan kesempatan kepada warga masyarakat untuk mengemukakan pendapat dan saran serta kritik terhadap program yang dicanangkan dan sosialisasi tersebut dilakukan berkali – kali
 6. Dari hasil sosialisasi tersebut didapat kesimpulan bahwa seluruh masyarakat setuju terhadap program penataan pantai Sanur.
 7. Jumlah bangunan yang dibongkar sebanyak 90 buah dengan biaya bongkar sebesar Rp.70.000.000 (tujuh puluh juta rupiah).

a. Analisa

Dari kronologis perencanaan sampai dengan pelaksanaan program yang dilakukan oleh Pemerintah Kota Denpasar terlihat jelas partisipasi masyarakat di dalam merencanakan, pelaksanaan program penataan Pantai Sanur, sehingga program mendapat dukungan penuh oleh masyarakat. Program penataan Pantai Sanur ini dapat dipakai sebagai contoh pelaksanaan program pemerintah yang sesuai dengan prinsip

asas – asas umum pemerintahan yang baik dan juga prinsip – prinsip *good governance*

Dari pemaparan keempat kasus tersebut, dapat disimpulkan bahwa sesuai tidaknya proses penegakan hukum di daerah, sangat tergantung pada kebijakan pejabat yang berwenang untuk itu. Maka dari itu perlu dibentuk suatu aturan hukum dalam bentuk Perda atau Peraturan Kepala Daerah yang mengatur secara khusus tentang prosedur penegakan hukum terhadap produk hukum daerah yang isinya memuat ketentuan tentang prosedur yang harus dilakukan oleh Dinas terkait dalam penegakan hukum. Substansi peraturan tersebut hendaknya sesuai dengan prinsip – prinsip *good governance* seperti Asas Kecermatan (*principle of carefulness*) yang terdiri atas persiapan yang cermat; Investigasi (*carefulness investigation*); dengar pendapat (*carefulness hearing*); publikasi (*carefulness publication*). Asas Alasan yang rasional (*principle of reasoning*) dan asas kepastian hukum (*the principle of legal certainty*). Dengan diaturnya prosedur penegakan hukum dalam peraturan daerah, maka masyarakat umum dapat mengetahui secara pasti tentang prosedur tersebut, dan langsung dapat mengawasi pelaksanaannya, sehingga proses penegakan hukum di daerah berlangsung secara transparan dan konsisten, serta dapat menjamin kepastian hukum bagi masyarakat yang terkena pembongkaran mengenai apa hak dan kewajiban yang mereka dapat dan harus lakukan. Hal ini penting untuk menghindarkan terjadinya tindakan – tindakan maladministrasi oleh petugas yang melakukan penegakan hukum

4.3.3. Kontrol terhadap pelaksanaan penegakan hukum.

Di dalam anak sub bab ini dikaji tentang kontrol terhadap pelaksanaan penegakan hukum yang dilakukan oleh aparatur pemerintah daerah dalam rangka penegakan produk hukum daerah. Wujud penegakan hukum yang dilakukan oleh aparatur pemerintah dalam kaitannya dengan pembahasan sub bab ini adalah dalam bentuk paksaan pemerintah atau pencabutan izin yang telah diberikan sebelumnya.

Di dalam pembahasan anak sub bab 4.3.1. telah diuraikan tentang prosedur penegakan hukum dan kemudian di dalam anak sub bab 4.3.2 diuraikan tentang aspek substansi dari penegakan hukum yaitu dari sisi asas kepastian hukum. Di dalam pelaksanaan penegakan hukum tersebut kemungkinan bisa terjadi suatu tindakan yang tidak patut atau yang disebut juga dengan istilah *maladministrasi* baik itu diwujudkan dalam bentuk keputusan (*beschikking*) maupun dalam tindakan nyata yang dilakukan oleh petugas dilapangan pada saat melakukan pembongkaran. Untuk menghindari terjadinya praktek *maladministrasi* tersebut perlu dilakukan kontrol terhadap pelaksanaan penegakan hukum yang dilakukan oleh aparatur pemerintah.

Untuk maksud tersebut pembahasan di dalam anak sub bab ini dibagi atas dua anak anak sub bab yaitu: 1). kontrol intern oleh pejabat atasan langsung dan 2). kontrol eksternal yang terdiri atas kontrol yudisial dan kontrol non yudisial.

4.3.3.1. Kontrol intern oleh pejabat atasan

Istilah kontrol disini adalah padanan kata *controlling* dalam bahasa Inggris yang merupakan salah satu fungsi dasar manajemen, yang dalam bahasa Indonesia dikenal dengan istilah pengawasan³⁶³. Kontrol (pengawasan) sebagai salah satu

fungsi dasar manajemen hampir selalu ditampilkan oleh para sarjana manajemen dalam mengemukakan fungsi – fungsi dasar manajemen, seperti: **Henry Fayol** dalam bukunya yang berjudul *General and Industrial Management* mengintroduksi fungsi – fungsi manajemen “POCCC” (*planning, organizing, cammanding, coordinating* dan *controlling*), **Harold Koontz dan Cyril O’ Donnel** dalam bukunya yang berjudul *Principles of management*, mengintroduksi fungsi – fungsi manajemen POSDC (*planning, organizing, staffing, directing, controlling*). **John F Mee**, mengintroduksi fungsi – fungsi manajemen POMC (*planning, organizing, motivating dan controlling*). **Sondang P Siagian**, mengintroduksi fungsi – fungsi manajemen 5 P (perencanaan (*planning*), pengorganisasian (*organizing*), pemberian motivasi (*motivating*), pengawasan (*controlling*) dan penilaian (*evaluating*). **George R, Terry** dalam bukunya yang berjudul *Principles of Management*, mengklasifikasikan fungsi – fungsi manajemen dengan akronim POAC (*planning, organizing, actuating, controlling*)³⁶⁴

Dalam kaitannya dengan pengertian kontroling (pengawasan) masing – masing sarjana memberikan pengertiannya sendiri – sendiri yang pada prinsipnya ada persamaan unsur – unsur yang dikemukakan. Di dalam bukunya tersebut di atas **George R Terry** mengartikan pengawasan (*controlling*) sebagai “mendeterminasi apa yang telah dilaksanakan, maksudnya mengevaluasi prestasi kerja dan apabila perlu , menerapkan tindakan – tindakan korektif sehingga hasil pekerjaan sesuai dengan rencana- rencana”³⁶⁵. **Sondang P Siagian**, mengartikan pengawasan sebagai “ proses pengamatan daripada pelaksanaan seluruh kegiatan organisasi untuk menjamin

agar supaya semua pekerjaan yang sedang dilakukan berjalan sesuai dengan rencana yang telah ditentukan sebelumnya”.

Dari pengertian yang diberikan oleh dua sarjana tersebut dapat disimpulkan bahwa pengawasan (*controlling*) adalah aktivitas, untuk menemukan, mengoreksi penyimpangan – penyimpangan dari aktivitas yang telah direncanakan. Dari sini pula terlihat adanya hubungan yang erat antara perencanaan dengan pengawasan.

Pengertian yang cukup menarik dikemukakan oleh Sujanto dikatakannya: fungsi *controlling* dalam bahasa Indonesia mempunyai dua padanan yaitu “pengawasan” dan “pengendalian”. Pengawasan diartikan dalam arti sempit sebagai “segala usaha atau kegiatan untuk mengetahui dan menilai kenyataan yang sebenarnya tentang pelaksanaan tugas atau pekerjaan, apakah sesuai dengan yang semestinya atau tidak”. adapun pengendalian itu pengertiannya lebih *forceful* dari pada pengawasan, yaitu sebagai “segala usaha atau kegiatan untuk menjamin dan mengarahkan agar pelaksanaan tugas atau pekerjaan berjalan sesuai dengan yang semestinya”³⁶⁶. selanjutnya dikatakan bahwa sebenarnya di dalam pengendalian sudah termasuk pengawasan dalam arti sempit, karena tidak mungkin melakukan pengendalian tanpa mengawasinya. Kelebihan pengendalian adalah adanya kewenangan tindakan korektif³⁶⁷. Undang – Undang No.32 mempergunakan istilah pembinaan dan pengawasan suatu istilah yang kabur

Pengertian kontrol (pengawasan) intern pejabat atasan di dalam sub bab ini dimaksudkan sebagai pengawasan atasan langsung. Secara normatif istilah pengawasan atasan langsung dapat ditemukan di dalam Instruksi Presiden Republik

Indonesia Nomor 15 Tahun 1983 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengawasan. Di dalam Pasal 2 ayat (1) Instruksi Presiden tersebut ditentukan:

(1) Pengawasan terdiri:

- a Pengawasan yang dilakukan oleh **pimpinan/atasan langsung**, baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah
- b Pengawasan yang dilakukan secara fungsional oleh aparat pengawasan

Pengawasan yang diatur di dalam huruf a tersebut di atas kemudian diatur di dalam Bab II sebagai judul bab yaitu Pengawasan Atasan Langsung, namun demikian tidak diberikan pengertian secara normatif apa yang dimaksud dengan pengawasan atasan langsung tersebut, anehnya lagi istilah pengawasan atasan langsung ini serta merta hilang di dalam bab II tersebut, dengan kata lain istilah pengawasan atasan langsung itu hanya dipergunakan sebagai judul bab. Untuk lebih jelasnya pemahaman tentang hal ini penulis kutip secara keseluruhan ketentuan Bab II Instruksi Presiden Nomor 15 Tahun 1983

Bab II

Pengawasan Atasan Langsung

Pasal 3

- (1) Pimpinan semua satuan organisasi pemerintahan, termasuk proyek pembangunan di lingkungan Departemen/Lembaga /Instansi lainnya, menciptakan **pengawasan melekat** dan meningkatkan mutu dalam lingkungan tugasnya masing – masing
- (2) **Pengawasan melekat** dimaksud dalam ayat (1) dilakukan:
 - a Melalui penggarisan struktur organisasi yang jelas dengan pembagian tugas dan fungsi beserta uraiannya yang jelas pula;
 - b Melalui perincian kebijaksanaan pelaksanaan yang dituangkan secara tertulis yang dapat menjadi pegangan dalam pelaksanaannya oleh bawahan yang menerima pelimpahan wewenang dari atasan;

- c Melalui rencana kerja yang menggambarkan kegiatan yang harus dilaksanakan, bentuk hubungan kerja antar kegiatan tersebut, dan hubungan antar berbagai kegiatan beserta sasaran yang harus dicapainya;
 - d Melalui prosedur kerja yang merupakan petunjuk pelaksanaan yang jelas dari atasan kepada bawahan;
 - e Melalui pencatatan hasil kerja serta pelaporannya yang merupakan alat bagi atasan untuk mendapatkan informasi yang diperlukan bagi pengambilan keputusan serta penyusunan pertanggungjawaban, baik mengenai pelaksanaan tugas maupun mengenai pengelolaan keuangan;
 - f Melalui pembinaan personil yang terus menerus agar para pelaksana menjadi unsur yang mampu melaksanakan dengan baik tugas yang menjadi tanggung jawabnya dan tidak melakukan tindakan yang bertentangan dengan maksud serta kepentingan tugasnya
- (3) Adanya aparat pengawasan fungsional dalam suatu satuan organisasi pemerintahan tidak mengurangi pelaksanaan dan peningkatan pengawasan melekat yang harus dilakukan oleh atasan terhadap bawahan.

Dari substansi ketentuan Bab II Pasal 3 Inpres Nomor 15 Tahun 1983 tersebut, istilah pengawasan atasan langsung hanya dijumpai di dalam judul bab, sedangkan dalam uraian selanjutnya dipergunakan istilah pengawasan melekat, sehingga dapat disimpulkan bahwa pengawasan atasan langsung tidak lain adalah pengawasan melekat, yaitu pengawasan yang dilakukan oleh atasan terhadap bawahan. Kesimpulan ini ditarik dari ketentuan pasal 3 ayat (1) pada bagian kalimat: "... Pimpinan semua satuan organisasi pemerintahan, termasuk proyek pembangunan di lingkungan departemen/lembaga/instansi lainnya, menciptakan pengawasan melekat ..." dan ketentuan pasal 3 ayat (3) pada bagian kalimat : "... adanya pengawasan fungsional tidak mengurangi pelaksanaan dan peningkatan pengawasan melekat yang harus dilakukan oleh atasan terhadap bawahan". Dari formulasi

kalimat tersebut, maka akan sangat mudah disimpulkan bahwa pengawasan atasan langsung itu tidak lain adalah pengawasan melekat.

Terhadap kedua istilah tersebut (pengawasan atasan langsung dan pengawasan melekat) Sujamto berpendapat tidak persis sama, dikatakannya bahwa ketentuan pasal 3 ayat (2) memang merupakan jalur - jalur pengawasan melekat, tetapi sebenarnya belum mencakup semua jalur. Keenam jalur tersebut oleh Sujamto disebut sebagai "Sistem Pengendalian Manajemen". Di samping itu semua, masih ada satu jalur pokok lain yang juga termasuk ke dalam pengertian pengawasan melekat yaitu berupa *tindakan atau kegiatan atau usaha* untuk mengawasi dan mengendalikan anak buah secara langsung, yang harus dilakukan sendiri oleh setiap pimpinan organisasi yang bagaimanapun juga yang disebutnya sebagai pengawasan atasan langsung. Jadi menurut Sujamto pengertian pengawasan melekat lebih luas dari pada pengawasan atasan langsung. Untuk memudahkan mengingat dituangkan dalam suatu

rumus :

WASKAT - PAL + SPM

Keterangan:

WASKAT = pengawasan melekat
PAL = pengawasan atasan langsung
SPM = system pengendalian manajemen

Dalam kaitannya dengan pendapat Sujamto tersebut, penulis mendekati dan sisi normatif, dengan jalan penafsiran sistematis, yaitu dengan cara mengkaitkan ketentuan pasal 1 sampai dengan pasal 3, penulis berpendapat bahwa pengawasan atasan langsung sama dengan pengawasan melekat.

Seperti halnya pengertian pengawasan atasan langsung, pengertian pengawasan melekat pun tidak dirumuskan di dalam Inpres Nomor 15 tahun 1983. **Hadari Nawawi**, dalam bukunya yang berjudul " Pengawasan Melekat Di Lingkungan Aparatur Pemerintah" memberikan dua pengertian pengawasan melekat sebagai berikut: Pengawasan melekat sebagai pelaksanaan fungsi kontrol dalam manajemen /administrasi dapat diartikan sebagai berikut:

1. pengawasan melekat (WASKAT) adalah proses pemantauan , pemeriksaan dan evaluasi yang dilakukan secara berdaya dan berhasil guna oleh pimpinan unit/organisasi kerja terhadap fungsi semua komponen untuk mewujudkan kerja di lingkungan masing – masing, agar secara terus menerus berfungsi secara maksimal dalam melaksanakan tugas pokok yang terarah pada pencapaian tujuan yang telah dirumuskan sebelumnya.
2. pengawasan melekat (WASKAT) adalah proses pemantauan , pemeriksaandan evaluasi yang dilakukan secara berdaya dan berhasil guna oleh pimpinan unit/organisasi kerja terhadap sumber – sumber kerja untuk mengetahui kelemahan – kelemahan atau kekurangan – kekurangannya agar dapat diperbaiki oleh pimpinan yang berwenang pada jenjang yang lebih tinggi demi tercapainya tujuan yang telah dirumuskan sebelumnya.

Dari kedua pengertian yang diberikan tersebut pengertian pertama lebih luas dibandingkan dengan pengertian yang kedua. Pengertian kedua sifatnya lebih khusus dan operasional yang dapat dipadankan dengan pengertian pengendalian menurut **Sujanto**.

Pengertian pengawasan demikian luas, oleh karenanya jenisnya pun tentu sangat bervariasi dan tentunya lebih banyak didekati dari sisi manajemen, karena masalah pengawasan ini memang terletak dalam bidang manajemen. **Sondang P Siagian**, melihat pengawasan dari sudut prosesnya membagi pengawasan atas dua

macam yaitu: Pengawasan langsung dan pengawasan tidak langsung.³⁶⁸ Yang dimaksud dengan pengawasan langsung adalah apabila pimpinan organisasi mengadakan sendiri pengawasan terhadap kegiatan yang sedang dijalankan, dapat berbentuk: inspeksi langsung; *on- the- spot observation*; *on- the spot report*. Pengawasan tidak langsung ialah pengawasan dari jarak jauh, pengawasan ini dilakukan melalui laporan yang disampaikan oleh para bawahan, dapat berbentuk tertulis atau lisan.³⁶⁹ **Bagir Manan**, dalam bukunya yang berjudul "Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945" membedakan pengawasan atas: Pengawasan preventif ; represif, dan pengawasan positif. Pengawasan positif dapat dalam bentuk pembuatan petunjuk atau pedoman, disebut pengawasan positif, karena pemerintah tingkat lebih atas berinisiatif melakukan tindakan menghalangi (*tegen*) kelalaian (*nalaten*). dengan adanya bentuk pengawasan positif ini menimbulkan cara penggolongan lain yaitu pengawasan positif dan negatif. Disebut pengawasan negatif karena hanya menghalangi suatu tindakan yang sudah dilakukan baik tindakan yang belum mempunyai akibat hukum maupun yang sudah memiliki akibat hukum. Pengawasan preventif dan represif digolongkan ke dalam bentuk pengawasan negatif.³⁷⁰ Dalam kaitannya dengan jenis pengawasan, maka jenis pengawasan yang dikemukakan oleh **Paulus Effendie Lotulung** lebih relevan dikemukakan, karena mendekati pengawasan dari sisi hukum. Dalam bukunya yang berjudul " Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah" mengartikan pengawasan sebagai upaya untuk menghindari terjadinya kekeliruan – kekeliruan baik disengaja maupun tidak disengaja sebagai usaha preventif, atau juga untuk memperbaikinya

apabila sudah terjadi kekeliruan itu, sebagai usaha represif³⁷¹. Selanjutnya **Paulus Effendie Lotulung** membagi kontrol dari tiga aspek yaitu : (1) kelembagaan (yang dikontrol dan yang melaksanakan kontrol); (2) waktu pelaksanaan pengawasan ; (3) aspek yang diawasi³⁷². Dipandang dari kelembagaan, pengawasan dapat dibedakan atas: kontrol intern (*internal control*) dan kontrol ekstern (*external control*). **Kontrol intern** adalah pengawasan yang dilakukan oleh suatu badan/organ yang secara struktural masih termasuk organisasi dalam lingkungan pemerintah. Misalnya pengawasan yang dilakukan oleh pejabat atasan terhadap bawahannya secara hierarkis. Bentuk kontrol semacam ini dapat digolongkan dalam jenis kontrol teknis - administratif atau *built-in control*. **Kontrol ekstern** adalah pengawasan yang dilakukan badan/organ secara struktur berada di luar pemerintah (eksekutif) misalnya *kontrol keuangan* yang dilakukan oleh BPK; *kontrol sosial* melalui Lembaga Swadaya Masyarakat; *kontrol politis* yang dilakukan oleh MPR, DPR, DPRD terhadap pemerintah; kontrol reaktif yang dilakukan secara tidak langsung melalui badan peradilan (*judicial control*) antara lain peradilan umum dan peradilan administrasi maupun badan lain seperti Komisi Ombudsman Nasional.³⁷³ Dipandang dari waktu pelaksanaan pengawasan, pengawasan dapat dibedakan menjadi kontrol *a-priori* dan kontrol *a-posteriori*. **Kontrol a-priori** adalah pengawasan yang dilakukan sebelum dilakukan tindakan atau dikeluarkannya suatu keputusan atau ketetapan pemerintah atau peraturan lainnya yang menjadi wewenang pemerintah.³⁷⁴ **Kontrol a-posteriori**, adalah pengawasan yang dilakukan sesudah dikeluarkan suatu keputusan atau ketetapan pemerintah atau sesudah terjadinya tindakan pemerintah.³⁷⁵ Dipandang dari aspek yang diawasi, pengawasan dapat dibedakan atas pengawasan

dari segi hukum dan pengawasan segi kemanfaatan. **Pengawasan segi hukum** (legalitas) yaitu pengawasan yang dimaksudkan untuk menilai segi – segi hukumnya saja (*rechtmatigheid*), contoh pengawasan yang dilakukan oleh badan peradilan (*judicial control*) sedangkan **Pengawasan segi kemanfaatan**, yaitu pengawasan yang ditujukan untuk menilai segi kemanfaatannya (*doelmatigheid*)³⁷⁶

Kontrol a-priori maknanya sama dengan pengawasan preventif yang dikemukakan oleh **Bagir Manan**³⁷⁷. Pengawasan preventif juga diatur di dalam UU No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang diuraikan di dalam penjelasan umum angka 9 yang berjudul Pembinaan dan Pengawasan. Pengawasan yang dilakukan pemerintah terkait dengan penyelenggaraan urusan pemerintahan dan titik sentralnya pada peraturan daerah dan peraturan kepala daerah. Dalam hal pengawasan terhadap peraturan daerah dan peraturan kepala daerah dilakukan dengan dua cara yaitu

- 1) Pengawasan terhadap rancangan peraturan daerah (Raperda) yang mengatur: pajak daerah; retribusi daerah; APBD; dan RUTR sebelum disahkan oleh kepala daerah terlebih dahulu dievaluasi oleh Menteri Dalam Negeri untuk Raperda Provinsi, dan oleh Gubernur terhadap Ranperda Kabupaten/Kota
- 2) Pengawasan terhadap semua peraturan daerah di luar angka 1, wajib disampaikan kepada Menteri Dalam Negeri untuk Raperda Provinsi, dan oleh Gubernur terhadap Raperda Kabupaten/Kota untuk memperoleh klarifikasi. Terhadap peraturan daerah yang bertentangan dengan kepentingan umum dan peraturan yang lebih tinggi dapat dibatalkan sesuai mekanisme yang berlaku

Pengawasan a-posteriori ini sepadan dengan pengawasan represif yang disampaikan oleh Bagir Manan, dalam bukunya yang sama mengartikan pengawasan represif sebagai pengawasan yang dilakukan setelah suatu keputusan mempunyai akibat hukum (*rechtsgevolgen*)³⁷⁸ dan dikenal juga di dalam UU No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dalam penjelasan umum angka 9 yang berjudul Pembinaan dan Pengawasan " ... Pemerintah dapat menerapkan sanksi kepada penyelenggara pemerintahan daerah apabila diketemukan adanya penyimpangan dan pelanggaran oleh penyelenggara pemerintahan daerah tersebut..."

Kontrol segi hukum (*rechtmatigheid*) dan kontrol segi manfaat (*doelmatigheid*) dapat disepadankan dengan pengawasan melekat, karena dalam pengawasan melekat tidak saja pengawasan dari aspek hukum semata tetapi juga dari sisi manfaat.

Dalam kaitannya dengan kontrol intern pengawasan langsung dari atasan dalam pelaksanaan penegakan hukum di daerah sebagaimana yang dikaji dalam anak sub bab ini, yang dimaksud dengan atasan langsung dari petugas penegak hukum di lapangan adalah kepala dinas. Dalam kasus pembongkaran bangunan misalnya, ada dua dinas yang terlibat langsung dan bertanggung jawab terhadap pelaksanaan pembongkaran yaitu Dinas Tata Kota dan Bangunan serta Dinas Ketentraman Ketertiban dan Satuan Polisi Pamong Praja. Dinas Tata Kota dan Bangunan bertanggungjawab terhadap pelaksanaan pembongkaran bangunan, sedangkan Dinas Ketentraman Ketertiban dan satuan Polisi Pamong Praja bertanggung jawab terhadap masalah teknis administrasi, seperti pencatatan dan penyimpanan barang – barang yang ada di dalam bangunan yang akan dibongkar. Dengan demikian bilamana terjadi

kesalahan di dalam pelaksanaannya tinggal melihat dalam hal apa kesalahan itu dilakukan, apakah dalam hal teknis pembongkaran bangunan, atau dalam hal teknis administrasi. Bila kesalahan terjadi dalam pekerjaan pembongkaran bangunan, maka Kepala Dinas Tata Kota dan Bangunan yang bertanggung jawab, sedangkan kalau kesalahan yang terjadi dalam pekerjaan yang bersifat teknis administrasi, maka kepala Dinas Tramtib dan satpol PP yang bertanggung jawab.

Ketentuan mengenai tanggung jawab atasan langsung terhadap pelaksanaan tugas bawahan, diatur di dalam peraturan daerah atau keputusan kepala daerah, yang mengatur tentang tugas pokok dan fungsi (tupoksi) masing – masing dinas. Untuk kota Denpasar diatur di dalam Keputusan Walikota Denpasar Nomor 350 Tahun 2001 tentang Uraian Tugas Jabatan Pada Organisasi Dinas Daerah Kota Denpasar. Untuk Dinas Tata Kota dan Bangunan dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 20 ayat (1) huruf e, f, g, h dan i yang menentukan sebagai berikut:

Pasal 20 ayat (1) Kepala Dinas mempunyai tugas:

- e. mengatur mendistribusikan dan mengkoordinasikan tugas – tugas bawahan sesuai dengan bidangnya masing – masing;**
- f. memberikan petunjuk dan bimbingan teknis serta pengawasan kepada bawahan**
- g. memeriksa hasil kerja bawahan**
- h. mengevaluasi dan mempertanggungjawabkan hasil kerja bawahan**
- i. menyampaikan laporan pertanggungjawaban kinerja kepada Walikota**

Di dalam Pasal 235 ayat (1) huruf d, e, f, g, h, dengan formulasi yang sama dengan ketentuan Pasal 20 ayat (1) tersebut di atas diatur tentang tugas Kepala Dinas Ketentraman Ketertiban dan Satuan Polisi Pamong Praja.

Dari uraian tugas tersebut tampak jelas bahwa pengawasan langsung terhadap kinerja bawahan dilakukan oleh kepala dinas, yang sekaligus bertanggung jawab

terhadap hasil kerja bawahan dan hasilnya dipertanggungjawabkan kepada atasan dalam hal ini Walikota. Dengan demikian logikanya bilamana bawahan melakukan kesalahan dalam pelaksanaan tugas, yang bertanggung jawab adalah kepala dinas. Sebagai konsekuensi beban tanggung jawab yang ada dipundak kepala dinas, maka kepala dinas memeriksa hasil kerja bawahan dan dapat melakukan tindakan korektif dan bahkan sanksi kepada bawahan yang melakukan kesalahan dalam pelaksanaan tugas.

Penjatuhan sanksi terhadap bawahan mengacu pada ketentuan Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 1980 tentang Peraturan Disiplin Pegawai Negeri Sipil Pasal 6 yang mengatur hal – hal sebagai berikut:

Ayat (1) Tingkat hukuman disiplin terdiri atas:

- a. hukuman disiplin ringan
- b. hukuman disiplin sedang
- c. hukuman disiplin berat

Ayat (2) Jenis hukuman disiplin ringan terdiri atas:

- a. tegoran lisan
- b. tegoran tertulis
- c. pernyataan tidak puas secara tertulis

Ayat (3) Jenis hukuman disiplin sedang terdiri atas:

- a. penundaan kenaikan gaji berkala untuk paling lama 1 (satu) tahun;
- b. penurunan gaji sebesar satu kali kenaikan gaji berkala untuk paling lama 1 (satu) tahun dan;
- c. penundaan kenaikan pangkat untuk paling lama 1 (satu) tahun

Ayat (4) Jenis hukuman disiplin berat terdiri atas:

- a. penurunan pangkat pada pangkat yang stingkat lebih rendah untuk paling lama 1 (satu) tahun
- b. pembebasan dari jabatan;
- c. pemberhentian dengan hormat tidak atas permintaan sendiri sebagai Pegawai Negeri Sipil; dan
- d. pemberhentian tidak dengan hormat sebagai Pegawai Negeri Sipil

Dari ketentuan tentang hukuman disiplin tersebut, dapat disimpulkan bahwa jenis sanksi yang dapat dijatuhkan dalam kontrol intern (pengawasan atasan langsung) adalah sanksi administratif

Dari kajian yang telah diuraikan di atas dapat disimpulkan bahwa pengawasan intern oleh atasan langsung adalah sama dengan pengawasan melekat yang dimaksud dalam Inpres Nomor 15 Tahun 1983 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengawasan. Atasan langsung adalah pimpinan unit organisasi, dalam kaitan dengan kajian ini adalah Kepala Dinas. Jenis hukuman yang dijatuhkan adalah mengacu pada ketentuan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 1980

5.3.3.2. Kontrol eksternal

Dalam mengartikan pengawasan eksternal penulis mempergunakan pengertian pengawasan eksternal yang diberikan oleh **Paulus Effendie Lotulung** yaitu pengawasan yang dilakukan oleh badan/organ secara struktur organisasi berada di luar pemerintahan dalam arti eksekutif, yang dapat berbentuk kontrol fungsional dalam bidang keuangan yang dilakukan oleh BPK (Badan Pemeriksa Keuangan); kontrol sosial yang dilakukan oleh masyarakat melalui LSM (Lembaga Sosial Masyarakat) termasuk media massa atau kelompok masyarakat yang berminat dalam bidang tertentu; kontrol politis yang dilakukan oleh MPR, DPR dan DPRD terhadap pemerintah, kontrol reaktif yang dilakukan secara tidak langsung melalui badan peradilan (*judicial control*) antara lain peradilan umum dan peradilan administrasi.

Mengingat demikian bervariasinya bentuk kontrol yang termasuk di dalam kontrol ekstern ini, maka penulis mengelompokkan menjadi 2 bagian, yaitu kontrol

yang dilakukan oleh badan/organisasi di luar badan peradilan yang penulis sebut sebagai kontrol non yudisial, dan kontrol yang dilakukan melalui badan peradilan yang penulis sebut dengan kontrol yudisial.

Ditinjau dari tindak pemerintahan, tindakan penegakan hukum termasuk dalam tindak pemerintahan berdasarkan atas hukum publik, karena kegiatan penegakan hukum dalam bentuk paksaan pemerintah (*bestuursdwang*) dilakukan berdasarkan atas keputusan tata usaha negara. Namun demikian di dalam pelaksanaan pembongkaran mungkin saja terjadi suatu perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai perbuatan melanggar hukum oleh penguasa. Dengan demikian ada dua kemungkinan obyek kontrol yudisial, yaitu kontrol terhadap keputusan tata usaha negara (*ktun*) yang merugikan, dan terhadap tindakan faktual yang merugikan dalam pelaksanaan penegakan hukum. Dengan demikian jenis kontrol yudisial yang dibahas di dalam anak sub bab ini adalah kontrol yudisial melalui peradilan tata usaha negara dan kontrol yudisial melalui badan peradilan umum untuk perbuatan melanggar hukum oleh penguasa (*onrechtmatig overheidsdaad*).

a). Kontrol yudisial

a.1. Peradilan Tata Usaha Negara.

Di dalam pembahasan mengenai prosedur penegakan hukum di daerah 4.3, khususnya di dalam analisa kasus, dijelaskan bahwa pembongkaran bangunan dilakukan berdasarkan atas surat keputusan kepala daerah (*ktun*). Terhadap keputusan tersebut kemungkinan terjadi ketidakpuasan dari pihak yang dikenai keputusan, untuk itu sarana kontrol yang dapat ditempuh oleh pihak yang terkena keputusan adalah

melalui sarana administratif yaitu dalam bentuk pengajuan keberatan atau kontrol atasan langsung, dalam hukum administrasi dikenal dengan istilah banding administratif (*administratief beroep* akan dibahas kemudian) atau kontrol dengan bantuan badan peradilan.

Pertanyaan yang muncul adalah apakah keputusan kepala daerah tersebut dapat dikategorikan sebagai keputusan tata usaha negara sebagaimana diatur dalam ketentuan pasal 1 angka 3 Undang – Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang kemudian diubah dengan Undang – undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

Konsep keputusan tata usaha negara dirumuskan di dalam Pasal 1.3 UU No.5 Tahun 1986 Juncto UU No. 9 Tahun 2004, keputusan tata usaha negara adalah:

- 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 kongkret, individual
- Dan final
- Yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata³⁷⁹

Di dalam penjelasan Pasal 1.3 dijelaskan hal – hal sebagai berikut: Istilah *penetapan tertulis* tidak menunjuk pada bentuk keputusan, misalnya keputusan pengangkatan, melainkan pada isi keputusan yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat tata usaha negara. Persyaratan tertulis oleh pembuat undang – undang hanyalah untuk mempermudah dalam hal pembuktian. Oleh karenanya sebuah memo atau nota dinas dapat dikategorikan sebagai keputusan Badan atau Pejabat tata usaha

negara apabila jelas: a. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara mana yang mengeluarkannya; b. maksud serta hal mengenai apa isi tulisan itu; c. kepada siapa tulisan itu ditujukan dan apa yang ditetapkan di dalamnya. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara adalah Badan atau Pejabat di pusat dan daerah yang melakukan kegiatan yang bersifat eksekutif. *Tindakan hukum Tata Usaha Negara* adalah perbuatan hukum Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang dapat menimbulkan hak dan kewajiban pada orang lain, bisa dicontohkan misalnya pemberian atau pencabutan izin. Bersifat *kongkret* artinya obyek yang diputuskan dalam keputusan tersebut tidak abstrak, tetapi berwujud tertentu atau dapat ditentukan misalnya izin usaha bagi si A, pemberhentian si B sebagai pegawai negeri. Contoh ini menurut hemat penulis kurang tepat atau berlebihan, seharusnya cukup tentang izin usaha, pemberhentian pegawai, tanpa harus menunjuk seseorang, karena yang disasar adalah wujud tindakan yang dilakukan. Penambahan nama seseorang itu nantinya pada pengertian individual, seperti dijelaskan, bersifat *individual* artinya Keputusan Tata Usaha Negara itu tidak ditujukan untuk umum, tetapi tertentu baik alamat maupun yang dituju. Kalau yang dituju itu lebih dari satu, tiap - tiap nama orang yang terkena keputusan itu disebutkan. Umpamanya, keputusan tentang pembuatan atau pelebaran jalan dengan lampiran yang menyebutkan nama - nama orang yang terkena keputusan tersebut. Dengan penjelasan tentang makna individual ini meyakinkan pendapat penulis bahwa contoh yang diberikan untuk pengertian kongkrit tidak tepat, karena menyangkut obyek atau wujud tindakan Badan atau Pejabat tata usaha negara, sedangkan pengertian individual menyangkut subyek (orang) yang terkena keputusan tata usaha negara. Bersifat *final* artinya sudah difinitif dan karenanya dapat

menimbulkan akibat hukum. Keputusan yang masih memerlukan persetujuan instansi atasan atau instansi lain belum bersifat final karenanya belum dapat menimbulkan suatu hak dan kewajiban pada pihak yang bersangkutan. Misalnya pengangkatan pegawai negeri, masih memerlukan persetujuan dari Badan Administrasi Kepegawaian Negara. Terhadap pengertian keputusan tata usaha negara sebagaimana diatur di dalam Pasal 1.3 UU No.5 Tahun 1986 yang diperbaharui dengan UU No.9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Philipus M Hadjon³⁸⁶, dalam tulisannya yang berjudul *“Judicial Review of Administrative Actions and Governmental Liability in Indonesia”* yang dimuat dalam *“Comparative Studies on Governmental Liability in East and Southeast Asia”* mengungkapkan berbagai permasalahan yang timbul dari pengertian keputusan tata usaha negara tersebut yaitu tidak lengkapnya hukum administrasi Indonesia dan karena ketentuan itu sendiri kabur. Kekaburan ini dengan jelas tampak pada banyaknya perkecualian berdasarkan Pasal 2 dan 3 sebagaimana dibatasi oleh Pasal 49 Undang - Undang No.5 Tahun 1986 yang telah diubah dengan Undang - Undang No.9 Tahun 2004³⁸¹.

Kembali kepada persoalan apakah keputusan kepala daerah yang memuat ketentuan tentang paksaan pemerintah dalam bentuk pembongkaran bangunan atau pencabutan izin dapat dikategorikan sebagai keputusan tata usaha negara, sehingga dapat digugat ke Peratun. Untuk itu penulis mengkaji Surat Keputusan Walikota Denpasar Nomor 20 Tahun 2002 tentang Pembongkaran 8 (delapan) Bangunan Pertokoan Di Sebelah Selatan Pura Desa Denpasar Atau Di Sebelah Utara Pasar Badung Jalan Gajah Mada Denpasar. Dilihat dari unsur bentuk tertulis, bentuknya

adalah keputusan walikota, dari unsur dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara, kiranya jelas Walikota adalah Pejabat Tata Usaha Negara, dapat dilihat pada ketentuan Undang – undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah ,khususnya Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2). Di dalam ayat (1) ditentukan: “ Setiap daerah dipimpin oleh kepala pemerintah daerah yang disebut kepala daerah” sedangkan ayat (2) “Kepala daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) untuk provinsi disebut Gubernur untuk kabupaten disebut bupati, dan untuk kota disebut walikota. Dilihat dari unsur tindakan hukum tata usaha negara, di dalam Surat Keputusan Walikota tersebut adalah pembongkaran terhadap 8 (delapan) bangunan pertokoan (pasal 1 ayat (1)). Unsur berdasarkan peraturan perundang – undangan yang berlaku, dapat dilihat pada dasar mengingat keputusan tersebut antara lain yang paling kongkrit adalah Keputusan Walikota Denpasar Nomor 376 A Tahun 2001 tentang Master Plan Pasar Badung di Kota Denpasar. Unsur kongkrit, di dalam keputusan tersebut jelas disebutkan pembongkaran terhadap 8 (delapan) bangunan pertokoan di sebelah selatan Pura Desa Denpasar atau di sebelah utara Pasar Badung jalan Gajah Mada Denpasar (pasal 1 ayat (1)). Unsur individual dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 1 ayat (2) yang menentukan: 8 (delapan) bangunan pertokoan dimaksud ayat (1) Pasal ini berada atas penguasaan dan atau kepemilikan yaitu: (1). Edy Harliyanto (Toko Sumber Indah) jalan Gajah Mada Nomor 971 Denpasar, (2). Sulaiman (Toko Alam Baru) Jalan Gajah Mada Nomor 85 Denpasar, (3). Subamia (Toko Pulau Mas) Jalan Gajah Mada Nomor 93 Denpasar; (4) Made Puder (Toko Boma) Jalan Gajah Mada Nomor 91 Denpasar ; (5) A.A.Raka Hartini (Toko Cerdas) Jalan Gajah Mada Nomor 80 Denpasar; (6) Alsyah (Toko Ratna) Jalan Gajah Mada

Nomor 87 Denpasar, (7) A.A.Kompvng Pradnya (Toko Sada) Jalan Gajah Mada Nomor 85 Denpasar, (8) Gede Budiada (Toko Perhatian) Jalan Gajah Mada Nomor 91 Denpasar. Unsur final dapat dilihat pada konsiderans menimbang huruf d sebagai berikut

"bahwa untuk kepentingan penataan ruangan kota dan perluasan areal parkir Pasar Badung sebagaimana dimaksud huruf a dan b di atas, Walikota Denpasar telah mengeluarkan Surat Peringatan I (Pertama) tanggal 8 Januari 2002 Nomor 593.5/01/HK/2002, Surat Peringatan II (kedua) Tanggal 18 Januari 2002 dan Surat Peringatan III (ketiga) Tanggal 28 Januari 2002 Nomor 593.5/06/HK/2002 Perihal Pengosongan Tanah dan atau Bangunan Pertokoan yang berada di sebelah selatan Pura Desa Denpasar atau sebelah utara Pasar Badung Jalan Gajah Mada Denpasar"

Dari penelusuran terhadap unsur-unsur keputusan tata usaha negara terhadap Keputusan walikota tersebut, maka jelas bahwa keputusan Walikota Denpasar No.20 Tahun 2002 tentang Pembongkaran 8 (delapan) Bangunan Pertokoan Di Sebelah Selatan Pura Desa Denpasar Atau Di Sebelah Utara Pasar Badung Jalan Gajah Mada Denpasar memenuhi kriteria sebagai keputusan tata usaha negara sebagaimana diatur di dalam Pasal 1 angka 3 UU No.5 Tahun 1986 Jo UU No.9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

Dengan diubahnya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara dengan undang-undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara terdapat perubahan ketentuan pasal 53 ayat (2) sebagai alasan menggugat. Untuk jelasnya perubahan yang terjadi penulis kutip seluruh bunyi pasal 53 ayat (2) UU No.5 Tahun 1986 dan Pasal 53 ayat (2) UU No.9 Tahun 2004.

Undang - Undang No.5 Tahun 1986.

Pasal 53 ayat (2)

Alasan – alasan yang dapat digunakan dalam gugatan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah:

- a. Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang – undangan yang berlaku;
- b. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan keputusan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut;
- c. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan keputusan sebagaimana dimaksud dimaksud ayat (1) setelah mempertimbangkan semua kepentingan yang tersangkut dengan keputusan itu seharusnya tidak sampai pada pengambilan atau tidak pengambilan keputusan tersebut.

Di dalam penjelasan pasal tersebut dinyatakan bahwa bertentangan dengan undang – undang diartikan bahwa keputusan tersebut bertentangan dengan peraturan perundang – undangan yang bersifat prosedural/formal, peraturan perundangan yang bersifat material/substansial dan dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang tidak berwenang.

Dari penjelasan tersebut, pembentuk undang – undang mengartikan peraturan perundang – undangan bukan dari sudut bentuk melainkan dari sudut sifat substansi dari undang – undang tersebut yaitu peraturan perundang – undangan yang bersifat prosedural dan yang bersifat material. Namun demikian dengan diundangkannya UU No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – undangan mau tidak mau pengertian peraturan perundang – undangan dalam ketentuan Pasal 53 ayat (2) huruf a harus mengacu kepada pengertian peraturan perundangan – undangan berdasarkan undang - undang ini. Di dalam Pasal 7 ditentukan: Jenis dan hierarki Peraturan Perundang - undangan adalah sebagai berikut: (a) Undang – Undang Dasar

Negara Republik Indonesia Tahun 1945; (b) Undang – undang Peraturan Pemerintah pengganggu undang - undang; (c) Peraturan Pemerintah; (d) Peraturan Presiden; (e) Peraturan Daerah. Penjelasan terhadap Pasal 53 ayat (2) huruf b , dasar pembatalan ini sering disebut penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir* (the *improper use of the power*) dan penjelasan huruf c dasar pembatalan ini sering disebut larangan berbuat sewenang – wenang (*willekeur, unreasonable*)

Di dalam UU No. 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas UU No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, ketentuan pasal 53 ayat (2) diubah menjadi: Pasal 53 ayat (2) Alasan – alasan yang dapat digunakan dalam gugatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah:

- a. Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang – undangan yang berlaku ;
- b. Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan asas – asas umum pemerintahan yang baik .

Dengan adanya perubahan ini, unsur penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir, the improper use of the power*) yang sebelumnya diatur di dalam Pasal 53 ayat (2) huruf b dan unsur *willekeur* atau *unreasonable* yang sebelumnya diatur dalam Pasal 53 ayat (2) huruf c tidak ada lagi. Menurut penafsiran penulis materi yang diatur di dalam Pasal 53 ayat (2) huruf b dan c ditampung di dalam Pasal 53 ayat (2) huruf b UU No. 9 Tahun 2004. Dengan demikian alasan untuk menggugat suatu keputusan tata usaha negara menjadi jelas, yaitu bertentangan dengan peraturan perundang - undangan baik tertulis maupun tidak tertulis dalam wujud asas – asas umum pemerintahan yang baik.

Dengan perubahan ini kedudukan asas – asas umum pemerintahan yang baik menjadi jelas, artinya secara normatif dapat digunakan sebagai alasan menggugat suatu keputusan tata usaha negara. Dengan demikian ini berarti tidak perlu lagi merujuk JUKLAK Mahkamah Agung Nomor:052/Td.TUN/III/1992 tanggal 24 Maret 1992 butir V tentang Diktum yang menyatakan:

“ di dalam hal hakim mempertimbangkan adanya asas – asas umum pemerintahan yang baik sebagai alasan pembatalan penetapan, maka hal tersebut tidak perlu dimasukkan dalam diktum putusannya, melainkan cukup dalam pertimbangan putusan dengan menyebut asas – asas umum pemerintahan yang baik yang dilanggar dan akhirnya harus mengacu Pasal 53 ayat (2) ³⁸²

Dalam kaitan dicantulkannya asas – asas umum pemerintahan yang baik di dalam Pasal 53 ayat (2) b, UU No.9 Tahun 2004, **Philipus M Hadjon**, dalam tulisannya yang berjudul “ Implikasi UU Nomor 9 Tahun 2004 Terhadap Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara ³⁸³ berpendapat bahwa: penerapan ketentuan Pasal 53 ayat (2) huruf b (AAUPB) hendaknya tetap berpedoman pada hakekat dari karakter yuridis AAUPB sebagai norma pemerintahan yang tidak tertulis yang tidak hanya lahir atas tuntutan *discretionary power* tetapi karena pendekatan hak asasi dalam hukum administrasi (*rights based approach*) yang meletakkan asas pemerintahan atas *principles of due administration*. Lebih lanjut dikatakan bahwa penjelasan Pasal 53 ayat (2) huruf b yang menunjuk ketentuan dalam UU No.28 Tahun 1999 sebagai landasan rincian AAUPB adalah tidak tepat. Bilamana hakim menerapkan Pasal 53 ayat (2) huruf b dengan menunjuk UU Nomor 28 Tahun 1999, maka sangatlah kontradiktif karena penunjukkan itu berarti masuk ke dalam katagori *toetsingsgronden* Pasal 53 ayat (2) huruf a yaitu peraturan perundang undangan.

Denga kata lain ketentuan Pasal 53 ayat (2) huruf b menjadi kehilangan makna karena penjelasan itu sendiri.

Materi tuntutan yang dapat diajukan di dalam kontrol yudisial melalui peradilan tata usaha negara adalah putusan yang menyatakan tidak sah keputusan yang disengketakan dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan atau rehabilitasi sesuai dengan ketentuan Pasal 53 ayat (1) UU No. 9 Tahun 2004³⁸⁴.

Dari uraian tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa kontrol yudisial terhadap penegakan hukum di daerah melalui badan peradilan tata usaha negara obyek gugatannya adalah keputusan tata usaha negara, dapat dilakukan oleh orang atau badan hukum perdata yang merasa dirugikan oleh keputusan tata usaha negara tersebut dengan alasan bertentangan dengan peraturan perundang - undangan yang berlaku atau bertentangan dengan asas - asas umum pemerintahan yang baik, dengan isi tuntutan berupa pernyataan tidak sah atau batalnya keputusan tata usaha negara tersebut, baik dengan atau tidak tuntutan ganti rugi dan/atau rehabilitasi.

a.2 Peradilan umum

Kontrol yudisial di samping dapat disalurkan melalui badan peradilan tata usaha negara, dapat juga melalui peradilan umum, karena sejak diundangkannya UU Nomor 5 Tahun 1986 yang kemudian diubah dengan UU Nomor 9 Tahun 2004 sistem tanggung gugat pemerintah di Indonesia dibedakan atas dua macam . *Pertama* tanggung gugat atas tindakan berbentuk keputusan tata usaha negara yang menimbulkan kerugian dan *kedua* tanggung gugat atas tindakan lain yang bukan keputusan tata usaha negara, yang dalam praktek dikenal dengan istilah tanggung

gugat atas "perbuatan melanggar hukum"³⁸⁵ oleh penguasa (*onrechtmatig overheids daad*)

Berbicara tentang perbuatan melanggar hukum oleh penguasa (*onrechtmatig overheids daad*) kiranya tidak dapat lepas dari sejarah perkembangan yurisprudensi tentang tindak pemerintahan yang *rechtmatig*. Di dalam perkembangan yurisprudensi HR di Nederland, ukuran *rechtmatigheid* dikembangkan sejak tahun 1863³⁸⁶, ukuran satu – satunya pada waktu itu adalah *wet* (undang – undang). sejak **Arrest Lindebaum Cohan** Tahun 1919 ukuran *rechtmatigheid* diperluas menjadi: 1). *ingebreuk op een andere recht* (melanggar hak orang lain); 2). *in strijd met eigen rechtsplicht* (bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri); 3). *strijd met de geode zeden* (bertentangan dengan kepatutan yang berlaku di masyarakat). Ukuran *rechtmatigheid* tersebut di atas berdasarkan pada pasal 1365 BW, sehingga tidak dapat diterapkan untuk tindak pemerintahan, baru tahun 1924 dalam **Ostermann – Arrest** ukuran *rechtmatigheid* diterapkan terhadap tindakan pemerintahan. Sejak saat itu mulai dikenal *onrechtmatige overheidsdaad*³⁸⁷ di dalam putusan itu ditentukan bahwa apabila pejabat pemerintah melanggar suatu undang – undang, maka ia melakukan suatu perbuatan melanggar hukum, sekalipun undang – undang tersebut hukum publik, dan atau sekalipun dengan pelanggaran undang – undang itu sama sekali tidak ada hak perseorangan (*subjective recht*) yang dilanggar.³⁸⁸ Kemudian di dalam **Strooppot – Arrest** pada tahun 1928 memutuskan bahwa pemerintah wajib mengganti kerugian kepada pihak yang dirugikan, apabila kerugian itu disebabkan oleh kelalaian pemerintah, tetapi hanya dalam hal pemerintah ikut serta dalam pergaulan hukum, sebagai seorang partikelir.³⁸⁹ Untuk di Indonesia Yurisprudensi

Mahkamah Agung dikenal dengan kasus **W.Josopandoyo**, dengan surat Keputusan Nomor 838K/Sip:1970. Dari putusan tersebut disimpulkan ukuran *rechtmatic* sebagai berikut: 1) undang – undang dan peraturan formil lainnya yang berlaku; 2) kepatutan dalam masyarakat yang harus dipatuhi oleh penguasa. Dalam SEMA No.MA/Pemb/0159/77 dinyatakan bahwa yurisprudensi tersebut masih harus disempurnakan, dan juga perbuatan kebijaksanaan tidak termasuk kompetensi pengadilan untuk mengadilinya. Dalam Lokakarya “Pembangunan Hukum Melalui Peradilan” tanggal 30 Mei - 1 Juni 1977 di Lembang Bandung, disimpulkan bahwa perbuatan melanggar hukum mengandung tiga ukuran yaitu: 1) pelanggaran terhadap undang – undang dan peraturan peraturan formil (peraturan perundang undangan); 2) kepatutan yang harus diperhatikan oleh penguasa; 3) kebijakan tidak dapat dinilai oleh hakim perdata.³⁹⁰

Pertanyaan yang muncul kemudian adalah apakah dasar hukum kompetensi peradilan umum mengadili gugatan perbuatan melanggar hukum oleh penguasa ? Untuk hal ini kiranya dapat dilihat pada ketentuan Undang - undang Nomor 5 Tahun 1986 jo Undang – undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UUU No 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara dikaitkan dengan UU Nomor 2 Tahun 1986 jo UU Nomor 8 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang undang No.2 Tahun 1986 tentang Peradilan umum.

Di dalam penjelasan umum UU No.5 Tahun 1986 dinyatakan antara lain:

“...sengketa Tata Usaha Negara lainnya yang menurut Undang undang ini tidak menjadi wewenang Peradilan Tata Usaha Negara , diselesaikan oleh Peradilan umum”

Dari penjelasan tersebut maka wewenang Peradilan umum adalah mengadili gugatan terhadap pemerintah yang berhubungan dengan tindakan - tindakan pemerintah di luar keputusan tata usaha negara. Mengingat tindakan pemerintah dapat bersifat hukum publik dan hukum perdata, maka itu berarti Peradilan umum berwenang mengadili gugatan terhadap pemerintah yang berhubungan dengan tindakan pemerintah dalam hukum publik, asalkan di luar keputusan tata usaha negara. Hal ini sejalan dengan pendapat **Rochmat Soemitro**, dalam bukunya yang berjudul "Peradilan tata Usaha Negara", dinyatakan bahwa perbuatan material pejabat tata usaha negara walaupun individual karena tidak tertulis tidak termasuk keputusan tata usaha negara. Jika terjadi sengketa tentang perbuatan material itu maka penyelesaian sengketa itu masuk wewenang Pengadilan Umum³⁹¹

Permasalahan yang timbul adalah di dalam penjelasan umum UU No.9 Tahun 2004 penjelasan tersebut tidak ada lagi. Pertanyaan timbul apakah penjelasan dalam UU No.5 Tahun 1986 masih berlaku? Di dalam UU No.9 Tahun 2004 nomor 38 yaitu Pasal 143 A ditentukan:

Pada saat Undang - undang ini mulai berlaku peraturan perundang - undangan pelaksanaan undang - undang No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dan belum diganti berdasarkan undang - undang ini.

Di dalam angka 39 ditentukan bahwa Penjelasan umum yang menyebut

"Pemerintah" dan "Departemen Kehakiman" diganti menjadi "Ketua Mahkamah Agung"

Dengan dua ketentuan tersebut maka penjelasan umum UU No.5 Tahun 1986 masih tetap berlaku, karena yang berubah hanyalah dua kata seperti tersebut di dalam

perubahan angka 38. Bila dari sisi UU No.5 Tahun 1986 jo UU No.9 Tahun 2004 telah menyerahkan masalah perbuatan badan atau pejabat tata usaha negara diluar keputusan tata usaha negara kepada peradilan umum, tidak demikian dengan UU No. 2 Tahun 1986 tentang Peradilan umum yang telah diubah dengan UU No 8 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No 2 Tahun 1986 tentang Peradilan umum, karena kompetensi peradilan umum sebagaimana diatur di dalam ketentuan Pasal 50 UU No.2 Tahun 1986 yang tidak diubah dalam UU No.8 Tahun 2004 menentukan bahwa "Pengadilan Negeri bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara pidana dan perdata ditingkat pertama". Dari ketentuan pasal tersebut jelas bahwa kompetensi peradilan umum hanyalah untuk menyelesaikan perkara pidana dan perdata dan tidak ditentukan berwenang untuk menyelesaikan sengketa tata usaha negara yang dilimpahkan oleh UU No.5 Tahun 1986 jo UU No.9 Tahun 2004.

Dari ketentuan dua undang – undang tersebut (undang – undang tentang peradilan umum dan undang – undang peradilan tata usaha negara) tidak sinkron dalam pengaturan masalah kompetensi. Ini berarti badan pembentuk undang – undang kurang cermat di dalam pembentukan undang – undang, artinya tidak memperhatikan keterkaitan secara komprehensif undang – undang yang baru dibuat dengan undang – undang lain yang berkaitan. dengan kata lain pembentuk undang – undang hanya memperhatikan substansi undang- undang secara parsial tidak secara sistemik, padahal semua peraturan perundang – undangan yang ada diharapkan menciptakan suatu tatanan hukum yang sistematis, artinya undang – undang yang satu berkaitan dengan undang – undang yang lain.

Pertanyaan kemudian timbul gugatan terhadap tindakan melanggar hukum oleh penguasa melalui peradilan umum bagaimana? Di dalam praktek gugatan terhadap pemerintah melalui peradilan umum dirumuskan sebagai perkara perdata.³⁹²

Sebagai konsekuensi gugatan terhadap perbuatan melawan hukum oleh penguasa dirumuskan sebagai perkara perdata, maka petitum utama dalam gugatan selalu ganti rugi, berbeda dengan petitum gugatan dalam sengketa tata usaha negara berupa pembatalan atau pernyataan tidak sah keputusan tata usaha negara yang digugat dan dapat juga permohonan ganti rugi.

Satu persoalan lagi yang penting untuk dicermati dalam masalah gugatan terhadap pemerintah karena tindakan melanggar hukum oleh penguasa adalah siapa yang digugat? Untuk menjawab permasalahan ini kiranya pendapat **Philipus M Hadjon**, sangat tepat dipakai acuan. Di dalam tulisannya yang berjudul "Keterbukaan Pemerintahan dan Tanggung Gugat Pemerintah" yang telah beberapa kali penulis kutip dinyatakan, formulasi siapa tergugat harus dilandaskan pada asas yang melandasi hukum perdata di satu pihak dan hukum administrasi di pihak lain. Dalam hukum perdata subyek hukum adalah orang atau badan hukum. Bagi pemerintah tidak mungkin orang sebagai subjek hukum, melainkan badan hukum, oleh karena itu gugatan harusnya ditujukan kepada badan hukum, dalam hal ini pemerintah Indonesia, atau pemerintahan daerah di tingkat daerah, bukan pejabatnya misalnya Presiden atau Gubernur untuk tingkat daerah.³⁹³

Dari uraian yang telah diuraikan didepan dapat disimpulkan bahwa kontrol eksternal melalui badan peradilan yang disebut juga dengan kontrol reaktif terhadap tindakan faktual dalam rangka penegakan hukum di daerah, dapat disalurkan melalui

peradilan umum, pihak yang digugat adalah pemerintah daerah, petitum utama gugatan adalah ganti rugi. Dengan kata lain peradilan umum berwenang mengadili gugatan terhadap pemerintah untuk tindakan di luar keputusan tata usaha negara.

b. Kontrol Non Yudisial

Berkaitan dengan kontrol non yudisial dalam anak sub bab ini dikaji 3 (tiga) sarana kontrol yaitu: pertama upaya administratif; kedua kontrol melalui Lembaga Swadaya Masyarakat dan ketiga kontrol melalui lembaga Ombudsman.

b.1 Upaya Administratif

Undang - undang No.5 Tahun 1986 jo. UU No.9 Tahun 2004, membatasi ruang lingkup sengketa tata usaha negara, baik dari segi obyek gugatan maupun prosedur menggugat. Obyek gugatan di dalam peradilan administrasi hanyalah dibatasi pada keputusan tata usaha negara sebagaimana ditentukan di dalam ketentuan pasal 1 angka 3, dengan segala pengecualiannya yang diatur di dalam Pasal 2, Pasal 3 dan Pasal 49. Dilihat dari sisi prosedur gugatan terhadap keputusan tata usaha negara yang merugikan tidak serta merta dapat diajukan dihadapan peradilan tata usaha negara, karena peradilan tata usaha negara baru berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara jika seluruh upaya administratif yang bersangkutan telah digunakan (Pasal 48 ayat (2)). Dengan demikian sebelum gugatan diajukan ke peradilan tata usaha negara, harus terlebih dahulu melalui upaya administratif yang tersedia (Pasal 48 ayat (1)). Di dalam penjelasan Undang - Undang No. 5 tahun 1986 dinyatakan bahwa upaya administratif adalah suatu prosedur yang

dapat ditempuh oleh seseorang atau badan hukum perdata apabila ia tidak puas terhadap suatu keputusan tata usaha negara. Prosedur tersebut dilaksanakan di lingkungan pemerintahan sendiri, sepintas sama dengan kontrol internal, akan tetapi di dalam upaya administratif ini kedudukan antara yang mengontrol dan yang dikontrol tidak sama, pihak yang mengontrol adalah masyarakat yang dikenai keputusan tata usaha negara, dan yang dikontrol adalah badan atau pejabat tata usaha negara, sedangkan di dalam kontrol internal, baik yang dikontrol maupun yang mengontrol berada dalam satu jajaran yaitu aparatur pemerintah. Upaya administratif ditentukan ada dua bentuk, yaitu: "keberatan" dalam hal penyelesaian itu harus dilakukan sendiri oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang mengeluarkan keputusan itu, dan "banding administratif" dalam hal penyelesaiannya itu harus dilakukan oleh instansi atasan atau instansi lain dari yang mengeluarkan keputusan itu.

Dalam kaitan dengan penegakan hukum di daerah, maka keputusan yang dapat diajukan upaya administratif adalah keputusan – keputusan yang dikeluarkan oleh dinas terkait, misalnya Dinas Tata Kota untuk masalah Izin Mendirikan Bangunan (IMB) yang sifatnya belum final, misalnya penolakan pemberian IMB karena persyaratan yang diperlukan belum dipenuhi. Keputusan semacam ini sifatnya belum final, karena dengan dipenuhinya persyaratan yang diperlukan, maka keputusan yang dimohonkan akan diberikan. Namun demikian bilamana masyarakat pemohon merasa tidak puas terhadap penolakan tersebut, dapat langsung mengajukan keberatan kepada Dinas Tata Kota. Bilamana ternyata yang bersangkutan tidak merasa puas terhadap keputusan Dinas Tata Kota terhadap keberatan yang diajukan, maka yang

bersangkutan dapat mengajukan banding kepada Kepala Daerah dalam hal ini Bupati atau Walikota. Keputusan yang dapat diberikan oleh pejabat atau badan tata usaha negara yang mengeluarkan keputusan adalah menerima atau menolak keberatan atau banding administrasi yang diajukan. Sarana upaya administratif dalam bentuk "keberatan" dan "banding administratif" oleh para sarjana disebut dengan berbagai istilah, misalnya **A.M. Donner** menyebut dengan istilah "*Administratief beroep*" **M.M. van Praag** menyebutnya dengan istilah "*oneigenlijke administratief rechtspraak*" sedangkan **Sjachran Basah** menyebutnya dengan istilah "peradilan semu" atau peradilan administrasi "tak mumi" yang merupakan bagian dari pengertian peradilan dalam arti luas³⁹⁴. Dimungkinkannya sarana upaya administrasi di dalam proses peradilan administrasi menurut **Benyamin Mangkoedilaga**, adalah untuk mempermudah bagi mereka yang berkepentingan, karena upaya administrasi ini relatif lebih lunak (*soepel - flexibel*), dapat dipertimbangkan masalah - masalah yang menyangkut kebijaksanaan (*beleidsvragen*) atau masalah - masalah manfaat (*doelmatigheidsvragen*) dan juga permasalahan - permasalahan hukumnya (*rechtsvragen*), dan penyelesaian sengketa berdasarkan sifat kekeluargaan, oleh karena itu penyelesaian semacam ini tidak dapat digolongkan dalam peradilan administrasi.³⁹⁵

Rochmat Soemitro, memberikan ciri - ciri kepada "banding administratif" dan upaya "keberatan" sebagai berikut.

- a. Yang memutuskan perkara dalam *beroep* adalah instansi, biasanya yang hierarkhis lebih tinggi atau lain - lain dari pada yang memberikan putusan pertama;
- b. Tidak saja meneliti *doelmatigheid*, tetapi berwenang juga meneliti *rechtmatigheidnya* ;
- c. Dapat mengganti, mengubah, atau meniadakan keputusan administrasi yang pertama;

- d. Juga dapat memperhatikan perubahan - perubahan keadaan sejak diambilnya keputusan , bahkan juga dapat memperhatikan perubahan yang terjadi selama prosedur berjalan³⁹⁷

Sejalan dengan ciri - ciri "administrasi beroep" dan "keberatan" yang diberikan oleh **Rochmat Socmitro, Sjachran Basah** memperjelas perbedaan antara unsur unsur peradilan administrasi semu dengan peradilan administrasi murni sebagai berikut.³⁹⁷

Tabel. 4.4 Perbedaan Peradilan Aministrasi Murni dan Semu

Peradilan Administrasi Murni	Peradilan Administrasi Semu
1. yang memutuskan adalah hakim	1. yang memutuskan perkara biasanya instansi yang hierarkhis lebih tinggi (dalam satu jenjang secara vertikal) atau lain dari pada yang memberikan putusan pertama
2. penelitian terbatas pada <i>rechmatigheid</i> keputusan administrasi	2. meneliti <i>rechmatigheid</i> dan <i>doelmatigheid</i> dari keputusan administrasi
3. hanya dapat meniadakan keputusan administrasi, atau bila mana perlumemberi hukuman berupa uang (ganti rugi) tetapi tidak membuat putusan lain yang menggantikan keputusan administrasi yang pertama	3. dapat mengganti, mengubah atau meniadakan keputusan administrasi yang pertama
4. terikat pada mempertimbangkan fakta - fakta dan keadaan pada saat diambilnya keputusan administrasi dan atas itu dipertimbangkan "rechmatigheid" nya	4. dapat memperhatikan perubahan - perubahan sejak saat diambilnya keputusan bahkan juga dapat memperhatikan perubahan yang terjadi selama prosedur berjalan
5. badan yang menentukan itu tidak tergantung , atau bebas dari pengaruh badan - badan lain apapun juga	5. badan yang memutus dapat di bawah pengaruh badan lain walaupun merupakan badan di luar hierarkhi

Dari apa yang diuraikan di depan dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa upaya administrasi dalam bentuk upaya "keberatan" dan "banding administratif" merupakan prosedur yang harus ditempuh sebelum sengketa administrasi yang ada diajukan ke badan peradilan tata usaha negara. Keputusan dari upaya administrasi tersebut dapat berupa penolakan, atau diterima dengan bentuk mengganti, mengubah atau meniadakan keputusan tata usaha negara yang disengketakan.

b.2 Lembaga swadaya masyarakat

Ciri dari suatu pemerintahan yang demokratis adalah terbukanya partisipasi warganya di dalam menentukan arah pembangunan ke masa depan. Partisipasi dapat dilakukan oleh seluruh komponen masyarakat baik itu individu maupun organisasi non pemerintah dalam segala bentuknya, yang dikenal juga dengan istilah Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM). Lembaga Swadaya Masyarakat yang umum dikenal dengan Organisasi non Pemerintah (*Non Government Organization*) merupakan organisasi yang dibentuk oleh kalangan yang bersifat mandiri³⁹⁸. Organisasi seperti ini tidak menggantungkan diri pada pemerintah, pada negara, terutama dalam dukungan finansial dan sarana/prasarana. Sekalipun mendapat dukungan dana dari lembaga - lembaga internasional tidak berarti kalangan *NGO/LSM* sama sekali terlepas dari pemerintah, karena tidak jarang pemerintah memberikan fasilitas penopang misalnya dengan adanya pembebasan pajak untuk aktivitas dan aset yang dimiliki oleh *NGO*, di dalam hukum lingkungan dikenal dengan istilah insentif. Insentif misalnya dalam bentuk pembebasan bea masuk peralatan dari luar negeri yang dipergunakan untuk kegiatan konservasi atau pencegahan dampak lingkungan.

Masalah peran serta masyarakat dalam hukum positif Indonesia terutama undang - undang yang menyangkut kepentingan langsung masyarakat, telah diatur secara jelas, misalnya di dalam Undang - Undang Nomor 24 Tahun 1992 tentang Tata Ruang diatur di dalam ketentuan Pasal 4 ayat (2) huruf b. "Setiap orang berhak untuk berperan serta dalam penyusunan rencana tata ruang, pemanfaatan ruang dan pengendalian pemanfaatan ruang". Di dalam Undang - Undang No.23 Tahun 1997

tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup diatur di dalam Bab III, Hak Kewajiban dan Peran Serta Masyarakat, khususnya Pasal 5 ayat (3) "setiap orang mempunyai hak untuk berperan dalam rangka pengelolaan lingkungan hidup sesuai dengan peraturan perundang – undangan yang berlaku. Peran serta masyarakat diatur di dalam Pasal 7 ayat (1) "Masyarakat mempunyai kesempatan yang sama dan seluas – luasnya untuk berperan dalam pengelolaan lingkungan hidup"³⁹⁹. Masalah peran serta masyarakat ini juga diatur di dalam UU Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (KKN). Peran serta masyarakat diwujudkan dalam bentuk:

- a. hak mencari, memperoleh dan memberikan informasi tentang penyelenggaraan negara ;
- b. hak untuk memperoleh pelayanan yang sama dan adil dari penyelenggara negara;
- c. hak menyampaikan saran dan pendapat secara bertanggung jawab terhadap kebijakan Penyelenggara Negara dan
- d. hak untuk memperoleh perlindungan hukum (Pasal 9 ayat (1)

Tata cara pelaksanaan peran serta masyarakat dalam penyelenggaraan negara tersebut kemudian diatur lebih lanjut di dalam Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1999 tentang Tata Cara Pelaksanaan Peran serta Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Negara. Di dalam penjelasan umumnya dijelaskan bahwa maksud peran serta masyarakat tersebut adalah untuk menunjukkan hak dan tanggung jawab masyarakat dalam penyelenggaraan negara yang bersih. Di samping itu diharapkan pada peran serta tersebut lebih menggairahkan masyarakat untuk melaksanakan kontrol sosial terhadap penyelenggara negara. Dari ketentuan UU No.28 Tahun 1999 dan Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1999 tersebut tidak dijelaskan siapa yang

berhak berperan serta, artinya apakah masyarakat sebagai individu atau boleh dalam bentuk organisasi non pemerintah (Ornop/LSM).

Di dalam Undang – Undang No. 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup hak dari LSM diatur dengan jelas, antara lain di dalam ketentuan Pasal 38 ayat (1):

“Dalam rangka pelaksanaan tanggung jawab pengelolaan lingkungan hidup”

Sesuai dengan pola kemitraan, organisasi lingkungan hidup berhak mengajukan gugatan untuk kepentingan pelestarian fungsi lingkungan hidup.

Hak organisasi lingkungan untuk mengajukan gugatan harus memenuhi persyaratan sebagai berikut.

- a. berbentuk badan hukum atau yayasan;
- b. dalam anggaran dasar organisasi lingkungan hidup yang bersangkutan menyebutkan dengan tegas bahwa tujuan didirikannya organisasi tersebut adalah untuk kepentingan pelestarian fungsi lingkungan hidup;
- c. telah melaksanakan kegiatan sesuai dengan anggaran dasarnya (Pasal 38 ayat (3))

Berdasarkan kriteria sebagaimana diatur di dalam ketentuan pasal 38 ayat (3) tersebut di atas, maka tidak setiap LSM dapat berperan serta dalam setiap bidang kegiatan, melainkan harus sesuai dengan tujuan didirikannya LSM tersebut yang secara tegas dicantumkan di dalam anggaran dasar dan anggaran rumah tangganya, dengan demikian harus berbentuk badan hukum. Hal ini penting untuk menghindari kontrol yang tidak bertanggungjawab. Dengan identitas yang jelas, maka bilamana terjadi hal – hal yang menyangkut masalah hukum, dalam melaksanakan kegiatannya dapat diselesaikan dengan pasti.

Menyangkut masalah identitas dan kegiatan NGO/LSM sangat banyak dan tidak bersifat homogen. Menurut Ryker yang dikutip oleh Afan Gafar dalam bukunya yang berjudul "Politik Indonesia Transisi Menuju Demokrasi" NGO/LSM dapat digolongkan ke dalam 4 (empat) besar, yaitu:

- a. *Government Organized NGOs or GONGOs*, yaitu NGO/LSM yang mendapat dukungan pemerintah baik berupa dana maupun fasilitas. Biasanya NGO semacam ini berperan menyukseskan program – program pemerintah. Di Indonesia NGO semacam ini disebut sebagai NGO *plat merah*.
- b. *Donor Organized NGOs or DONGOs* yaitu NGO/LSM yang dibentuk oleh kalangan lembaga – lembaga donor, baik yang bersifat multilateral maupun unilateral. NGO/LSM seperti ini biasanya dibentuk untuk mewujudkan program lembaga donor tersebut;
- c. *Autonomous or Independent NGOs*, yaitu NGO/LSM yang dibentuk, tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. NGO/LSM semacam ini sifatnya independen secara finansial dan memiliki kepedulian yang sangat luas tentang berbagai hal dalam kehidupan sehari-hari;
- d. *Foreign NGOs*. NGO seperti ini muncul sebagai perwakilan dari NGO yang ada di luar negeri. Kehadirannya tentu saja harus setahu atau mendapat izin dari negara tempat NGO/LSM itu beroperasi.⁴⁰⁾

Sebagai konsekuensi beragamnya jenis NGO/LSM, maka beragam pula jenis kegiatan dan tujuan yang hendak dicapai. Andra L. Corrothers dan Estie W Suryatna⁴⁰¹ mengidentifikasi empat peranan yang dapat dimainkan oleh kalangan NGO/LSM dalam sebuah negara antara lain: (1) *Katalisasi perubahan sistem*. Hal ini dilakukan dengan jalan mengangkat sejumlah masalah yang penting dalam masyarakat, membentuk sebuah kesadaran global, melakukan advokasi demi perubahan kebijakan negara, mengembangkan kemauan politik rakyat, dan mengadakan eksperimen yang mendorong partisipasi masyarakat; (2) *Memonitor pelaksanaan sistem dan cara penyelenggaraan negara*, bahkan bila perlu melakukan protes. Fungsi ini kiranya relevan dalam kaitannya pelaksanaan kontrol terhadap pelaksanaan penegakan hukum di daerah; (3) *Memfasilitasi rekonsiliasi warga negara dengan Lembaga Peradilan*. Hal ini dilakukan karena tidak jarang warga masyarakat menjadi kekerasan itu. Kalangan NGO/LSM muncul secara aktif untuk melakukan pembelaan bagi mereka yang menjadi korban ketidakadilan. (4) *Implementasi program pelayanan*. NGO/LSM dapat menempatkan diri sebagai lembaga yang mewujudkan sejumlah program dalam masyarakat.

Afan Gafar⁴⁰² setelah menganalisa pendapat para sarjana mengenai fungsi NGO/LSM menyimpulkan bahwa peranan NGO/LSM dapat digolongkan ke dalam dua kelompok, yaitu: *Pertama* peranan dalam bidang non – politik, yaitu memberdayakan masyarakat dalam bidang sosial ekonomi, dan *kedua* peranan dalam bidang politik, yaitu sebagai wahana untuk menjembatani warga masyarakat dengan negara atau pemerintah.

Dari apa yang diuraikan di atas dapat diambil kesimpulan bahwa NGO/LSM dapat melakukan kontrol terhadap pelaksanaan penyelenggaraan pemerintahan termasuk dalam penegakan hukum di daerah. Kontrol dapat dilakukan secara mandiri atau atas permintaan masyarakat, oleh karenanya sifat kontrol adalah aktif, berbeda dengan kontrol yudisial yang bersifat pasif.

b.3 Lembaga Ombudsman Nasional

Lembaga Ombudsman merupakan bagian akhir dari pembahasan terhadap kontrol ekstern penegakan hukum di daerah. Kiranya hal ini sesuai dengan apa yang dinyatakan oleh J.G.Brouwer dan A.E.Schilder dalam tulisannya yang berjudul *A Survey of Dutch Administrative Law* sebagai berikut. "*The final piece of legal protection against the authorities is the National Ombudsman.*"⁴⁰³

Lembaga Ombudsman berasal dari negara Skandinavia, dalam hal ini Swedia di dalam Konstitusi barunya pada tahun 1809 didirikan suatu badan yang disebut "*Justitieombudsman*" untuk mengawasi penampilan dari pelaksanaan tugas pejabat publik dan menuntut pelaku yang melakukan tindakan melanggar hukum (*The office of ombudsman is of Scandinavian origin. In 1809 a new Swedish Constitution created of Justitieombudsman to oversee the performance of the duties of public officials and to prosecute the perpetrators of any unlawfull acts.*)⁴⁰⁴. Lembaga ini kemudian diadopsi di negara – negara lain seperti di Denmark (UU Ombudsman th 1954), Norwegia (UU Ombudsman 1962, efektif 1 Januari 1963) telah menarik perhatian berbagai negara lain seperti di Inggris dengan *Parliamentary Comissioner* dan tidak ketinggalan Belanda dengan (*Wet Nationale Ombudsman, Stb 1981,35*).⁴⁰⁵ Indonesia

di bentuk berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 44 Tahun 2000. Di dalam ketentuan Pasal 2 ditentukan

Ombudsman Nasional adalah lembaga pengawasan masyarakat yang berasaskan Pancasila dan bersifat mandiri, serta berwenang melakukan klarifikasi monitoring atau pemeriksaan atas laporan masyarakat mengenai penyelenggaraan negara khususnya pelaksanaan oleh aparatur pemerintahan termasuk lembaga peradilan terutama dalam memberikan pelayanan kepada masyarakat

Dari pengertian Ombudsman Nasional seperti tersebut di atas, dapat ditarik suatu karakteristik lembaga Ombudsman Nasional adalah: (a) merupakan lembaga yang independen, (b) merupakan badan non yudisial, (c) tidak memiliki wewenang yang bersifat formal untuk menetapkan sesuatu. Fungsi Ombudsman pada prinsipnya adalah menerima dan menindaklanjuti keluhan masyarakat terhadap tindakan - tindakan aparatur pemerintah yang masuk dalam katagori *maladministration* seperti dikatakan oleh P.P.Craig " *Parliament Commissioner for Administration is empowerd to investigate claims of injustice resulting from maladministration*"⁴⁰⁶ sejalan dengan apa yang dikatakan oleh Skyes⁴⁰⁷ bahwa fungsi pokok dari Ombudsman adalah melakukan investigasi terhadap tindakan pemerintah yang ada di setiap departemen pemerintah atau badan hukum publik. (*The principle function of the Ombudsman shall be to investigate admonstrative action taken in any Government Department or public statutory body*). Fungsi Ombudsman seperti yang disampaikan Skyes sesuai dengan fungsi utama Ombudsman Belanda yang melakukan investigasi tindakan aparatur pemerintah apakah tindakannya baik atau tidak baik (*The National Ombudsman main task is to investigate the actions of administrative authorities, to decide whether the actions he envistigates are "proper"*

or "no proper.")⁴⁰⁸ Fungsi ombudsman Belanda tersebut kiranya sejalan dengan fungsi Ombudsman Nasional yaitu untuk menjamin perlindungan hak - hak masyarakat serta menindaklanjuti informasi mengenai terjadinya penyimpangan oleh penyelenggara negara dalam melaksanakan tugasnya maupun dalam pelayanan umum. Namun demikian Ombudsman tidak berwenang melakukan *rechmatigheidscontrole*⁴⁰⁹. Ada perbedaan fungsi antara ombudsman dengan badan peradilan. Badan peradilan mengkonsentrasikan dirinya dengan menentukan apakah kewenangan telah dilaksanakan sesuai dengan kekuasaan yang telah ditentukan atau apakah kekuasaan itu telah dilaksanakan sesuai dengan prosedur hukum yang dipersyaratkan, sedangkan fungsi ombudsman adalah berkenaan dengan kualitas dari keputusan dan sarana yang dipergunakan untuk membuat keputusan (*while courts concern themselves with determining wheter authorities have acted within their allotted powers or have exercised those power in accordance with legal procedural requirement, the function of ombudsman's function is concerned with the quality of administrative decisions and of the means adopted to reach those decision*).

Dari fungsi Ombudsman sebagaimana disebutkan di atas, maka pada prinsipnya pekerjaan Ombudsman berhubungan dengan menginvestigasi kasus - kasus yang tergolong tindakan *maladministrasi*. Mengenai pengertian *maladministrasi* dijelaskan di dalam bab 5.

Dari uraian tentang fungsi ombudsman seperti tersebut di atas, dalam kaitannya dengan kontrol pengakan hukum di daerah, ombudsman dapat berperan sebagai kontrol ekstern terhadap praktek penegakan hukum di daerah, Masyarakat dapat memanfaatkan ombudsman untuk masalah yang berkaitan dengan tindakan

maladministrasi yang dilakukan oleh penguasa. Dari tugas yang dilakukan oleh ombudsman nasional maka sifat kontrol yang dilakukan adalah pasif, karena menunggu pengaduan dari masyarakat. Mengingat pentingnya peranan ombudsman dalam rangka melakukan kontrol terhadap penyelenggaraan pemerintahan, maka perlu kiranya dibentuk komisi ombudsman daerah, sehingga pelayanan kepada masyarakat dapat lebih luas, dan dapat mempercepat terciptanya masyarakat yang madani dalam rangka penciptaan suatu penyelenggaraan pemerintahan yang baik (*good governance*).

Dari uraian anak sub bab 4.3.3 dapat disimpulkan bahwa kontrol terhadap pelaksanaan penegakan hukum di daerah dapat dilakukan melalui kontrol intern yang sering disebut juga dengan kontrol atasan langsung atau pengawasan melekat (*waskat*) dan melalui kontrol ekstern, yaitu kontrol yang dilakukan oleh pihak – pihak di luar pemerintah baik melalui badan peradilan dalam bentuk kontrol yudisial maupun melalui jalur di luar badan peradilan yang disebut dengan “upaya administratif” yaitu untuk keputusan tata usaha negara yang belum final, sedangkan keputusan tata usaha negara yang telah final dapat diajukan ke peradilan tata usaha negara. Di samping melalui badan peradilan tata usaha negara, untuk tindakan faktual dari aparatur pemerintah yang termasuk perbuatan melanggar hukum oleh penguasa (*onrechtmatigoverheidsdaad*) di ajukan melalui badan peradilan umum. Kontrol eksternal lain dapat juga dilakukan oleh NGO/LSM yang di dalam anggaran dasar dan anggaran rumah tangganya dengan jelas diatur tentang jenis kegiatan yang dilakukan. LSM dapat melakukan kontrol baik berdasarkan inisiatif sendiri (aktif) maupun berdasarkan pengaduan masyarakat. Lembaga terakhir yang dapat

melakukan kontrol adalah Komisi Ombudsman Nasional untuk tindakan penguasa yang tergolong dalam tindakan "maladministrasi".

- ²⁷⁹ P.P.Craig, *Administrative Law*, London Sweet and Maxwell, 1994, hal 247.
- ²⁸⁰ Sir William Wade, *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1988, hal 855
- ²⁸¹ Loc.cit.
- ²⁸² ibid
- ²⁸³ ibid, hal 27-28
- ²⁸⁴ Bali Post, Tanggal 28 Januari 2004, hal 8
- ²⁸⁵ Philipus M.Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Good Governance* Loc.cit
- ²⁸⁶ ibid
- ²⁸⁷ awm Bijloos, th.j.m Lindner, *De Algemene Wet bestuursrecht, Erste franche*, W.E.J. Leyenk Wilink Zwolle, hal.105
- ²⁸⁸ a.w.m. bijloos; th.j.m. lindner *de Algemene bestuursrecht*, op.cit hal 105-106
- ²⁸⁹ H.J. Simon, *Handeling Awb praktijk (wettekst, wetgeschiedenis, jurisprudentie)*, *Sdu Juridisch & Fiscale Uitgeverij, 's-Gravenhage*, 1995, hal 100.
- ²⁹⁰ H.J. Simon, *Handboek bestuurs (process) recht volgens de Awb (wetgeving, bestuur rechtspraak)*, *Sdu Uitgevers Juridisch & Fisca, 's- Gravenhage*, 1997, hal. 112
- ²⁹¹ ibid hal 29
- ²⁹² Afan Gafar, *Politik Indonesia Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Jogjakarta, 2002, hal 6.
- ²⁹³ ibid
- ²⁹⁴ Hatifah SJ Sumarto, *Inovasi, Partisipasi dan Good Governance, 20 Prakarsa Inovatif Dan Partisipatif di Indonesia*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2003, hal 31
- ²⁹⁵ Arimbi Horoeopoetri dan Mas Achmad Santosa, *Peran Serta Masyarakat Dalam Pengelolaan Lingkungan*, <http://www.Yahoo.com> 2003 hal 3
- ²⁹⁶ Philipus M.Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Good Governance* Op.cit hal 26.
- ²⁹⁷ Arimbi Horoeopoetri dan Mas Achmad Santosa, *Peran Serta Masyarakat*, hal 1
- ²⁹⁸ Philipus M.Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hal 75
- ²⁹⁹ Sudargo Gautama, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1973, hal 9
- ³⁰⁰ J.B.J.M ten Berge dan A.J. Bok, *Codification of Administrative Law In The Netherlands*, (paper), disampaikan dalam *The Meeting of the "Osterreichische Gesellschaft fur Gesetzgebungslehre"* Viena 1997, hal 2-4
- ³⁰¹ G.H.Addink, *General Principles of Good Governance Under GALA*, *Universiteit Utrecht Utrecht*, 2001, hal 51
- ³⁰² Philip M Langebroek, *General Principles of Proper Administration in Dutch Administrative Law* dalam G.H.Addink, *General Principles of Good Governance Under GALA*, *Universiteit Utrecht, Utrecht*, 2001, hal 67.
- ³⁰³ J.M.Otto, dalam Tatiek Sri Djatmiati, *Prinsip Izin Usaha Industri Di Indonesia*, Disertasi, Universitas Airlangga, Surabaya, 2002, hlm.18
- ³⁰⁴ Philipus M Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia, (Introduction to Indonesian Administrative Law)*, Gajahmada University Press, Jogjakarta, 1993, hal 147.
- ³⁰⁵ Philipus M Hadjon, *Tentang Wewenang Pemerintahan (bestuursbevoegheid)*, Pro justitia, Tahun XVI Nomor 1 Januari 1998, hal 90

³⁰⁶ **Indroharto**, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1991, hal 68

³⁰⁷ **Philipus M Hadjon**, *Tentang Wewenang*, op.cit hal, 91

³⁰⁸ *ibid*, hal 94

³⁰⁹ *ibid*, hal 95

³¹⁰ **Suwoto Mulyosudarmo**, *Perubahan Kekuasaan Kajian Teoritis dan Yuridis terhadap Pidato Nawaksara*, Gramedia, Jakarta, 1997, hal 39

³¹¹ *Ibid*, hal 42.

³¹² Perbedaan antara sub-delegasi dengan sub-mandat sapat dijelaskan sebagai berikut: 1) delegetaris dapat memberikan sub delegasi atau melimpahkan kuasa kepada pihak lain (mandaatverlening) pemberian kekuasaan dalam bentuk sub delegasi menyebabkan hilangnya kekuasaan (baca kekuasaan dan tanggung jawab eksternal) delegetaris, sedangkan pelimpahan kuasa oleh delegant tidak menyebabkan hilangnya tanggung jawab, 2) Mandataris dapat memberikan sub-mandat kepada pihak lain. Mandataris tidak diperkenankan memberikan sub-delegasi, karena mandataris tidak memiliki kewenangan eksternal, karena yang dimiliki adalah tanggung jawab internal. Mandataris hanya dapat melakukan sub-mandat verlening. 3) secara administrative bertindak atas nama dan tanggung jawab eksternal sendiri, sedang pemegang sub-delegasi bertanggungjawab secara internal kepada si pemberi wewenang (amandant) dan secara eksternal bertanggungjawab kepada pihak ketiga, sedang pemegang sub mandat tidak memiliki tanggung jawab eksternal kepada pihak ketiga, sebab tanggung jawab eksternal masih tetap berada pada si pemberi kuasa (ibid hal 48-49)

³¹³ **Indroharto**, Pemberian mandat kepada bukan bawahan sangat jarang terjadi. Dalam banyak hal mandat kepada bawahan itu memerlukan adanya ketentuan dalam peraturan dasarnya. apabila ketentuan itu tidak ada, maka suatu mandat kepada bukan bawahan itu hanya dapat bertakuh kalau tiga macam syarat dipenuhi yaitu: 1) mandataris mau menerima pemberian mandat, 2) wewenang yang dimandatkan itu merupakan wewenang sehari-hari sang mandataris; 3) ketentuan perundangan yang bersangkutan tidak menentang terhadap bentuk pemberian mandat tersebut. Delegasi dan mandat wewenang legislative sebagai contoh dapat dilihat dalam pasal 54 ayat (4) UU No. 2 tahun 1986 tentang Peradilan umum yang menentukan: "Tata cara pengawasan dan penindakan serta pembelaan diri sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) diatur lebih lanjut ketua Mahkamah Agung dan Menteri Kehakiman berdasarkan UU. Op Cit, hal.64-67

³¹⁴ Ke 27 naskah dinas tersebut adalah: 1. Surat Edaran; 2. Surat biasa; 3. Surat Keterangan; 4. Surat Perintah; 5. Surat Izin; 6. Surat Perjanjian; 7. Surat Tugas; 8. Surat Perintah Perjalanan Dinas; 9. Surat Kuasa; 10. Surat Perintah Tugas; 11. Surat Undangan; 12. Surat Penyamaan Menjalankan Tugas; 13. Surat Panggilan; 14. Nota Dinas; 15. Nota Pengajuan Konsep Naskah Dinas; 16. Lembar Disposisi; 17. Pengumuman; 18. Laporan; 19. Rekomendasi; 20. Surat Pengantar; 21. Telegram; 22. Berita Daerah; 23. Berita Acara; 24. Notulen; 25. Memo; 26. Daftar Hadir; 27. Piagam/Sertifikat.

³¹⁵ **Philipus M Hadjon**, *Pengertian-Pengertian Dasar Tentang Tindak Pemerintahan (Bestuurshandeling)* Djumali, Surabaya, 1993, hal 11

³¹⁶ **Harjadi**, *Kedudukan*, loc.cit

³¹⁷ *Ibid*, hal.154.

³¹⁸ **Kuntjoro Purbopranoto**, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Alumni Bandung, 1978, hal 48

³¹⁹ **Philipus M Hadjon**, *Fungsi Normatif*, op.cit hal 10.

³²⁰ **Philipus M. Hadjon**, *Analisa Terhadap Pasal 20 Undang-Undang No. 22 tahun 1999 Haruskah Setiap Panggilan DPRD Dipenuhi?* Jawa Post, Kamis Wage 13 April 2000 hal,4

³²¹ **J.J.H. Bruggink**, *Refleksi Tentang Hukum*, alih Bahasa Arief Sidharta, Citra Aditia Bhakti, Bandung, 1999, hal 61

³²² *ibid*, hal 64

³²³ **Jan Geissels, Mark van Hoecke**, *Wat is Rechtsteorte*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982, hal 171

³²⁴ *ibid*

³²⁵ Ian Mc Leod, *Legal Method*, Second Edition, Mac Millan Press Ltd, Hound mills, Basingstoke, Hampshire RG 21 6XS and London 1996, hal 279.

³²⁶ Ibid

³²⁷ ibid

³²⁸ ibid 280

³²⁹ ibid 282

³³⁰ ibid 283

³³¹ Philipus M. Hadjon, *Analisa*, loc. cit.

³³² Pasal 5 Perpres No. 36 Tahun 2005 menentukan kriteria pembangunan demi kepentingan umum: (a) jalan umum, jalan tol, rel kereta api (di atas tanah, di ruang bawah tanah, ataupun di ruang bawah tanah), saluran air minum/air bersih, saluran pembuangan air dan sanitasi; (b) waduk, bendungan, bendung, irigasi, dan bangunan pengairan lainnya; (c) rumah sakit umum dan pusat kesehatan masyarakat; (d) pelabuhan, bandar udara, stasiun kereta api dan terminal; (e) peribadatan; (f) pendidikan atau sekolah; (g) pasar umum; (h) fasilitas pemakaman umum; (i) fasilitas keselamatan umum; (j) pos dan telekomunikasi; (k) sarana olah raga; (l) stasiun penyiaran radio, televisi dan stasiun pendukungnya; (m) kantor pemerintah, pemerintah daerah, perwakilan negara asing, perserikatan bangsa – bangsa, dan catau lembaga – lembaga internasional di bawah naungawn perserikatan bangsa – bangsa; (n) fasilitas Tentara Nasional Indonesia dan Keploisian Negara RI sesuai dengan tugas pokok dan fungsinya; (o) lembaga permasyarakatan dan rumah tahanan, (p) rumah susun sederhana, (q) tempat pembuangan sampah; (r) cagar alam dan cagar budaya; (s) pertamanan; (t) panti sosial; (u) pembangkit, transmisi, distribusi tenaga listrik.

³³³ Bagir Manan, *Menyongsong*, op.cit. hal, 140

³³⁴ 20bidang wewenang Daerah Provinsi adalah: Pertanian; kelautan; kehutanan dan perkebunan, perindustrian dan perdagangan; perkoperasian; penanaman modal; ketenagakerjaan; kesehatan; pendidikan dan kebudayaan; social; penataan ruang; permukiman; pekerjaan umum/perhubungan; lingkungan hidup; politik dalam negeri dan administrasi politik; pengembangan otonomi daerah; perimbangan keuangan; hukum dan perundang – undangan.

³³⁵ Philipus M Hadjon, Tatiek Sri Djatmiani, *Tata Perijinan Pada Era Otonomi Daerah*, Makalah, disampaikan pada Simposium Nasional Sistem Kesehatan Wilayah dan Best Practise in Public Health, Surabaya, 8 November 2001, hal 1

³³⁶ N.M. Speft, J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum Perizinan*, disunting oleh Philipus M. Hadjon, Fakultas Hukum Unair, Surabaya, 1992, hal 3

³³⁷ P.P.Craig, *Administrative Law*, Op.cit. hal 245.

³³⁸ ibid

³³⁹ Sir William Wade, *Administrative Law*, Op.cit. hal 847

³⁴⁰ ibid, hal 850.

³⁴¹ P.P.Craig, *Administrative Law*, Op.cit. hal 246

³⁴² G.H.Addink, *General Principles of Good Governance Under Gala*, Utrecht University, 2001

³⁴³ G.H.Addink, *From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance* dalam *Principles of Good Governance Readers RGEPO20 L 60*, hal 17.

³⁴⁴ Utrecht, Praktek administrasi negara yang merupakan hukum kebiasaan merupakan salah satu sumber hukum administrasi

³⁴⁵ Philipus M Hadjon, *Good Governance Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah (perspektif hukum tata negara dan hukum administrasi)*, Disampaikan Dalam Seminar Nasional, *Good Governance Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah Dalam Rangka Pemantapan Otonomi Luas, Nyata dan Bertanggungjawab*, Diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Warmadewa, Denpasar, Jumat, 24 Mei 2002 hal. 21

³⁴⁶ Philipus M Hadjon, *Asas – asas Umum Pemerintahan Yang Baik (algemene beginselen van behoorlyk bestuur*, dalam Paulus Effendie Lotulung Himpunan Makalah Azas- azas Umum Pemerintahan Yang Baik (A.A.U.P.B) Lemlitbang Hukum Administrasi Negara, Bogor – Jakarta, 1994, hal 119

³⁴⁷Philip M.Langebroek, *General Principles Of Proper Administration In Dutch Administrative Law*, dalam G.H.Addink, *General Principles Of Good Governance Under GALA*, Utrecht University, 2001 di dalam hal. 79 dinyatakan " *the meaning of the principle of carefulness has not been defined finally yet*".

³⁴⁸Ibid.

³⁴⁹Ateng Syafrudin, "Asas - asas Umum Pemerintahan Yang Layak Pegangan Bagi Pengabdian Kepala Daerah " dalam Paulus Effendie Lotulung Himpunan Makalah Azas - azas Umum Pemerintahan Yang Baik (A.A.U.P.B) Lemlitbang Hukum Administrasi Negara, Bogor - Jakarta, 1994, hal 45.

³⁵⁰J.G. Brouwer,E.E Schilder, *A Survey of Dutch Administrative Law*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1998,hal.36.

³⁵¹Indroharto, *Asas - Asas Umum Pemerintahan Yang Baik*, dalam Paulus Effendie Lotulung Himpunan Makalah Azas - azas Umum Pemerintahan Yang Baik (A.A.U.P.B) Lemlitbang Hukum Administrasi Negara, Bogor - Jakarta, 1994, hal.155

³⁵²Philip M.Langebroek, *General Principles Of Proper Administration In Dutch Administrative Law*, dalam G.H.Addink, *General Principles Of Good Governance Reader RGEP020/L601 Utrecht University op.cit hal 34*

³⁵³Ateng Syafrudin, "Asas - asas... op.cit. hal 45

³⁵⁴Art.4:7.1 *Before an administrative authority rejects all or part of an application for an administrative decision, it shall give the applicant the opportunity to state his views, if (a) the rejection is based on information about facts and interests relating to the applicant, and (b) this information differs from information supplied by the applicant himself in the matter. 2 Subsection 1 shall not apply if the difference from the application can be of only minor importance to the applicant.*

³⁵⁵Art.4:8 *1. Before making an administrative decision about which an interested party who has not applied for the administrative decision may be expected to have reservations, an administrative authority shall give that interested party the opportunity to state his views, if (a) the administrative decision is based on information about facts and interests relating to the interested party, and (b) this information was not supplied in the matter by the interested party himself 2. Subsection 1 shall not apply if the interested party has not complied with a statutory obligation to supply information.*

Art.4:9 *For the purposes of articles 4:7 and 4:6 the interested party may state his view either in writing or orally*

³⁵⁶Art.4:11 *the administrative authority may refrain from applying articles 4:7 and 4:8 in so far as (a) the need for expedition precludes this; (b) the interested party has already been given the opportunity to state his views in connection with a previous administrative decision, or to another administrative authority, and no new facts or circumstances have accrued since then, or (c) the purpose of administrative decision can be achieved only if the interested party is not informed of it beforehand.*

Art.4:12 *the administrative authority may refrain from applying articles 4:7 and 4:8 in the case of an administrative decision laying down a financial obligation or claim, if (a) an objection may be made or an administrative appeal may be lodged against that administrative decision, and (b) the adverse consequences may be completely nullified after an objection or administrative appeal 2. Subsection 1 shall not apply to an administrative decision (a) refusing a subsidy under article 4:35 or in accordance with article 4:51; (b) fixing a subsidy at a lower amount under article 4:46, subsection 2, or (c) repealing the granting or fixing of subsidy or altering it to detriment of the recipient.*

³⁵⁷J.G. Brouwer,E.E Schilder, *A Survey of Dutch Administrative Law*, op.cit, hal.40

³⁵⁸Ibid, hal. 39, dikatakannya ... *there are also definition of a nature regarding the design of decisions. One of these is the duty to give reasons.*

³⁵⁹Ibid, *Especially with negative decision (such as the refusal of a licence or imposition of administrative fine*

³⁶⁰Art.3:47 *1 the reasons shall be stated when the order is notified; 2 if possible the statutory regulation on which the order is based shall be stated at that same time*

¹⁶¹ **Arti 3:48 1** *The reasons need not be stated if it can reasonably be assumed that there is no need for this 2. If, however, an interested party asks within a reasonable period to be informed of the reasons, they shall be communicated to him as quickly as possible*

¹⁶² Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, cetakan keempat, Fakultas Hukum Dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Negeri Padjadjaran, 1960, hal 107

¹⁶³ Sujanto, *Aspek Aspek Pengawasan di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 1989, hal 53

¹⁶⁴ Sondang P Siagian, *Filsafat Administrasi*, Gunung Agung, Jakarta, 1986, hal 103 - 107

¹⁶⁵ George R. Terry, *Asas Asas Manajemen*, alih bahasa Winardi, Alumnus, Bandung, hal 195

¹⁶⁶ Sujanto, *Aspek Aspek Pengawasan*, op.cit hal 53

¹⁶⁷ *ibid.* hal.54

¹⁶⁸ Sondang P Siagian, *Filsafat Administrasi*, op.cit hal 139

¹⁶⁹ *ibid.*

¹⁷⁰ Bagir Manan, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*, Pustaka Sionat Harapan, Jakarta, 1994, hal 107

¹⁷¹ Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa system Tentang Kontrol Bagi Segi Hukum Terhadap Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hal XV

¹⁷² *ibid.*

¹⁷³ *ibid.*

¹⁷⁴ *ibid.*

¹⁷⁵ *ibid.*, hal xvii

¹⁷⁶ *ibid.*, hal xvi dan xvii

¹⁷⁷ Bagir Manan, *Hubungan, ...* op.cit, hal 108 Bagir Manan membedakan pengawasan preventif menjadi dua macam, yaitu: Pertama pertimbangan atau pengawasan dijalankan sebelum pemerintah lebih rendah mengambil atau menetapkan suatu keputusan. Kedua pertimbangan atau pengawasan dilakukan setelah pemerintah tingkat yang lebih rendah mengambil keputusan tetapi, tetapi sebelum keputusan itu berlaku dan mempunyai akibat hukum

¹⁷⁸ *ibid.*, hal. 110

¹⁷⁹ Philipus M. Hadjon, *Keterhukusan, ...* op.cit, hal 12

¹⁸⁰ Philipus M. Hadjon, *"Judicial Review of Administrative Actions and Governmental Liability in Indonesia"* yang dimuat dalam *"Comparative Studies on Governmental Liability in East and Southeast Asia"* KluwerLaw International The Hague/London/Boston, hal 118 - 120

¹⁸¹ **Pasal 2** menentukan: Tidak termasuk dalam pengertian Keputusan Tata Usaha Negara menurut Undang - Undang ini: a Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan perbuatan hukum perdata; b Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan pengaturan yang bersifat umum, c Keputusan Tata Usaha Negara yang masih memerlukan persetujuan, d Keputusan Tata Usaha Negara yang dikeluarkan berdasarkan ketentuan Kitab undang - Undang Hukum Pidana dan Kitab undang Undang Hukum Acara Pidana atau peraturan perundang - undangan lain yang bersifat hukum pidana, e Keputusan Tata Usaha Negara yang dikeluarkan atas dasar hasil pemeriksaan badan peradilan berdasarkan ketentuan peraturan perundang - undangan yang berlaku; f Keputusan Tata Usaha Negara mengenai tata usaha Tentara Nasional Indonesia ; g. Keputusan komisi Pemilihan umum baik di pusat maupun di daerah mengenai hasil pemilihan umum **Pasal 3** ayat (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.(3) Dalam hal peraturan perundang - undangan yang bersangkutan tidak menentukan jangka waktu sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), maka setelah lewat jangka waktu empat bulan sejak diterimanya permohonan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang bersangkutan dianggap telah mengeluarkan keputusan penolakan **Pasal 49** Pengadilan tidak berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa Tata Usaha Negara tertentu dalam hal keputusan tata usaha negara yang

disengketakan itu dikeluarkan: a. Dalam waktu perang, keadaan bahaya, keadaan bencana alam, atau keadaan luar biasa yang membahayakan, berdasarkan peraturan perundang – undangan yang berlaku; b. dalam keadaan mendesak untuk kepentingan umum berdasarkan peraturan perundang – undangan yang berlaku.

³⁸² Philipus M. Hadjon, *Implikasi UU Nomor 9 Tahun 2004 Terhadap Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Paper, Surabaya, Oktober 2004, hal 1-2

³⁸³ *ibid*, hal 2

³⁸⁴ Bunyi Pasal 53 ayat (1) Orang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu keputusan Tata Usaha Negara dapat mengajukan gugatan tertulis kepada pengadilan yang berwenang yang berisi tuntutan agar Keputusan tata Usaha negara itu dinyatakan batal atau batal tidak sah, dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan/atau direhabilitasi

³⁸⁵ Philipus M. Hadjon, *Implikasi*, hal 12

³⁸⁶ Philipus M. Hadjon, *Pengertian – Pengertian Dasar Untuk Pemerintahan (bestuurs handeling)* Djumali, Surabaya, 1985, h. 13.

³⁸⁷ *ibid*

³⁸⁸ Sunaryati Hartono, *Apakah The Rule of Law itu ?*, alumni, Bandung, 1978, hal. 59.

³⁸⁹ *ibid*

³⁹⁰ Philipus M. Hadjon, *Pengertian – Pengertian Dasar*, op.cit hal 15

³⁹¹ Rochmat Soemitro, *Peradilan Tata Usaha Negara*, Eresco, Bandung, 1987, hal. 8

³⁹² Philipus M. Hadjon, *Keterbukaan*..., op.cit, hal 18

³⁹³ *ibid* hal. 17

³⁹⁴ Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolak ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1985, hal. 60

³⁹⁵ Benyamin Mangkoedilaga, *Lembaga Peradilan Tata Usaha Negara Suatu Prospek Dimasa Datang*, Angkasa, Bandung, 1988, hal. 57.

³⁹⁶ Rochmat Soemitro, *Naskah Singkat Tentang Peradilan administrasi Di Indonesia*, sumbangan pikiran dalam symposium yang diselenggarakan oleh BPHN, dan dimuat dalam Simposium Peradilan Tata Usaha Negara, Bina Cipta Bandung, 1977, hal. 256.

³⁹⁷ Sjachran Basah, *Eksistensi*, op.cit, hal. 64

³⁹⁸ Afan Gafar, *Politik Indonesia Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pejajar, Jogjakarta, 2002, hal. 200.

³⁹⁹ Pelaksanaan Pasal 7 ayat (1) ini dengan cara . a. meningkatkan kemandirian, keberdayaan masyarakat dan kemitraan; b. menumbuhkembangkan kemampuan dan kepeloporan masyarakat; c. merumbuhkan ketanggap segera masyarakat untuk melakukan pengawasan social; d. memberikan saran pendapat; e. menyampaikan informasi dan/atau menyampaikan laporan.

⁴⁰⁰ Afan Gafar, *Politik Indonesia*, *ibid* hal. 206

⁴⁰¹ *ibid*, hal. 203-204

⁴⁰² *ibid*, hal. 204.

⁴⁰³ J.G. Brouwer, dan A.E. Schilder, *A Survey of Dutch Administrative Law, Ars Aequal Libri*, Nijmegen, 1998, hal. 86.

⁴⁰⁴ E.I. Skyes, et.al *General Principles of Administrative Law*, Butterworths, Sydney Adelaide, Brisbane Canberra Hobart Melbourne Perth, 1989, hal. 379

⁴⁰⁵ Philipus M. Hadjon, *Peranan Ombudsman Dalam Meningkatkan Pemerintahan Yang Bersih dan Efisien*, Makalah, tanpa tahun . hal. 1

⁴⁰⁶ P.P. Craig, *Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1994, hal. 129

⁴⁰⁷ E.I. Skyes, et.al op.cit. hal 380

⁴⁰⁸ de Nationale Ombudsman, *Annual Report 2004, The National Ombudsman of Netherlands*

⁴⁰⁹ Philipus M. Hadjon, *Peranan Ombudsman*, loc.cit.