

Buku ini mengkaji dan menganalisis tentang pertama, Bagaimana esensi pengadaan barang dan jasa pemerintah berdasarkan Perpres Nomor 179 tahun 2014. kedua, Bagaimana kedudukan hukum pejabat pembuat komitmen dalam pengadaan barang dan jasa. dan ketiga, Bagaimana penegakan hukum penyalahgunaan jabatan dalam pengadaan barang dan jasa.

Buku setidaknya mengungkapkan beberapa hal diantaranya, yakni: *Pertama*, arah kebijakan pengadaan barang dan jasa pada hakikatnya untuk terciptanya pemerintahan yang baik, bersih dan berwibawa. Di sisi lain, juga dapat terbina iklim berusaha yang sehat, bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme serta diskriminasi. Dengan demikian, dapat terbina sinergitas antara pemerintah dan dunia swasta dalam pelaksanaan pemerintahan, pembangunan, dan keadilan sosial. *Kedua*, Kedudukan hukum dari pejabat pembuat komitmen pengadaan barang dan jasa dapat dimaknai sebagai "fungsi" yakni melaksanakan aktivitas memerintah berupa tugas pemerintahan, dan sebagai "organisasi", pemerintah diibaratkan dengan pelaksanaan tugas pemerintahan yang secara keseluruhan terdiri dari berbagai macam tindakan-tindakan pemerintahan, keputusan-keputusan, ketetapan-ketetapan yang bersifat umum, tindakan-tindakan hukum perdata dan tindakan-tindakan nyata. *Ketiga*, Proses penegakan hukum terhadap penyalahgunaan wewenang pengadaan barang dan jasa belum efektif. Jika suatu kasus pengadaan barang dan jasa sampai berputar ke Pengadilan, cenderung tidak berupa kasus pidana termasuk tata usaha negara melainkan berupa kasus perdata. Pada umumnya sebagai penggugat adalah pihak swasta yang merasa dirugikan akibat ingkar janji atau kelalaian dari pejabat pembuat komitmen.

DR. DR. H. NAJARUDDIN TOATUBUN, WM., DR.

PENEGAKAN HUKUM PENYALAHGUNAAN WEWENANG
DALAM PENGADAAN BARANG DAN JASA PEERINTAH

DR. DR. H. NAJARUDDIN TOATUBUN,
DR. MUSLIM LOBUBUN, SH,
IRYANA ANWAR, SH.



PENEGAKAN HUKUM TERHADAP PENYALAHGUNAAN WEWENANG DALAM PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH



Editor:
Fajlurrahman Jurdi

**PENEGAKAN HUKUM
TERHADAP
PENYALAHGUNAAN
WEWENANG
DALAM PENGADAAN
BARANG DAN JASA PEMERINTAH**

Pelanggaran Pasal 113
Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta

1. Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf f untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000 (seratus juta rupiah).
2. Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).
3. Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
4. Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau

**DR. Drs. H. NAJARUDDIN TOATUBUN, MM.
DR. MUSLIM LOBUBUN, SH, MH.
IRYANA ANWAR, SH., MH.**

litera

REPUBLIK
INSTITUTE
Yogyakarta, Jakarta, Cirebon

PENEGAKAN HUKUM TERHADAP PENYALAHGUNAAN WEWENANG DALAM PENGADAAN BARANG DAN JASA Pemerintah

Copyright © Penulis

Diterbitkan pertama kali oleh Litera.

Tidak cipta dilindungi oleh undang-undang *All Rights Reserved*.

Tidak Penerbitan pada Penerbit *Litera*.

Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini

tanpa izin tertulis dari Penerbit

Cetakan Pertama: November 2020

ix+258 hlm, 15,5 cm x 23,5 cm

ISBN: 978-623-7864-03-5

Penulis : DR. Drs. H. Najaruddin Toatubun, MM,

DR. Muslim Lobubun, SH, MH

Iryana Anwar, SH., MH

Editor : Fajlurrahman Jurdi

Ilustrasi Sampul : Makhrus Ahmadi

Perancang Sampul : Litera.co

Desain Letak : Litera.co

Diterbitkan oleh:

Penerbit

 litera

Jl. Ronatan NG II/863 Yogyakarta

Telp. 0888-2728-770

E-mail : korak.litera@gmail.com

Bekerjasama dengan:

 EPUBLIK
INSTITUTE

KATA PENGANTAR

Buku ini mengkaji dan menganalisis tentang: pertama, Bagaimana esensi pengadaan barang dan jasa pemerintah berdasarkan Perpres Nomor 172 Tahun 2014, kedua, Bagaimana kedudukan hukum pejabat pembuat komitmen dalam pengadaan barang dan jasa, dan ketiga, Bagaimana penegakan hukum penyalahgunaan jabatan dalam pengadaan barang dan jasa.

Buku ini setidaknya mengungkapkan beberapa hal diantaranya, yakni: Pertama, arah kebijakan pengadaan barang dan jasa pada hakekatnya untuk terciptanya pemerintahan yang baik, bersih dan berwibawa. Di sisi lain, juga demi terbinanya iklim berusaha yang sehat, bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme serta diskriminasi. Dengan demikian, dapat terbina sinergitas antara pemerintah dan dunia swasta dalam pelaksanaan pemerintahan, pembangunan, dan keadilan sosial. Kedua, Kedudukan hukum dari pejabat pembuat komitmen pengadaan barang dan jasa dapat dimaknai sebagai "fungsi" yakni melaksanakan aktivitas memerintah berupa tugas-tugas pemerintahan, dan sebagai "organisasi", pemerintah dibebani dengan pelaksanaan tugas pemerintahan yang secara keseluruhan terdiri dari berbagai macam tindakan-tindakan pemerintahan, keputusan-keputusan, ketetapan-ketetapan yang bersifat umum, tindakan-tindakan hukum perdata dan tindakan-tindakan nyata. Ketiga, Proses penegakan hukum terhadap penyalahgunaan wewenang pengadaan barang dan jasa belum efektif. Jika suatu kasus pengadaan barang dan jasa sampai bergulir ke Pengadilan, cenderung tidak berupa kasus pidana termasuk tata usaha negara melainkan berupa kasus perdata. Pada umumnya sebagai penggugat adalah pihak swasta yang merasa dirugikan akibat ingkar janji atau kelalaian dari pejabat pembuat

Penulis mengucapkan terimakasih yang sebesar-besarnya kepada semua pihak yang telah membantu penulisan hingga terbitnya buku ini. Tentu saja selama penulisan buku ini banyak waktu yang tersita untuk keluarga. Karena itu, kami memohon maaf yang sebesar-besarnya kepada istri, suami dan anak kami selama penulisan buku ini.

Akhirnya, Penulis menyadari bahwa penulisan buku ini masih terdapat berbagai kekurangan. Untuk itu, kritik dan saran yang konstruktif dari semua pihak sangat penulis harapkan demi perbaikan dan penyempurnaan penulisan buku selanjutnya.

Makassar, 2020

Penulis,

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	v
DAFTAR ISI	vii
BAB I PENDAHULUAN	1
BAB II	
WEWENANG PEMERINTAH DALAM NEGARA	
HUKUM.....	19
A. Konsep Negara Hukum	19
B. Jabatan Pemerintah	38
C. Wewenang Pemerintah	43
D. Etika, Norma, dan Prinsip Pengadaan Barang dan Jasa	66
E. Penegakan Hukum	68
F. Tindak Pidana dan Unsur-Unsurnya	84
BAB III	
HAKIKAT PENGADAAN BARANG DAN JASA	
PEMERINTAH BERDASARKAN PERPRES	
NOMOR 172 TAHUN 2014	99
A. Pengadaan Barang dan Jasa Pemborongan Konstruksi Serta Jasa Konsultasi	100
B. Peraturan yang Mendasari Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa	101
C. Syarat-Syarat Mengikuti Pelelangan Pengadaan Barang dan Jasa	103
D. Tahapan Proses Pengadaan Barang dan Jasa Secara Umum	110
E. Kontrak dan Cara Pembayaran	119

- F. Proses Pengadaan Barang dan Jasa Pemborongan Konstruksi di Pemerintah 122
- G. Jenis Pengadaan Barang dan Jasa Pemborong Konstruksi 128

BAB IV

KEDUDUKAN HUKUM PEJABAT

PEMBUAT KOMITMEN PENGADAAN BARANG

- DAN JASA** 137
- A. Kedudukan PA dalam Pengadaan Barang/Jasa 142
- B. Kedudukan KPA dalam Pengadaan Barang/Jasa 143
- C. Kedudukan PPTK dalam Pengadaan Barang/Jasa 144
- D. Kedudukan PPK dan Pejabat Pengadaan dalam Pengadaan Barang/Jasa 145

BAB V

PENEGAKAN HUKUM TERHADAP PENYALAHGUNAAN

JABATAN DALAM PENGADAAN BARANG DAN JASA

- PEMERINTAH** 149
- A. Tanggung Jawab Pidana 149
- B. Tanggung Jawab Pidana dan Proses Pemindaan 157
- C. Putusan Hakim Atas Penyalahgunaan Wewenang dalam Pengadaan Barang dan Jasa 217

BAB VI

- CATATAN AKHIR** 241

- DAFTAR PUSTAKA** 243

- INDEKS**..... 251

- BIODATA PENULIS**..... 255

BAB I PENDAHULUAN

Negara Republik Indonesia sebagai negara hukum yang berdasarakan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 bertujuan mewujudkan tata kehidupan negara dan bangsa yang sejahtera, aman, tentram serta tertib. Dalam tata kehidupan yang demikian dijamin persamaan kedudukan warga masyarakat dalam hukum. Akan tetapi pelaksanaan pelbagai fungsi untuk menjamin kesamaan kedudukan tersebut dan hak perseorangan dalam masyarakat harus disesuaikan dengan pandangan hidup serta kepribadian negara dan bangsa berdasarakan Pancasila sehingga tercapai keserasian, keseimbangan dan keselarasan antara kepentingan perseorangan dengan kepentingan masyarakat atau kepentingan umum. Dalam usaha untuk mencapai tujuan tersebut sesuai dengan sistem yang dianut dalam Undang-Undang Dasar 1945, pemerintah melalui aparturnya di bidang tata usaha negara diharuskan berperan positif aktif dalam kehidupan masyarakat. Dalam melaksanakan tugasnya itu pemerintah wajib menjunjung tinggi harkat dan martabat masyarakat pada umumnya dan hak serta kewajiban asasi warga masyarakat pada khususnya. Oleh karena itu pemerintah wajib secara terus menerus membina, menyempurnakan dan menertibkan aparatur di bidang tata usaha negara, agar mampu menjadi alat yang efisien dan efektif, bersih serta berwibawa dan yang melaksanakan tugasnya selalu berdasarakan hukum dengan dilandasi semangat dan sikap pengabdian untuk masyarakat.

Landasan filosofis, sosiologis dan yuridis dalam rangka

sebagaimana disebutkan dalam konsideran menimbang Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan sebagai berikut:

"Bahwa dalam rangka meningkatkan kualitas penyelenggaraan pemerintahan, badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam menggunakan wewenang harus mengacu pada asas-asas umum pemerintahan yang baik dan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Bahwa untuk menyelesaikan permasalahan dalam penyelenggaraan pemerintahan, pengaturan mengenai administrasi pemerintahan diharapkan dapat menjadi solusi dalam memberikan perlindungan hukum, baik bagi warga masyarakat maupun pejabat pemerintahan. Bahwa untuk mewujudkan pemerintahan yang baik, khususnya bagi pejabat pemerintahan, undang-undang tentang administrasi pemerintahan menjadi landasan hukum yang dibutuhkan guna mendasari keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintahan untuk memenuhi kebutuhan hukum masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan".¹

Berkaitan dengan kewenangan H. Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani. (2013) menyebutkan istilah teori kewenangan berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu *authority of theory*, istilah yang digunakan dalam bahasa Belanda, yaitu *theorie van het gezag*, sedangkan dalam bahasa Jermannya, yaitu *theorie der autoritat*. Teori kewenangan berasal dari dua suku kata, yaitu teori dan kewenangan. Sebelum dijelaskan pengertian teori kewenangan, berikut ini disajikan konsep teoretis tentang kewenangan. H.D. Stoud, seperti dikutip Ridwan HB, menyajikan pengertian tentang kewenangan. Kewenangan adalah: "Keseluruhan aturan-aturan yang berkenan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintahan oleh subjek hukum publik di dalam hubungan hukum publik". Ada dua unsur yang terkandung dalam pengertian konsep kewenangan yang disajikan oleh H.D. Stoud, yaitu (1) adanya aturan-aturan hukum, dan (2) sifat hubungan hukum. Sebelum kewenangan itu dilimpahkan kepada institusi yang melaksanakannya, maka terlebih dahulu harus ditentukan dalam peraturan perundang-undangan, apakah dalam bentuk undang-

undang, peraturan pemerintah maupun aturan yang lebih rendah tingkatannya. Sifat hubungan hukum adalah sifat yang berkaitan dan mempunyai sangkut paut atau ikatan atau pertalian atau berkaitan dengan hukum. Hubungan hukumnya ada yang bersifat publik dan privat.²

Peraturan perundang-undangan, baik yang tingkatannya lebih rendah maupun yang lebih tinggi bertujuan agar masyarakat maupun aparat penegak hukum dapat melaksanakannya secara konsisten dan tanpa membedakan antara masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lainnya. Semua orang dipandang sama di hadapan hukum (*equality before the law*). Namun, dalam realitasnya peraturan perundang-undangan yang ditetapkan tersebut sering dilanggar, sehingga aturan itu tidak berlaku efektif. Tidak efektifnya undang-undang bisa disebabkan karena undang-undangnya kabur atau tidak jelas, aparatnya yang tidak konsisten dan atau masyarakatnya tidak mendukung pelaksanaan dari undang-undang tersebut. Apabila undang-undang itu dilaksanakan dengan baik, maka undang-undang itu, dikatakan efektif. Dikatakan efektif karena bunyi undang-undangnya jelas dan tidak perlu adanya penafsiran, aparatnya menegakkan hukum secara konsisten dan masyarakat yang terkena aturan tersebut sangat mendukungnya. Teori yang mengkaji dan menganalisis tentang hal itu, yaitu teori efektivitas hukum. Istilah teori efektivitas hukum berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu *effectiveness of the legal theory*, bahasa Belanda disebut dengan *effectiviteit van de juridische theorie*, bahasa Jermannya, yaitu *wirksamkeit der rechtlichen theorie*. Ada tiga suku kata yang terkandung dalam teori efektivitas hukum, yaitu teori, efektivitas, dan hukum. Di dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, ada dua istilah yang berkaitan dengan efektivitas, yaitu efektif dan keefektifan. Efektif artinya (1) ada efeknya (akibatnya, pengaruhnya, kesannya), (2) manjur atau mujarab, (3) dapat membawa hasil, berhasil guna (tentang usaha, tindakan), (4) mulai berlaku (tentang undang-undang, peraturan). Keefektifan

¹ H. Salim HS, Erlies Septiana Nurbani, 2013, *Penerapan Teori Hukum Pada*

artinya (1) keadaan berpengaruh, hal berkesan, (2) kemanjuran; kemujaraban, (3) keberhasilan (usaha, tindakan), dan (4) hal mulai berlakunya (undang-undang, peraturan). Hans Kelsen menyajikan definisi tentang efektivitas hukum. Efektivitas hukum adalah: "Apakah orang-orang pada kenyataannya berbuat menurut suatu cara untuk menghindari sanksi yang diancamkan oleh norma hukum atau bukan, dan apakah sanksi tersebut benar-benar dilaksanakan bila syaratnya terpenuhi atau tidak terpenuhi. Konsep efektivitas dalam definisi Hans Kelsen difokuskan pada subjek dan sanksi. Subjek yang melaksanakannya, yaitu orang-orang atau badan hukum. Orang-orang tersebut harus melaksanakan hukum sesuai dengan bunyinya norma hukum. Bagi orang-orang yang dikenai sanksi hukum, maka sanksi hukum benar-benar dilaksanakan atau tidak. Hukum diartikan norma hukum, baik yang tertulis maupun norma hukum yang tidak tertulis. Norma hukum tertulis merupakan norma hukum yang ditetapkan oleh lembaga yang berwenang untuk itu. Lembaga yang berwenang untuk itu, yaitu DPR RI dengan persetujuan bersama Presiden, sedangkan norma hukum tidak tertulis merupakan norma hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat adat. Anthony Allot mengemukakan tentang efektivitas hukum. Ia mengemukakan bahwa: "Hukum akan menjadi efektif jika tujuan keberadaan dan penerapannya dapat mencegah perbuatan-perbuatan yang tidak diinginkan dapat menghilangkan kekacauan. Hukum yang efektif secara umum dapat membuat apa yang dirancang dapat diwujudkan. Jika suatu kegagalan maka kemungkinan terjadi pembetulan secara gampang jika terjadi keharusan untuk melaksanakan atau menerapkan hukum dalam, suasana baru yang berbeda, hukum akan sanggup menyelesaikannya. Konsep Anthony Allot tentang efektivitas hukum difokuskan pada perwujudannya. Hukum yang efektif secara umum dapat membuat apa yang dirancang dapat diwujudkan dalam kehidupan sosial kemasyarakatan. Kedua pandangan di atas, hanya menyajikan tentang konsep efektivitas hukum, namun tidak mengkaji tentang konsep teori efektivitas hukum. Dengan melakukan sintesis terhadap kedua pandangan di atas, maka dapat dikemukakan

konsep tentang teori efektivitas hukum. Teori efektivitas hukum adalah: "Teori yang mengkaji dan menganalisis tentang keberhasilan, kegagalan dan faktor-faktor yang memengaruhi dalam pelaksanaan dan penerapan hukum." Ada tiga fokus kajian teori efektivitas hukum, yang meliputi: (1) keberhasilan dalam pelaksanaan hukum; (2) kegagalan di dalam pelaksanaannya; dan (3) faktor-faktor yang memengaruhinya. Keberhasilan di dalam pelaksanaan hukum adalah bahwa hukum yang dibuat itu telah tercapai maksudnya. Maksud dari norma hukum adalah mengatur kepentingan manusia. Apabila norma hukum itu ditaati dan dilaksanakan oleh masyarakat maupun penegak hukum, maka pelaksanaan hukum itu dikatakan efektif atau berhasil di dalam implementasinya. Hal ini, dapat dilihat di dalam masyarakat yang telah secara sadar telah menyetorkan kewajiban pajaknya kepada negara (100%). Kegagalan di dalam pelaksanaan hukum adalah bahwa ketentuan-ketentuan hukum yang telah ditetapkan tidak mencapai maksudnya atau tidak berhasil di dalam implementasinya. Hal ini, dapat dicontohkan bahwa setiap Izin Usaha Pertambangan (IUP) yang diterbitkan oleh Bupati/Walikota tidak dapat dilaksanakan oleh pemegang Izin Usaha Pertambangan (IUP) dengan baik, karena selalu mendapat perlawanan dari masyarakat setempat. Faktor-faktor yang memengaruhi adalah hal-hal yang ikut menyebabkan atau berpengaruh di dalam pelaksanaan dan penerapan hukum tersebut. Faktor-faktor yang memengaruhi dapat dikaji dari: (1) aspek keberhasilannya; dan (2) aspek kegagalannya. Faktor-faktor yang memengaruhi keberhasilan itu, meliputi substansi hukum, struktur, kultur, dan fasilitasnya. Norma hukum dikatakan berhasil atau efektif apabila norma itu ditaati dan dilaksanakan oleh masyarakat maupun aparat penegak hukum itu sendiri.³

Lawrence M Friedman mengemukakan tiga unsur yang harus diperhatikan dalam penegakan hukum. Ketiga unsur itu, meliputi struktur, substansi, dan budaya hukum. Struktur sistem hukum terdiri

³ H. Salim HS, Erlies Soeriana Nurbani, 2013, *Penemuan Teori Hukum*, Pad.

dari: (1) unsur-unsur jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (yaitu jenis kasus yang mereka periksa dan bagaimana serta mengapa); (2) cara naik banding dari satu pengadilan ke pengadilan lainnya; (3) bagaimana badan legislatif ditata, berapa banyak orang yang duduk di Komisi Dagang Federal, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan, prosedur yang harus diikuti. Pengertian substansi, meliputi: (1) aturan, norma, dan perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem hukum; (2) produk yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam sistem hukum itu keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang mereka susun. Budaya hukum sebagai sikap-sikap dan nilai-nilai yang ada hubungan dengan hukum dan sistem hukum, berikut sikap-sikap dan nilai-nilai yang memberikan pengaruh baik positif maupun negatif kepada tingkah laku yang berkaitan dengan hukum. Budaya hukum dibedakan menjadi dua macam, yaitu: (1) kultur hukum eksternal; dan (2) kultur hukum internal. Kultur hukum eksternal adalah kultur hukum yang ada pada populasi umum. Kultur hukum internal adalah kultur hukum para anggota masyarakat yang menjalankan tugas-tugas hukum yang terspesialisasi. Semua masyarakat memiliki kultur hukum, tetapi hanya, masyarakat dengan para spesialis hukum yang memiliki suatu kultur hukum internal.⁴

Penjelasan umum Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan dalam alinea pertama menyebutkan sebagai berikut:

"Sesuai dengan ketentuan Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Selanjutnya menurut ketentuan Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, negara Indonesia adalah negara hukum. Hal ini berarti bahwa sistem penyelenggaraan pemerintahan negara Republik Indonesia harus berdasarkan atas prinsip kedaulatan rakyat dan prinsip negara hukum. Berdasarkan prinsip-prinsip tersebut, segala bentuk Keputusan dan/atau Tindakan Administrasi Pemerintahan harus berdasarkan atas kedaulatan rakyat dan hukum yang merupakan

refleksi dari Pancasila sebagai ideologi negara. Dengan demikian tidak berdasarkan kekuasaan yang melekat pada kedudukan penyelenggara pemerintahan itu sendiri".⁵

Peningkatan pelayanan publik melalui pengadaan barang/jasa sangat dibutuhkan, sehingga perlu pengaturan sebagaimana disebutkan sebagai berikut:

"Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang efisien, terbuka dan kompetitif sangat diperlukan bagi ketersediaan Barang/Jasa yang terjangkau dan berkualitas, sehingga akan berdampak pada peningkatan pelayanan publik. Tujuan mewujudkan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagaimana dimaksud perlu pengaturan mengenai tata cara Pengadaan Barang/Jasa yang sederhana, jelas dan komprehensif, sesuai dengan tata kelola yang baik, sehingga dapat menjadi pengaturan yang efektif bagi para pihak yang terkait dengan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah".⁶

Kehadiran Perpres Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dipandang dapat mencegah penyalahgunaan wewenang oleh Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) dalam pembuatan harga perkiraan sendiri (HPS) dan mencegah penyalahgunaan wewenang oleh Pejabat Pengadaan dalam pemilihan penyedia karena sistem lebih transparan dengan mengatur sistem pengawasan sehingga lebih menjamin pemberantasan korupsi secara lebih dini melalui pencegahannya. Tindak Pidana Korupsi di bidang pengadaan barang/jasa pemerintah tidak hanya mengancam stabilitas perekonomian dan integritas sistem keuangan, tetapi juga dapat membahayakan sendi-sendi kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara berdasarkan Pancasila dan UUD Tahun 1945.

Mekanisme penyelenggaraan kehidupan bernegara, pemerintah senantiasa dituntut untuk memajukan kesejahteraan umum. Untuk mengemban kewajiban ini, pemerintah mempunyai kewajiban menyediakan kebutuhan rakyat dalam berbagai bentuknya baik

⁴ Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan.

⁶ Pasal 1 ayat 1 dan Pasal 1 ayat 2 Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2018 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

yang berupa barang, jasa maupun pembangunan infrastruktur. Di sisi lain, pemerintah juga memerlukan barang dan jasa itu dalam melaksanakan kegiatan pemerintahan. Pemenuhan kebutuhan barang dan jasa merupakan bagian yang penting dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dalam kaitan dengan pemenuhan kebutuhan inilah maka menjadi praktek yang rutin (*routin practice*).⁷ Pelaksanaan transaksi komersial baik oleh pemerintah pusat maupun pemerintah daerah karenanya menjadi suatu kelaziman.⁸

Proses melibatkan diri ke dalam suatu transaksi komersial, pemerintah mengikatkan diri pada suatu hubungan kontraktual. Jenis hubungan kontraktual yang dibentuk juga beragam. Jika dilihat dari sisi anggaran, kontrak yang dibuat oleh pemerintah itu pada dasarnya dapat dikelompokkan menjadi dua jenis, yaitu kontrak yang bersifat pembelanjaan dan kontrak yang membawa penerimaan pendapatan.⁹ Pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah (*government procurement*) tergolong pada jenis yang pertama, sedangkan jenis yang kedua meliputi berbagai macam kontrak, diantaranya tukar menukar, sewa menyewa, penjualan asset negara termasuk saham, penerbitan obligasi atau pinjaman luar negeri (*loan agreement*).

Pengadaan barang dan jasa dilakukan oleh pemerintah dalam menjalankan fungsi penyelenggaraan negara. Dalam kaitan ini pemerintah melibatkan diri ke dalam suatu hubungan kontraktual dengan sektor swasta yakni dengan mengikatkan diri ke dalam suatu kontrak pengadaan barang dan jasa. Hubungan kontraktual yang dibentuk oleh pemerintah itu juga terkait dengan kewajibannya untuk menyediakan, membangun dan memelihara fasilitas umum (*public utility*).¹⁰ Kontrak yang dibentuk pada dasarnya adalah kontrak

komersial sekalipun di dalamnya terkandung elemen hukum publik.¹¹ Di satu sisi hubungan hukumnya terbentuk karena kontrak, tetapi di sisi yang lain isinya sarat dengan aturan bagi penyedia barang dan jasa.

Di negara-negara dengan sistem hukum *common law* kontrak ini lazim disebut *government contract*, sedangkan di Prancis disebut *administrative contracts*.¹² *Government contract* sering juga diartikan sebagai pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah (*government procurement*)¹³ oleh karena dalam banyak hal substansinya memang demikian. Jenis kontrak ini dengan demikian berbeda dari perjanjian kebijaksanaan (*beleidsvereenkomst*) yaitu perbuatan hukum oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang menjadikan kebijakan publik sebagai objek perjanjian.¹⁴

Pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah mempunyai fungsi penting dalam lapangan perekonomian suatu negara. Dalam kaitan ini Turpin menyatakan:

*"A substantial part of this procurement is concentrated upon crucial sectors of industry whose welfare is of national importance, and much government contracting takes place at the forefront of technological advance. It will be realized that the way in which government procurement is carried out can have a significant effect upon growth, competitiveness and efficiency..."*¹⁵

⁷ Istilah kontrak komersial (*commercial contract*) digunakan untuk membedakannya dengan kontrak konsumen (*consumer contract*). 1994, Periksa *Principles of International Commercial Contract*, UNIDROIT, Rome, h. 2.

⁸ Lihat Georges Langrod, 1955, "Administrative Contracts (A Comparative Study)", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. IV, Summer, Number III, h. 325. Salah satu kesimpulan dari suatu penelitian perbandingan hukum menyangkut domain kontrak (*the domain of contract*) antara Hukum Inggris dan Prancis yang dilakukan oleh Bernard Rudden dan Camille Jauffret-Spinozi adalah bahwa *administrative contract* yang dikenal di Prancis pada dasarnya tidak dikenal di Inggris. Lihat, Camille Jauffret-Spinozi, "The Domain of Contract (French Report)", dalam Donald Harris, et al. (ed.), op. cit., h. 149.

⁹ Henry Campbell Black, 1990, *Black's Law Dictionary*, 6th Ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., h. 696.

¹⁰ Periksa, Philipus M. Hadjon, dik., 2002, Pengantar Hukum Administrasi Indonesia, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, h. 172 (Philipus M. Hadjon II. Lihat juga, H.M. Laica Marzuki, "Perjanjian Kebijakan (Beleidsvereenkomst)", *Yuridika*, No. 2-3, Tahun VI, Maret-April-Mei-Juni 1991, h. 150.

⁷ Hugh Collins, 1999, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, London, h.3.

⁸ Charles Terret, et al., 1999, *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, h. ix. Periksa juga Michael T. Moran, 2003, *Administrative Law*, Old Bailey Press, London, h. 243 dan Bernard Rudden, 1989, "The Domain of Contract (English Report)", dalam *Contract Law Today (Anglo-French Comparisons)*, Donald Harris, et al. (ed.), Clarendon Press, Oxford, h. 94.

Kebutuhan pemerintah yang dipenuhi melalui pengadaan dari sektor swasta meliputi jumlah yang sangat besar dan dalam beragam kualitas. Seperti juga Turpin, Sudjan memandang bahwa kontrak pengadaan mempunyai makna penting dalam pembangunan ekonomi nasional. Lebih jauh ia menyatakan:

"It is not only by reason of its magnitude that government procurement is important to the economy, but a substantial part of the procurement is so oriented as to speed up the development of crucial sectors of industry which is a matter of national importance. It would not be wrong to say that government contracting is so planned as to be avant-garde of technological development of the country. While it can be asserted that many industries are dependent on government procurement, it would not be wrong to say, that the government also in its turns is dependent upon industry for meeting its requirements."¹⁶

Pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah melibatkan jumlah uang yang sangat besar. Itulah sebabnya dikatakan pemerintah merupakan pembeli yang terbesar (*the largest buyer*) di suatu negara. Dalam kaitan ini pemerintah mempunyai tanggung jawab agar kebijakan dalam bidang pengadaan mampu mendukung tujuan ekonomi dan menetapkan instrumen-instrumen dalam rangka mencapai tujuan tersebut. Salah satu strategi yang dapat digunakan oleh pemerintah dalam kaitan dengan bidang pengadaan ini adalah dengan membuat kebijakan pemberdayaan perusahaan berskala kecil, menengah dan mikro (*Small Medium and Micro Enterprises-SMME'S*) misalnya dengan menetapkan sistem pengadaan yang relatif lebih mudah, khususnya pada proses tender.¹⁷

Dalam perspektif Indonesia, kontrak pengadaan juga mempunyai fungsi penting dalam pembangunan perekonomian

negara karena di samping bersifat rutin dan melibatkan keuangan negara yang jumlahnya sangat besar, kebijakan di sektor pengadaan merupakan bagian dari strategi pembangunan ekonomi. Kontrak pengadaan yang dibuat oleh pemerintah Indonesia selalu dikaitkan dengan kebijakan yang bertujuan untuk meningkatkan penggunaan produksi dalam negeri. Pengadaan barang oleh pemerintah dengan demikian tidak saja untuk mencukupi tersedianya barang dan jasa atau pembangunan fisik, tetapi juga berfungsi untuk mendorong laju pertumbuhan industri dalam negeri. Kontrak pengadaan di Indonesia juga diarahkan guna peningkatan peran serta usaha kecil dan koperasi, misalnya dengan memberikan peluang melalui sub-kontrak. Kontrak pengadaan dengan demikian dapat pula digunakan sebagai instrumen penerapan kebijakan pemerintah dalam rangka pemberdayaan usaha kecil sebagaimana dimaksud oleh Undang-Undang Nomor 9 tahun 1995 tentang Usaha Kecil (UU No. 9/ 1995).

Kontrak yang dibuat oleh pemerintah bersifat multi aspek dan mempunyai karakter yang khas.¹⁸ Sekalipun hubungan hukum yang terbentuk antara pemerintah dengan mitranya adalah hubungan kontraktual, tetapi di dalamnya terkandung tidak saja hukum privat, tetapi juga hukum publik. Adanya warna publik dalam jenis kontrak ini merupakan ciri yang khas yang membedakan dengan kontrak komersial pada umumnya. Apabila dalam kontrak komersial para pihak mempunyai kebebasan yang sangat luas dalam mengatur hubungan hukum atau mengatur kewajiban kontraktual mereka, maka dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah kebebasan itu tidak sepenuhnya berlaku sebab terhadap kontrak ini berlaku rezim hukum khusus. Karakter yang khas dan kontrak pengadaan oleh pemerintah ini di samping menyangkut pembentukan dan pelaksanaan kontrak, juga terkait dengan prosedur dalam pengadaannya. Prinsip dan norma dalam kontrak privat berlaku secara berdampingan dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah karena kewajiban pembayaran melibatkan keuangan negara.

¹⁶ M.A. Sudjan, 2003, *Law Relating to Government Contracts*, Universal Law Publishing Co., Pvt., Ltd., Delhi, h. 533.

¹⁷ Tertuang dalam suatu *green paper* yang di-introducing oleh Jeff Radaba, Menteri Keuangan Afrika Selatan pada tahun 1997 sebagai usaha untuk mendapatkan masukan dari *business leaders* guna membaharui sistem pengadaan di Afrika Selatan. *Pratika*, <http://www.pratika.com>

Sumber pembiayaan dalam kontrak pengadaan pada umumnya berasal dari keuangan negara dalam hal ini APBN/APBD, di samping dana yang berasal dari pinjaman/hibah luar negeri (PHLN). Bahwa dana-dana ini banyak diselewengkan dalam proyek pengadaan barang dan jasa sudah menjadi pengetahuan umum. Fenomena inilah yang kemudian menjadi alasan Bank Dunia dalam mendukung program pemerintah di berbagai negara dalam memerangi korupsi. Dan hasil penelitian yang dilakukan oleh Bank Dunia bersama-sama dengan *Corruption and Fraud Investigations Unit* (CFIU) pada November 2000, ditemukan jenis-jenis penyimpangan atas kontrak-kontrak pengadaan yang didanai oleh Bank Dunia, yakni :

- Penyimpangan kontrak dan pelanggaran pedoman pengadaan Bank Dunia;
- Kecurangan tender;
- Kolusi oleh pelaku tender;
- Penyelewengan tender;
- Penyelewengan dalam kontrak;
- Penyelewengan dalam pemeriksaan audit;
- Penggantian produk;
- Cacat dalam pemberian harga atau barang;
- Ketidakwajaran dalam penerapan ongkos biaya kerja;
- Penyuapan dan penerimaan komisi;
- Penyalahgunaan dana atau jabatan Bank Dunia;
- Perjalanan fiktif;
- Pencurian dan penggelapan;
- Ganjaran; dan,
- Penghamburan dana Bank Dunia.

Seperti temuan di atas, di Indonesia pun banyak dijumpai adanya dugaan penyimpangan dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah

Para pihak dalam pelaksanaan pengadaan barang dan jasa pemerintah terdiri atas penyedia barang dan jasa serta pejabat pembuat komitmen dalam pengadaan barang dan jasa (pemerintah). Sebagai pejabat pembuat komitmen dalam pengadaan barang dan atau jasa secara otomatis akan terlibat dalam suatu hubungan kontraktual. Hal ini merupakan fenomena yang lazim dan universal. Inilah yang disebut kontraktualisasi (*contractualization*), yakni pemanfaatan kontrak sebagai instrumen dalam menjalankan fungsi pemerintahan.

Kontrak pengadaan yang melibatkan pemerintah sebagai salah satu pihak di dalamnya (*state as a buyer*) membawa konsekuensi terhadap karakter hukum kontrak. Kontrak pengadaan tidak selalu berbicara mengenai hukum privat, tetapi dengan keterlibatan pemerintah yang mengakibatkan terjadinya pengeluaran uang negara di dalamnya, maka otomatis akan melibatkan hukum publik.

Adanya warna hukum publik dalam jenis kontrak tersebut merupakan ciri khas yang membedakan dengan kontrak komersial pada umumnya. Karakter yang khas oleh pemerintah ini di samping menyangkut pembentukan dan pelaksanaan kontrak, juga terkait dengan prosedur dalam pengadaannya. Prinsip dan norma dalam hukum privat berlaku secara berdampingan dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah karena kewajiban pembayaran melibatkan keuangan negara. Hal ini pun dikemukakan oleh Philipus M. Hadjon,¹⁹ yang menyatakan bahwa: "Badan-badan atau para pejabat tata usaha negara bertindak melalui dua macam peranan (*roles*), yakni:

1. Selaku pelaku hukum publik (*public actor*) yang menjalankan kekuasaan publik (*public authority, openbaar gezag*), yang dijemakan dalam kualitas penguasa (*authorities*) seperti halnya badan-badan tata usaha negara dan pelbagai jabatan yang disertai wewenang penggunaan kekuasaan publik;
2. Selaku pelaku hukum keperdataan (*civil actor*) yang melakukan

¹⁹ Philipus Mardius Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to The Indonesian Administrative Law)*, Gadjah Mada University Press, Cetakan Kedelapan.

pelbagai perbuatan hukum keperdataan (*privaatrechtelijke handeling*), seperti halnya mengikat perjanjian jual beli, sewa menyewa, pemborongan dan sebagainya, yang dijemakan dalam kualitas badan hukum (*legal person, rechtspersoon*).

Selaku pelaku hukum publik (*public actor*) badan atau pejabat tata usaha negara memiliki hak dan wewenang istimewa untuk menggunakan dan menjalankan kekuasaan publik (*public authority, openbaar gezag*). Berdasarkan penggunaan kekuasaan publik dimaksud, badan atau pejabat tata usaha negara dapat secara sepihak menetapkan pelbagai peraturan dan keputusan (*beschikkingen*) yang mengikat warga (bersama badan-badan hukum perdata) dan peletakan hak dan kewajiban tertentu dan karena itu menimbulkan akibat hukum bagi mereka. Tentu saja, ada kalanya warga atau badan hukum tidak menyenangi dan enggan menaati suatu peraturan/keputusan yang mengikat padanya, tetapi ia tetap dituntut untuk menghormati dan menaati ketentuan peraturan/keputusan itu bahkan jika perlu pelaksanaannya dapat dipaksakan melalui campur tangan petugas (aparatus) penegak hukum seperti halnya polisi, jaksa, dan hakim.

Fenomena negatif penyalahgunaan wewenang secara terus menerus yang disebabkan kurang adanya penegakan hukum administrasi dalam lingkungan Pemerintah Daerah di wilayah Provinsi Papua yang berkaitan pengadaan barang/jasa pemerintah dapat diketahui dari kasus-kasus tindak pidana korupsi di wilayah Provinsi Papua, dapat terlihat diantaranya pada kiprah Kepolisian Daerah (Polda) Papua dalam penegakan hukum. Menurut Kabid Humas Polda Papua, Komisariss Besar Polisi Ahmad Musthofa Kamal, melalui siaran persnya di Polda Papua, Rabu (12/8/2018), terdapat 97 tersangka dugaan kasus korupsi yang terungkap sepanjang bulan Januari hingga bulan Agustus tahun 2018. Adapun kerugian negara yang dilakukan para koruptor ini mencapai Rp 548.100.000.000,-. Dari jumlah itu, sebesar Rp 470.100.000.000,- ditangani Ditreskrimsus Polda Papua dan Rp 77.900.000.000,- ditangani oleh jajaran Kepolisian Resort (Polres): "A. Is 79 orang koruptor yang ditangani di jajaran Polres dan

18 orang di Polda Papua". Tak hanya itu, lanjut Kamal, ada pula sebanyak 39 kasus saat ini masih dalam tahap penyelidikan. Dimana, semua kasus itu adalah laporan yang disampaikan masyarakat kepada aparat kepolisian. "Jadi sudah ada berkas perkaranya tahap II, yakni 5 perkara. Sedangkan yang sudah P21 sebanyak 17 perkara," ujarnya. Kamal membeberkan, dari Rp 548,1 miliar kerugian negara, sebanyak Rp 54 miliar yang berhasil diselamatkan kepolisian²⁰.

Jika ditinjau dari perspektif hukum publik, negara adalah organisasi jabatan. Di antara jabatan-jabatan kenegaraan ini terdapat jabatan pemerintahan, yang menjadi obyek hukum administrasi. Meskipun jabatan pemerintahan ini dilekati dengan hak dan kewajiban atau diberi wewenang untuk melakukan tindakan hukum, namun jabatan tidak dapat bertindak sendiri. Jabatan dapat melakukan perbuatan hukum, yang dilakukan melalui perwakilan (*vertegenwoordiging*) yaitu pejabat (*ambtsdrager*), yang bertindak atas nama jabatan itu. Menurut P. Nicolai dan kawan-kawan menyebutkan bahwa: "*Een bevoegdheid die aan een bestuursorgaan is toegekend, moet door mensen (reële personen) worden uitgeoefend. De handen en voeten van het bestuursorgaan zijn de handen en voeten van degene (n) die is/zijn aangewezen om de functie van orgaan uit te oefenen de ambtsdrager (s)*" (Kewenangan yang diberikan kepada organ pemerintahan harus dijalankan oleh manusia. Tenaga dan pikiran organ pemerintahan adalah tenaga dan pikiran mereka yang ditunjuk untuk menjalankan fungsi organ tersebut, yaitu para pejabat)²¹.

Berkaitan dengan kedudukan pemerintah sebagai wakil badan hukum publik dalam lapangan hukum privat, Philipus M. Hadjon²², yang menyebutkan bahwa: "Selain badan hukum (*legal person, rechtspersoon*), badan atau pejabat tata usaha negara mengikat diri pada pelbagai perjanjian keperdataan, misalnya perjanjian jual-beli, perjanjian sewa menyewa, perjanjian pemborongan,

²⁰ <http://regional.korupsi.com/read/2018/09/12>

²¹ Ridwan H.R., *Hukum Administrasi Negara*. UII Press, Yogyakarta, 2003, h. 55-

bahkan penghibahan. Di sini, badan atau pejabat tata usaha negara menjalankan peranan sebagai pelaku hukum keperdataan (*civil actor*). Perbuatan hukum yang dilakukan badan atau pejabat tata usaha negara itu tidak diatur berdasar hukum publik, tetapi didasarkan pada peraturan perundang-undangan hukum perdata (*privaatrecht*), sebagaimana lazimnya peraturan perundang-undangan yang mendasari perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan seorang warga dan badan hukum perdata". Lebih lanjut F. A. M. Stroink et. al. mempertegas bahwa: "*Wanner openbare lichamen rechtspersonen aan het privaatrechtelijk rechtverkeer deelnemen doen zij dan niet als overheid, als gezagsorganisatie, maar nemen zij rechtens op gelijk voet met de burger deel v dat verkeer. Dose openbare lichamenrechtspersonen zijn deelnemende aan het privaatrechtelijk rechtverkeer, in principe op dezelfde onder-wopen aan de rechtmacht van de gewone rechter als de burger*" (apabila badan hukum publik ikut serta dalam hubungan hukum keperdataan, maka ia tidak bertindak sebagai penguasa, sebagai organisasi kekuasaan tetapi dia menggunakan hak-hak pada kedudukan yang sama dengan rakyat. Badan-badan tersebut pada dasarnya tunduk pada peradilan biasa seperti haknya rakyat biasa).

Ketika pemerintah bertindak dalam lapangan keperdataan dan tunduk pada peraturan hukum perdata, pemerintah bertindak sebagai wakil dari badan hukum, bukan wakil dari jabatan. Oleh karena itu, kedudukan pemerintah dalam pergaulan hukum keperdataan tidak berbeda dengan seseorang atau badan hukum privat, tidak memiliki kedudukan yang istimewa, dan dapat menjadi pihak dalam sengketa keperdataan dengan kedudukan yang sama dengan seseorang atau badan hukum perdata (*equality before the law*) dalam peradilan umum.

Hakekat pengadaan barang/jasa pemerintah dengan indikator substansi wewenang menurut Perpres Nomor 54 Tahun 2010 dan substansi wewenang menurut Perpres Nomor 16 Tahun 2018, penyalahgunaan wewenang dalam pengadaan barang/jasa pemerintah di lingkungan pemerintah daerah Provinsi Papua dengan indikator substansi prosedur dan pelaksanaan pengadaan barang/

wewenang berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 dalam pengadaan barang/jasa pemerintah dengan indikator pencegahan penyalahgunaan wewenang dan penegakan sanksi hukum administrasi dan penegakan hukum pidana, masih kurang atau sangat jarang dilakukan di daerah papua, terutama dalam kaitannya dengan pencegahan tindak pidana korupsi atas pengadaan barang/jasa pemerintah. Sosialisasi Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 untuk diterapkan dalam pengadaan barang/jasa pemerintah agar tindak pidana korupsi tidak terjadi sangat berhubungan dengan pelaksanaan barang/jasa sangatlah penting untuk ditelaah, karena ketiga hal ini secara simultan bersama-sama saling berhubungan langsung dengan pencegahan tindak pidana korupsi.

BAB II

WEWENANG PEMERINTAH DALAM NEGARA HUKUM

A. KONSEP NEGARA HUKUM

Konsep negara hukum dari Plato dikembangkan lebih lanjut oleh muridnya Aristoteles. Di dalam buku karyanya *Politeia* Aristoteles berpendapat bahwa suatu negara yang baik adalah negara diperintah oleh konstitusi dan berkedaulatan hukum. Lebih lanjut dikatakan oleh Aristoteles, ada tiga unsur dari pemerintahan berkonstitusi, yaitu :

1. Pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum;
2. Pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat sewenang-wenang yang mengesampingkan konvensi dan konstitusi;
3. Pemerintahan berkonstitusi adalah pemerintah yang dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan paksaan/tekanan.

Phillipus Hadjon masih mempermasalahkan istilah negara hukum yang dipersamakan dengan konsep pengakuan harkat dan martabat Indonesia sebagai negara hukum. Alasannya karena dalam periode kehidupan politik Orde Lama dan Orde Baru, istilah tersebut hanya sering digunakan sebagai slogan semata. Oleh karena itu secara tegas Hadjon berpendapat bahwa:¹

.....negara hukum bukan sekadar suatu terminologi terjemahan dari "*rechtsstaat*" ataupun "*the rule of law*" tetapi merupakan suatu "konsep", dan di pihak lain tidak terlalu

mudah menganggap dan menerima begitu saja "negara hukum (Pancasila)" adalah "*rechtsstaat*" ataupun "*the rule of law*".

Dalam era reformasi sekarang dengan diadakannya berbagai perubahan terutama terhadap konstitusi atau UUD NRI Tahun 1945, secara tegas menyatakan bahwa Indonesia sebagai negara hukum. Hal ini tidak lagi dinyatakan dalam penjelasan UUD NRI 1945 tetapi sudah dimasukkan dalam Pasal 1 ayat (3) hasil amandemen ketiga tahun 2003.

Sangat jelas uraian konsep negara hukum erat kaitannya dengan pembahasan tentang perlindungan hukum, bahkan substansi negara hukum adalah adanya jaminan perlindungan terhadap hukum dan HAM.

Istilah negara hukum "atau negara berdasarkan hukum" dalam kepustakaan Indonesia hampir selalu dipadankan dengan istilah-istilah asing antara lain "*rechtsstaat*", "*etatdedroit*", "*the state according to law*" "*legal state*", dan "*the rule of law*". Selain itu dikenal juga istilah "*the principle of socialist legality*". Konsep negara *rule of law* merupakan konsep negara yang dianggap paling ideal saat ini, meskipun konsep tersebut dijalankan dengan persepsi yang berbeda-beda. Terhadap istilah "*rule of law*" ini dalam bahasa Indonesia sering juga diterjemahkan sebagai "supremasi hukum" (*supremacy of law*) atau "pemerintahan berdasarkan atas hukum". Disamping itu, istilah "negara hukum" (*government by law*) atau *rechtsstaat*, juga merupakan istilah yang sering digunakan untuk itu.²

Berdasarkan pada uraian di atas maka yang dimaksud dengan negara hukum ialah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan pada warga negaranya,³ dimana keadilan ini merupakan syarat bagi terciptanya kebahagiaan hidup bagi warga negaranya.

dan sebagai dasar dan keadilan itu perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik, demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.⁴

Pengakuan kepada suatu negara sebagai negara hukum (*government by law*) sangat penting, karena kekuasaan negara dan politik bukanlah tidak terbatas (tidak absolut). Perlu pembatasan-pembatasan terhadap kewenangan dan kekuasaan negara dan politik tersebut, untuk menghindari timbulnya kesewenang-wenangan dari pihak penguasa.

Dalam negara hukum tersebut, pembatasan terhadap kekuasaan negara dan politik haruslah dilakukan dengan jelas, yang tidak dapat dilanggar oleh siapapun. Karena itu, dalam suatu negara, hukum memainkan peranannya yang sangat penting, dan berada di atas kekuasaan negara dan politik. Karena itu pula, kemudian muncul istilah "pemerintah di bawah hukum" (*government under the law*). Maka terkenallah konsep yang di negara-negara yang berlaku *Common Law* disebut sistem "pemerintahan berdasarkan hukum, bukan berdasarkan (kehendak) manusia" (*government by law, not by men*). Atau sistem pemerintahan yang berdasarkan *rule of law* atau supremasi hukum, bukan *rule of men*. Sedangkan di negara-negara Eropa Kontinental dikenal konsep "negara hukum" (*rechtsstaat*), sebagai lawan dari "negara kekuasaan" (*machstaat*).

Rechtsstaat ini adalah istilah bahasa Belanda yang punya pengertian yang sejajar dengan pengertian *rule of law* di negara-negara yang berlaku sistem *Anglo Saxon*. Dalam bahasa Indonesia sering disebut sebagai "negara hukum", atau yang dalam bahasa Jerman disebut juga dengan istilah "*rechtsstaat*", dalam bahasa Perancis disebut dengan "*etat de droit*" sedangkan dalam bahasa Italia disebut dengan "*stato di diritto*". Dalam konsep negara hukum versi Eropa Kontinental ini, prinsip supremasi hukum (*supremacy of law*) merupakan inti

² Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar RI 1945 menyebutkan bahwa "Negara Indonesia negara hukum" negara hukum dimaksud adalah negara yang menegakkan supremasi hukum untuk menegakkan kebenaran dan keadilan (MPR-RI Panduan Masyarakat UUD 1945) h. 46.

³ Ach. Muzandi dan H. G. G. B. B. 1988. *Hukum Tata Negara Indonesia*, Sinar

utamanya. Menurut A.V. Dicey, makna dari supremasi hukum, dengan mengutip hukum klasik dari pengadilan-pengadilan di Inggris, adalah sebagai berikut: Hukum menduduki tempat tertinggi, lebih tinggi dari kedudukan raja, terhadapnya raja dan pemerintahannya harus tunduk, dan tanpa hukum maka tidak ada raja dan tidak ada pula kenyataan hukum ini.³

Sejak kelahirannya, konsep Negara Hukum atau *rule of law* ini memang dimaksudkan sebagai usaha untuk membatasi kekuasaan penguasa negara agar tidak menyalahgunakan kekuasaan untuk menindas rakyatnya (*abuse of power, abus de droit*), sehingga dapat dikatakan bahwa dalam suatu negara hukum, semua orang harus tunduk kepada hukum secara sama, yakni tunduk kepada hukum yang adil.⁴

³ Menurut Jimly Asshidiqie Dalam sistem konstitusi di Indonesia, cita Negara Hukum itu menjadi bagian yang tak terpisahkan dari perkembangan gagasan kenegaraan Indonesia sejak kemerdekaan. Meskipun dalam pasal-pasal UUD 1945 sebelum perubahan, ide Negara hukum itu tidak dirumuskan secara eksplisit, tetapi dalam Penjelasan ditegaskan bahwa Indonesia menganut ide "*rechstaat*", bukan "*machtstaat*". Dalam Konstitusi RIS Tahun 1949, ide negara hukum itu bahkan tegas dicantumkan. Demikian pula dalam UUDS Tahun 1950, kembali rumusan bahwa Indonesia adalah negara hukum dicantumkan dengan tegas. Oleh karena itu, dalam Perubahan Ketiga tahun 2001 terhadap UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, ketentuan mengenai ini kembali dicantumkan tegas dalam Pasal 1 ayat (3) yang berbunyi: "Negara Indonesia adalah Negara Hukum". (Jimly Asshidiqie, *Gagasan Negara Hukum Indonesia*, (Makalah/Jimly.com).

⁴ Hifzil Alim, *Konsep Negara Hukum Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia*, dalam Blog Pusat Kajian Anti Korupsi, posted 5 July 2008, dan dalam www.korupsi.com. Dalam banyak diskusi tentang konsep negara hukum, banyak yang menyamakan antara *rechstaat* dengan *rule of law*, padahal antara keduanya terdapat perbedaan, perbedaan antara keduanya terletak pada unsur peradilan administrasi. Dalam negara-negara *Anglo Saxon* penekanan terhadap prinsip persamaan dihadapan hukum (*equality before the law*) lebih ditonjolkan, sehingga dipandang tidak perlu untuk menyediakan sebuah peradilan khusus untuk pejabat administrasi negara, karena prinsip *equality before the law* menghendaki persamaan antara rakyat dengan pejabat administrasi negara, harus tercermin juga di lapangan peradilan, artinya pejabat pemerintah dengan rakyat harus sama-sama tunduk pada hukum, dan bersamaan kedudukannya dihadapan hukum. Berbeda dengan negara-negara Eropa Kontinental yang memasukkan unsur peradilan administratif sebagai salah satu unsur dari *rechstaat*, hal ini dimaksudkan untuk memberikan perlindungan hukum bagi warga negara terhadap sikap dan tindakan pemerintah yang melanggar hak asasi dalam lapangan

Tidak ada seorang pun termasuk penguasa negara yang kebal terhadap hukum, dalam hal ini, konsep negara hukum sangat tidak bisa mentolerir baik terhadap sistem pemerintahan totaliter, diktator atau *fascis*, maupun terhadap sistem pemerintahan yang berhaluan anarkis, karena sistem negara yang totaliter/diktator sering memperlakukan rakyat dengan semena-mena tanpa memperhatikan harkat, martabat, dan hak-haknya, maka perlindungan hak-hak fundamental dari rakyat menjadi salah satu hal esensi dari suatu negara hukum, karena itu, yang dimaksudkan dengan negara hukum adalah suatu sistem kenegaraan yang diatur berdasarkan hukum yang berlaku yang berkeadilan yang tersusun dalam suatu konstitusi, di mana semua orang dalam negara tersebut, baik yang diperintah maupun yang memerintah, harus tunduk pada hukum yang sama, sehingga setiap orang yang sama diperlakukan sama dan setiap orang berbeda diperlakukan berbeda dengan dasar perbedaan yang rasional, tanpa memandang perbedaan warna kulit, ras, gender, agama, daerah dan kepercayaan.

Kewenangan pemerintah dibatasi berdasarkan suatu prinsip distribusi kekuasaan, sehingga pemerintah tidak bertindak sewenang-wenang dan tidak melanggar hak-hak rakyat, oleh karena itu kepada rakyat diberikan peran sesuai kemampuan dan peranannya secara demokratis.

Adalah sifat alami makhluk hidup (termasuk manusia) di mana yang kuat atau mayoritas cenderung melanggar hak pihak yang lemah atau minoritas. Tetapi kepada makhluk manusia diberikan suatu kelebihan karena dia dapat berfikir dan berperasaan, sehingga ketidakadilan tidak boleh di biarkan terus berlangsung, antara lain untuk memberikan perlindungan kepada pihak yang lemah atau pihak minoritas inilah, akhirnya dalam teori ketatanegaraan kemudian muncul teori-teori yang berkenaan dengan *rule of law*, atau dengan berbagai julukan lainnya. Jadi, kehidupan manusia harus teratur,

kepada warga dan pejabat administrasi negara. Meskipun dalam perkembangannya dewasa ini perbedaan tersebut tidak begitu dipertegas karena antara keduanya memusatkan

dan oleh karenanya agar timbul keteraturan, hidup manusia harus diatur oleh hukum. Sesuai dengan pandangan hukum alam bahwa alam itu bergerak dengan teratur dan tertib, sehingga manusia yang merupakan bagian dari alam juga harus hidup dan bergerak secara teratur dan tertib pula. Konsekuensinya, manusia harus diatur oleh hukum. Dalam hal ini, hukum buatan manusia harus sejalan dengan hukum ciptaan alam, atau hukum buatan Tuhan bagi mereka yang beragama. Karena itu pula, seperti yang dikatakan oleh A.V Dicey, bahwa ada tiga arti dari *rule of law*, yaitu:⁷

1. Supremasi absolut ada pada hukum, bukan pada tindakan kebijaksanaan atau prerogatif penguasa.
2. Berlakunya prinsip persamaan dalam hukum (*equality before the law*), dimana semua orang harus tunduk kepada hukum, dan tidak seorangpun yang berada di atas hukum (*above the law*).
3. Konstitusi merupakan dasar dari segala hukum bagi negara, artinya hukum berdasarkan konstitusi harus melarang setiap pelanggaran terhadap hak dan kemerdekaan rakyat.

Menurut Jimly Asshiddiqie⁸ di zaman modern ini, konsep Negara Hukum di Eropa Kontinental dikembangkan oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu "*rechtsstaat*". Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika, konsep negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V. Dicey dengan sebutan "*The Rule of Law*". Konsep negara hukum yang disebutkan dengan istilah "*rechtsstaat*" itu mencakup empat elemen penting, yaitu :

1. Perlindungan hak asasi manusia.
2. Pembagian kekuasaan (*trias politica*)
3. Pemerintahan berdasarkan undang-undang (*wetmatigheid van bestuur*)

4. Peradilan Tata usaha Negara.

Selanjutnya A.V. Dicey menguraikan adanya tiga ciri penting dalam setiap negara hukum yang disebutnya dengan istilah "*The Rule of Law*", yaitu:

1. *Supremacy of Law.*
2. *Equality before the law.*
3. *Due Process of Law.*

Menurut Jimly Asshiddiqie⁹ bahwa Keempat prinsip "*rechtsstaat*" yang dikembangkan oleh Julius Stahl tersebut di atas pada pokoknya dapat digabungkan dengan ketiga prinsip "*Rule of Law*" yang dikembangkan oleh Albert Venn Dicey untuk menandai ciri-ciri negara hukum modern di zaman sekarang. Bahkan, oleh "*The International Commission of Jurist*", prinsip-prinsip negara hukum itu ditambah lagi dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*) yang di zaman sekarang makin dirasakan mutlak diperlukan dalam setiap negara demokrasi. Prinsip-prinsip yang dianggap ciri penting negara hukum menurut "*The International Commission of Jurists*" itu adalah :

1. Negara harus tunduk pada hukum.
2. Pemerintah menghormati hak-hak individu.
3. Peradilan yang bebas dan tidak memihak.

Utrecht membedakan antara negara hukum formil atau negara hukum klasik, dan negara hukum materiel atau negara hukum modern. Negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Sedangkan yang kedua, yaitu negara hukum materiel yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan di dalamnya. Oleh karena itu, Wolfgang Friedman dalam bukunya "*Law in a Changing Society*" membedakan antara "*rule of law*" dalam arti

⁷ Jimly Assh. M. Negeri Hukum Modern, 2009, PT Refika Aditama, Jakarta, h. 3.

formil yaitu dalam arti "organized public power", dan "rule of law" dalam arti materiel yaitu "the rule of just law".¹⁰

Pembedaan ini dimaksudkan untuk menegaskan bahwa dalam konsepsi negara hukum itu, keadilan tidak serta-merta akan terwujud secara substantif, terutama karena pengertian orang mengenal hukum itu sendiri dapat dipengaruhi oleh aliran pengertian hukum formil dan dapat pula dipengaruhi oleh aliran pikiran hukum materiel.

Jika hukum dipahami secara kaku dan sempit dalam arti peraturan perundang-undangan semata, niscaya pengertian negara hukum yang dikembangkan juga bersifat sempit dan terbatas serta belum tentu menjamin keadilan substantive. Karena itu, di samping istilah "the rule of law" oleh Friedman juga dikembangkan istilah "the rule of just law" untuk memastikan bahwa dalam pengertian tentang "the rule of law" tercakup pengertian keadilan yang lebih esensial daripada sekedar memfungsikan peraturan perundang-undangan dalam arti sempit. Walaupun istilah yang digunakan tetap "the rule of law", pengertian yang bersifat luas itulah yang diharapkan di cakup dalam istilah "the rule of law" yang digunakan untuk menyebut konsepsi tentang negara hukum di zaman sekarang.¹¹

Dari uraian-uraian di atas, Jimly Asshidiqqie mengembangkan atau merumuskan kembali adanya tiga belas prinsip pokok negara hukum (*Rechtsstaat*) yang berlaku di zaman sekarang. Keriga belas prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara hukum yang modern sehingga dapat disebut sebagai negara hukum (*The Rule of Law*, ataupun *Rechtsstaat*)

¹⁰ E. Utrecht, *Op Cit*, h. 9.

¹¹ Menurut Jimly Asshidiqqie terlepas dari perkembangan pengertian dan konsep negara hukum tersebut di atas, konsepsi tentang Negara Hukum di kalangan kebanyakan ahli hukum masih sering terpaku kepada unsur-unsur pengertian sebagaimana dikembangkan pada abad ke-19 dan abad ke-20. Sebagai contoh, tatkala merinci unsur-unsur pengertian Negara Hukum (*Rechtsstaat*), para ahli selalu saja mengemukakan empat unsur "*rechtsstaat*", dimana unsurnya yang keempat adalah adanya "*administratieve rechtspraak*" atau Peradilan Tata Usaha Negara sebagai ciri pokok Negara Hukum. Tidak ada yang mengaitkan unsur keempat, Negara Hukum Modern itu dengan keberadaan adanya kelembagaan itu sendiri.

dalam arti yang sebenarnya.

1. Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*):

Adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum (*supremacy of law*), pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya, bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum yang tertinggi. Pengakuan normatif mengenai supremasi hukum adalah pengakuan yang tercermin dalam perumusan hukum dan/ atau konstitusi, sedangkan pengakuan empirik adalah pengakuan yang tercermin dalam perilaku sebagian terbesar masyarakatnya bahwa hukum itu memang "*supremen*". Bahkan, dalam republik yang menganut sistem presidential yang bersifat murni, konstitusi itulah yang sebenarnya lebih tepat untuk disebut sebagai "kepala negara". Itu sebabnya, dalam sistem pemerintahan presidential, tidak dikenal adanya pembedaan antara kepala negara dan kepala pemerintahan seperti dalam sistem pemerintahan parlementer.

2. Persamaan dalam Hukum (*Equality before the Law*):

Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empirik. Dalam rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan "*affirmative actions*" guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju. Kelompok masyarakat tertentu yang dapat diberikan perlakuan khusus melalui "*affirmative actions*" yang tidak termasuk pengertian diskriminasi itu misalnya adalah kelompok masyarakat suku

terasing atau kelompok masyarakat hukum adat tertentu yang kondisinya terbelakang. Sedangkan kelompok warga masyarakat tertentu yang dapat diberi perlakuan khusus yang bukan bersifat diskriminatif, misalnya adalah kaum wanita ataupun anak-anak terlantar.

3. Asas Legalitas (*Due Process of Law*):

Dalam setiap negara hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan. Dengan demikian, setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau "*rules and procedures*" (*regebi*). Prinsip normatif demikian nampaknya seperti sangat kaku dan dapat menyebabkan birokrasi menjadi lamban. Oleh karena itu, untuk menjamin ruang gerak bagi para pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugasnya, maka sebagai pengimbang, diakui pula adanya prinsip "*freies ermesen*" yang memungkinkan para pejabat administrasi negara mengembangkan dan menetapkan sendiri "*beleid-regel*" atau "*policy rules*" yang berlaku internal secara bebas dan mandiri dalam rangka menjalankan tugas jabatan yang dibebankan oleh peraturan yang sah.

4. Pembatasan Kekuasaan:

Adanya pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ Negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. Sesuai dengan hukum dan kekuasaan, setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang, seperti dikemukakan oleh Lord Acton: "*Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*". Karena itu, kekuasaan selalu harus dibatasi dengan cara memisah-misahkan kekuasaan ke dalam cabang-cabang yang bersifat "*checks and balances*"

dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain. Pembatasan kekuasaan juga dilakukan dengan membagi-bagi kekuasaan ke dalam beberapa organ yang tersusun secara vertikal. Dengan begitu, kekuasaan tidak tersentralisasi dan terkonsentrasi dalam satu organ atau satu tangan yang memungkinkan terjadinya kesewenang-wenangan.

5. Organ-organ Eksekutif Independent:

Dalam rangka membatasi kekuasaan itu, di zaman sekarang berkembang pula adanya pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat "*independent*", seperti bank sentral, organisasi tentara, organisasi kepolisian dan kejaksaan. Selain itu, ada pula lembaga-lembaga baru seperti Komisi Hak Asasi Manusia, Komisi Pemilihan Umum, Lembaga Ombudsman, Komisi Penyiaran, dan lain sebagainya. Lembaga, badan atau organisasi-organisasi ini sebelumnya dianggap sepenuhnya berada dalam kekuasaan eksekutif, tetapi sekarang berkembang menjadi independent sehingga tidak lagi sepenuhnya merupakan hak mutlak seorang kepala eksekutif untuk menentukan pengangkatan ataupun pemberhentian pimpinannya. Independensi lembaga atau organ-organ tersebut dianggap penting untuk menjamin demokrasi, karena fungsinya dapat disalahgunakan oleh pemerintah untuk melanggengkan kekuasaan. Misalnya, fungsi tentara yang memegang senjata dapat dipakai untuk menumpang aspirasi prodemokrasi, bank sentral dapat dimanfaatkan untuk mengontrol sumber-sumber keuangan yang dapat dipakai untuk tujuan mempertahankan kekuasaan, dan begitu pula lembaga atau organisasi lainnya dapat digunakan untuk kepentingan kekuasaan. Karena itu, independensi lembaga-lembaga tersebut dianggap sangat penting untuk menjamin prinsip negara hukum dan demokrasi.

6. Peradilan Bebas dan Tidak Memihak:

Adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*). Peradilan bebas dan tidak memihak ini mutlak harus ada dalam setiap negara hukum. Dalam menjalankan tugas

judisialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun juga, baik karena kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi). Untuk menjamin keadilan dan kebenaran tersebut, tidak diperkenankan adanya intervensi ke dalam proses pengambilan putusan keadilan oleh hakim, baik intervensi dan lingkungan kekuasaan eksekutif maupun legislatif ataupun dari kalangan masyarakat dan media massa. Dalam menjalankan tugasnya, hakim tidak boleh memihak kepada siapapun juga kecuali hanya kepada kebenaran dan keadilan. Namun demikian, dalam menjalankan tugasnya, proses pemeriksaan perkara oleh hakim juga harus bersifat terbuka, dan dalam menentukan penilaian dan menjatuhkan putusan, hakim harus menghayati nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Hakim tidak hanya bertindak sebagai "mulut" atau corong undang-undang, melainkan juga "mulut" atau corong keadilan yang menyuarakan perasaan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat.

7. Peradilan Tata Usaha Negara:

Meskipun Peradilan Tata Usaha Negara juga menyangkut prinsip peradilan bebas dan tidak memihak, tetapi penyebutannya secara khusus sebagai pilar utama negara hukum tetap perlu ditegaskan tersendiri. Dalam setiap negara hukum, harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara, dan dijalankannya putusan hakim tata usaha negara (*administrative court*) oleh pejabat administrasi negara. Dalam kenyataannya banyak terjadi kesewenangan yang dibuat oleh pejabat administrasi negara yang merugikan warga negara. Pengadilan Tata Usaha Negara ini penting disebut tersendiri, karena dialah yang menjamin agar warga negara tidak dizalimi oleh keputusan-keputusan para pejabat administrasi negara sebagai pihak yang berkuasa. Jika hal itu terjadi, maka harus ada pengadilan yang menyelesaikan tuntutan keadilan itu bagi warga negara, dan harus ada jaminan bahwa putusan hakim tata usaha negara itu benar-benar dijalankan oleh para pejabat tata usaha negara yang

negara itu sendiri harus pula dijamin bebas dan tidak memihak sesuai prinsip "*independent and impartial judiciary*" tersebut di atas.

8. Peradilan Tata Negara (*Constitutional Court*):

Disamping adanya pengadilan tata usaha negara yang diharapkan memberikan jaminan tegaknya keadilan bagi tiap-tiap warga negara, negara hukum modern juga lazim mengadopsikan gagasan pembentukan mahkamah konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya. Pentingnya Mahkamah Konstitusi (*constitutional courts*) ini adalah dalam upaya memperkuat sistem "*checks and balances*" antara cabang-cabang kekuasaan yang sengaja dipisah-pisahkan untuk menjamin demokrasi. Misalnya, mahkamah ini diberi fungsi untuk melakukan pengujian atas konstitusionalitas undang-undang yang merupakan produk lembaga legislatif, dan memutus berkenaan dengan berbagai bentuk sengketa antar lembaga negara yang mencerminkan cabang-cabang kekuasaan negara yang dipisah-pisahkan. Keberadaan Mahkamah Konstitusi ini di berbagai negara demokrasi dewasa ini makin dianggap penting dan karena itu dapat ditambahkan menjadi satu pilar baru bagi tegaknya negara hukum modern.

9. Perlindungan Hak Asasi Manusia:

Adanya perlindungan konstitusional terhadap hak asasi manusia dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut dimasyarakatkan secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai ciri yang penting suatu negara hukum yang demokratis. Setiap manusia sejak kelahirannya menyanggah hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang bersifat bebas dan asasi. Demikian pula penyelenggaraan kekuasaan suatu negara tidak boleh mengurangi arti atau makna kebebasan dan hak-hak asasi kemanusiaan itu. Karena itu, adanya perlindungan dan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia itu merupakan pilar yang sangat penting

dalam setiap negara yang disebut sebagai negara hukum. Jika dalam suatu negara, hak asasi manusia terabaikan atau dilanggar dengan sengaja dan penderitaan yang ditimbulkannya tidak dapat diatasi secara adil, maka negara yang bersangkutan tidak dapat disebut sebagai negara hukum dalam arti yang sesungguhnya.

10. Bersifat Demokratis (*Demokratische Rechtsstaat*):

Dianut dan dipraktikkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup di tengah masyarakat. Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/ atau hanya untuk kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi. Karena hukum memang tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan segelintir orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan akan rasa adil bagi semua orang tanpa kecuali. Dengan demikian, negara hukum (*rechtsstaat*) yang dikembangkan bukanlah "*absolute rechtsstaat*", melainkan "*demokratische rechtsstaat*" atau negara hukum yang demokratis. Dengan perkataan lain, dalam setiap Negara Hukum harus menjamin adanya demokrasi, sebagaimana di dalam setiap negara demokrasi harus dijamin penyelenggaraannya berdasar atas hukum.

11. Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara (*Welfare Rechtsstaat*):

Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. Cita-cita hukum itu sendiri, baik yang dilembagakan melalui gagasan negara demokrasi (*democracy*) maupun yang diwujudkan melalui gagasan negara hukum (*nomocracy*) dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum. Bahkan sebagaimana cita-cita nasional Indonesia yang dirumuskan dalam

adalah dalam rangka melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Negara hukum berfungsi sebagai sarana untuk mewujudkan dan mencapai keempat tujuan negara Indonesia tersebut. Dengan demikian, pembangunan negara Indonesia tidak akan terjebak menjadi sekedar "*rule-driven*" melainkan tetap "*mission driven*", tetapi "*mission driven*" yang tetap didasarkan atas aturan.

12. Transparansi dan Kontrol Sosial:

Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peran serta masyarakat secara langsung (partisipasi langsung) dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran. Adanya partisipasi langsung ini penting karena sistem perwakilan rakyat melalui parlemen tidak pernah dapat diandalkan sebagai satu-satunya saluran aspirasi warga negara. Karena itulah, prinsip "*representation in ideas*" dibedakan dari "*representation in presence*", karena perwakilan fisik saja belum tentu mencerminkan keterwakilan gagasan atau aspirasi. Demikian pula dalam penegakan hukum yang dijalankan oleh aparat penegak hukum seperti kepolisian, kejaksaan, pengacara, hakim, dan pejabat lembaga kemasyarakatan, semuanya memerlukan kontrol sosial agar dapat bekerja dengan efektif, efisien serta menjamin keadilan dan kebenaran.

13. Berketuhanan Yang Maha Esa

Kluisus mengenai cita Negara Hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila, ide kenegaraan bangsa ini tidak dapat dilepaskan pula dari nilai Ketuhanan Yang Maha Esa yang merupakan sila pertama dan utama Pancasila. Karena itu, di samping ke-12 ciri atau unsur yang terkandung dalam gagasan Negara Hukum Modern seperti

tersebut di atas, unsur ciri yang ketiga belas adalah bahwa negara hukum Indonesia itu menjunjung tinggi nilai-nilai ke Maha Esa-an dan ke Maha Kuasa-an Tuhan. Artinya, diakuinya prinsip supermasi hukum tidak mengabaikan keyakinan mengenai ke-Maha Kuasaan Tuhan Yang Maha Esa yang diyakini sebagai sila pertama dan utama dalam Pancasila. Karena itu, pengakuan segenap bangsa Indonesia mengenai kekuasaan tertinggi yang terdapat dalam hukum konstitusi di satu segi tidak boleh bertentangan dengan keyakinan segenap warga bangsa mengenai prinsip dan nilai-nilai ke Maha Kuasa-an Tuhan Yang Maha Esa itu, dan di pihak lain pengakuan akan prinsip supremasi hukum itu juga merupakan pengejawantahan atau ekspresi kesadaran rasional kenegaraan atas keyakinan pada Tuhan Yang Maha Esa yang menyebabkan setiap manusia Indonesia hanya memuliakan Tuhan Yang Esa dan menisbikan kehidupan antar sesama warga yang bersifat egaliter dan menjamin persamaan dan penghormatan atas kemajemukan dalam kehidupan bersama dalam wadah Negara Pancasila.

Dalam sistem konstitusi Negara Indonesia, cita negara hukum itu menjadi bagian yang tak terpisahkan dari perkembangan gagasan kenegaraan Indonesia sejak kemerdekaan. Meskipun dalam pasal-pasal UUD 1945 sebelum perubahan, ide negara hukum itu tidak dirumuskan secara eksplisit, tetapi dalam Penjelasan ditegaskan bahwa Indonesia menganut ide "*rechtsstaat*" bukan "*machtstaat*". Dalam Konstitusi RIS Tahun 1949, ide negara hukum itu bahkan tegas dicantumkan, demikian pula dalam Undang-Undang Dasar Tahun 1950, kembali rumusan bahwa Indonesia adalah negara hukum dicantumkan dengan tegas. Oleh karena itu, dalam Perubahan Ketiga tahun 2001 terhadap UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, ketentuan mengenai ini kembali dicantumkan tegas dalam Pasal 1 ayat (3) yang berbunyi: "Negara Indonesia adalah Negara Hukum".

Mochtar Kusumaatmadja, mengatakan bahwa makna terdalam dari negara yang berdasarkan atas hukum adalah: "kekuasaan

Dengan demikian konsep negara hukum tentu saja memadukan paham kedaulatan rakyat dan kedaulatan hukum sebagai satu kesatuan".¹² Pendapat tersebut sebenarnya merupakan penegasan dari apa yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 setelah amandemen yang walaupun hanya dirumuskan secara singkat bahwa Indonesia adalah negara hukum, tanpa ada penjelasan yang lebih panjang lagi, namun implikasinya sangat luas dan jelas.

H. Suko Wiyono¹³ menyatakan bahwa untuk lebih mengerti tentang demokrasi, harus dipahami juga Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Dari kedua pasal di atas dapat disimpulkan bahwa negara Indonesia menganut prinsip demokrasi konstitusional atau sama dengan negara hukum yang demokratis atau *demokratische rechtsstaat*. Dari uraian di atas dapat dipastikan sebagian besar orang akan menyatakan bahwa negara hukum atau *rule of law* terkait erat dengan hak asasi manusia dalam artian positif, yaitu bahwa tegaknya *rule of law* atau supremasi hukum akan berdampak positif pada pelaksanaan hak asasi manusia.

Untuk memperjelas hal ini Zumrotin dan Roichatul Aswidah¹⁴ mengambil beberapa kesimpulan penting dari Randall P. Peerenboom yang melakukan penelitian mengenai kaitan antara *rule of law* dengan hak asasi manusia. Pertama adalah bahwa kaitan antara *rule of law* dengan hak asasi manusia adalah kompleks. Selanjutnya dinyatakan bahwa yang menjadi persoalan bukanlah prinsip-prinsip *rule of law*, tetapi adalah kegagalan untuk mentaati

¹² Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, 2002, PT. Alumni, Bandung, h. 12.

¹³ Suko Wiyono, *Hak Asasi Manusia Dalam Kerangka Negara Hukum Yang Demokratis Berdasarkan Pancasila*, Website: <http://www.wisnuwardana.ac.id>, diakses 01 Nov 2012.

¹⁴ Randall P. Peerenboom, *Human Rights and Rule of Law*, dalam Blogspot Zumrotin K.S. dan Roichatul Aswidah, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia dan Kondisi Sosial di Indonesia*

prinsip-prinsip tersebut. Akan tetapi yang jelas menurutnya adalah bahwa *rule of law* bukanlah "obat mujarab" yang dapat mengobati semua masalah. Bahwa *rule of law* saja tidak dapat menyelesaikan masalah.

Selanjutnya Zumrotin mengatakan bahwa *rule of law* hanyalah satu komponen untuk sebuah masyarakat yang adil. Nilai-nilai yang ada dalam *rule of law* dibutuhkan untuk jalan pada nilai-nilai penting lainnya. Dengan demikian *rule of law* adalah jalan tetapi bukan tujuan itu sendiri.¹⁵

Berkaitan dengan hak asasi manusia sendiri, terutama hak ekonomi, sosial dan budaya, dikatakan bahwa *rule of law* sangat dekat dengan pembangunan ekonomi. Selanjutnya dia menyatakan bahwa memperhitungkan pentingnya pembangunan ekonomi bagi hak asasi manusia maka dia menyatakan agar gerakan hak asasi manusia memajukan pembangunan. Di sini sangat penting untuk diingat bahwa menurut Peerenboom sampai sekarang terjadi kegagalan untuk memperlakukan kemiskinan sebagai pelanggaran atas martabat manusia dan dengan demikian hak ekonomi, sosial dan budaya tidak diperlakukan sama dalam penegakan hukumnya seperti hak sipil dan politik. Dalam pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya, menurutnya *rule of law* saja tidak akan cukup untuk dapat menjamin pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya tanpa adanya perubahan tata ekonomi global baru dan adanya distribusi sumber alam global yang lebih adil dan seimbang. Oleh karena itu menurutnya pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya juga memerlukan perubahan yang mendasar pada tata ekonomi dunia.

Terakhir yang harus dicatat adalah peringatan Peerenboom tentang bahaya demokratisasi yang prematur. Menurutnya kemajuan hak asasi manusia yang signifikan hanya dapat tercapai dalam demokrasi yang *consolidated*, sementara demokrasi yang prematur mengandung bahaya yang justru melemahkan *rule of*

law dan hak asasi manusia terutama pada negara yang kemudian terjadi kekacauan sosial (*social chaos*) atau pun perang sipil (*civil war*).¹⁶

Hal lain yang penting dikemukakan oleh Zumrotin¹⁷ adalah bahwa *rule of law* membutuhkan stabilitas politik, dan negara yang mempunyai kemampuan untuk membentuk dan menjalankan sistem hukum yang fungsional stabilitas politik saja tidak cukup. Dalam hal ini dibutuhkan hakim yang kompeten dan peradilan yang bebas dari korupsi. Pada intinya ia menyatakan bahwa walaupun *rule of law* bukanlah obat mujarab bagi terpenuhinya hak asasi manusia, namun demikian, adalah benar pelaksanaan *rule of law* akan menyebabkan kemajuan kualitas hidup dan pada akhirnya terpenuhinya hak asasi manusia.¹⁸

Negara hukum *rechtsstaat* atau *rule of law* adalah negara yang penyelenggaraan kekuasaan pemerintahannya didasarkan atas hukum. Negara berdasar hukum menempatkan hukum sebagai hal yang tertinggi (*supreme*). Supremasi hukum tidak boleh mengabaikan tiga ide dasar hukum: keadilan, kemanfaatan, dan kepastian. Pemerintahan dalam negara hukum harus konstitusional artinya ada pembatasan kekuasaan dan ada jaminan hak dasar warga negara (dalam negara komunis/ otoriter ada konstitusi tapi tidak konstitusional).

Negara hukum adalah unik, karena negara dipahami sebagai konsep hukum, yang unik sebab tidak ada negara ekonomi, negara politik dan sebagainya. Negara hukum formal adalah negara hukum dalam arti sempit yaitu negara yang membatasi ruang gerakannya dan bersifat pasif terhadap kepentingan rakyat negara. Negara tidak campur tangan secara banyak terhadap urusan dan kepentingan warga negara. Urusan ekonomi diserahkan kepada warga dengan dalil *laissez faire, laissez aller* artinya warga dibiarkan

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

mengurus kepentingan ekonominya sendiri maka dengan sendirinya perekonomian negara akan sehat.

Negara hukum material adalah negara hukum dalam arti luas (modern), pemerintah diberi tugas membangun kesejahteraan di berbagai lapangan kehidupan. Pemerintah diberi *Freies Ermessen*, yaitu kemerdekaan yang dimiliki pemerintah untuk turut serta dalam kehidupan ekonomi sosial dan keleluasaan untuk tidak terikat pada produk legislasi parlemen. Konsep negara material, pemerintah (eksekutif) bahkan bisa memiliki kewenangan legislatif dalam hal :

- a. Adanya hak inisiatif yaitu hak mengajukan rancangan undang-undang tanpa terlebih dahulu ada persetujuan parlemen meski dibatasi waktu;
- b. Hak delegasi yaitu membuat peraturan perundangan di bawah undang-undang;
- c. *Droit ermessen* yaitu menafsirkan sendiri aturan-aturan yang masih *emanisiatif*.

Negara hukum material (*modern welfare state*) adalah negara yang pemerintahannya memiliki keleluasaan untuk turut campur dalam urusan warga dengan dasar bahwa pemerintah ikut bertanggung jawab terhadap kesejahteraan rakyat. Negara bersifat aktif dan mandiri dalam upaya membangun kesejahteraan rakyat.

B. JABATAN PEMERINTAH

Secara umum, Pemerintah adalah organ pelaksana. Namun, secara khusus adalah jabatan-jabatan. Sebagaimana dikemukakan oleh S. Pramudji Atmosudirdjo²⁰, pemerintah adalah keseluruhan daripada jabatan-jabatan (pejabat-pejabat) di dalam suatu Negara yang mempunyai tugas dan wewenang Politik Negara serta Pemerintahan. Dengan kata lain, administrasi Negara adalah pemerintah dan

pemerintah berarti jabatan.²¹ Jabatan adalah lingkungan kerja tetap yang berisi fungsi-fungsi tertentu secara keseluruhan yang mencerminkan tujuan dan tata kerja suatu organisasi, sedangkan yang dimaksud dengan organisasi adalah kumpulan jabatan atau lingkungan kerja tetap dengan berbagai fungsi.²² Negara berisi berbagai jabatan atau lingkungan kerja tetap dengan berbagai fungsi untuk mencapai tujuan Negara.²³ Menurut E. Utrecht²⁴ jabatan adalah pendukung hak dan kewajiban sebagai subjek hukum (*persoon*) sehingga berwenang melakukan perbuatan hukum (*rechtshandelingen*), baik menurut hukum publik maupun menurut hukum privat, dan dapat menjadi pihak dalam suatu perselisihan hukum (*proces party*), baik di luar maupun pada pengadilan perdata dan administrasi. Lingkup jabatan dalam organisasi negara dapat dibedakan dengan berbagai cara, yaitu:²⁵

1. Jabatan alat kelengkapan negara, lazim dikenal dengan sebutan jabatan negara dan jabatan penyelenggara administrasi negara
2. Jabatan politik dan bukan jabatan politik
3. Jabatan yang secara langsung bertanggung jawab dan berada dalam kendali/pengawasan publik dan jabatan yang tidak langsung bertanggung jawab dan berada dalam kendali/ pengawasan publik
4. Jabatan yang secara langsung melakukan pelayanan umum dan jabatan yang tidak secara langsung melakukan pelayanan umum.

Dengan pendekatan sedikit berbeda, Ridwan HR. mengatakan bahwa pemerintahan adalah jabatan di antara jabatan-jabatan kenegaraan. Jabatan adalah suatu lembaga dengan lingkup pekerjaan sendiri yang dibentuk untuk waktu lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang. Jabatan (*ambt*) itu bersifat tetap, sementara

²⁰ *Ibid.* h.68.

²¹ I Gde Asrwa, 2008. *Problematisa Hukum Otonomi Daerah di Indonesia*. Bandung: Alfabes. h.19. Yopie Morya Immanuel Parles, 2012. *Diktari Pejabat Publik dan Tindakan Pidana Korupsi*. Bandung: CV. Keri Media. h.96. Ridwan HR. *Op. Cit.* h.71.

²² Ridwan HR. *Op. Cit.* h.71.

²³ Yopie Morya Immanuel Parles, 2012. *Op. Cit.* h.96.

pemegang jabatan (*ambtsdranger*) berganti-ganti sebagai akibat pemilihan atau pengangkatan. Pergantian pejabat tidak memengaruhi kewenangan yang melekat pada jabatan. Jabatan ini dilekati dengan hak dan kewajiban atau diberi wewenang untuk melakukan tindakan hukum. Berdasarkan ketentuan hukum, pejabat hanya menjalankan tugas dan wewenang, karena pejabat tidak memiliki wewenang. Jabatan tidak dapat bertindak sendiri karena ia hanyalah fiksi. Perbuatan hukum jabatan dilakukan melalui perwakilan (*vertegenwoordiging*), yaitu pejabat (*ambtsdrager*) yang bertindak untuk dan atas nama jabatan.²⁵ Meskipun demikian, pemerintah dalam pergaulan hukum sering tampil dengan dua kepala, yakni sebagai wakil dari jabatan (*ambt*) yang tunduk pada hukum publik dan wakil dari badan hukum (*rechtspersoon*) yang tunduk pada hukum privat. Sebagai jabatan, ia diserahkan kewenangan publik yang diatur dan tunduk pada hukum publik. Ketika badan hukum publik itu terlibat dalam lalu lintas atau perbuatan keperdataan, ia dilekati dengan kecakapan hukum yang tunduk dan mengikatkan diri pada hukum privat.²⁶

Secara khusus, agar fungsi-fungsi jabatan berjalan sebagaimana mestinya, serta bergerak mencapai sasaran dan tujuan, maka ia dilaksanakan oleh pejabat (pemangku jabatan), yakni orang perorangan yang duduk dan didudukkan dalam suatu jabatan dengan tugas dan wewenang tertentu untuk merealisasikan berbagai fungsi jabatan tertentu.²⁷ Secara umum, P. Nicolai²⁸ menyebut bahwa kewenangan yang diberikan kepada organ pemerintahan harus dijalankan oleh manusia. Tenaga dan pikiran organ pemerintahan adalah tenaga dan pikiran mereka yang ditunjuk untuk menjalankan fungsi organ

²⁵ Pendapat ini merujuk kepada pengertian Negara menurut Logemann, sebagaimana dikatakannya: "Dalam bentuk kenyataan sosialnya, Negara adalah organisasi yang berkenaan dengan berbagai fungsi. Yang dimaksud dengan fungsi adalah lingkungan kerja yang terperinci dalam bingkainya secara keseluruhan. Fungsi-fungsi ini dinamakan jabatan. Negara adalah organisasi jabatan". Lihat Ridwan HR., *Op. Cit.* h. 71-77.

²⁶ Negara, Provinsi, Kabupaten dan Kotapraja termasuk dalam kategori badan hukum publik. *Ibid.* h. 68.

tersebut, yaitu para pejabat.

Pejabat juga diartikan sebagai pegawai pemerintah yang memegang jabatan penting (unsur pimpinan).²⁹ Pejabat administrasi negara adalah orang yang diangkat atau didudukkan dalam dinas pemerintahan yang disertai tugas dan wewenang untuk melakukan sebagian pekerjaan pemerintah yang bukan termasuk lingkup pekerjaan badan yudikatif, legislatif atau badan lainnya.³⁰

Secara teknis, berkaitan dengan jabatan maupun pejabat, dapat disimpulkan bahwa legitimasi terhadap seseorang yang dianggap menduduki jabatan dalam hukum tata negara adalah ketika yang bersangkutan benar-benar telah diangkat.³¹ Oleh karenanya, menurut Logemann,³² jabatan yang dibebani dengan kewajiban berdasarkan hukum tata negara berwenang untuk melakukan perbuatan hukum. Hak dan kewajiban terns, tidak peduli dengan pergantian pejabat. Dalam jabatan, juga terdapat penentuan tugas dan wewenang yang akan menjadi pengukur, apakah hak dan kewajiban dijalankan sebagaimana mestinya atau tidak. Hak dan kewajiban tidak dijalankan sebagaimana mestinya karena ada tindakan yang melampaui wewenang (*détournement de pouvoir*) atau penyalahgunaan wewenang (*misbruik van recht/labuse of power*).³³

Oleh karena diwakili pejabat, maka jabatan itu berjalan dan menjalankan hak dan kewajiban yang didukung oleh pejabat. Dalam artian, jabatan bertindak dengan perantaraan pejabatnya.³⁴ F.A.M. Stronik dan J.G. Steenbeek³⁵ memberikan ilustrasi mengenai perbuatan hukum dari jabatan dan pejabat, bahwa:

Kewenangan pemerintahan (hak dan kewajiban) itu melekat

²⁹ Anton M. Moeliono 1995, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, h. 333.

³⁰ Yopie Morya Immanuel Parito, *Op. Cit.* h. 97-98.

³¹ Ina Kencana Syafie, *Op. Cit.* h. 32.

³² Ridwan HR., *Op. Cit.* h. 77.

³³ I Gede Astawa, *Op. Cit.* h. 20; Yopie Morya Immanuel Parito, *Op. Cit.* h. 96.

³⁴ Ridwan HR., *Op. Cit.* h. 76.

pada jabatan. Jika (sebagai contoh) bupati/walikota memberikan keputusan tertentu, maka berdasarkan hukum keputusan itu diberikan oleh jabatan bupati/walikota, dan bukan oleh orang yang pada saat itu diberi jabatan, yakni bupati/walikota.

Antara jabatan dan pejabat memiliki hubungan yang erat. Namun, di antara keduanya memiliki kedudukan hukum yang berbeda atau terpisah dan diatur dengan hukum yang berbeda. F.R. Bothlingk³⁶ memberikan ilustrasi mengenai perbedaan kedudukan hukum tersebut.

F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek³⁷ menyebut bahwa *bij attributiegeacht om het teekennen van een nieuwe bevoegdheid* (atribusi berkenaan dengan penyerahan wewenang baru), yang oleh Nomenson Sinamo ditambahkan bahwa wewenang atribusi ini dapat didelegasikan dan dimandatkan.

Menurut Algemene Bepalingen van Administratief Recht,³⁸ *van attributie van bevoegdheid kan worden gesproken wanneer de wet (in materiele zin) een bepaalde bevoegdheid aan een bepaald orgaan toekent* (atribusi wewenang dikemukakan bilamana undang-undang (dalam arti materiil) menyerahkan wewenang tertentu kepada organ tertentu. Wewenang yang diperoleh secara atribusi itu bersifat asli yang berasal dari peraturan perundang-undangan. Dengan kata lain, organ pemerintahan memperoleh kewenangan secara langsung dari redaksi pasal tertentu dalam suatu peraturan perundang-undangan.³⁹ Selanjutnya, dijelaskan bahwa dalam hal atribusi, penerima wewenang dapat menciptakan wewenang baru atau memperluas wewenang yang sudah ada, dengan tanggung jawab intern dan ekstern yang diatribusikan sepenuhnya pada penerima wewenang (atributaris).

Sementara menurut Indroharto,⁴⁰ pada delegasi terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh badan atau jabatan Tata Usaha Negara yang telah memperoleh wewenang pemerintahan facara atributif kepada Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara lainnya. Jadi, suatu delegasi selalu didahului oleh adanya suatu atribusi wewenang.⁴¹

C. WEWENANG PEMERINTAH

1. Pengertian Wewenang

Dalam literatur hukum administrasi dijelaskan, bahwa istilah wewenang sering kali disepadankan dengan istilah kekuasaan. Padahal, istilah kekuasaan tidaklah identik dengan istilah wewenang.

Kata "wewenang" berasal dari kata "authority" (Inggris) dan "gezag" (Belanda). Adapun, istilah kekuasaan berasal dari kata "power" (Inggris) dan "macht" (Belanda). Dari kedua istilah ini jelas tersimpul perbedaan makna dan pengertian sehingga dalam penempatan kedua istilah ini haruslah dilakukan secara cermat dan hati-hati. Penggunaan atau pemakaian kedua istilah ini tampaknya tidak terlalu dipermasalahkan dalam realitas penyelenggaraan pemerintahan kita. Hal itu memberikan kesan dan indikasi, bahwa bagi sebagian aparatur dan pejabat penyelenggara negara atau pemerintahan kedua istilah tersebut tidaklah begitu penting untuk dipersoalkan. Padahal dalam konsep hukum tata negara dan hukum administrasi keberadaan wewenang pemerintahan memiliki kedudukan sangat penting. Begitu pentingnya kedudukan wewenang pemerintahan tersebut sehingga F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek⁴² menyebutnya sebagai konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi.

Menurut P. Nicolai⁴³ wewenang pemerintahan adalah

³⁶ *Ibid.*, h. 78.

³⁷ Kedua orang ini menyebut bahwa *er bestaan slechts twee wijzen waarop een orgaan aan een bevoegdheid kan komen namelijk attributie en delegatie* (hanya ada dua cara organ pemerintahan memperoleh wewenang, yaitu atribusi dan delegasi). Ridwan HR, *Op Cit.* h. 102. Yopie Murya Immanuel Patiro, *Op Cit.* h. 100. Nomenson Sinamo, *Op Cit.* h. 112.

³⁸ Ridwan HR, *Op Cit.* h. 103. Yopie Murya Immanuel Patiro, *Op Cit.* h. 101.

⁴⁰ W. Rizwan Tjandra, *Op Cit.* h. 30.

⁴¹ Ridwan HR, *Op Cit.* h. 101. Yopie Murya Immanuel Patiro, *Op Cit.* h. 99-100.

⁴² F.A.M. Stroink dan J. G. 1985. *Inleiding op het staats en administratief Recht, Nip aan den Vrij- Samson H. D. Tienk Ullrich.* H. 26.

kemampuan untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum tertentu, yakni tindakan atau perbuatan yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum, dan mencakup mengenai timbul dan lenyapnya akibat hukum (*het vermogen tot het verrichten van bepaalde rechtsbandelingen is handelingen die op rechtsgevolg gericht zijn en dus ertoe strekken dat bepaalde rechtsgevolgen ontstaan of teniet gaan*). Selanjutnya, dikemukakan bahwa dalam wewenang pemerintahan itu tersimpul adanya hak dan kewajiban dan pemerintah dalam melakukan tindakan atau perbuatan pemerintahan tersebut. Pengertian hak menurut P. Nicolai dkk,⁴⁶ berisi kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan atau perbuatan tertentu atau menuntut pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu (*een recht houdt in de vrijheid om een bepaalde feitelijke handeling te verrichten op na te laten, of de aanspraak op het verrichten van een handeling door een ander*). Adapun kewajiban dimaksudkan sebagai pemuatan keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan atau perbuatan (*een plicht impliceert een verplichting om een bepaalde handeling te verrichten op na te laten*).

Bagir Manan⁴⁵ mempertegas istilah dan terminologi apa yang dimaksudkan dengan wewenang pemerintahan. Menurutnya, wewenang dalam bahasa hukum tidaklah sama dengan kekuasaan (*macht*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Adapun, wewenang dalam hukum dapat sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*). Dalam kaitan dengan proses penyelenggaraan pemerintahan, hak mengandung pengertian kekuasaan untuk mengatur sendiri (*zelfregelen*) dan mengelola sendiri (*zelfbestuuren*), sedangkan kewajiban berarti kekuasaan untuk menyelenggarakan pemerintahan sebagaimana mestinya. Dengan demikian, substansi dan wewenang pemerintahan ialah kemampuan untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum pemerintahan (*het vermogen tot het verrichten van bepaalde rechtsbandelingen*).

⁴⁶ *Ibid*

⁴⁵ Bagir Manan, 2000, *Mengungkap Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum

Selanjutnya, menurut H.D. Stout⁴⁶ wewenang merupakan suatu pengertian yang berasal dari hukum organisasi pemerintahan, yang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintahan oleh subjek hukum publik di dalam hubungan hukum publik (*bevoegdheid is een begrip uit het bestuurlijke organisatierecht, wat kan worden omschreven als het geheel van regels dat betrekking heeft op de verkrijging en uit oefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden rechtsverkeer*). Bahkan, L. Tonnaer⁴⁷ secara tegas mengemukakan bahwa kewenangan pemerintah dalam kaitan ini dianggap sebagai kemampuan untuk melaksanakan hukum positif, dan dengan begitu dapat diciptakan suatu hubungan hukum antara pemerintah dan warga negara (*overheidsbevoegdheid wordt in dit verband opgevat als het vermogen om positief recht vast te stellen en aldus rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling en tussen overheid en te scheppen*).

Dalam konsepsi negara hukum, wewenang pemerintahan itu berasal dari peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagaimana dikemukakan oleh Huisman dalam Ridwan HR,⁴⁸ bahwa organ pemerintahan tidak dapat menganggap ia memiliki sendiri wewenang pemerintahan. Kewenangan hanya diberikan oleh undang-undang. Pembuat undang-undang tidak hanya memberikan wewenang pemerintahan kepada organ pemerintahan, akan tetapi juga terhadap para pegawai atau badan khusus untuk itu. Pendapat yang sama dikemukakan oleh P. de Haan,⁴⁹ dengan menyebutkan, bahwa wewenang pemerintahan tidaklah jatuh dari langit, akan tetapi ditentukan oleh hukum (*overheidsbevoegdheden komen niet uit de lucht vallen, zij worden door het recht genormeerd*).

⁴⁶ H. D. Stout Dalam Aminuddin Ilmar, 2013, *Hukum Tata Pemerintahan*, Prenada Media Group, Jakarta, h. 102

⁴⁷ L. Tonnaer, dalam Aminuddin Ilmar, *Ibid*

⁴⁸ Ridwan HR, 2006, *Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, h. 103.

⁴⁹ P. de Haan, et al. 1996, *Bestuursrecht en de sociale Rechts Staat* Deel 1 dan 2 Kluwer

2. Sifat Wewenang

Dalam uraian di atas, telah digambarkan bahwa secara umum wewenang merupakan kekuasaan untuk melakukan semua tindakan atau perbuatan hukum publik. Dengan kata lain, Prajudi Atmosudirdjo¹⁰ mengemukakan bahwa pada dasarnya wewenang pemerintahan itu dapat dijabarkan ke dalam dua pengertian, yakni sebagai hak untuk menjalankan suatu urusan pemerintahan (dalam arti sempit) dan sebagai hak untuk dapat secara nyata memengaruhi keputusan yang akan diambil oleh instansi pemerintah lainnya (dalam arti luas).

Peter Leyland dan Terry Woods¹¹ dengan tegas menyatakan, bahwa kewenangan publik mempunyai dua ciri utama yakni: pertama, setiap keputusan yang dibuat oleh pejabat pemerintahan mempunyai kekuatan mengikat kepada seluruh anggota masyarakat, dalam arti harus dipatuhi oleh seluruh anggota masyarakat, dan kedua, setiap keputusan yang dibuat oleh pejabat pemerintah mempunyai fungsi publik atau melakukan pelayanan publik.

Dari uraian tersebut dapat disimpulkan, bahwa wewenang khususnya wewenang pemerintahan adalah kekuasaan yang ada pada pemerintah untuk menjalankan fungsi dan tugasnya berdasarkan peraturan perundang-undangan. Dengan kata lain, wewenang merupakan kekuasaan yang mempunyai landasan untuk mengambil tindakan atau perbuatan hukum agar tidak timbul akibat hukum, yakni terwujudnya kesewenang-wenangan (*onwetmatig*). Wewenang adalah kekuasaan hukum untuk menjalankan atau melakukan suatu tindakan atau perbuatan berdasarkan hukum publik. Dalam konsep hukum perdata hal tersebut dikenal dengan istilah hak, yakni kemampuan seseorang untuk melakukan suatu tindakan atau perbuatan hukum sebagai pendukung hak dan kewajiban.

Dalam praktiknya, keseluruhan pelaksanaan dan wewenang pemerintahan itu dilakukan atau dilaksanakan oleh pemerintah. Tanpa adanya wewenang pemerintahan, maka tentunya pemerintah tidak akan dapat melakukan suatu tindakan atau perbuatan pemerintahan. Dengan kata lain, pemerintah tidak akan mungkin melakukan suatu tindakan atau perbuatan berupa pengambilan suatu keputusan atau kebijakan tanpa dilandasi atau disertai dengan wewenang pemerintahan. Jika hal tersebut dilakukan, maka tindakan atau perbuatan pemerintahan yang dimaksud dapat dikategorikan sebagai sebuah tindakan atau perbuatan yang tanpa dasar alias perbuatan yang sewenang-wenang (cacat hukum). Oleh karena itu, sifat dan wewenang pemerintahan perlu ditetapkan dan ditegaskan agar tidak terjadi penyalahgunaan wewenang pemerintahan dan/atau tindakan atau perbuatan yang sewenang-wenang.

Safri Nugraha dkk,¹² mengemukakan, bahwa sifat wewenang pemerintahan itu meliputi tiga aspek, yakni selalu terikat pada suatu masa tertentu, selalu tunduk pada batas yang ditentukan, dan pelaksanaan wewenang pemerintahan terikat pada hukum tertulis dan tidak tertulis (asas-asas umum pemerintahan yang baik). Lebih lanjut, dikemukakan bahwa sifat wewenang yang selalu terikat pada suatu masa tertentu ditentukan secara jelas dan tegas melalui suatu peraturan perundang-undangan. Lama berlakunya wewenang tersebut juga disebutkan dalam peraturan yang menjadi dasarnya. Sehingga bilamana wewenang pemerintahan itu digunakan dan tidak sesuai dengan sifat wewenang pemerintahan tersebut, maka tindakan atau perbuatan pemerintahan itu bisa dikatakan tidak sah atau batal demi hukum.

Selain itu, sifat wewenang yang berkaitan dengan batas wilayah wewenang pemerintahan itu atau wewenang itu selalu tunduk pada batas yang telah ditentukan berkaitan erat dengan batas wilayah kewenangan dan batas cakupan dari materi kewenangannya. Batas

¹⁰ Prajudi Atmosudirdjo, 1988, *Perihal Kaidah Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 76.

¹¹ Peter Leyland dan Terry Woods, 1999, *Administrative law*, London Blackstone Press Limited, h. 357.

¹² Safri Nugraha dkk, 2003, *Hukum Administrasi Negara, Center For Law and Good Governance Studies* Fakultas Hukum Universitas Indonesia, h. 31.

2. Sifat Wewenang

Dalam uraian di atas, telah digambarkan bahwa secara umum wewenang merupakan kekuasaan untuk melakukan semua tindakan atau perbuatan hukum publik. Dengan kata lain, Prajudi Atmosudirdjo³⁰ mengemukakan bahwa pada dasarnya wewenang pemerintahan itu dapat dijabarkan ke dalam dua pengertian, yakni sebagai hak untuk menjalankan suatu urusan pemerintahan (dalam arti sempit) dan sebagai hak untuk dapat secara nyata memengaruhi keputusan yang akan diambil oleh instansi pemerintah lainnya (dalam arti luas).

Peter Leyland dan Terry Woods³¹ dengan tegas menyatakan, bahwa kewenangan publik mempunyai dua ciri utama yakni: pertama, setiap keputusan yang dibuat oleh pejabat pemerintahan mempunyai kekuatan mengikat kepada seluruh anggota masyarakat, dalam arti harus dipatuhi oleh seluruh anggota masyarakat, dan kedua, setiap keputusan yang dibuat oleh pejabat pemerintah mempunyai fungsi publik atau melakukan pelayanan publik.

Dari uraian tersebut dapat disimpulkan, bahwa wewenang khususnya wewenang pemerintahan adalah kekuasaan yang ada pada pemerintah untuk menjalankan fungsi dan tugasnya berdasarkan peraturan perundang-undangan. Dengan kata lain, wewenang merupakan kekuasaan yang mempunyai landasan untuk mengambil tindakan atau perbuatan hukum agar tidak timbul akibat hukum, yakni terwujudnya kesewenang-wenangan (*onverschuldigd*). Wewenang adalah kekuasaan hukum untuk menjalankan atau melakukan suatu tindakan atau perbuatan berdasarkan hukum publik. Dalam konsep hukum perdata hal tersebut dikenal dengan istilah hak, yakni kemampuan seseorang untuk melakukan suatu tindakan atau perbuatan hukum sebagai pendukung hak dan kewajiban.

Dalam praktiknya, keseluruhan pelaksanaan dan wewenang pemerintahan itu dilakukan atau dilaksanakan oleh pemerintah. Tanpa adanya wewenang pemerintahan, maka tentunya pemerintah tidak akan dapat melakukan suatu tindakan atau perbuatan pemerintahan. Dengan kata lain, pemerintah tidak akan mungkin melakukan suatu tindakan atau perbuatan berupa pengambilan suatu keputusan atau kebijakan tanpa dilandasi atau disertai dengan wewenang pemerintahan. Jika hal tersebut dilakukan, maka tindakan atau perbuatan pemerintahan yang dimaksud dapat dikategorikan sebagai sebuah tindakan atau perbuatan yang tanpa dasar alias perbuatan yang sewenang-wenang (cacat hukum). Oleh karena itu, sifat dan wewenang pemerintahan perlu ditetapkan dan ditegaskan agar tidak terjadi penyalahgunaan wewenang pemerintahan dan/atau tindakan atau perbuatan yang sewenang-wenang.

Safri Nugraha dkk,³² mengemukakan, bahwa sifat wewenang pemerintahan itu meliputi tiga aspek, yakni selalu terikat pada suatu masa tertentu, selalu tunduk pada batas yang ditentukan, dan pelaksanaan wewenang pemerintahan terikat pada hukum tertulis dan tidak tertulis (asas-asas umum pemerintahan yang baik). Lebih lanjut, dikemukakan bahwa sifat wewenang yang selalu terikat pada suatu masa tertentu ditentukan secara jelas dan tegas melalui suatu peraturan perundang-undangan, Lama berlakunya wewenang tersebut juga disebutkan dalam peraturan yang menjadi dasarnya. Sehingga bilamana wewenang pemerintahan itu digunakan dan tidak sesuai dengan sifat wewenang pemerintahan tersebut, maka tindakan atau perbuatan pemerintahan itu bisa dikatakan tidak sah atau batal demi hukum.

Selain itu, sifat wewenang yang berkaitan dengan batas wilayah wewenang pemerintahan itu atau wewenang itu selalu tunduk pada batas yang telah ditentukan berkaitan erat dengan batas wilayah kewenangan dan batas cakupan dari materi kewenangannya. Batas

³⁰ Prajudi Atmosudirdjo, 1988, *Perihal Keadilan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 76.

³¹ Peter Leyland dan Terry Woods, 1999, *Administrative Law*, London Blackstone Press Limited, h. 157.

³² Safri Nugraha dkk, 2005, *Hukum Administrasi Negara*, Center For Law and Good Governance Studies Fakultas Hukum Universitas Indonesia, h. 31.

wilayah kewenangan berkaitan erat dengan ruang lingkup kompetensi absolut dan wewenang pemerintahan tersebut. Wewenang dari seorang menteri dalam negeri jelas akan berbeda batas wilayah kewenangannya dengan wewenang menteri kehutanan. Adapun, batas cakupan materi kewenangannya pada dasarnya sesuai dengan yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar pemberian kewenangan tersebut. Misalnya, seorang menteri dalam negeri telah diberikan wewenang pemerintahan untuk melaksanakan fungsi dan tugas pemerintahan dalam negeri sehingga menteri dalam negeri tidak dapat mencampuri urusan lain di luar dan bidang yang telah ditentukan tersebut, seperti membuat kebijakan (*policy*) di bidang kehutanan.

Selanjutnya, dalam kepustakaan hukum administrasi terdapat pembagian mengenai sifat wewenang pemerintahan, yakni terdapat wewenang pemerintahan yang bersifat terikat, fakultatif, dan bebas, terutama dalam kaitannya dengan kewenangan untuk membuat dan menerbitkan keputusan yang bersifat mengatur (*besluiten*) dan keputusan yang bersifat menetapkan (*beschikkingen*) oleh organ pemerintahan. Oleh Indroharto⁵¹ dikemukakan, bahwa wewenang pemerintahan yang bersifat terikat terjadi apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut dapat digunakan, atau peraturan dasarnya sedikit banyak menentukan tentang isi dan keputusan yang harus diambil. Dengan kata lain, terjadi apabila peraturan dasar yang menentukan isi dan keputusan yang harus diambil secara terperinci, maka wewenang pemerintahan semacam ini merupakan wewenang yang bersifat terikat. Adapun, wewenang fakultatif terjadi dalam hal badan/atau pejabat pemerintah yang bersangkutan tidak wajib menerapkan wewenangnya atau sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat dilakukan dalam hal-hal atau keadaan tertentu saja sebagaimana ditentukan dalam peraturan dasarnya. Wewenang pemerintahan

yang bersifat bebas, terjadi ketika peraturan dasarnya memberi kebebasan kepada badan/atau pejabat pemerintah untuk menentukan sendiri mengenai isi dari keputusan yang akan dikeluarkannya atau peraturan dasarnya memberikan ruang lingkup kebebasan kepada pejabat pemerintah untuk mengambil suatu tindakan atau perbuatan pemerintahan.

Philipus M. Hadjon⁵² dengan mengutip pendapat dan N.M. Spelt dan J.B.J.M. ten Berge, membagi kewenangan bebas pemerintahan dalam dua kategori, yakni kebebasan dalam kebijaksanaan (*beleidsvrijheid*) dan kebebasan dalam penilaian (*beoordelingsvrijheid*). Adapun yang dimaksud dengan kebebasan dalam kebijaksanaan (wewenang diskresi dalam arti sempit) bila peraturan perundang-undangan memberikan wewenang tertentu kepada organ pemerintahan, sedangkan organ tersebut bebas untuk (tidak) menggunakannya meskipun syarat-syarat bagi penggunaannya secara sah dipenuhi. Adapun kebebasan dalam melakukan penilaian (wewenang diskresi dalam arti yang tidak sesungguhnya), menurut hukum diserahkan kepada organ pemerintahan untuk menilai secara mandiri dan eksklusif apakah syarat-syarat bagi pelaksanaan suatu wewenang secara sah telah dipenuhi.

Berdasarkan hal tersebut di atas, Philipus M. Hadjon⁵³ menetapkan adanya dua jenis kekuasaan bebas atau diskresi, yakni: pertama, kewenangan untuk memutus secara mandiri; dan yang kedua, kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar dalam peraturan perundang-undangan (*vagenormen*). Dengan kata lain, kewenangan untuk memutus atau menetapkan secara mandiri terhadap tindakan atau perbuatan seperti apa yang akan dilakukan atau diambil dan kewenangan untuk melakukan penafsiran atau interpretasi terhadap norma hukum yang samar-samar (*vagenormen*), seperti izin usaha dapat diberikan dengan memenuhi syarat-syarat

⁵¹ Indroharto, 1993, *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, B.3. II Sima (Humas) Jakarta, 5, 99.

⁵² Philipus M. Hadjon, 1994, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Cetakan Ke-2 Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, h. 4.

⁵³ *Ibid.* h. 5.

tertentu sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Pertanyaannya ialah seperti apakah syarat-syarat tersebut yang diatur dalam peraturan perundang-undangan sehingga pemerintahlah yang berwenang untuk menafsirkan syarat-syarat tersebut dalam pemberian izin usaha yang dimaksud.

3. Sumber Wewenang

Seiring dengan pilar utama dan konsepsi negara hukum, yakni asas legalitas (*Jegaliteitsbeginsel* atau *betbeginselsvanwetmatigheidsvanbestuur*), maka berdasarkan prinsip ini tersirat bahwa wewenang pemerintahan berasal dari peraturan perundang-undangan, yang berarti bahwa sumber wewenang bagi pemerintah ada di dalam peraturan perundang-undangan mencakup karakteristik dasar, sebagaimana yang dikutip dalam pandangan Achmad Ruslan⁵⁶ berikut:

- a. Mengatur perilaku para subjek hukum yang bersifat imperatif yakni, hak, kewajiban kewenangan, tugas, fungsi serta larangan yang berimplikasi pada ancaman sanksi (perdata dan/atau pidana dan/atau administratif) serta yang bersifat fakultatif yaitu yang bersifat kebolehan/menambah.
- b. Berlaku ke dalam dan keluar dalam ragka pemenuhan hak asasi manusia.
- c. Bersifat mengikat (mengikat umum atau impersonal dari segi subjeknya).
- d. Objek yang diaturnya bersifat abstrak dan/atau konkrit.
- e. Melembagakan suatu taranan nilai-nilai hukum tertentu yang bersifat instrinsik.
- f. Menentukan atau memastikan segi waktu keberlakuannya, yaitu bersifat terus-menerus atau untuk waktu tertentu saja tapi tidak *einmalig*.
- g. Menentukan atau memastikan segi tempat keberlakuannya, yaitu

⁵⁶ Achmad Ruslan, 2013, *Teori dan Panduan Praktik Pembentukan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia*, Yogyakarta: Rangkang Education, hlm. 44-45

bersifat teritorialistik.

- h. Menentukan atau memastikan mekanisme atau prosedur pembentukannya sesuai dengan dasar pembentukannya yang di dalamnya memuat pula organ pelaksana/ penegaknya.
- i. Menentukan dan memastikan dasar validasi pembentukannya dari norma hukum yang membentuknya (aspek hirarkis) serta dana penegakannya.

Secara teoretis, kewenangan yang bersumber dan peraturan perundang-undangan ini diperoleh melalui tiga cara, yakni: atribusi, delegasi, dan mandat.

Menurut pendapat Indroharto,⁵⁷ bahwa pada atribusi terjadi pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan. Di sini dilahirkan atau diciptakan suatu wewenang baru. Lebih lanjut disebutkan, bahwa legislator yang kompeten untuk memberikan atribusi wewenang pemerintahan itu dibedakan antara; yang berkedudukan sebagai original legislator; di negara kita di tingkat pusat adalah MPR sebagai pembentuk konstitusi dan DPR bersama-sama dengan pemerintah sebagai yang melahirkan suatu undang-undang, dan di tingkat daerah adalah DPRD dan pemerintah daerah yang melahirkan peraturan daerah. Kemudian, yang bertindak sebagai delegated legislator; seperti Presiden yang berdasar pada suatu ketentuan undang-undang mengeluarkan peraturan pemerintah, dalam mana diciptakan wewenang pemerintahan kepada badan/atau jabatan pemerintahan tertentu.

Pada delegasi terjadi pelimpahan suatu wewenang yang telah ada (wewenang asli) oleh badan/atau jabatan pemerintahan yang telah memperoleh wewenang pemerintahan secara atributif kepada badan/ atau jabatan pemerintahan lainnya. Jadi, suatu wewenang delegasi selalu didahului oleh adanya suatu atribusi wewenang. Adapun, pengertian mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan

⁵⁷ Indroharto, *Op. Cit.*

kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya. Dengan kata lain, suatu tindakan atau perbuatan yang mengatasnamakan badan/atau jabatan pemerintahan yang diwakilinya (bertindak untuk dan atas nama badan/atau jabatan pemerintahan). Hal ini sama atau serupa dengan konsep pemberian kuasa dalam hukum perdata yang memberi kewenangan pada penerima kuasa untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum atas nama pemberi kuasa.

Untuk lebih jelasnya pengertian apa yang dimaksudkan dengan atribusi, delegasi, dan mandat maka oleh H.D. van Wijck/Willem Konijnenbelt¹⁸ mendefinisikan atribusi sebagai suatu pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan (*attributie is toekenning van een bestuursbevoegdheid door een wetgever aan een bestuursorgaan*). Adapun, pengertian delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari suatu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya (*delegatie is overdracht van een bevoegdheid van het ene bestuursorgaan aan een cinder*), dan pengertian mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya (*mandat is een bestuursorgaan loot zijn bevoegdheid namens hem uitoefenen door een cinder*).

Berbeda dengan Van Wijck/Willem Konijnenbelt, maka E.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek¹⁹ mengemukakan pendapatnya dengan menyatakan, bahwa hanya ada dua cara organ pemerintahan memperoleh wewenang yakni, dengan jalan atribusi dan delegasi (*er bestaan slechts twee wijzen waarop een organ aan een bevoegdheid kan komen, namelijk attributie en delegatie*). Mengenai pengertian atribusi dan delegasi dengan tegas dikemukakan, bahwa atribusi berkenaan dengan penyerahan wewenang baru, sedangkan delegasi menyangkut pelimpahan wewenang yang telah ada atau organ yang telah memperoleh wewenang secara atributif kepada organ lain sehingga

delegasi secara logis selalu didahului dengan suatu atribusi. Dengan kata lain, delegasi tidak mungkin ada tanpa atribusi mendahuluinya (*bij attributie gaat het om het toekennen van een nieuwe bevoegd held; bij delegatie gaat het om het overdragen van een reeds bestaande bevoegd held or door het organ dat die bevoegdheid geattribueerd heeft gekregen, aan een cinder organ; aan delegatie gaat dus altijd logischwijs vooraf*).

Dalam hal pengertian mandat tidak dibicarakan mengenai penyerahan wewenang atau pelimpahan wewenang. Bahkan, dalam hal mandat tidak terjadi perubahan wewenang apa pun atau seridak-tidaknya dalam arti yuridis formal, yang terjadi hanyalah hubungan internal. Dapat dicontohkan bahwa secara faktual jabatan menteri dengan pegawai kementerian, di mana menteri yang mempunyai kewenangan dapat melimpahkan kepada pegawai kementerian untuk mengambil keputusan tertentu atas nama menteri, sementara secara yuridis wewenang dan tanggung jawab tetap berada pada jabatan atau organ kementerian. Dengan kata lain, pegawai kementerian memutuskan secara faktual sedangkan menteri memutuskan secara yuridis (*bij mandaat is noch sprake van een bevoegdheidsoverdracht, noch van een bevoegdheidsoverdracht, in geval van mandaat verandert er aan een bestaande bevoegdheid or alt hans in formeel juridisch zijn niets. Er is dan uitsluitend sprake van een interne verhouding, bij voorbeeld minister - ambtenaar, waar bij de minister de ambtenaar machtigt en/of opdraagt namens hem bepaalde beslissingen te nemen, terwijl juridisch-naar buiten toe-de minister het bevoegde en verantwoordelijke organ blij ft. De ambtenaar besluit feitelijk, de minister juridisch*).

Dalam hal pelimpahan wewenang pemerintahan melalui delegasi ini terdapat syarat-syarat sebagaimana sebagai berikut :

- Delegasi harus definitif dan pemberi delegasi (*delegans*) tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu.
- Delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- Delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hubungan hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;

¹⁸ H. D. van Wijck, 1995, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, Vuga's Caven Hage, h. 129.

¹⁹ E.A.M. Stroink dan J. G. Steenbeek, 1985, *Inleiding in het staats en Administratief Recht*, Utrecht, van der Wijk, Konijnenbelt, L.J.C. Ploegh, M. J. B. de K.

- d. Adanya kewajiban mempertanggungjawabkan dan penerima delegasi (*delegataris*) kepada delegans.
- e. *Delegans* dapat memberikan instruksi tentang penggunaan wewenang tersebut kepada *delegataris*.

Selanjutnya, dapat dikemukakan bahwa dengan mengetahui sumber dan cara memperoleh wewenang dan organ pemerintahan akan memperjelas legitimasi tindakan atau perbuatan pemerintahan. Hal ini terkait pula dengan pertanggung jawaban hukum (*rechtelijke verantwoording*) dalam setiap penggunaan wewenang pemerintahan yang menegaskan, bahwa tidak ada satu pun kewenangan yang diberikan kepada pemerintah dalam melakukan suatu tindakan atau perbuatan tanpa disertai dengan suatu pertanggungjawaban (*geen bevoegdheid naar bestuur rechtsbandelingen zonder verantwoordelijkheid atau there is no authority in government action without responsibility*). Dengan kata lain, bahwa dalam setiap pemberian kewenangan kepada pejabat pemerintahan tertentu selaku personifikasi dan jabatan pemerintahan, maka tersirat dengan jelas di dalamnya pertanggungjawaban dari pejabat yang bersangkutan.

Dari uraian tersebut di atas, secara jelas dapat disimpulkan bahwa wewenang pemerintahan yang menjadi dasar tindakan atau perbuatan pemerintahan meliputi tiga jenis wewenang, yakni: wewenang yang diperoleh secara atribusi dan berasal dari peraturan perundang-undangan adalah wewenang yang bersifat asli. Dengan kata lain, organ pemerintahan memperoleh kewenangan secara langsung dan rumusan norma-norma pasal tertentu dalam suatu peraturan perundang-undangan. Dalam hal tindakan atau perbuatan pemerintahan didasarkan pada wewenang atribusi, maka pemerintah selaku penerima wewenang atribusi dapat menciptakan wewenang pemerintahan baru atau memperluas wewenang yang sudah ada, dengan demikian maka tanggung jawab intern maupun ekstern pelaksanaan wewenang yang diatribusikan sepenuhnya berada pada pemerintah selaku penerima wewenang pemerintahan (atributaris).

Pada wewenang delegasi tidak ada penciptaan wewenang

pemerintahan baru, yang ada hanyalah pelimpahan wewenang dan pejabat yang satu kepada pejabat lainnya sehingga tanggung jawab yuridis tidak lagi berada pada pemberi delegasi (*delegans*) tetapi telah beralih kepada penerima delegasi (*delegataris*). Adapun, pada wewenang mandat, maka penerima mandat (*mandataris*) hanya bertindak untuk dan atas nama pemberi mandat (*mandani*), sedangkan tanggung jawab akhir dan keputusan yang diambil oleh penerima mandat atau mandataris tetap berada pada pemberi mandat atau *mandans*. Dalam hal ini, penerima mandat hanyalah sekadar melaksanakan atau menyelenggarakan apa yang tetap menjadi tanggung jawab pemberi mandat. Untuk memperjelas perbedaan antara delegasi dan mandat.

4. Penggunaan Wewenang

Tanggung jawab intern dan ekstern pelaksanaan wewenang yang didistribusikan sepenuhnya berada pada penerima wewenang. Pertanggungjawaban intern diwujudkan dalam bentuk laporan pelaksanaan kekuasaan, sedangkan pertanggungjawaban dari aspek ekstern adalah pertanggungjawaban terhadap pihak ketiga apabila dalam melaksanakan kekuasaan melahirkan derita atau kerugian bagi pihak lain. Penerima wewenang bertanggungjawab atas segala akibat negatif yang ditimbulkan dalam melaksanakan kekuasaan.

Pada konsep delegasi, tidak ada penciptaan wewenang dari pejabat yang satu kepada yang lainnya, atau dari badan administrasi yang satu pada yang lainnya. Penyerahan wewenang harus dilakukan dengan bentuk peraturan hukum tertentu. Pihak yang menyerahkan wewenang disebut *delegans*, sedangkan pihak yang menerima wewenang disebut *delegataris*. Setelah *delegans* menyerahkan wewenang kepada *delegataris*, maka tanggung jawab intern dan tanggung jawab ekstern pelaksanaan wewenang sepenuhnya berada pada delegataris.

Adapun syarat-syarat delegasi sebagai berikut :

- a. Delegasi harus definitif, artinya delegasi 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, artinya delegans memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut⁶².

Dengan demikian menurut Mulyosudarmo⁶³, dalam konsep pendelegasian kekuasaan, maka delegatoris melaksanakan kekuasaan atas nama sendiri dan dengan tanggung jawab sendiri. Oleh sebab itu, pelimpahan itu disebut pelimpahan kekuasaan dan tanggung jawab.

Perolehan wewenang secara mandat, pada dasarnya adalah suatu pelimpahan wewenang dari atasan kepada bawahan dengan maksud untuk membuat keputusan atas nama pejabat tata usaha negara yang memberi mandat. Hal tersebut berarti bahwa keputusan yang diambil pejabat penerima mandat, pada hakekatnya merupakan keputusan dari pejabat tata usaha negara yang memberi mandat. Sebagai konsekuensinya, bahwa tanggung jawab dan tanggung gugat atas diterbitkannya keputusan atas dasar suatu mandat, tetap berada pada pejabat pemberi mandat.

Dengan kata lain pada konsep mandat, mandataris hanya bertindak untuk dan atas nama pemberi mandat, sehingga tanggung jawab akhir dari keputusan yang diambil mandataris tetap berada pada pemberi mandat. Selain itu untuk mandat tidak diperlukan adanya ketentuan peraturan perundang-undangan yang melandasinya, karena mandat merupakan hal rutin dalam hubungan intern hirarkis dalam

organisasi pemerintahan⁶².

Adanya pemberian dan atau pembagian wewenang dari pemerintah pusat kepada pemerintah daerah baik dalam bentuk atribusi maupun delegasi, dimaksudkan agar pemerintah daerah dapat mengurus sendiri urusan rumah tangganya, termasuk didalamnya wewenang menetapkan peraturan sendiri di daerah dalam rangka menyelenggarakan urusan rumah tangga daerah yang dikenal dengan peraturan daerah.

Menurut Sukismo; Relevansi wewenang pemerintah daerah dengan pembentukan produk hukum daerah seperti peraturan daerah, antara lain untuk melakukan pengujian mengenai keabsahan produk hukum daerah bersangkutan⁶⁴. Apabila suatu produk hukum tidak didasarkan atas suatu wewenang secara sah dan benar, dapat berakibat produk hukum tersebut cacat hukum, yang berarti batal demi hukum atau dapat dibatalkan.

Dalam hal kekuasaan negara, Menurut Soemantri⁶⁵ bahwa negara merupakan suatu organisasi kekuasaan, ditandai dengan adanya berbagai lingkungan kekuasaan dalam setiap negara, yang dijumpai dalam suprastruktur politik maupun infrastruktur politik. Suprastruktur politik adalah kehidupan pemerintah, terdiri atas MPR, DPR, Presiden dan Wakil Presiden, BPK serta MA, sedangkan infrastruktur politik adalah kehidupan politik masyarakat terdiri atas kelompok penekan/kelompok kepentingan antara lain partai politik seperti Golongan Karya, Partai Persatuan Pembangunan, dan lain-lain; masmedia serta tokoh masyarakat. Kedua lingkungan kekuasaan tersebut memiliki kemampuan untuk memaksakan kehendaknya kepada pihak lain. Oleh karenanya diperlukan suatu pembatasan agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan.

Berkaitan dengan pembatasan kekuasaan negara maka menurut

⁶² Philipus Hardjono, 1997, *Wewenang*, dalam Jurnal Yuridika, Edisi Nomor 5 dan 6 Tahun XII, Hal. 5.

⁶³ Surewita Mulyosudarmo, 1997, *Penelitian Keilmuan, Kajian Teoritis dan Yuridis terhadap Bidang Administrasi Pemerintahan*, Jakarta, Hal. 43.

⁶⁴ Hardjono, Op.cit. Hal. 7.

⁶⁵ Sukismo, B. 2002, *Relevansi Pengawasan Pajak Dalam Era Otonomi Daerah*, UGM, Yogyakarta, Hal. 51.

⁶⁶ Soemantri, 1987, Hal. 73.

konsep Hukum tata negara. Kekuasaan negara dapat dibagi dalam dua cara, antara lain :

- a. Secara Vertikal, yaitu pembagian kekuasaan dalam beberapa tingkat pemerintahan atau secara teritorial (*teritorial division of power*).
- b. Secara Horizontal, yaitu pembagian kekuasaan menurut fungsinya yang mengacu pada konsep *trias politica* yang membagi pemerintahan dalam fungsi eksekutif, legislatif dan yudikatif.⁶⁵

Lebih lanjut Budiarjo⁶⁶ mengatakan bahwa: dalam konteks pembagian kekuasaan secara vertikal, dikenal sistem penyelenggaraan negara terbagi dalam tiga bentuk, yaitu : negara kesatuan, negara federal dan negara konfederasi.

Persoalan politik dan Hukum dari sifat kesatuan, sifat federasi dan sifat konfederasi suatu negara, bertumpu pada persoalan integrasi berbagai golongan yang berada dalam suatu wilayah negara. Integrasi yang diselenggarakan secara minimal menampilkan bangunan politik negara dalam bentuk konfederasi, sedangkan integrasi yang diselenggarakan secara maksimal menampilkan bangunan politik negara dalam bentuk negara kesatuan.

Adapun negara kesatuan menurut Strong⁶⁷ adalah:

"Bentuk negara dimana suatu wewenang legislatif tertinggi dipusatkan pada satu badan legislatif atau parlemen pusat atau Parlemen nasional. Kekuasaan terletak pada pemerintah Pusat dan bukan pada pemerintah Daerah. Pemerintah pusat memenuhi orientasi untuk menyerahkan sebagian kekuasaannya pada Daerah berdasarkan hak otonomi dan dilakukan berdasarkan sistem desentralisasi".

Untuk memahami lebih mendalam, maka perlu dikemukakan

perbedaan antara ketiga bentuk negara tersebut. Jellinek⁶⁸ membedakan bentuk negara konfederasi dan federasi dengan menggunakan kriteria dimana letaknya kedaulatan. Jika kedaulatan terletak pada masing-masing negara bagian dan bukan pada negara federalnya, disebut negara konfederasi, sebaliknya jika kedaulatan terletak pada negara federal dan bukan pada negara-negara bagian disebut negara Federal.

Pendapat Jellinek diikuti oleh Salt⁶⁹ dengan mengemukakan bahwa: Negara-negara yang menjadi anggota suatu konfederasi tetap merdeka sepenuhnya atau berdaulat, sedangkan negara-negara yang tergabung dalam suatu federasi kehilangan kedaulatannya.

Pendapat tersebut ditentang oleh Kranenburg⁷⁰ yang menyatakan bahwa :

"Kedaulatan tidak dapat digunakan sebagai kriteria dalam membedakan antara negara konfederasi dan negara federasi karena pengertian kedaulatan senantiasa mengalami perubahan, misalnya kedaulatan dapat berarti kekuasaan tertinggi untuk membuat Hukum di dalam suatu negara, yang bersifat tunggal, asli, abadi dan tidak dapat dibagi-bagi, namun kekuasaan juga dapat diartikan sebagai kekuasaan tertinggi mengenai beberapa hal tertentu saja, oleh karenanya terbagi-bagi".

Berpijak pada pendapat tersebut, Kranenburg lebih lanjut membedakan negara konfederasi dengan negara federasi, menggunakan kriteria "apakah warga dari negara-negara bagian tersebut terikat atau tidak oleh peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh pusat".

Jika warga negara dari negara-negara bagian tidak terikat oleh peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh organ pusat, maka disebut negara konfederasi, jadi peraturan tersebut harus dituangkan lebih dahulu dalam suatu peraturan perundang-undangan nasional dari negara-negara bagian. Sedangkan jika warga negara dari negara-negara bagian terikat oleh peraturan-peraturan yang dikeluarkan organ pusat maka disebut negara federal.

⁶⁵ Miran Budiarjo, 1999, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, Hal. 138.

⁶⁶ *Ibid*

⁶⁷ *Ibid*, Hal. 140.

⁶⁸ Soehino, 1985, *Ilmu Negara, Liberty*, Yogyakarta, Hal. 226.

⁶⁹ Budiarjo, *Op.cit*, Hal. 140.

⁷⁰ Soehino, *Op.cit*, Hal. 229.

Menyimak pendapat Jellinek dan Kranenburg tersebut Soehino⁷¹, menyatakan bahwa pada prinsipnya kedua pendapat tersebut adalah sama, yaitu menurut Jellinek dalam negara federal yang memegang kedaulatan adalah organ federalnya, jika demikian maka yang berwenang membuat peraturan yang mengikat warga negara dari negara-negara bagian adalah organ federalnya. Dengan demikian maka sesuai dengan pendapat Kranenburg bahwa dalam negara federal yang berwenang membuat peraturan-peraturan yang mengikat warga negara dari negara-negara bagian adalah organ pusat, begitu pula dengan negara konfederasi.

Lebih lanjut Kranenburg⁷² membedakan negara federal dan negara kesatuan dengan mengemukakan dua kriteria berdasarkan Hukum positif, antara lain :

- a. Negara bagian dalam negara federasi memilih "pouvoir constituent" yaitu wewenang membentuk Undang-Undang Dasar sendiri serta wewenang mengatur bentuk organisasi sendiri dalam rangka dan batas-batas konstitusi federal, sedangkan dalam negara kesatuan hanya terdapat satu Undang-Undang Dasar yaitu ada pada organ pusat, dan organisasi organ Daerah atau dengan otonomi (bagian-bagian negara) telah diterapkan oleh organ pusat.
- b. Pada negara federal, wewenang organ pusat untuk mengatur hal-hal tertentu telah terperinci satu persatu dalam konstitusi federal, sedangkan dalam negara kesatuan wewenang organ pusat hanya dirumuskan secara umum, dan wewenang organ Daerah tergantung pada organ pusat.

Bertolak pada uraian di atas, jika mengacu pada teknik pembagian kewenangan antara pemerintah pusat dan daerah sebagaimana diatur dalam UU Penda dan UU Otsus sebagai kriteria maka Negara Kesatuan Republik Indonesia dapat diklasifikasikan telah memenuhi unsur dan kriteria sebagai negara kesatuan. Berkaitan dengan uraian

tersebut, maka sesungguhnya perbedaan utama antara negara kesatuan dan negara federal adalah bertumpu pada sumber kewenangan. Pada negara kesatuan, kewenangan diperoleh dari pemerintah pusat (organ pusat) sedangkan dalam negara federal diperoleh dari pemerintah negara bagian.

Prinsip Negara Kesatuan tersebut tercermin pula dalam pembentukan Majelis Rakyat Papua sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 21 tahun 2001. Sesuai dengan hirarkinya sebagai UU, maka kewenangan pembentukannya oleh pemerintah (pusat) dalam hal ini DPR dan Presiden. Walaupun ada keterlibatan daerah baik pemerintah daerah maupun masyarakat, itu hanya berdasarkan pertimbangan partisipatif dan pemilihan model kebijakan.

Istilah kewenangan berasal dari kata wewenang, dimana didalam menguraikan pengertian wewenang, Lubis⁷³ membedakan dengan tugas (*functie*) yaitu tugas (*functie*) adalah satuan urusan pemerintahan yang dibedakan kepada organ tertentu untuk dilaksanakan, dan wewenang adalah pelaksanaan teknis urusan yang dimaksud. Penggunaan istilah tugas, kekuasaan, fungsi, wewenang, dan kompetensi dalam prakteknya sering dicampurbaurkan.

Bagir Manan⁷⁴ membedakan istilah wewenang dengan kekuasaan (*macht*), yaitu kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Sedangkan wewenang memiliki pengertian yang lebih luas meliputi hak dan kewajiban (*rechten en plichten*).

Berkaitan dengan otonomi Daerah, hak adalah kekuasaan untuk mengatur sendiri (*zelfregelen*) dan mengelola sendiri (*zelfbesturen*), sedangkan kewajiban secara horizontal yaitu kekuasaan menyelenggarakan pemerintahan sebagaimana mestinya, dan vertikal yaitu kekuasaan untuk sebagaimana mestinya, dan secara menjalankan pemerintah dalam satu secara keseluruhan.

Wewenang menurut Stout⁷⁵ adalah pengertian yang berasal

⁷¹ Soehino, Op.cit, Hal. 230.

⁷² Bualitario, Op.cit, Hal. 143.

⁷³ M. Solly Lubis, 2002, *Hukum Tata Negara*, Manda Maju, Bandung, Hal. 56.

⁷⁴ Manan, Op.cit, Hal. 1.

⁷⁵ Ridwan H.R., 2002, *Hukum Administrasi Negara*, LHI Press, Yogyakarta, Hal.72.

dari Hukum organisasi pemerintahan, yang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintahan oleh subjek Hukum publik di dalam hubungan hukum publik.

Sebaliknya Atmosudirdjo⁷⁶ mengemukakan bahwa kewenangan (*authority, gezag*) memiliki pengertian yang berbeda dengan wewenang (*competency bevoegdheid*). Kewenangan adalah kekuasaan terhadap segolongan orang-orang tertentu atau kekuasaan terhadap sesuatu bidang pemerintahan (bidang urusan) tertentu yang bulat, sedangkan wewenang hanya mengenai sesuatu onderdil tertentu saja.

Dengan demikian Daerah otonomi pada negara kesatuan, kewenangnya diperoleh melalui cara delegasi, yaitu kewenangan yang dimiliki oleh organ pusat didelegasikan kepada daerah untuk mengurus urusan rumah tangganya sendiri.

5. Pertanggungjawaban Wewenang

Penggunaan wewenang pemerintahan dalam penyelenggaraan peran dan fungsi serta tugas pemerintahan pada hakikatnya perlu dilakukan pembatasan. Hal ini penting untuk dilakukan agar dalam tindakan atau perbuatan pemerintahan yang didasarkan pada adanya wewenang pemerintahan selalu dikhawatirkan jangan sampai terjadi suatu tindakan atau perbuatan pemerintahan yang menyalahgunakan kewenangnya dan melanggar hukum (*detournement de pouvoir en onrechtmatige overheidsdaad*). Bagaimanapun juga kewenangan yang telah diberikan oleh hukum kepada pemerintah untuk dapat melakukan suatu tindakan atau perbuatan pemerintahan pada prinsipnya tidak diharapkan akan terjadi suatu tindakan atau perbuatan pemerintahan yang dapat merugikan kepentingan rakyat. Oleh karena itu, tindakan atau perbuatan pemerintahan haruslah terbebas dari tindakan atau perbuatan pemerintahan yang dapat menyimpang dan kewenangan yang diberikan kepadanya oleh hukum.

Kepentingan untuk membatasi wewenang pemerintahan yang dijadikan sebagai dasar dalam melakukan tindakan atau perbuatan pemerintahan tidak lain dimaksudkan untuk mencegah agar tindakan atau perbuatan pemerintahan tersebut tidak disalahgunakan atau menyimpang dari wewenang pemerintahan yang telah diberikan kepadanya, misalnya wewenang *prelabel* yakni wewenang untuk membuat keputusan yang diambil tanpa meminta persetujuan terlebih dahulu dari pihak mana pun dan maupun wewenang *ex officio*, yakni wewenang dalam rangka pembuatan keputusan yang diambil karena jabatannya, sehingga tidak bisa dilawan oleh siapa pun karena mengikat secara sah bagi seluruh rakyat (yang berani melawan akan dikenakan sanksi pidana).

Menurut Prajudi Atmosudirdjo⁷⁷ dengan adanya wewenang pemerintahan tersebut merupakan kekuasaan luar biasa yang dimiliki oleh pemerintah (administrasi negara) sehingga tidak dapat dilawan secara biasa. Berdasar akan hal itulah menurut pendapat penulis perlu dilakukan suatu pembatasan terhadap penggunaan wewenang pemerintahan demi untuk menghindari adanya atau terjadinya penyalahgunaan wewenang dan perbuatan sewenang-wenang dan pemerintah. Hal tersebut sejalan pula dengan pendapat dan Kuntjoro Purbopranoto⁷⁸ yang menyatakan, bahwa pembatasan tindakan atau perbuatan pemerintah harus ada mengingat, bahwa tindakan atau perbuatan pemerintah itu tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau kepentingan umum, dan tidak boleh melawan hukum (*onrechtmatig*) baik formal maupun materiel dalam arti luas serta tidak boleh melampaui/menyelewengkan kewenangnya menurut kompetensinya.

Kepentingan untuk melakukan pembatasan terhadap penggunaan wewenang pemerintahan tidak lain dimaksudkan untuk mencegah terjadinya tindakan atau perbuatan penyalahgunaan kewenangan

⁷⁶ Prajudi Atmosudirdjo, 1998, *Hukum Administrasi Negara*, PT. Raja Grafindo

⁷⁷ Prajudi Atmosudirdjo, 1998, *Hukum Administrasi Negara*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.

⁷⁸ Kuntjoro Purbopranoto, 1981, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan*

maupun perbuatan sewenang-wenang yang dilakukan oleh pemerintah. Menurut Philipus M. Hadjon⁷⁷ setiap wewenang dibatasi oleh materi (substansi), ruang (wilayah; *locus*), dan waktu (*tempus*). Di luar batas-batas itu suatu tindak pemerintahan merupakan tindakan tanpa wewenang (*onbevoegdheid*) yang dapat berupa *onbevoegdheid ratione materiae*, *onbevoegdheid ratione loci* en *onbevoegdheid ratione temporis*. Selanjutnya, dapat disimpulkan bahwa dengan adanya batas wewenang tersebut memberikan ruang lingkup terhadap legalitas tindakan atau perbuatan pemerintahan yang meliputi wewenang, prosedur, dan substansi.

Adanya wewenang dan prosedur merupakan landasan bagi legalitas formal suatu tindakan atau perbuatan pemerintahan. Dengan dasar legalitas formal tersebut, maka lahirah asas *praesumptio iustae causa*, dalam arti bahwa setiap tindakan atau perbuatan pemerintahan harus dianggap sah sampai ada pembatalan untuk itu. Asas ini menjadi *ratiolegis* dengan adanya norma aturan yang menyatakan, bahwa gugatan tidak menunda atau menghalangi dilaksanakannya keputusan badan/atau pejabat pemerintahan serta tindakan atau perbuatan badan/atau pejabat yang digugat. Tidak terpenuhinya tiga komponen legalitas tindakan atau perbuatan pemerintahan tersebut mengakibatkan cacat yuridis yang menyangkut wewenang, prosedur, dan substansi.

Wewenang selalu dikaitkan dengan setiap tindakan atau perbuatan pemerintahan yang mensyaratkan harus bertumpu atas kewenangan yang sah. Kewenangan itu diperoleh melalui tiga sumber yakni atribusi, delegasi, dan mandat. Adapun, asas umum prosedur bertumpu atas tiga landasan utama hukum administrasi yakni: asas negara hukum, demokrasi, dan instrumental. Asas negara hukum dalam prosedur utamanya berkaitan dengan perlindungan hak-hak dasar, asas demokrasi dalam kaitan dengan prosedur berhubungan dengan asas keterbukaan dalam penyelenggaraan pemerintahan.

Penerapan asas keterbukaan mewajibkan pemerintah untuk

⁷⁷ Philipus M. Hadjon, *Op. Cit.*, h. 22.

secara aktif memberikan informasi kepada masyarakat tentang suatu permohonan atau suatu rencana tindakan atau perbuatan pemerintahan dan mewajibkan untuk memberikan penjelasan kepada masyarakat atas hal yang diminta. Keterbukaan pemerintahan (*openbaare van bestuur*) memungkinkan adanya peran serta (*inspraak*) masyarakat dalam setiap pengambilan keputusan atau kebijakan yang diambil oleh pemerintah. Selanjutnya, dalam penerapan asas instrumental meliputi asas efisiensi atau daya guna (*doelmatigheid*) dan asas efektifitas atau hasil guna (*doelresultenbelid*) dalam penyelenggaraan pemerintahan.

Kekuasaan pemerintahan dibatasi secara substansial, dalam arti bahwa tindakan atau perbuatan pemerintahan dibatasi menurut aturan dasar yang dijadikan dasar untuk melakukan suatu tindakan atau perbuatan. Sebagai contoh adanya wewenang untuk menetapkan pajak bumi dan bangunan, maka secara substansi dibatasi pada luas tanah dan luas bangunan dan tidak menyangkut atau berkaitan dengan isi rumah atau bangunan tersebut. Dengan kata lain, aspek substansi menyangkut "apa" dan "untuk apa". Adapun cacat substansi menyangkut "apa" merupakan tindakan sewenang-wenang, sedang cacat substansi menyangkut "untuk apa" merupakan tindakan penyalahgunaan wewenang.

Konsep penyalahgunaan wewenang dalam hukum administrasi selalu diparalelkan dengan konsep *detournement de pouvoir*. Philipus M. Hadjon⁷⁸ menyebut dengan penggunaan wewenang tidak sebagaimana mestinya. Dalam hal ini pejabat menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain yang menyimpang dari tujuan yang telah diberikan kepada wewenang itu. Dengan kata lain, pejabat telah melanggar asas spesialisasi. Untuk mengukur apakah telah terjadi penyalahgunaan wewenang pemerintahan, maka haruslah dibuktikan secara faktual bahwa pejabat pemerintahan telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain. Terjadinya penyalahgunaan bukanlah merupakan suatu kealpaan. Penyalahgunaan kewenangan dilakukan secara sadar, yakni mengalihkan tujuan yang telah diberikan kepada wewenang itu.

⁷⁸ *Ibid.*, h. 25.

Pengalihan tujuan tersebut didasarkan atas interest atau kepentingan pribadi, baik untuk kepentingan dirinya sendiri maupun untuk kepentingan orang lain.

Untuk memperjelas hal tersebut di atas, maka dalam pertimbangan putusan Mahkamah Agung (MA) diberikan pengertian dan batasan yang berkaitan dengan konsep menyalahgunakan wewenang, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan di mana secara tegas disimpulkan, bahwa perbuatan penyalahgunaan wewenang oleh pejabat haruslah dibuktikan terlebih dahulu unsur pokok dalam hukum pidana, yakni apakah terdakwa memang mempunyai kesengajaan (*opzet*) untuk melakukan perbuatan penyalahgunaan wewenang tersebut, dan memang secara jelas terdakwa menghendaki dan mengetahui (*met willens en wetens*) bahwa perbuatan itu dilarang namun tetap dilakukannya.

D. ETIKA, NORMA, DAN PRINSIP PENGADAAN BARANG DAN JASA

1. Etika Pengadaan Barang dan Jasa

Pengadaan barang dan jasa pada dasarnya melibatkan dua pihak yaitu pihak pengguna barang dan jasa dan pihak penyedia barang dan jasa, tentunya dengan keinginan/kepentingan berbeda bahkan dapat dikatakan bertentangan. Pihak pengguna barang dan jasa menghendaki memperoleh barang dan jasa dengan harga semurah-murahnya, sedang pihak penyedia barang dan jasa dalam menyediakan barang dan jasa sesuai kepentingan pengguna barang dan jasa ingin mendapatkan keuntungan yang setinggi-tingginya. Dua keinginan/kepentingan ini akan sulit dipertemukan kalau tidak ada saling pengertian dan kemauan untuk mencapai kesepakatan. Untuk itu perlu adanya etika dan norma yang harus disepakati dan dipatuhi bersama.

Etika adalah asas-asas akhlak/moral (Kamus Umum Bahasa Indonesia asas-asas adalah dasar-dasar atau pondasi atau suatu kebenaran yang menjadi dasar atau tumpuan berpikir akhlak adalah watak, tabiat, budi pekerti sedangkan moral adalah perbuatan baik-

buruk). Etika dalam pengadaan barang dan jasa adalah perilaku yang baik dari semua pihak yang terlibat dalam proses pengadaan. Yang dimaksud perilaku yang baik adalah perilaku untuk saling menghormati terhadap tugas dan fungsi masing-masing pihak, bertindak secara profesional, dan tidak saling mempengaruhi untuk maksud tercela atau untuk kepentingan/keuntungan pribadi dan atau kelompok dengan merugikan pihak lain.

Anggaran belanja Pemerintah Pusat sampai dengan Pemerintah Kabupaten/Kota yang digunakan untuk pengadaan barang dan jasa dapat mencapai 50% dari total anggaran belanja negara. Dengan cukup banyaknya pengadaan barang dan jasa yang diselenggarakan, Pemerintah bisa menciptakan lapangan pekerjaan baru. Banyak tenaga kerja yang telah terserap baik secara langsung maupun tidak langsung.

Pengadaan barang dan jasa pada umumnya digolongkan menjadi dua jenis:

- Pengadaan barang dan jasa pelaksanaan konstruksi
- Pengadaan jasa konsultasi

Secara lebih spesifik, pengadaan barang dan jasa pada lembaga Pemerintah bisa dibagi menjadi beberapa macam, yaitu:

- Pengadaan barang
- Pengadaan jasa pemborongan konstruksi/ non konstruksi
- Pengadaan jasa konsultasi

Sementara, macam dan jenis pengadaan barang dan jasa pemerintah dalam Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 172 Tahun 2014 Tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah meliputi:

- Barang
- Pekerjaan konstruksi
- Jasa konsultasi
- Jasa lainnya

2. Norma Pengadaan Barang dan Jasa

Agar tujuan pengadaan barang dan jasa dapat tercapai dengan baik, maka semua pihak yang terlibat dalam proses pengadaan harus mengikuti norma yang berlaku. Suatu norma baru ada apabila terdapat lebih dari satu orang, karena norma pada dasarnya mengatur tata cara bertingkah laku seseorang terhadap orang lain atau terhadap lingkungannya.

Sebagaimana norma lain yang berlaku, norma pengadaan barang dan jasa terdiri dari norma tidak tertulis dan norma tertulis. Norma tidak tertulis pada umumnya adalah norma yang bersifat ideal. Sedangkan norma tertulis pada umumnya adalah norma yang bersifat operasional. Norma ideal pengadaan barang dan jasa antara lain tersirat dalam pengertian tentang hakekat, filosofi, etika, profesionalisme dalam bidang pengadaan barang dan jasa. Sedangkan norma pengadaan barang dan jasa bersifat operasional pada umumnya telah dirumuskan dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan yaitu berupa undang-undang, peraturan, pedoman, petunjuk, dan bentuk produk statuter lainnya.

3. Prinsip Pengadaan Barang dan Jasa

Pengadaan barang dan jasa harus dilaksanakan berdasarkan prinsip-prinsip pengadaan dengan menerapkan prinsip-prinsip efisien, efektif, transparan, keterbukaan, bersaing, adil/tidak diskriminatif dan akuntabel akan meningkatkan kepercayaan masyarakat terhadap proses Pengadaan Barang/Jasa, karena hasilnya dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat dan segi administrasi, teknis dan keuangan.

E. PENEGAKAN HUKUM

1. Pengertian Penegakan Hukum

Penegakan Hukum menurut Soerjono Soekanto,⁸¹ bahwa secara konseptual inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan

⁸¹ Soerjono Soekanto, 2008, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Hukum*, h. 5.

menyerasikan hubungan-hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan menjawab dari sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup,

Masalah pokok penegakan hukum sebenarnya terletak pada faktor-faktor yang mempengaruhinya. Faktor-faktor tersebut adalah sebagai berikut:

- faktor hukumnya sendiri, yaitu peraturan perundang-undangan;
- faktor penegakan hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum;
- faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
- faktor masyarakat, yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;
- faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta, dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Kelima faktor tersebut saling berkaitan dengan eratnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum, juga merupakan tolak ukur dari pada efektivitas penegakan hukum.

Sajipto Raharjo,⁸² mengemukakan bahwa penegakan hukum adalah suatu proses untuk keinginan-keinginan hukum menjadi kenyataan. Keinginan-keinginan hukum adalah pikiran-pikiran badan pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan-peraturan hukum. Proses penegakan hukum menjangkau pula sampai kepada pembuatan hukum.

Kegiatan untuk melaksanakan dan menerapkan hukum serta melakukan tindakan hukum terhadap setiap pelanggaran atau penyimpangan hukum yang dilakukan oleh subyek hukum, baik melalui prosedur peradilan maupun melalui prosedur arbitrase dan mekanisme penyelesaian sengketa lainnya (*alternative disputes or conflicts resolution*). Bahkan, dalam pengertian yang lebih luas

⁸² Soejono Raharjo, 2009, *Penemuan Hukum Suatu Tinjauan Sastrawi*, h. 24.

lagi, kegiatan penegakan hukum mencakup pula segala aktivitas yang dimaksudkan agar hukum si perangkat kaidah normatif yang mengatur dan mengikat para subyek hukum dalam segala aspek kehidupan bermasyarakat dan bernegara benar-benar ditaati dan sungguh-sungguh dijalankan sebagaimana mestinya. Dalam arti sempit, penegakan hukum itu menyangkut kegiatan penindakan terhadap setiap pelanggaran atau penyimpangan terhadap peraturan perundang-undangan, khususnya yang lebih sempit lagi, melalui proses peradilan pidana yang melibatkan peran aparat kepotision, kejaksaan, advokat atau pengacara, dan badan-badan peradilan.

Karena itu dalam arti sempit, aktor-aktor utama yang peranannya sangat menonjol dalam proses penegakan hukum adalah polisi, jaksa, advokat dan hakim. Para alat penegak hukum ini dapat dilihat pertama, sebagai orang atau unsur manusia dengan kualitas, kualifikasi, dan kultur kerja masing-masing. Dalam pengertian demikian persoalan penegakan hukum tergantung aktor, pelaku, pejabat atau aparat penegak hukum sendiri. Kedua, penegak hukum dapat pula dilihat sebagai institusi, badan, atau organisasi dengan kualitas birokrasinya sendiri-sendiri. Dalam kaitan itu, dapat dilihat bahwa penegakan hukum dan kaca mata kelembagaan yang pada kenyataannya, belum terinstitusionalisasikan secara rasional dan impersonal (*institutionalized*). Namun kedua perspektif tersebut perlu dipahami secara komprehensif dengan melihat pula keterkaitannya satu sama lain serta keterkaitannya dengan berbagai faktor dan elemen yang terkait dengan hukum itu sendiri sebagai suatu sistem yang rasional.⁸¹

Dalam struktur kenegaraan modern, maka tugas penegakan hukum itu dijalankan oleh komponen eksekutif dan dilaksanakan oleh birokrasi dan eksekutif tersebut, sehingga sering disebut juga birokrasi penegakan hukum. Sejak negara itu mencampuri banyak bidang kegiatan dan pelayanan dalam masyarakat, maka memang campur tangan hukum juga makin intensif, seperti dalam bidang-bidang kesehatan, perumahan, produksi, dan pendidikan. Tipe negara

yang demikian itu dikenal sebagai *welfare state*. Eksekutif dengan birokrasinya merupakan bagian dari mata rantai untuk mewujudkan rencana yang tercantum dalam (peraturan) hukum yang menangani bidang-bidang tersebut.⁸¹

Proses penegakan hukum dalam penanggulangan kejahatan melalui kebijakan penal atau hukum pidana sangat penting eksistensinya. Aspek ini tersirat melalui seminar Kriminologi ke-3 tahun 1976 dimana disebutkan bahwa "hukum pidana hendaknya dipertahankan sebagai salah satu sarana untuk *socialdefense* dalam arti melindungi masyarakat terhadap kejahatan (*rehabilitate*) dengan memperbaiki atau memulihkan kembali si pembuat tanpa mengurangi keseimbangan kepentingan perorangan (pembuat) dan masyarakat". Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Karena itu, sering pula dikatakan bahwa politik atau kebijakan hukum pidana juga merupakan bagian dan kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*).⁸²

Menurut Satjipto Rahardjo,⁸³ untuk mewujudkan hukum sebagai ide-ide ternyata dibutuhkan suatu organisasi yang cukup kompleks. Negara yang harus campur tangan dalam perwujudan hukum yang abstrak ternyata harus mengadakan berbagai macam badan untuk keperluan tersebut. Kita tidak mengenai adanya jawatan hukum atau kantor hukum, melainkan : pengadilan, kejaksaan, kepolisian, pemasyarakatan dan juga badan peraturan perundang-undangan. Badan-badan yang tampak sebagai organisasi yang berdiri sendiri-sendiri tersebut pada hakikatnya mengemban tugas yang sama, yaitu mewujudkan hukum atau menegakkan hukum dalam masyarakat. Apabila keadaannya sudah demikian, maka tentunya dalam rangka membicarakan penegakan hukum, tidak dapat dilewatkan

⁸¹ Satjipto Rahardjo *Op Cit*, h. 181

⁸² Lili Mulyati, 2003, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi & Victimologi*, h.

⁸³ Soerjono Soerjono, 2009, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, h. 11-13

pembicaraan mengenai segi keorganisasian tersebut.

Dihubungkan dengan penanggulangan kejahatan kekerasan seperti perampokan, pembunuhan, penganiayaan dan tawuran, di antara para penegak hukum lain, maka alat penegak hukum yang pertama-tama harus berhadapan secara langsung dengan para pelaku kejahatan kekerasan itu di lapangan bukanlah jaksa atau hakim, melainkan polisi. Sebagaimana pendapat Satjipto Rahardjo, menggelari polisi sebagai penegak hukum kelas jalanan, sedangkan jaksa dan hakim diberinya gelar penegak hukum kelas gedongan. Adapun pendapat Sadjipto Rahardjo⁴⁷ tersebut, lengkapnya dikutip oleh Achmad Ali, sebagai berikut:

"Sekalipun bersama-sama berada pada jajaran penegakan hukum, tetapi polisi layak untuk diberi tempat dan penilaian tersendiri oleh karena kualitasnya yang begitu berbeda. Keadaan yang demikian itu pertama-tama disebabkan oleh karena ia bisa disebut suatu badan yang bersifat kerakyatan. Sifat yang demikian itu berhubungan dengan sifat pekerjaannya yang harus berada dan bergerak di tengah-tengah rakyat. Oleh karena itu memelihara kontak-kontak yang intensif dengan lingkungan sosialnya. Kualitas pekerjaan demikian ini berbeda sekali dengan yang dijalankan oleh badan lain, seperti jaksa dan hakim. Kedua badan terakhir ini menempatkan dirinya dalam jarak yang cukup jauh dari rakyat, dari kontak-kontak langsung dan intensif saya sebut sebagai penegak hukum gedongan" sedang polisi sebagai penegak hukum "jalanan".

"Penyebutan polisi sebagai penegak hukum jalanan itu merupakan simbol penting yang melambangkan pekerjaan penegak hukum yang dilakukan oleh polisi. Simbol tersebut dipilih untuk mewadahi penegakan hukum yang bersifat telanjang, seperti mendatangi dan melakukan pemeriksaan langsung di TKP (Tempat Kejadian Perkara), melakukan perburuan dan penangkapan pelaku kejahatan, melakukan pengintalan, semuanya dengan resiko cukup tinggi yang kita sekalian sudah mengerti. Oleh karena itu barang kali ia bukan hanya suatu penegakan hukum yang berkualitas telanjang, melainkan juga keras".

Menurut Muladi, penegakan hukum pidana merupakan bagian dari politik kriminal sebagai salah satu bagian dari keseluruhan kebijaksanaan penanggulangan kejahatan. Memang penegakan hukum pidana bukan merupakan satu-satunya tumpuan harapan untuk dapat menyelesaikan atau menanggulangi kejahatan secara tuntas. Hal ini wajar karena pada hakekatnya kejahatan itu merupakan masalah kemanusiaan dan masalah sosial yang tidak dapat diatasi semata-mata dengan hukum pidana. Walaupun penegakan hukum pidana dalam rangka penanggulangan kejahatan bukan merupakan satu-satunya tumpuan harapan, namun keberhasilannya sangat diharapkan karena pada bidang penegakan hukum inilah dipertaruhkan makna dan negara berdasarkan atas hukum.

Pada kesempatan lain, Muladi berpendapat bahwa penegakan hukum harus diartikan dalam kerangka tiga konsep yaitu konsep penegakan hukum yang bersifat total (*total enforcement concept*) yang menuntut agar semua nilai yang ada di belakang norma hukum tersebut ditegakkan tanpa kecuali, yang bersifat penuh (*full enforcement concept*). Menyadari bahwa konsep total harus dibatasi dengan hukum acara dan sebagainya, demi perlindungan kepentingan individu serta konsep penegakan hukum aktual (*actual enforcement concept*) yang muncul setelah diyakini adanya diskresi dalam penegakan hukum karena keterbatasan-keterbatasan, baik yang berkaitan dengan sarana prasarana, kualitas sumber daya manusianya, kualitas perundang-undangannya dan kurangnya partisipasi masyarakat.

Pedoman Pelaksanaan KUHAP, menyatakan bahwa penegakan hukum merupakan salah satu usaha untuk menciptakan tata tertib, keamanan dan ketenteraman dalam masyarakat, baik itu merupakan usaha pencegahan maupun merupakan pemberantasan atau penindakan setelah terjadinya pelanggaran hukum, dengan lain perkataan, baik secara preventif maupun represif. Apabila undang-undang yang menjadi dasar hukum bagi gerak langkah serta tindakan dan para alat penegak hukum kurang sesuai dengan dasar falsafah negara dan pandangan hidup bangsa kita, sudah barang tentu penegakan hukum tidak akan mencapai sasaran.

Penegakan hukum preventif adalah proses pelaksanaan hukum pidana oleh alat penegak hukum dalam taraf upaya untuk mencegah kemungkinan terjadi kejahatan, baik arti sempit merupakan kewajiban dan wewenang pencegahan oleh kepolisian maupun dalam arti luas oleh semua badan yang berurusan dengan pencegahan kejahatan dalam sistem hukum pidana. Usaha pencegahan yang bersifat preventif tidak semata-mata melalui pendekatan yuridis, melainkan dapat disertai pendekatan sosiologis, psikologis, kriminologis dan cultural. Sebaliknya penegakan hukum represif adalah proses pelaksanaan hukum pidana yang merupakan tindakan alat penegak hukum sesudah terjadi kejahatan dengan melakukan atau tidak melakukan penyidikan, melakukan atau tidak melakukan penuntutan dan menjatuhkan atau tidak menjatuhkan pidana.

Proses penegakan hukum pidana materiil terhadap tindak pidana khususnya tindak pidana perdagangan orang, dilakukan sesuai dengan hukum acara pidana. Pada hakikatnya tujuan hukum acara pidana sebagaimana dirumuskan dalam PP Nomor 27 Tahun 1983 sebagaimana telah diubah dengan PP Nomor 53 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan KUHAP, bahwa tujuan hukum acara pidana adalah untuk mencari dan mendapatkan atau setidaknya mendekati kebenaran materiil, ialah kebenaran yang selengkap-lengkapnyanya dari suatu perkara pidana dengan menerapkan ketentuan hukum acara pidana secara jujur dan tepat, dengan tujuan untuk mencari siapakah pelaku yang dapat didakwakan melakukan suatu pelanggaran hukum, dan selanjutnya meminta pemeriksaan dan putusan dari pengadilan guna menentukan apakah terbukti bahwa suatu tindak pidana telah dilakukan dan apakah orang yang didakwa itu dapat dipersalahkan.

Untuk dapat tercapainya tujuan hukum khususnya tujuan hukum pidana dan tujuan hukum acara pidana akan melahirkan fungsi hukum itu sendiri. Berdasarkan pandangan doktrin hukum pidana, fungsi hukum acara pidana adalah mencari dan menemukan kebenaran, memberikan dan melaksanakan keputusan hakim, sangat ditentukan oleh alat penegak hukum dalam kerangka sistem peradilan

pidana, mulai dan kepolisian sebagai alat penegak hukum terdepan, jaksa selaku penuntut umum dan hakim selaku pemutus perkara.

2. *Integrated Criminal Justice System* Dalam Penegakan Hukum

Romli Atmasasmita,⁴⁴ mengemukakan bahwa sistem peradilan pidana pertama kali diperkenalkan oleh pakar hukum dan ahli dalam *criminal justice science* di Amerika Serikat sejalan dengan ketidakpuasan terhadap mekanisme kerja para aparat penegak hukum dan Institusi penegak hukum. Romli Atmasasmita menulis bahwa ketidakpuasan ini terbukti dan meningkatnya kriminalitas di Amerika Serikat 1960-an. Pada masa itu, pendekatan yang dipergunakan dalam penegakan hukum adalah hukum dan ketertiban (*law and order approach*) dan penegakan hukum dalam konteks pendekatan tersebut dikenal dengan istilah "*law enforcement*". Istilah ini menunjukkan bahwa aspek hukum dalam penanggulangan kejahatan dikedepankan dengan kepolisian sebagai pendukung utamanya. Namun dalam praktik penegakan hukum, pihak kepolisian menghadapi berbagai kendala baik yang bersifat operasional maupun prosedur legal dan kemudian kendala ini tidak memberikan hasil yang optimal dalam upaya menekan kenaikan angka kriminalitas, bahkan terjadi sebaliknya.

Hagan membedakan pengertian antara *criminal justice process* dan *criminal justice system*. Menurutnya, *criminal justice process* adalah setiap tahap dari suatu putusan yang menghadapkan seorang tersangka ke dalam proses yang membawanya kepada penentuan pidana. Sedangkan *criminal justice system* adalah interkoneksi antara keputusan dari setiap instansi yang terlibat dalam proses peradilan pidana. Di sisi lain, Martjono Reksodipuro menulis bahwa proses peradilan pidana merupakan suatu rangkaian kesatuan (*continuum*), mulai dan penyelidikan, penangkapan, penahanan, penuntutan, diperiksa pengadilan, diputus oleh hakim, dipidana dan akhirnya

⁴⁴ Hery Tabir, 2010, *Proses Hukum Yang Adil Dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia*. Lakabang Pressindo, h. 8. Lihat juga di dalam Lilik Mulyati, 2009, *Kapita Selekta Hukum Pidana Kriminologi Dan Victimologi*, h. 1.

kembali ke masyarakat.

Secara gradual dan substansial, terminologi sistem peradilan pidana atau *criminal justice system* merupakan istilah yang menunjukkan mekanisme kerja dalam penanggulangan kejahatan dengan mempergunakan dasar pendekatan sistem. Remington dan Ohlin dengan tegas mengemukakan sebagaiberikut:

"*criminal justice system* dapat diartikan sebagai pemakaian pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana, dan peradilan sebagai suatu sistem merupakan hasil interaksi antara peraturan perundang-undangan, praktik administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial. Pengertian sistem itu sendiri mengandung implikasi suatu proses interaksi yang dipersiapkan secara rasional dan dengan cara efisien untuk memberikan hasil tertentu dengan segala keterbatasannya".

Sistem peradilan pidana mempunyai ciri sebagaiberikut:

- a. Titik berat pada koordinasi dan sinkronisasi komponen peradilan pidana (kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan);
- b. Pengawasan dan pengendalian penggunaan kekuasaan oleh komponen peradilan;
- c. Efektifitas sistem penanggulangan kejahatan lebih utama dan efisiensi penyelesaian perkara;
- d. Penggunaan hukum sebagai instrumen untuk memantapkan *the administration of justice*.

Dengan bertitik tolak pada pendapat tersebut di atas, pada dasarnya tujuan sistem peradilan pidana berorientasi kepada aspek-aspek,⁹⁹ sebagaiberikut:

- a. Mencegah masyarakat menjadi objek/korban kejahatan;
- b. Dapat menyelesaikan kasus kejahatan yang terjadi sehingga masyarakat puas bahwa keadilan ditegakkan dan yang bersalah telah dipidana; dan

⁹⁹ Erik Meland, *Op. Cit.* h. 8.

- c. Sebagai terapi prevensi agar pelaku tindak pidana tidak mengulangi lagi kejahatannya.

Mulyadi,⁹⁰ mengemukakan bahwa sistem peradilan pidana merupakan suatu jaringan (*network*) peradilan yang merupakan hukum pidana materiil, hukum pidana formil dan merupakan hukum pelaksanaan pidana. "*Integrated criminal justice system*" adalah sinkronisasi atau kesempatan dan keselarasan yang dapat dibedakan dalam:

- a. Sinkronisasi struktural (*structural synchronization*) adalah keserampakan dan keselarasan dalam kerangka hubungan antara lembaga penegakan hukum;
- b. Sinkronisasi substansi (*substantial synchronization*) adalah keserampakan dan keselarasan yang bersifat vertikal dan horisontal dalam kaitannya dengan hukum positif.
- c. Sinkronisasi kultural (*cultural synchronization*) adalah keserampakan dan keselarasan dalam menghayati pandangan-pandangan, sikap-sikap dan falsafah yang menyeluruh mendasari jalannya sistem peradilan pidana.

Dalam rangka sistem peradilan pidana, maka Kepolisian merupakan sub sistem yang memiliki tugas, fungsi dan wewenang di bidang penyelidikan dan penyidikan tindak pidana yang diatur sesuai dengan hukum acara pidana. Polisi merupakan alat penegak hukum terdepan dalam penanganan suatu tindak pidana diajukan pada tahap penuntutan atau peradilan. Hasil sidang pengadilan, tidak terlepas dari bukti-bukti yang ditemukan oleh polisi pada tahap penyelidikan dan/atau penyidikan. Sebagaimana dikemukakan oleh Elizabeth Ellis,⁹¹ polisi ibarat "*gatekeepers*". Elizabeth Ellis, berpendapat bahwa:

"*Clearly, the police play a major role in the administration of criminal justice. Indeed, their role is so important that they have been described as the gatekeepers of the criminal justice process. This is because:*

⁹⁰ Yustin Anwar & Adang, *Op. Cit.* h. 37-38.

⁹¹ Elizabeth Ellis, 1988, *Thinking About Crime And Justice*, h. 47.

- 1) *The police select which individuals enter the criminal justice process by deciding, for example, how seriously to treat a crime report, and whether or not to make an arrest.*
- 2) *The police provide the earliest opportunity for an offender to be diverted from the criminal justice process by deciding, for example, not to proceed with a prosecution or by cautioning rather than charging a young offender.*
- 3) *The police can have a significant effect on court proceeding by deciding, for example, the nature of the charge to be laid. In addition, the outcome of the trial may depend heavily on police evidence, even when the evidence has been obtained improperly or unlawfully".*

Untuk dapat berprosesnya tugas, fungsi dan wewenang penyelidikan dan penyidikan tindak pidana, kepolisian memiliki hubungan kerja dengan sub sistem lain yang berada dalam sistem peradilan pidana di Indonesia yaitu dengan pihak kejaksaan maupun dengan pihak pengadilan. Hubungan antara sub sistem dalam sistem peradilan pidana di Indonesiaini diatur dalam hukum acara pidana.

Awaloedin Djamin,³² menguraikan bahwa lahirnya KUHAP merupakan usaha pembaharuan hukum karena ditandai dengan perubahan hukum positif secara fundamental dijiwai dengan penempatan manusia secara proporsional pada keluruhan harkat dan martabatnya, spektrum dari upaya pembangunan manusia seutuhnya. Selain dari pada itu KUHAP tersebut menegaskan secara prinsipil pembagian fungsi, tugas dan wewenang masing-masing alat penegak hukum dan karena itu dalam pelaksanaannya mutlak disyaratkan peningkatan keserasian hubungan kerja dan koordinasi horizontal antar aparat, sehingga bermuara dalam apa yang disebut "*integrated criminal justice system*" yang memandang proses penyelesaian perkara pidana sebagai suatu mata rantai dari rangkaian kesatuan penyidikan — penuntutan — penyidikan — pemutusan perkara - penghukuman dan pelaksanaannya secara terpadu. KUHAP yang dianggap sebagai "karya agung" Pemerintah dan DPR memang merupakan suatu sistem

peradilan pidana yang mengutamakan perlindungan hak asasi manusia di mana masyarakat dapat menghayati hak dan kewajibannya. Dalam bidang penyidikan dinyatakan antara lain menjamin ha-hak tersangka dan perlakuan terhadap tersangka secara layak sebagai subjek.

Perihal peran polisi dan perspektif sistem peradilan pidana sudah jelas, yaitu sebagai bagian integral dan sistem peradilan pidana di Indonesia. Status dan kedudukan polisi sebagai komponen atau sub sistem peradilan pidana sebagaimana dijelaskan di atas diatur dalam KUHAP dan UUPolri dalam hubungan dengan alat penegak hukum.

Peran penegak hukum harus dapat menjamin keseimbangan antara rasa keadilan, kegunaan atau, kemanfaatan dan kepastian hukum dalam pelaksanaan penegakan hukum untuk menemukan kepuasan bagi mereka yang mendambakan keadilan. Penegak hukum hendaknya berpedoman pada keadilan yang bermanfaat atau memberi kemanfaatan dan kepastian hukum dan kepastian hukum serta kemanfaatan yang berkeadilan.

Proses penanganan tindak pidana, lembaga atau alat penegak hukum yang tergabung dalam sistem peradilan pidana berpedoman pada hukum acara pidana sebagaimana diatur dalam KUHAP dan peraturan perundang-undangan tertentu yang mengatur secara khusus hukum acara pidana.

KUHAP yang mengatur tentang hukum acara pidana nasional, diklasarkan pada falsafah/pandangan hidup bangsa dan dasar negara, maka tercermin perlindungan terhadap hak asasi manusia khususnya korban maupun tersangka tindak pidana perdagangan orang. Asas yang mengatur perlindungan terhadap keluhuran harkat serta martabat manusia telah dimuat dalam berbagai peraturan perundang-undangan, termasuk dalam KUHAP, yang meliputi:

- a. Perlakuan yang sama atas diri setiap orang di muka hukum dengan tidak mengadakan pembedaan perlakuan;
- b. Penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan hanya dilakukan berdasarkan perintah tertulis oleh pejabat yang diberi wewenang oleh undang-undang dan hanya dalam hal dan dengan

³² Awaloedin Djamin, 2007. *Kebudayaan Kepolisian Negara RI Dalam Sistem Peradilan Pidana*. Djakarta: Kencana, h. 33-34.

cara yang diatur dengan undang-undang;

- c. Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut dan atau dihadapkan di muka sidang pengadilan, wajib dianggap tidak bersalah sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum tetap;
- d. Kepada seorang yang ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang dan atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan wajib diberi ganti kerugian dan rehabilitasi sejak tingkat penyidikan dari para pejabat penegak hukum, yang dengan sengaja atau karena kelalaiannya menyebabkan asas hukum tersebut dilanggar, dituntut, dipidana dan atau dikenakan hukuman administrasi;
- e. Peradilan yang harus dilakukan dengan cepat, sederhana dan biaya ringan serta bebas, jujur dan tidak memihak harus diterapkan secara konsekuen dalam seluruh tingkat peradilan;
- f. Setiap orang tersangkut perkara wajib diberi kesempatan memperoleh bantuan hukum yang semata-mata diberikan untuk melaksanakan kepentingan pembelaan atas dirinya;
- g. Kepada seorang tersangka, sejak saat dilakukan penangkapan dan atau penahanan selain wajib diberitahu dakwaan dan dasar hukum apa yang didakwa, kepadanya, juga wajib diberitahu haknya itu termasuk hak untuk menghubungi dan minta bantuan penasihat hukum;
- h. Pengadilan memeriksa perkara pidana dengan hadirnya terdakwa.
- i. Sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum kecuali dalam hal yang diatur dalam undang-undang;
- j. Pengawasan pelaksanaan putusan pengadilan dalam perkara pidana ditetapkan oleh ketua pengadilan negeri yang bersangkutan.

Polri sebagai bagian dari sistem peradilan pidana di Indonesia, dalam pelaksanaan tugas, fungsi dan wewenangnya selaku penyidik maupun sebagai penyidik memiliki hubungan kerjasama dengan sub sistem dan sistem peradilan pidana. Hubungan kerja, dengan alat

penegak hukum pidana telah diatur dalam KUHAP, yang mencakup, hal-hal sebagai berikut:

a. Hubungan Penyidik Polri dengan Penuntut Umum

- 1) Dalam hal penyidik telah mulai melakukan penyidikan suatu peristiwa yang merupakan tindak pidana, penyidik memberitahukan hal itu kepada penuntut umum (Pasal 109 Ayat(1) KUHAP);
- 2) Dalam hal penyidik menghentikan penyidikan karena tidak terdapat cukup bukti atau peristiwa tersebut ternyata bukan merupakan tindak pidana atau penyidikan dihentikan demi hukum, maka penyidik memberitahukan hal itu kepada penuntut umum, tersangka atau keluarganya (Pasal 109 Ayat (2). Sebaliknya dalam hal penuntut umum menghentikan penuntutan, ia memberikan turunan surat ketetapan kepada penyidik (Pasal 140 Ayat (2) huruf c KUHAP);
- 3) Penyidik menyerahkan berkas perkara kepada penuntut umum (Pasal 8, Pasal 14 huruf a, dan Pasal 110 Ayat (1) KUHAP);
- 4) Penuntut umum memberikan perpanjangan penahanan atas permintaan penyidik (Pasal 14 huruf C, Pasal 24 Ayat (2) KUHAP);
- 5) Dalam hal penuntut umum berpendapat hasil penyidikan belum lengkap, ia segera mengembalikan kepada penyidik disertai petunjuknya dan penyidik melengkapinya dengan melakukan penyidikan tambahan (Pasal 14 huruf b, Pasal 110 Ayat (2) dan Ayat (3) KUHAP);
- 6) Penuntut umum memberikan turunan surat pelimpahan perkara, surat dakwaan kepada penyidik (Pasal 143 Ayat (4) KUHAP). Demikian pula dalam hal penuntut umum mengubah surat dakwaan ia memberikan turunan perubahan surat dakwaan tersebut kepada penyidik (Pasal 144 Ayat (3) KUHAP);
- 7) Dalam acara pemeriksaan cepat, penyidik atas kuasa penuntut

umum (demi hukum), melimpahkan berkas perkara dan menghadapkan terdakwa, saksi/ahli, juru bahasa dari barang bukti pada sidang pengadilan. Konsekuensinya, penyidik memberitahukan hari sidang kepada terdakwa (Pasal 207 Ayat (1) KUHAP) dan menyampaikan amar putusan kepada terpidana (Pasal 214 Ayat (3) KUHAP).

b. Hubungan Penyidik Polri dengan Hakim:

- 1) Ketua pengadilan negeri dengan keputusannya memberikan perpanjangan penahanan tersangka, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29 KUHAP atas permintaan penyidik;
- 2) Atas permintaan penyidik, ketua pengadilan negeri menolak atau memberikan surat izin pengeledahan rumah atau penyitaan atau izin khusus pemeriksaan surat (Pasal 33 Ayat (1), Pasal 38 Ayat (1), Pasal 43 dan Pasal 47 Ayat (1) KUHAP);
- 3) Penyidik wajib segera melaporkan kepada ketua pengadilan negeri atas pelaksanaan pengeledahan rumah atau penyitaan yang dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dan mendesak (Pasal 34 Ayat (2) dan Pasal 38 Ayat (2) KUHAP);
- 4) Penyidik memberikan kepada panitera bukti bahwa surat amar putusan telah disampaikan kepada terpidana (Pasal 214 Ayat (3) KUHAP);
- 5) Panitera memberitahukan kepada penyidik tentang adanya perlawanan dan terdakwa (Pasal 214 Ayat (7) KUHAP);

c. Hubungan Penyidik Polri dengan Penasehat Hukum atau Advokat

- 1) Penasihat hukum, berhak menghubungi tersangka sejak saat ditangkap atau ditahan pada semua tingkat pemeriksaan menurut tata cara yang ditentukan dalam KUHAP (Pasal 69 KUHAP);
- 2) Penasihat hukum berhak menghubungi dan berbicara dengan tersangka pada setiap tingkat pemeriksaan dan setiap waktu

untuk kepentingan pembelaan perkaranya. Jika terdapat bukti bahwa penasihat hukum tersebut menyalahgunakan haknya dalam pembicaraan dengan tersangka (pada tahap penyidikan), maka penyidik memberi peringatan kepada penasihat hukum. Apabila peringatan tersebut tidak diindahkan, maka hubungan tersebut diawasi oleh penyidik. Apabila setelah diawasi, haknya masih disalahgunakan, maka hubungan tersebut disaksikan oleh penyidik dan apabila setelah itu tetap dilanggar maka hubungan selanjutnya dilarang (Pasal 70 KUHAP);

- 3) Penasihat hukum, sesuai dengan tingkat pemeriksaan, dalam berhubungan dengan tersangka diawasi oleh penyidik, tanpa mendengar isi pembicaraan. Dalam hal kejahatan terhadap keamanan negara, penyidik dapat mendengar isi pembicaraan sedangkan penasehat hukum dapat melihat tetapi tidak dapat mendengar pemeriksaan terhadap tersangka (Pasal 71 KUHAP dan Pasal 115 KUHAP).

Dengan adanya Undang-undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat, maka kedudukan status advokat adalah sebagai penegak hukum, bebas dan mandul yang dijamin oleh hukum dan peraturan perundang-undangan. Dalam menjalankan tugas profesinya, advokat tunduk pada kode etik profesi dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

d. Hubungan Penyidik Polri Dengan Penyidik Pegawai Negeri Sipil:

- 1) Penyidik PPNS mempunyai wewenang sesuai dengan undang-undang yang menjadi dasar hukumnya masing-masing dan dalam pelaksanaan tugasnya berada di bawah koordinasi dan pengawasan penyidik Polri (Pasal 7 Ayat (2) KUHAP);
- 2) Penyidik Polri memberikan petunjuk dan memberikan bantuan penyidikan yang diperlukan (Pasal 107 Ayat (1) KUHAP);
- 3) Laporan mengenal dimulainya penyidikan, penghentian penyidikan atau penyerahan hasil penyidikan kepada penuntut

umum, melalui penyidik Polri (Pasal 107 Ayat (2) dan Ayat (3) dan Pasal 109 Ayat (3) KUHP).

E. TINDAK PIDANA DAN UNSUR-UNSURNYA

Hukum pidana (*ius poenale*) secara singkat dapat diartikan sebagai sejumlah peraturan yang mengandung perumusan peristiwa pidana serta ancaman hukumnya.³³ Menurut Mezger Munchen,³⁴ hukum pidana adalah semua aturan-aturan hukum (*diejenige Rechtsnormen*) yang menentukan (menghubungkan) suatu pidana sebagai akibat hukum (*rechtsfolge*) dari suatu perbuatan yang telah dilakukan.

Untuk mengetahui suatu perbuatan, baik berbuat maupun tidak berbuat, sebagai sebuah tindak pidana atau bukan tindak pidana, didasarkan atas ketentuan menurut undang-undang yang dikenal dengan asas legalitas: *nullum crimen sine lege* dan *nulla poena sine lege*. Perbuatan pidana menunjuk kepada sifat perbuatan yang dilarang dengan ancaman pidana atas pelanggaran yang dilakukan. Setiap perbuatan yang dilakukan serta memenuhi unsur tindak pidana (*criminal act*), akan selalu menuntut adanya pertanggungjawaban berupa pengenaan sanksi pidana sepanjang memenuhi syarat untuk dapat dipertanggungjawabkan. Pengenaan sanksi pidana tersebut, adalah reaksi atas delik dalam wujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik itu.³⁵ Pengenaan sanksi atas suatu perbuatan yang telah memenuhi unsur tindak pidana, adalah dimensi pertanggungjawaban pidana, yang dalam kerangka teoritik dikenal ajaran *monoistis* dan *dualistis*. Ajaran *monoistis* tidak memisahkan antara perbuatan dan orang yang melakukan perbuatan (pembuat), sedangkan ajaran *dualistis* memisahkan antara perbuatan dengan orang yang melakukan perbuatan (pembuat).³⁶

Dalam pandangan pertama (aliran *monoistis*), seseorang yang melakukan perbuatan pidana, tentu akan dipidana. Tidak peduli, apakah perbuatan tersebut ada kesalahan atau tidak.³⁷ Pendapat ini dinamakan ajaran *fait materiel*, yang tidak menghiraukan sama sekali tentang syarat kesalahan. Penentuan adanya kesalahan dan pertanggungjawaban pidana dilakukan cukup dengan meninjau, apakah pembuat memenuhi seluruh isi rumusan tindak pidana.³⁸ Seseorang dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana sepanjang dapat dibuktikan, bahwa perbuatannya telah memenuhi seluruh isi rumusan tindak pidana yang didakwakan.³⁹

Sementara, dalam aliran *dualistis* yang sering disebut teori pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, suatu perbuatan digolongkan sebagai peristiwa pidana jika bertentangan dengan hukum (anasir melawan hukum) sehingga patut dijatuhi hukuman.⁴⁰ Namun, adanya suatu kelakuan yang melawan hukum itu belum cukup untuk menjatuhkan hukuman, melainkan harus juga ada pembuat yang bertanggung jawab atas kelakuannya (anasir

dualistis. Lihat: M. Nurul Irfan, 2012. *Korupsi dalam Hukum Pidana Islam*. Jakarta: Amzah, h. 26. A. Zainal Abidin Farid, *Op.Cit.* h.42-59. Indriyanto Seno Adji, *Op.Cit.* h.155. Chaitral Huda, 2005. *Dasar-dasar teori dan Filsafat Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, bahan disampaikan pada Dies Natalis XVII dan Wisuda IX STHI, Jakarta, h.2-4 dan Chaitral Huda, 2006. *Dari Tindak Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tindak Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Jakarta: Kencana Prenada Media, h.5-6, 15-24.

³³ Ajaran ini dipraktikkan pada putusan pengadilan (H.R. 23 Mei 1899, 17 Desember 1908, dan 18 Januari 1915). Namun kemudian masyarakat merasa tidak puas akan pandangan *fait materiel* tersebut sebagai sebuah pendapat klasik, dirasakan bahwa pandangan ini menimbulkan perasaan tidak adil dan tidak patut. Simons melalui tulisannya: *schuldbegrip bij wetredingen*, thémis 1884. Sebagai asas pokok yang diujicobanya adalah tidak ada pidana tanpa kesalahan, yang kemudian ajaran (pandangan) baru ini digunakan, sekaligus mengakhiri ajaran *fait materiel* dalam Putusan H.R. 14 Februari 1916, yang dikenal dengan *arrest susu, water en melk arrest* 14 Februari 1916 N.J. 1916 halaman 681, W. 9958. Perkara ini tidak adanya *schuld* disebut dengan perkataan *afwezigheid van alle schuld*, yang oleh VRJ disingkat *o.v.z.v.*, yang kemudian dipakai secara umum: 'o.v.z.'. Lihat Roeslan Saleh, *Op.Cit.* h.87. P. A. L. Lantierang, 2011. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Bandung: Citta Aditya Bakti, h.198-199.

³⁴ Chaitral Huda, *Op.Cit.* h.3-4

³⁵ *Ibid.* h. 4

³⁶ Roeslan Saleh, *Op.Cit.* h. 34

³³ Zamhari Abidin, 1986. *Pengertian dan Asas Hukum Pidana Dalam Sistem (Bagian) dan Sinopsis (Catatan Singkat)*. Jakarta: Ghalia Indonesia, h.9.

³⁴ Moejijatno, 2002. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: Rineka Cipta, h.7.

³⁵ Roeslan Saleh, 1983. *Sebelas Pidana Indonesia*. Jakarta: Aksara Baru, h.9.

³⁶ M. Nurul Irfan menyebut *monoisme* dan *dualisme*, A. Zainal Abidin Farid menyebut *monistik* dan *dualistik*. Indriyanto Seno Adji dan Chaitral Huda menyebut *monistik* dan

kesalahan).¹⁰¹ Dengan kata lain, dasar dari adanya perbuatan pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar dari dipidanya si pembuat adalah asas tidak dipidana jika tidak ada kesalahan.¹⁰²

Suatu perbuatan tidak dapat menjadikan seorang pelakunya bersalah bilamana ia tidak bermaksud melakukan kesalahan sesuai dengan asas *actus non facit reum nisi mens sit rea* yang telah diterima di banyak Negara.¹⁰³ Meskipun di banyak Negara juga, perbuatan dan sikap batin seseorang dipersatukan sebagai syarat adanya suatu perbuatan pidana. Pengertian perbuatan pidana dan syarat-syarat pemidanaan (*strafbaarzettingen*) dipersamakan.¹⁰⁴

Dengan menguraikan asas tersebut, maka yang harus didahulukan ialah unsur *actus reus*, yaitu perbuatan kriminal (*criminal act*). Hal ini sesuai dengan syarat-syarat pemidanaan (*strafbaarzettingen*) yang mendahulukan adanya perbuatan pidana. Baru setelah adanya perbuatan pidana sesuai rumusan undang-undang, lalu diselidiki tentang sikap batin pembuat, sesuai Pasal 350 *Wetboek van Strafrecht Nederland* Tahun 1926. Pasal ini menyatakan bahwa pengadilan setelah memeriksa perkara di sidang pengadilan mempertimbangkan lebih dahulu, apakah terdakwa terbukti telah mewujudkan *strafbaarfeit*. Kalau terbukti, barulah hakim mempertimbangkan apakah terdakwa bersalah (*strafbaarheid*). Kalau terbukti bersalah atau memenuhi unsur-unsur pertanggungjawaban, barulah hakim mempertimbangkan tentang pidana atau tindakan yang akan dijatuhkannya. Ketentuan tersebut jelas mendahulukan perbuatan pidana, dan kalau terbukti barulah mempertimbangkan tentang kesalahan terdakwa yang merupakan unsur pertanggungjawaban pidana.¹⁰⁵

Actus reus menyangkut perbuatan yang melawan hukum (*unlawful act*), *mens rea* mencakup unsur-unsur pembuat delik yaitu sikap batin, yang oleh pandangan *monoistis* disebut unsur subyektif

suatu delik berdasarkan keadaan psikis pembuat.¹⁰⁶ Oleh karena itu, pandangan dualistik mengenai delik lebih memuaskan dari pada pandangan monoistik.¹⁰⁷ Sebab, dalam pandangan dualistik, akan jelas perbedaan antara perbuatan pidana dan syarat-syarat pemidanaan. Selain itu, akan jelas juga, antara perbuatan pidana (*actus reus*) dan pertanggungjawaban pidana (*mens rea*). Dengan demikian, perbuatan pidana hanya menunjuk kepada sifat perbuatannya saja, yang dilarang oleh undang-undang. Apakah pelaku yang melakukan perbuatan itu dapat dipidana seperti yang diancamkan, sangat tergantung keadaan batin dan hubungannya dengan perbuatan itu.¹⁰⁸ Dalam pandangan ini, perumusan tindak pidana hanya memuat tiga hal, yaitu subjek delik yang dituju oleh norma hukum (*normaddressat*), perbuatan yang dilarang (*strafbaar*) dan ancaman pidana (*strafmaat*).¹⁰⁹ Pemisahan ini penting diketahui oleh para penuntut umum dalam menyusun surat dakwaan, meski sesungguhnya surat dakwaan itu cukup berisi bagian inti (*bestanddelen*) delik dan perbuatan nyata terdakwa.¹¹⁰ Pertanggungjawaban pidana ini merupakan bagian dari pelaksanaan tugas hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus.¹¹¹

Akibat dari adanya perbedaan pendapat antara aliran/ajaran

¹⁰⁶ *Ibid.* h.51.

¹⁰⁷ *Mens rea* mencakup unsur-unsur pembuat yaitu kesalahan dalam arti luas (sengaja dan lalai), kemampuan bertanggung jawab dan tidak adanya dasar pemaf. Lebih lanjut dijelaskan: yang seharusnya dipun bebas oleh hakim ialah terdakwa yang (1) sama sekali tidak terbukti mewujudkan delik sesuai rumusan undang-undang pidana (melakukan perbuatan yang bukan perbuatan pidana), (2) yang tidak terbukti mewujudkan satu atau lebih unsur perbuatan yang melawan hukum yang dirumuskan oleh undang-undang pidana. Sebaliknya jika terdakwa telah terbukti melakukan perbuatan melawan hukum seperti dirumuskan oleh undang-undang pidana namun salah satu unsur *mens rea* pertanggungjawaban pidana tidak terbukti, maka terdakwa harus *dispeker* dari segala tuntutan hukum. Makna kata *dispeker* digunakan untuk membedakannya dengan *dibebaskan*, dengan demikian tidak ada lagi istilah bebas murni dan bebas tidak murni (bebas terselubung/*acti capite vrijpraak*). *Ibid.* h. 57-58.

¹⁰⁸ Roelan Saleh. *Op. Cit.* h.22.

¹⁰⁹ Mueljans, 1983, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana*. Jakarta: PT. Bina Aksara. h.11

¹¹⁰ Andi Hamzah. *Op. Cit.* h. 90

¹¹¹ Chairul Huda. *Op. Cit.* h. 7

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.* h.76.

¹⁰³ A. Zainal Abidin Farid. *Op. Cit.* h.42-43.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

monoistis dan aliran *dualistis* dalam memberikan pengertian *strafbaarfeiti* ini membuat penentuan unsur-unsur tindak pidana pun kemudian terbagi atas kedua aliran/ajaran tersebut, meski sesungguhnya antara perbuatan dan orang yang melakukan perbuatan itu ada hubungan yang erat dan tidak mungkin dipisah-pisahkan.¹¹²

Dalam pandangan aliran/ajaran *monoistis*, unsur-unsur tindak pidana terdiri dari dua golongan, yaitu unsur objektif dan unsur subjektif.¹¹³ Unsur objektif adalah unsur-unsur yang terdapat di luar diri manusia, yaitu:¹¹⁴

1. Berupa suatu tindak tanduk (jadi suatu tindakan, suatu akibat tertentu, *een bepaalde gevelog*), dan
2. Keadaan (*omstandigheid*) yang kesemuanya dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang.

Sedangkan unsur subjektif adalah unsur yang terdapat pada diri pembuat (*in de dader aan wezig*), berupa:¹¹⁵

1. Hal yang dapat dipertanggungjawabkan (*toerekeningsvatbaarheid*) dan
2. Kesalahan (*schuld*).

Menurut Simmons, unsur tindak pidana (*strafbaarfeit*) terbagi atas dua unsur, yakni:¹¹⁶

1. Unsur obyektif terdiri dari:
 - a. Perbuatan orang.
 - b. Akibat dari perbuatan tersebut.
 - c. Keadaan tertentu yang menyertai perbuatan tersebut
2. Unsur subjektif terdiri dari:

¹¹² Roeslan Saleh, 1983, *Stebel Pidana Indonesia*, Jakarta: Aksara Baru, h.23.

¹¹³ Ia menyebutnya delik. Satodd Kartanegara, *Hukum Pidana: Kumpulan Kuliah Ragan Sato*, Balai Lektor Mahasiwa, h.84.

¹¹⁴ *Ibid*.

¹¹⁵ *Ibid*, h.86.

¹¹⁶ *Ibid*, h.87.

- a. Orang yang mampu untuk bertanggung jawab.
- b. Adanya kesalahan yang mengiringi perbuatan.

Secara lebih lengkap, P. A. E. Lamintang¹¹⁷ mengemukakan bahwa unsur sebagai nama kumpulan bagi apa yang disebut *bestanddeel* dan *element*. *Bestanddeel* (*bestanddelen van het delict*) adalah bagian-bagian yang terdapat dalam rumusan delik, sedangkan *element* (*elementen van het delict*) adalah ketentuan-ketentuan yang tidak terdapat di dalam rumusan delik melainkan di dalam buku ke-1 KUHP atau dapat dijumpai pada asas-asas hukum yang bersifat umum sebagai asas-asas, yang terdiri dari:

1. Hal dapat dipertanggungjawabkannya suatu tindakan atau sesuatu akibat terhadap pelakunya (*toerekenbaarheid van hetfeit*);
2. Hal dapat dipertanggungjawabkannya seseorang atas tindakan yang telah ia lakukan atau atas akibat yang telah ia timbulkan (*toerekeningsvatbaarheid van de dader*);
3. Hal dapat dipersalahkan suatu tindakan atau suatu akibat kepada seseorang, karena tindakan atau akibat tersebut telah ia lakukan atau timbulkan berdasarkan unsur kesengajaan ataupun unsur ketidaksengajaan (*verwijbaarheid van hetfeit*);
4. Sifatnya yang melanggar hukum (*wederrechtelijkheid*).¹¹⁸

Lebih lanjut dijelaskan van Bemmelen¹¹⁹ bahwa elemen-elemen *toerekenbaarheid van hetfeit* dan *toerekeningsvatbaarheid van de dader* tidak pernah dinyatakan secara tegas sebagai unsur dari delik manapun di dalam undang-undang, akan tetapi elemen-elemen tersebut haruslah dianggap sebagai juga dihyaratkan di dalam setiap rumusan delik. Oleh karenanya, dengan sendirinya Penuntut Umum tidak perlu mencantumkan di dalam surat tuduhan maupun membuktikan di dalam peradilan. Apabila hakim berpendapat bahwa tertuduh tidak

¹¹⁷ P. A. E. Lamintang, *Op Cit*, h. 196.

¹¹⁸ *Ibid*.

¹¹⁹ *Ibid*, h.197.

dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya, maka hakim harus membebaskan tertuduh dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*).

Toerekeningsvatbaarheid dibicarakan lebih lanjut secara mendalam dalam pembicaraan mengenai dasar-dasar yang meniadakan hukuman (*strafuitsluitingsgrond*).¹²⁰ *Strafuitsluitingsgrond* adalah keadaan-keadaan yang membuat hakim tidak dapat mengadili seseorang pelaku hingga ia pun tidak dapat menjatuhkan hukuman terhadap pelaku tersebut.¹²¹ *Strafuitsluitingsgrond* dapat ditemukan dalam:¹²²

1. Kitab Undang-undang Hukum Pidana, yaitu:
 - a. Pasal 44 *ontoerekeningsvatbaar*;
 - b. Pasal 48 *overmacht*;
 - c. Pasal 49 ayat (1) *noodweer*;
 - d. Pasal 49 ayat (2) *noodweerevces*;
 - e. Pasal 50 perbuatan untuk melaksanakan sesuatu perbuatan perundang-undangan;
 - f. Pasal 51 ayat (1) *ambtelijk bevel*;
 - g. Pasal 51 ayat (2) *ambtelijk bevel* itikad baik;
 - h. Pasal 59 pengurus atau komisar-komisaris karena pelanggaran yaitu apabila pelanggaran tersebut di luar pengetahuan mereka.
2. Pada umumnya (karena KUHP tidak menyebut secara limitatif),¹²³ yaitu:
 - a. Tindakan-tindakan penghukuman yang didasarkan pada hak mendidik oleh para orang tua, para wali, para guru, dan pendidikan lainnya;
 - b. Tindakan-tindakan yang bersumber pada hak jabatan oleh para dokter, ahli-ahli apotek, ahli-ahli kebidanan dan lain-lain,

- c. Tindakan-tindakan yang telah mendapat persetujuan terlebih dahulu dari pihak-pihak yang dirugikan di dalam peristiwa-peristiwa tertentu;
 - d. Tindakan-tindakan yang berdasarkan pada lembaga *zaakwaarneming* sebagaimana dimaksud di dalam Pasal 1354 dan selanjutnya dari *Burgerlijk Wetboek*;
 - e. Tidak adanya unsur melanggar hukum secara material pada suatu tindakan (*materiel wederrechtelijkheid*);
 - f. Tidak adanya suatu unsur *schuld* (*afwezigheid van alle schuld*) pada seseorang;
3. Terdapat dalam rumusan delik KUHP;¹²⁴ yaitu:
 - a. Pasal 310 ayat (3);
 - b. Pasal 163 bis ayat 2;

Tentang *verwijtbareid van het feit*, P. A. F. Lamintang¹²⁵ menjelaskan bahwa penentuan seseorang untuk dikatakan sebagai bersalah atas tindakan atau perbuatan yang menimbulkan sesuatu akibat yang dilarang oleh undang-undang, harus dilihat apakah perbuatan tersebut didasari atas kesengajaan (*opzet* atau *dolus*) atau ketidaksengajaan (*schuld* atau *culpa*). Untuk mengetahuinya, rumusan undang-undang telah menyebutkan tentang KEJAHATAN dalam buku ke II KUHP. Seseorang dapat dikatakan bersalah telah melakukan sesuatu KEJAHATAN, baik kejahatan yang dilakukan dengan sengaja ataupun tidak. Seseorang dapat dikatakan bersalah telah melakukan suatu tindak pidana yang oleh undang-undang telah disebut sebagai PELANGGARAN (mengingat di dalam rumusan-rumusannya di dalam buku ke III KUHP tidak dapat diketahui apakah suatu pelanggaran itu harus dilakukan dengan sengaja atau tidak dengan sengaja, ataupun sebaliknya), apabila orang tersebut secara material (nyata) telah berperilaku seperti yang dirumuskan di dalam suatu ketentuan pidana, tanpa perlu mempertimbangkan lagi

¹²⁰ *Ibid.* h. 388-389.

¹²¹ *Ibid.* h. 385-386.

¹²² *Ibid.* h. 388-389.

¹²³ *Ibid.* h. 389-390.

¹²⁴ *Ibid.* h. 390.

¹²⁵ *Ibid.* h. 197-198.

apakah perilaku orang tersebut dapat dipersalahkan kepadanya atau tidak. Paham ini disebut tindakan secara material (*de leer van het materiel feit*) yang telah dianut sejak Hoge Raad tahun 1916.¹²⁶ Dalam kasus semacam ini, hakim haruslah membebaskan tertuduh dari segala tuntutan hukum. Dengan perkataan lain, hakim harus memutuskan *onslag van alle rechtsvervolging*.

Tentang *wederrechtelijkheid*, Van Bemmelen¹²⁷ menjelaskan bahwa *elemen wederrechtelijkheid* oleh pembentuk undang-undang seringkali telah disebutkan sebagai bagian dari *bestanddeel* dari suatu delik. Dalam keadaan semacam ini, *wederrechtelijkheid* tidak lagi merupakan suatu elemen dari delik, melainkan telah menjadi suatu *bagian* dari delik, hingga penuntut umum itu harus mencantumkan di dalam surat tuduhan dan dengan sendirinya juga harus dibuktikan di dalam peradilan.

Kemudian, ajaran van Bemmelen diringkas dengan membuat suatu perbandingan antara "*bestanddelen van het delict*" (bagian-bagian yang terdapat dalam delik) dengan "*element van het delict*" (ketentuan-ketentuan yang tidak terdapat dalam rumusan delik melainkan di dalam Buku ke-1 KUHP atau asas-asas hukum yang bersifat umum) oleh P. A. F. Lamintang¹²⁸ sebagai berikut:

1. *Bestanddelen* (bagian-bagian dari delik):

- a. terdapat di dalam rumusan delik
- b. oleh penuntut umum harus dicantumkan di dalam surat tuduhan
- c. harus dibuktikan di dalam peradilan
- d. bilamana satu atau lebih bagian ternyata tidak dapat dibuktikan,

¹²⁶ H.R. 1916 yang dikenal dengan *arrest van de afdeling* 14 Februari 1916 N.J. 1916 halaman 681, W. 9958. H.R. ini telah memutuskan bahwa apabila di dalam suatu pelanggaran itu tidak terbukti tentang adanya sesuatu *schuld* (dulu atau culpa), maka tertuduh tidak dapat dihukum. Perkataan tidak adanya *schuld* disebut dengan perkataan *afwezigheid van alle schuld*, yang oleh VRIJ diingkar a.v.a.s. yang kemudian dipakai secara umum: "avai". *Ibid.* h. 198-199.

¹²⁷ *Ibid.* h. 199.

¹²⁸ *Ibid.* h. 199, 200.

maka hakim harus membebaskan tertuduh atau dengan kata lain hakim harus memutuskan suatu *vrijspreek*.

2. *Elementen* (elemen-elemen dari delik):

- a. tidak terdapat di dalam rumusan dari delik
- b. terdiri dari *toerekenbaarheid van het feit* (hal dapat dipertanggungjawabkannya suatu tindakan atau sesuatu akibat terhadap pelakunya), *toerekeningsvatbaarheid van de dader* (hal dapat dipertanggungjawabkannya seseorang atas tindakan yang telah ia lakukan atau atas akibat yang telah ia timbulkan, *verwijtbaarheid van het feit* (hal dapat dipersalahkan suatu tindakan atau suatu akibat kepada seseorang, karena tindakan atau akibat tersebut telah ia lakukan atau timbulkan berdasarkan unsur kesengajaan ataupun unsur ketidaksengajaan dan *wederrechtelijkheid* (sifatnya yang melanggar hukum).
- c. harus dianggap sebagai juga disyaratkan di dalam setiap rumusan delik
- d. oleh Penuntut Umum tidak perlu dicantumkan di dalam surat tuduhan dan dengan sendirinya juga tidak perlu dibuktikan di dalam peradilan
- e. bilamana terdapat keragu-raguan mengenai salah satu elemen, maka hakim harus membebaskan tertuduh dari segala tuntutan hukum atau dengan kata lain hakim harus memutuskan *onslag van alle rechtsvervolging*.

Dengan catatan, jika elemen *wederrechtelijkheid* itu oleh pembentuk undang-undang telah disebutkan secara tegas di dalam rumusan delik, maka *wederrechtelijkheid* tersebut bukan lagi merupakan suatu *elemen* dari delik, melainkan sudah menjadi *bagian* dari delik. Dengan demikian, maka *wederrechtelijkheid* oleh Penuntut Umum harus dicantumkan dalam surat tuduhannya dan dibuktikan kebenarannya di dalam peradilan. Apabila *wederrechtelijkheid* tersebut kemudian ternyata tidak terbukti, maka hakim harus membebaskan tertuduh atau dengan kata lain, hakim harus memutuskan suatu

vrijpraak.

Sementara, dalam pandangan ajaran/aliran *dualistis*, unsur tindak pidana (*strafbaar feit*) dipisahkan dengan unsur pertanggungjawaban pidana. Menurut Hermann Kantorowicz,¹²⁹ tindak pidana terdiri dari:

1. Syarat objektif, terdiri dari:
 - a. *strafbare handlung* (perbuatan pidana) mensyaratkan adanya suatu *Tat* (perbuatannya)
 - b. *Tatbestandmatigheit* (hal mencocoki rumusan undang-undang) dan
 - c. *fehlen von rechtfertigungsgunden* (tidak adanya alasan pembenar).
2. Syarat subjektif, *handelnde* (pembuat) terdiri dari:
 - a. adanya *schuld* dan
 - b. tidak adanya dasar pemaaf (*strafauschließungsgrunden*)

Dijelaskannya lebih lanjut, bahwa *handlung* adalah perbuatan yang dilarang atau diperintahkan untuk dilakukan, yang dirangkum dalam rumusan undang-undang dan yang tidak dibenarkan oleh dasar pembenar. Sedangkan, kesalahan adalah sifat orang yang melakukan.¹³⁰ Kemudian diformulasikan dalam gambaran sebagai berikut:¹³¹

<i>Strafbare Handlung</i> (Perbuatan pidana)	+	<i>Schuld</i> (kesalahan)	=	<i>Strafveranlassungen</i> (syarat-syarat pemidanaan)
---	---	------------------------------	---	--

Menurut Moeljatno, perbuatan pidana adalah perbuatan yang lilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman sanksi pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut.¹³² Pada kesempatan lain, dijelaskannya bahwa unsur-unsur

tindak pidana meliputi:¹³³

1. Unsur formil
 - a. Perbuatan manusia
 - b. Perbuatan itu dilarang oleh suatu aturan hukum
 - c. Larangan itu disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu
 - d. Larangan itu dilanggar
2. Unsur materiil
Perbuatan itu harus bersifat melawan hukum, yaitu harus benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut dilakukan.

Demikian halnya sebagaimana menurut Roeslan Saleh¹³⁴ bahwa tindak pidana hanya berorientasi kepada perbuatan yang dilarang berdasarkan norma hukum, sedangkan pertanggungjawaban pidana menunjuk kepada sikap-sikap subjektif yang didasarkan kepada kewajiban hukum se seorang untuk mematuhi hukum. Pada kesempatan lain, ia juga menjelaskan, bahwa kesengajaan dan kealpaan adalah unsur-unsur kesalahan, bukan unsur dari perbuatan pidana.¹³⁵

A. Zainal Abidin Farid,¹³⁶ dengan penjelasan lengkap mengatakan bahwa unsur-unsur tindak pidana terdiri dari:

1. Syarat objektif (*actus reus/delik*)
 - a. unsur-unsur konstitutif sesuai uraian delik (*bestanddelen, tatbestandmatigheit*)
 - b. unsur-unsur diam (*element, kenmerk*):
 - 1) perbuatan aktif atau pasif
 - 2) melawan hukum obyektif atau subyektif

¹²⁹ A. Zainal Abidin Farid, *Op. Cit.* 43-44

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.* h.44.

¹³³ Tohib Setiady, *Op. Cit.* h.10.

¹³⁴ Roeslan Saleh, 1994, *Maaf Seja Tentang Kesalahan*, Jakarta: Karya Dunia H&E, h.81-82.

¹³⁵ Roeslan Saleh, 1983, *Survei Pidana Indonesia*, Jakarta: Aksara Baru, h.101.

- 3) *takada dasar pembenar (rechtvaardigingsgrond, justification)*
2. Syarat subjektif (*mensrea / pertanggungjawaban kriminal*)
 - a. kemampuan bertanggungjawab (*toerkeningsvatbaarheid*)
 - b. kesalahan dalam arti luas:
 - 1) *dolus* (kesengajaan):
 - a) sengaja sebagai niat (*oogmerik*)
 - b) sengaja sadar akan kepastian atau keharusan (*zekerheidsbewustzin*)
 - c) sengaja sadar akan kemungkinan (*dolus eventualis, mogelijkheidsbewustzin*)
 - 2) *culpa lata*
 - a) *culpa lata* yang disadari (*alpa*)
 - b) *culpa lata* yang tidak disadari (*lalai*)

Terkait dasar peniadaan pidana, pendapat A. Zainal Abidin Arid tidak jauh berbeda dengan pendapat van Bemmelen, meskipun terdapat beberapa perbedaan, yaitu:¹³⁷

1. Dasar peniadaan pidana umum:
 - a. Ketidakmampuan bertanggungjawab (jiwanya cacat dalam pertumbuhan atau terganggu karena penyakit) Pasal 44 KUHP
 - b. Daya paksa Pasal 48 KUHP yang terbagi menjadi daya paksa mutlak, relatif, dan keadaan darurat.
 - c. Pembelaan darurat Pasal 49 ayat (1) KUHP atau pembelaan terpaksa Pasal 49 ayat (2) KUHP.

Dasar peniadaan pidana khusus

- a. Pasal 164 dan 165 KUHP
- b. Pasal 221 ayat (1) dan (2) KUHP
- c. Pasal 310 ayat (3)

3. Dasar peniadaan pidana berdasarkan ilmu pengetahuan, yaitu:¹³⁸
 - a. *dasar pembenar*, yaitu sifat melawan hukum perbuatan terhapus atau tidak terbukti, sehingga terdakwa harus *dibebaskan* oleh hakim, yaitu:
 - 1) daya paksa relatif dan keadaan darurat (Pasal 48 KUHP)
 - 2) pembelaan terpaksa (Pasal 49 ayat 1 KUHP)
 - 3) perintah jabatan yang sah (Pasal 51 ayat 1 KUHP)
 - 4) Pasal 186, 310 (3) dan 314 KUHP
 - 5) Hak mendidik orangtua, guru dan sebagainya
 - 6) Hak profesi dokter, apoteker, tabib dan lain-lain
 - 7) Mengurus usaha orang lain (*zaakwaarneming*) Pasal 1354 dan 1358 *Burgerlijk Wetboek*
 - 8) Izin orang yang dirugikan
 - 9) Tak adanya sifat melawan hukum (harus diartikan luas, yang meliputi hukum tidak tertulis)
 - b. *dasar pemaaf*, yaitu unsur-unsur delik sudah terbukti namun unsur *kesalahan* tak ada pada pembuat, yang terdakwaanya *dilepaskan dari segala tuntutan hukum*, yaitu:
 - 1) Daya paksa mutlak dan keadaan darurat (Pasal 48 KUHP)
 - 2) Perlampauan pembelaan terpaksa Pasal 49 ayat (2) KUHP
 - 3) Perintah jabatan yang tidak sah, tetapi terdakwa beritikad baik
 - 4) Pasal 110 ayat (4), 166, dan Pasal 221 ayat (2) KUHP
 - 5) Tak adanya kesalahan (*keine strafe ohne schuld*)
 - 6) alasan pemaaf yang putatif (yaitu dasar yang sebenarnya tidak ada, oleh terdakwa secara bonafide/itikad baik disangka ada. Misalnya: daya paksa putatif, pembelaan putatif, perintah undang-undang yang putatif, perintah

jabatan yang putative. Dalam hal ini, terdakwa dianggap tak bersalah/AVAS)

Dengan demikian, dapatlah disimpulkan bahwa ajaran/aliran ini mendahulukan adanya perbuatan pidana sebagai syarat rif. Baru setelah adanya perbuatan pidana sesuai rumusan undang- ng, lalu diselidiki tentang sikap batin pembuat sebagai unsur ktif. Maka, setelah memeriksa perkara di sidang pengadilan, i kemudian mempertimbangkan lebih dahulu apakah terdakwa ti telah mewujudkan *strafbaarfeit*. Kalau terbukti, barulah i mempertimbangkan apakah terdakwa bersalah (*strafbaarheid*), dian hakim mempertimbangkan tentang pidana atau tindakan akan dijatuhkannya. Ketentuan tersebut jelas mendahulukan atan pidana.¹³³

erlepas dari itu, secara umum, rumusan tindak pidana unyai dua fungsi. Secarahukum materiil, ia mempunyai fungsi ertalian dengan penerapan konkret dari asas legalitas.¹³⁶ Secara n formil, ia berfungsi sebagai petunjuk bukti.¹⁴¹

¹³³ Ibid. h. 42-43.

Sanksi pidana hanya mungkin diterapkan terhadap perbuatan-perbuatan yang dahulu ditentukan sebagai perbuatan yang dapat dipidana oleh pembentuk undang- dan disebut delik. Lihat: D. Schaffmeister, et al. 2007, *Hukum Pidana*. Bandung: rya Bakti. h. 24-25.

Rumusan delik menunjukkan apa yang harus dibuktikan menurut hukum, semua antrum dalam rumusan delik tersebut tidak boleh dan musti kesemu dibuktikan, semesta

BAB III

HAKIKAT PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH BERDASARKAN PERPRES NOMOR 172 TAHUN 2014

Anggaran belanja Pemerintah Pusat sampai dengan Pemerintah Kabupaten Kota yang digunakan untuk pengadaan barang dan jasa dapat mencapai 50% dari total anggaran belanja negara. Dengan cukup banyaknya pengadaan barang dan jasa yang diselenggarakan, Pemerintah bisa menciptakan lapangan pekerjaan baru. Banyak tenaga kerja yang telah terserap baik secara langsung maupun tidak langsung.

Pengadaan barang dan jasa pada umumnya digolongkan menjadi dua jenis:

1. Pengadaan barang dan jasa pelaksanaan konstruksi
2. Pengadaan jasa konsultasi

Secara lebih spesifik, pengadaan barang dan jasa pada lembaga Pemerintah bisa dibagi menjadi beberapa macam, yaitu:

1. Pengadaan barang
2. Pengadaan jasa pemborongan konstruksi/ non konstruksi
3. Pengadaan jasa konsultasi

Sementara, macam dan jenis pengadaan barang dan jasa pemerintah dalam Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 172 Tahun 2014 Tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah meliputi:

2. Pekerjaan konstruksi
3. Jasa konsultasi
4. Jasa lainnya.

Perbedaan yang cukup jelas antara kedua jenis pengadaan barang ini adalah, sesuatu yang dapat dilihat dan tidak dilihat. Pengadaan barang/ jasa pelaksanaan konstruksi, baik pengadaan jasa pemborongan konstruksi/ non konstruksi atau jasa lainnya, jelas terdapat barang yang dapat dilihat dalam proses pelaksanaan pengadaannya. Sedangkan, jasa konsultasi tidak terlihat barang/ bendanya selama pelaksanaan, karena konsultan bekerja dengan pikiran dan gagasan untuk menghasilkan laporan, perencanaan, dan rekomendasi yang akan digunakan oleh Pemerintah.

Secara lebih jelas pengadaan barang dan jasa pada pemerintah bisa diuraikan sebagai berikut :

A. PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMBORONGAN KONSTRUKSI SERTA JASA KONSULTASI

Pekerjaan pengadaan barang adalah pekerjaan pembelian barang untuk keperluan instansi, dengan jenis barang tertentu dan harga yang bersaing. Sejumlah dana dengan besaran tertentu akan dianggarkan Pemerintah untuk menambah jumlah peralatan dan perlengkapan, agar kinerja pemerintah pun meningkat. Peralatan dan perlengkapan yang akan dibeli tergantung kebutuhan instansi pemerintah yang bersangkutan, mulai dari alat tulis kantor, kendaraan dinas, alat-alat kesehatan, pupuk, bahkan pengadaan kapal. Berikut detil barang-barang yang biasa dilelang dalam proses pengadaan barang.

Sementara, pekerjaan jasa pemborongan konstruksi adalah seluruh pekerjaan yang berhubungan dengan pelaksanaan konstruksi bangunan atau pembuatan wujud fisik lainnya. Masih dalam payung tujuan untuk meningkatkan kinerja lembaga pemerintah agar mampu meningkatkan pelayanan, tentu perlu dukungan tambahan sarana fisik. Sarana tersebut bisa berada di tengah-tengah hunian masyarakat.

atau di lokasi suatu instansi. Berikut prasarana fisik yang seringkali dipenuhi melalui proses pengadaan barang dan jasa.

Jasa konsultasi adalah jasa layanan profesional yang membutuhkan keahlian tertentu, dari berbagai bidang keilmuan yang mengutamakan adanya olah pikir (*brainware*). Menurut Pemerintah seperti tercantum dalam Keputusan Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional, jasa konsultasi meliputi: Survei, Studi, Perencanaan, Perancangan, Pengawasan, Manajemen, Penelitian, dan Pelatihan.

Jasa konsultasi pada proyek-proyek pemerintah adalah jasa konsultasi yang dipergunakan oleh Departemen, Lembaga Pemerintah Non Departemen, Pemerintah Daerah, BUMN, dan BUMD agar pelaksanaan proyek/ kegiatan dapat lebih efektif dan efisien. Jasa konsultasi dipergunakan jika instansi pelaksana proyek/ kegiatan tidak memiliki tenaga ahli dan/atau kemampuan yang cukup untuk mengerjakannya sendiri. Jasa konsultasi dapat dilakukan baik oleh Perusahaan Jasa Konsultasi yang terdaftar dalam asosiasi perusahaan konsultan maupun oleh konsultan perorangan (*individual consultant*) yang terdaftar pada asosiasi profesi terkait atau lembaga tertentu yang ditunjuk Pemerintah.

B. PERATURAN YANG MENDASARI PELAKSANAAN PENGADAAN BARANG DAN JASA

Pengadaan barang dan jasa tidak hanya diatur dalam satu peraturan saja. Hal ini karena pengadaan barang dan jasa merupakan proses yang panjang, dari proses perencanaan penganggaran, proses pengelolaan anggaran, proses pengadaan barang dengan anggaran yang sudah direncanakan, dan pertanggung jawaban hasil dari pengadaan barang dan jasa secara administrasi dan teknis. Beberapa peraturan yang mendasari pelaksanaan pengadaan barang dan jasa antara lain:

1. Peraturan Jasa Konstruksi

Undang-undang Nomor 18 Tahun 1999 (tentang Jasa Konstruksi) dan Peraturan Pemerintah 29 Tahun 2000 (tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi) merupakan peraturan yang mengatur tentang

mendasari proses pengadaan barang dan jasa. Proses pengadaan barang dan jasa di Indonesia memang didominasi oleh pengadaan jasa konstruksi. Sebagian besar anggaran pemerintah terserap oleh pembangunan infrastruktur, seperti jalan, jembatan, bendungan, dan pembangunan gedung layanan umum. Jasa konstruksi sendiri dibagi menjadi tiga bidang, yaitu jasa konsultasi, jasa manajemen proyek, dan jasa pelaksanaan pembangunan. Jasa pelaksanaan pembangunan infrastruktur yang menyerap anggaran paling besar.

Peraturan Perbendaharaan Negara

Undang-undang Nomor 1 Tahun 2004 mengenai Perbendaharaan Negara menjelaskan bahwa penyelenggaraan keuangan negara dilakukan secara terbuka dan bertanggung jawab untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Pengadaan barang dan jasa yang menggunakan anggaran negara harus dapat dipertanggung jawabkan, baik secara administrasi dan memberikan kontribusi dalam memakmurkan rakyat.

Peraturan Pengelolaan Barang Milik Pemerintah Daerah

Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 mengenai Pengelolaan Barang Milik Daerah menjelaskan bahwa pengelolaan barang milik daerah dapat dilakukan dengan beberapa cara antara lain: Perencanaan, pengadaan, penggunaan, pemanfaatan, pemeliharaan, penilaian, penghapusan, pemindahtanganan, penatausahaan, dan pembinaan. Seperti sudah dijelaskan sebelumnya, proses pengadaan merupakan salah satu bagian dan pengelolaan yang diatur oleh Pemerintah. Menurut peraturan ini pula pengadaan barang dan jasa harus transparan, efektif, efisien, akuntabel, dan tidak diskriminatif.

Peraturan Presiden Nomor 172 Tahun 2014

Peraturan Presiden Nomor 172 Tahun 2014 merupakan penyempurnaan dari Keputusan Presiden Nomor 54 Tahun 2010, Peraturan Presiden Nomor 35 Tahun 2011, dan Peraturan Pemerintah Nomor 70 tahun 2012 dimana ketentuan Pasal 1 Angka 1 masyarakat bahwa pengadaan barang dan jasa Pemerintah adalah

kegiatan untuk memperoleh Barang dan Jasa oleh Kementerian/ Lembaga/ Satuan Kerja Perangkat Daerah/ institusi lainnya, yang prosesnya dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/ Jasa.

Baik dalam Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 maupun Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010, tujuan diberlakukannya peraturan tentang pengadaan barang dan jasa agar pelaksanaan pengadaan barang/ jasa yang sebagian atau seluruhnya dibiayai APBN/ APBD dilakukan secara efisien, efektif, terbuka dan bersaing, transparan, adil/ tidak diskriminatif, dan akuntabel. Jika tujuan tercapai maka Pemerintah akan diuntungkan dari sisi penggunaan anggaran.

C. SYARAT-SYARAT MENGIKUTI PELELANGAN PENGADAAN BARANG DAN JASA

Setiap badan hukum di Republik Indonesia berhak mengikuti proses pengadaan barang dan jasa. Ada beberapa syarat yang wajib dipenuhi oleh peserta pengadaan barang dan jasa. Syarat dasar adalah izin usaha peserta harus resmi. Sementara, syarat-syarat administratif yang wajib dipenuhi, dan menjadi penilaian administratif panitia pengadaan barang dan jasa, adalah sebagai berikut:

1. Izin Gangguan (*Hinder Ordonantie/HO*)

Izin Gangguan merupakan izin yang dikeluarkan oleh Pemerintah Daerah Tingkat Kabupaten atau Kota. Pada prinsipnya, syarat administratif yang satu ini memuat izin dari warga masyarakat sekitar. Dalam izin tersebut dinyatakan bahwa warga masyarakat sekitar memperbolehkan kegiatan usaha di suatu tempat tertentu, dengan beberapa gangguan yang mungkin dapat terjadi saat berlangsungnya usaha. Izin bisa berupa tanda tangan warga sekitar yang diketahui Ketua RT, Ketua RW, Lurah/ Kepala Desa, Camat yang kemudian diajukan kepada Unit Pelayanan Satu Atap Daerah Kabupaten/ Kota setempat.

Beberapa gangguan yang mungkin muncul adalah, gangguan parkir, gangguan polusi suara, gangguan polusi udara, dan gangguan polusi air. Untuk gangguan polusi, Izin gangguan ditambah dengan Analisis Dampak Lingkungan yang dikeluarkan oleh Dinas/ Badan Lingkungan Hidup setempat. Izin gangguan memang lebih memprioritaskan gangguan yang berimbas pada lalu lintas. Dalam perhitungan biaya Izin Gangguan, hal-hal yang perlu dicermati adalah letak wilayah menurut keramaian jalan, dan luas bangunan yang akan digunakan untuk kegiatan usaha.

Urutan pengajuan Izin Gangguan dapat dijelaskan dalam tahap-tahap berikut:

Tahap 1. Mencari izin dari warga dan pamong

Tahap 2. Mengajukan Form Izin HO ke Unit Pelayanan Satu Atap

Tahap 3. Survei rahan dan lokasi untuk menentukan besaran tarif izin gangguan

Tahap 4. Pembayaran biaya izin gangguan berdasarkan hasil survei

Tahap 5. Penerbitan izin gangguan

2. Dokumen Pajak

a. Nomor Pokok Wajib Pajak (NPWP)

NPWP pada dasarnya adalah nomor yang diberikan kepada wajib pajak perseorangan dan badan sebagai identitas untuk melakukan kewajiban pelaporan dan pembayaran pajak. Sedangkan, Wajib Pajak adalah perseorangan atau badan yang berkewajiban melakukan kewajiban pajak, termasuk melakukan pemotongan pajak kepada pihak lain.

Pengurusan NPWP dapat dilakukan di Kantor Pajak Pratama (KPP) yang ada di setiap kabupaten/ kota. Dokumen pendukung yang diperlukan untuk memperoleh NPWP adalah: Fotokopi akte pendirian badan usaha, foto kopi KTP pengelola usaha atau pemilik usaha, dan foto kopi dokumen izin gangguan. NPWP dapat diperoleh selama 1-2 hari kerja

Kewajiban pemilik NPWP adalah melakukan pelaporan pajak, walaupun tidak ada pajak yang dibayarkan. Sementara, pemilik NPWP perusahaan belum dapat membayar pajak jika hanya mempunyai NPWP. Untuk dapat membayar pajak, wajib pajak harus mempunyai Surat Pengukuhan Pengusaha Kena Pajak (SPKP).

b. Surat Pengukuhan Pengusaha Kena Pajak (PKP)

PKP adalah surat keterangan resmi dari Direktorat Jenderal Pajak yang menunjukkan bahwa perusahaan telah menjadi badan usaha yang wajib membayar pajak. Dalam PKP disebutkan beberapa jenis pajak yang harus dipenuhi oleh wajib pajak. Syarat pengurusan PKP adalah: NPWP perusahaan dan NPWP pribadi pengelola atau pemilik badan usaha. Sedang, lama pengurusan PKP selama 1-2 hari kerja.

3. Surat Izin Usaha Jasa Konstruksi (SIUJK)

SIUJK merupakan surat izin yang dikeluarkan oleh Pemerintah Kabupaten/ Kota, yang direkomendasikan oleh Lembaga Pengawas Jasa Konstruksi Daerah dan Pusat. SIUJK wajib dimiliki oleh badan usaha yang bergerak dalam bidang konstruksi, seperti badan usaha kontraktor dan konsultan. Syarat pengurusan SIUJK:

a. Akte Pendirian Badan Usaha

b. Izin Gangguan

c. Nomor Pokok Wajib Pajak (NPWP)

d. Surat Pengukuhan Pengusaha Kena Pajak (PKP)

e. Keanggotaan Ikatan Nasional Konsultan Indonesia (INIKINDO) bagi badan usaha konsultan

f. Keanggotaan Gabungan Pelaksana Konstruksi Nasional Indonesia (GAPENSI)

g. Atau, Gabungan Pengusaha Konstruksi Nasional (GAPEKNAS) untuk badan usaha kontraktor bangunan

(AKLI) bagi badan usaha kontraktor instalasi mekanikal dan elektrikat.

4. Surat Izin Usaha Perdagangan (SIUP)

SIUP merupakan surat izin usaha resmi yang dikeluarkan Pemerintah Kabupaten/ Kota. Kepemilikan SIUP diharuskan bagi badan usaha sekecil apa pun, agar badan usaha tidak mendapatkan masalah dan terlegitimasi oleh Pemerintah dalam melakukan hubungan dengan pihak tertentu. SIUP wajib dimiliki oleh perusahaan yang bergerak dalam bidang jasa maupun barang.

SIUP dibagi menjadi tiga jenis, yaitu:

- SIUP Besar diperuntukan bagi perusahaan yang mempunyai modal di atas Rp. 500.000.000,00
- SIUP Menengah diperuntukan bagi perusahaan yang mempunyai modal di atas Rp. 200.000.000,00-Rp. 500. 000. 000,00
- SIUP Kecil diperuntukan bagi perusahaan yang mempunyai modal di bawah Rp. 200.000.000,00.

SIUP dapat diurus di Dinas Perindustrian dan Perdagangan Kabupaten/ Kota atau Kantor Unit Pelayanan Satu Atap di setiap kabupaten/ kota dengan biaya pengurusan yang berbeda-beda. Dokumen pendukung yang dilampirkan adalah:

- Akte Pendirian Badan Usaha
- Izin Gangguan
- Nomor Pokok Wajib Pajak (NPWP)
- Surat Pengukuhan Pengusaha Kena Pajak (PKP)
- Surat Izin dan asosiasi jenis usaha tertentu, misalnya asosiasi jasa konstruksi, asosiasi perusahaan obat, asosiasi pengusaha konsultansi hukum, dan Kamar Dagang dan Industri (KADIN)

5. Tanda Daftar Perusahaan

karena memudahkan jika sewaktu-waktu akan mengikuti secara saksama bagaimana sebenarnya keadaan dan perkembangan dunia usaha di wilayah Negara Republik Indonesia secara menyeluruh, termasuk tentang perusahaan asing. Informasi mengenai keadaan dan perkembangan yang sebenarnya tentang dunia usaha di wilayah Negara Republik Indonesia, sangat berguna untuk menyusun dan menetapkan kebijakan; dalam rangka memberikan bimbingan, pembinaan, dan pengawasan atas dunia usaha; serta menciptakan iklim usaha yang sehat dan tertib.

Daftar Perusahaan sekaligus dapat dipergunakan sebagai pengaman pendapatan Negara. Dengan adanya wajib daftar perusahaan, iklim usaha yang sehat dan tertib pun dapat lebih terarah dan semakin menuju ke titik nyata.

6. Persyaratan Berupa Keanggotaan Sosiasi Perusahaan

a. Keanggotaan Kamar Dagang dan Industri (KADIN)

Setiap badan usaha harus tergabung dalam asosiasi yang terakreditasi oleh Kadin. Beberapa asosiasi yang telah terakreditasi oleh Kadin adalah, INKINDO (Ikatan Nasional Konsultan Indonesia), Gapensi (Gabungan Pelaksana Konstruksi Nasional Indonesia), AKLI (Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia). Data-data asosiasi yang terakreditasi oleh KADIN secara lebih lengkap disajikan dalam *Lampiran 2. Daftar Asosiasi Perusahaan Dan Asosiasi Tenaga Ahli*.

Bidang kerja keanggotaan Kadin meliputi:

1) Pengadaan barang dan jasa pemborongan nonkonstruksi

Bidang ini dapat diikuti oleh perusahaan perdagangan umum. Bidang kerjanya mencakup pengadaan barang dan pemborongan, selain bangunan fisik. Contoh pemborongan nonkonstruksi, yaitu pengadaan dan pemasangan perangkat jaringan Internet.

Bidang ini merupakan bidang konsultansi yang berwujud rekomendasi kebijakan dan pengambilan keputusan. Pada umumnya jasa konsultansi merupakan bidang yang berkaitan dengan multidisiplin keilmuan. Beberapa bidang keilmuan yang seringkali terkait dengan konsultansi nonkonstruksi adalah bidang rekayasa ilmu teknik, bidang sosial budaya, ekonomi, hukum, dan kesehatan.

Setelah menjadi anggota KADIN, maka badan usaha akan mendapatkan tanda keanggotaan dan Sertifikat Badan Usaha (SBU). SBU dikelompokkan menjadi beberapa bidang sesuai dengan kemampuan perusahaan.

b. Keanggotaan pada Lembaga Pengembangan Jasa Konstruksi (LPJK)

Badan usaha yang bergerak di bidang pelaksana konstruksi wajib menjadi anggota Lembaga Pengembangan Jasa Konstruksi (LPJK). Untuk masuk dalam LPJK, badan usaha harus menjadi anggota asosiasi perusahaan konstruksi yang terakreditasi oleh LPJK.

Di Indonesia terdapat beberapa asosiasi besar pengusaha konstruksi, yaitu Gabungan Pengusaha Jasa Konstruksi Indonesia (GAPENSI) dan Gabungan Pengusaha Jasa Konstruksi Nasional (GAPEKNAS). Surat keanggotaan GAPENSI dan GAPEKNAS disahkan oleh Lembaga Pengawas Jasa Konstruksi Pusat Jakarta (LPKJ). Setelah menjadi anggota LPJK, badan usaha juga akan mendapatkan tanda keanggotaan dan Sertifikat Badan Usaha (SBU). SBU sendiri dikelompokkan menjadi beberapa bidang sesuai dengan kemampuan finansial dan pengalaman perusahaan.

Pengelompokkan juga dilakukan berdasarkan spesialisasi bidang usaha pelaksanaan. Spesialisasi selanjutnya akan dituangkan oleh asosiasi dalam Sertifikat Badan Usaha (SBU). Beberapa pengelompokkan SBU antara lain bisa dilihat dalam beberapa poin berikut.

- 1) Spesialisasi bangunan gedung dan arsitektural
- 2) Spesialisasi jalan dan jembatan
- 3) Spesialisasi bangunan air (bendungan, saluran irigasi, drainase)
- 4) Spesialisasi pekerjaan logam

7. Bidang Jasa Konsultansi Konstruksi

Jasa konsultansi meliputi jasa perencanaan konstruksi, jasa pengawasan konstruksi, dan jasa manajemen konstruksi.

Pengelompokkan juga dilakukan berdasarkan spesialisasi bidang usaha pelaksanaan. Beberapa pengelompokkan konsultan konstruksi, antara lain :

- a. Spesialisasi bangunan gedung dan arsitektural
- b. Spesialisasi jalan dan jembatan
- c. Spesialisasi bangunan air (bendungan, saluran irigasi, drainase)
- d. Konsultan bidang tata lingkungan
- e. Konsultan bidang manajemen bangunan

8. Persyaratan Tenaga Ahli/ Sertifikasi Keahlian (SKA)

Beberapa perusahaan yang bergerak di bidang konsultansi tentu memerlukan tenaga ahli dalam pelaksanaan pekerjaannya. Tenaga ahli tersebut dinilai berdasarkan sertifikat keahlian yang dikeluarkan oleh asosiasi keahlian tertentu.

a. Keanggotaan tenaga ahli di Asosiasi Keahlian Pelaksanaan

Sertifikasi keahlian pelaksanaan dikeluarkan oleh beberapa organisasi profesi, seperti Himpunan Ahli Konstruksi Indonesia (HAKI), Asosiasi Profesionalis Elektrikal Indonesia (APEI), Asosiasi Tenaga Ahli Konstruksi Indonesia (ATAKI), dan beberapa organisasi lain. Dalam sertifikat disebutkan keahlian sebagai pelaksana konstruksi.

- c. Keanggotaan tenaga ahli di Asosiasi Keahlian Perencana
- d. Keanggotaan tenaga ahli di Asosiasi Keahlian Manajemen

D. TAHAPAN PROSES PENGADAAN BARANG DAN JASA SECARA UMUM

Dalam praktiknya proses pengadaan barang pemborongan dan jasa konsultansi mempunyai kesamaan satu sama lain, tetapi ada juga beberapa bagian yang berbeda. Berikut proses umum pengadaan barang dan jasa, dengan dokumen pemilihan penyedia barang/ jasa yang menyertainya.

1. Undangan Mengikuti Pengadaan Barang dan Jasa

Undangan pengadaan barang dan jasa diumumkan melalui media cetak dan media elektronik dalam hal ini melalui Internet. Pengumuman pengadaan barang dan jasa dengan sumber Anggaran Pendapatan Belanja Negara bisa dibaca di Harian Media Indonesia. Selain di media cetak, pengumuman pengadaan barang dan jasa juga diumumkan di situs-situs resmi lembaga negara yang mengadakan pengadaan barang dan jasa. Lama penayangan pengumuman Lelang/ seleksi dilaksanakan paling kurang 7 (tujuh) hari kerja.

Peraturan Presiden Nomor 172 Tahun 2014 tentang Pengadaan Barang dan Jasa memang mewajibkan setiap proyek pengadaan barang dan jasa diumumkan melalui media cetak, *website* Kementerian, Dinas, Lembaga, dan Instansi. Meski ada juga pengadaan yang tidak harus diumumkan melalui media cetak dan *website*, yaitu pengadaan dengan penunjukan langsung.

Dalam pengumuman lelang akan diuraikan nama pekerjaan, pagu dana yang dianggarkan Pemerintah, syarat-syarat administrasi mengikuti lelang, dan jenis spesifikasi bidang usaha.

2. Proses Pendaftaran

Setelah mengetahui pengumuman dan syarat-syarat mengikuti

persyaratan, kemudian mendaftar ke panitia pengadaan barang dan jasa. Pendaftaran dan pengambilan Dokumen Pengadaan (Dokumen Kualifikasi dan Dokumen Pemilihan) sudah dimulai sejak tanggal pengumuman sampai dengan 1 (satu) hari kerja sebelum batas akhir memasukkan Dokumen Penawaran. Beberapa cara untuk melakukan proses pendaftaran, antara lain:

a. Pendaftaran Langsung

Pendaftaran langsung merupakan sistem pendaftaran secara langsung kepada lembaga yang mengadakan kegiatan pengadaan barang dan jasa. Perusahaan yang akan mendaftar harus diwakili oleh direktur utama. Jika direktur berhalangan, maka staf perusahaan dapat mewakili dengan menunjukkan surat kuasa dari direktur untuk mendaftar kepada panitia pengadaan barang dan jasa.

Perusahaan yang akan mengikuti pengadaan barang dan jasa wajib membawa foto kopi SIUPP atau SIUJK, untuk memastikan perusahaan yang mendaftar sesuai dengan kualifikasi yang dibutuhkan panitia. Beberapa instansi pemerintah terkadang juga mewajibkan pendaftaran dengan membawa SIUP dan SIUJK asli.

b. Pendaftaran Model *e-Procurement*

Pendaftaran melalui *e-Procurement* adalah pendaftaran secara elektronik berbasis Internet. Beberapa instansi Pemerintah telah memiliki sistem pendaftaran secara elektronik dengan Internet. Layanan *e-Procurement* pun sudah tersedia di hampir seluruh Provinsi di Indonesia. Bahkan banyak kabupaten dan kota di Indonesia yang menggunakan Layanan model *e-Procurement*. Layanan *e-Procurement* di tingkat Provinsi, kabupaten, dan kota disebut Layanan Pengadaan Secara Elektronik (LPSE). Sebaran dan alamat LPSE Nasional akan diuraikan di Lampiran tersendiri (Lampiran 6).

Urutan pengadaan melalui LPSE secara garis besar mencakup:

- 2) Upload dokumen lelang oleh Panitia
- 3) Download dokumen lelang oleh Panitia
- 4) Penjelasan lelang
- 5) Pemasukan dokumen penawaran oleh Penyedia
- 6) Pembukaan dokumen penawaran oleh Panitia
- 7) Pengumuman pemenang lelang
- 8) Sanggahan kepada PPK

Manfaat sistem pengadaan model *e-Procurement* untuk pengguna jasa:

- 1) Mendapatkan penawaran lebih banyak.
- 2) Mempermudah proses administrasi.
- 3) Mempermudah PPK/Panitia Pengadaan dalam mempertanggung jawabkan proses pengadaan.

Manfaat sistem pengadaan model *e-Procurement* untuk pengguna jasa:

- 1) Menciptakan persaingan usaha yang sehat.
- 2) Memperluas peluang usaha.
- 3) Membuka kesempatan pelaku usaha mengikuti lelang.
- 4) Mengurangi biaya transportasi untuk mengikuti lelang.

Dengan adanya sistem *e-Procurement* masyarakat diharapkan dapat memperoleh informasi pengadaan barang dan jasa secara transparan. Masyarakat pun diharapkan dapat ikut mengawasi proses pengadaan barang dan jasa.

Untuk dapat mengikuti proses pengadaan secara elektronik, Penyedia barang/ jasa harus melakukan registrasi LPSE. Berikut ilustrasi tata cara registrasi dengan mengambil contoh di LPSE Yogyakarta.

- 1) Penyedia barang/ jasa melakukan browsing situs LPSE Provinsi Kabupaten Kota tertentu

2) Klik "mendaftar sebagai penyedia barang/ jasa"

- 3) Mengisi alamat e-mail penyedia barang/ jasa
- 4) Download formulir pendaftaran dan formulir keikutsertaan
- 5) Klik "mendaftar".
- 6) Buka e-mail penyedia barang/ jasa, cek apakah ada konfirmasi dari: adminpengadaan@jogjakota.go.id
- 7) Mengisi data awal secara online.
- 8) Menyerahkan berkas dan menunjukkan data asli di LPSE
 - a) Formulir pendaftaran dan formulir keikutsertaan
 - b) Fotokopi KTP pimpinan perusahaan.
 - c) NPWP
 - d) Surat Izin Perdagangan (SIUP)/ Surat Izin Usaha Jasa Konstruksi (SIUJK)
 - e) Tanda daftar perusahaan (TDP).
- 9) Fotokopi Akte Perusahaan beserta perubahannya.
- 10) Mendapat verifikasi oleh LPSE Kota Yogyakarta.
- 11) Penyedia barang/ jasa mendapatkan User ID dan Password melalui e-mail

c. Proses Prakualifikasi

Dalam Peraturan Presiden Nomor 54 tahun 2010 dijelaskan, bahwa prakuatifikasi adalah proses penilaian kompetensi dan kemampuan usaha serta pemenuhan persyaratan tertentu lainnya dari penyedia barang/ jasa, sebelum memasukkan penawaran. Proses prakualifikasi secara umum meliputi:

- 1) Pengumuman prakualifikasi
- 2) Pengambilan dokumen prakualifikasi
- 3) Pemasukan dokumen prakualifikasi
- 4) Evaluasi dokumen prakualifikasi
- 5) Penetapan calon peserta pengadaan yang lulus prakualifikasi

Dokumen yang biasanya dilampirkan dalam proses prakualifikasi, yaitu:

- 1) Dokumen legalitas badan usaha yang meliputi:
 - a) Akte Pendirian Badan Usaha
 - b) Izin gangguan
- 2) Dokumen pajak yang terdiri dari:
 - a) Nomor Pokok Wajib Pajak
 - b) Surat Pengukuhan Pengusaha Kena Pajak
 - c) Bukti pelaporan pajak 3 bulan terakhir
- 3) Surat Izin Usaha (SIUP/ SIUJK)
- 4) Sertifikat badan usaha yang terdaftar dalam asosiasi tertentu yang menerangkan kualifikasi badan usaha
- 5) Tanda Daftar Perusahaan

Dokumen yang diserahkan kepada panitia akan diteliti, dan badan usaha yang lolos prakualifikasi dapat mengikuti proses selanjutnya. Ketidaklengkapan dokumen sekecil apa pun dapat menyebabkan badan usaha tidak lolos proses prakualifikasi. Beberapa kesalahan yang sering terjadi adalah:

- a) Ketidaksesuaian dokumen sertifikat badan usaha dengan kualifikasi perusahaan yang dibutuhkan. Kasus yang ditemukan adalah perusahaan kecil menawar pekerjaan dengan kualifikasi besar, walaupun memang jenis usaha sesuai persyaratan.
- b) Ketidaklengkapan dokumen pelaporan pajak. Dalam hal ini jenis pelaporan pajak tidak sesuai dengan ketentuan panitia.
- c) Tanggal izin usaha sudah tidak berbaku. Jika izin usaha sedang dalam proses perpanjangan, maka perusahaan harus melampirkan surat keterangan dari asosiasi atau instansi yang bersangkutan.

Penjelasan Pekerjaan

Pemberian penjelasan dilaksanakan paling cepat 4 (empat) hari

e. Pemasukan Dokumen

Pemasukan dokumen penawaran dimulai 1 (satu) hari kerja setelah pemberian penjelasan. Sedangkan, batas akhir pemasukan dokumen penawaran paling kurang 2 (dua) hari kerja setelah penjelasan, dengan memperhitungkan waktu yang diperlukan untuk mempersiapkan dokumen penawaran sesuai dengan jenis, kompleksitas, dan lokasi pekerjaan.

f. Proses Penilaian Pasca-Kualifikasi

Pasca kualifikasi adalah proses penilaian kompetensi dan kemampuan usaha, serta pemenuhan persyaratan tertentu lainnya dari penyedia barang/ jasa setelah memasukkan penawaran. Proses pasca kualifikasi secara umum meliputi pemasukan dokumen kualifikasi bersamaan dengan dokumen penawaran. Dalam proses ini peserta yang diusulkan untuk menjadi pemenang dan cadangan pemenang akan dievaluasi dokumen kualifikasinya.

Dalam proses pasca kualifikasi, dokumen kualifikasi antara lain terdiri dari :

1) Dokumen Biaya

Dokumen ini berisi jumlah biaya yang ditawarkan oleh badan usaha untuk mengerjakan pekerjaan yang ditawarkan oleh panitia pengadaan barang dan jasa. Format dokumen biaya telah disediakan oleh panitia. Dalam format tersebut, besaran volume pekerjaan telah ditentukan oleh panitia. Peserta diwajibkan mengisi harga satuan tiap item pekerjaan dan jumlah total biaya item pekerjaan.

Pada bagian awal dokumen biaya, sertakan pula surat pernyataan mengikuti pengadaan barang dan jasa, dan pengajuan penawaran biaya yang dibubuhi dengan materai Rp. 6.000,00 bersama dengan dokumen biaya.

2) Dokumen Administrasi

Isi dokumen administrasi antara lain :

- a) Surat pernyataan tidak dalam pengawasan pengadilan dan tidak pailit.
- b) Surat pernyataan tidak sedang menjalani sanksi pidana.
- c) Surat pernyataan secara hukum kalau mempunyai kapasitas untuk menandatangani kontrak.
- d) Surat pernyataan sebagai wajib pajak yang sudah memenuhi kewajiban perpajakan tahun terakhir, dibuktikan dengan melampirkan foto kopi bukti tanda terima SPT Tahunan (Surat Pemberitahuan untuk suatu Tahun Pajak atau Bagian Tahun Pajak), Pajak Penghasilan (PPH) tahun terakhir, dan foto kopi Surat Setoran Pajak (SSP) PPh Pasal 29 selama 3 (tiga) bulan terakhir.
- e) Bukti kalau dalam kurun waktu 4 (empat) tahun terakhir pernah memperoleh pekerjaan untuk menyediakan barang/ jasa baik di lingkungan pemerintah maupun swasta, termasuk pengalaman subkontrak, kecuali penyedia barang/ jasa yang baru berdiri kurang dari 3 (tiga) tahun. Bukti-bukti tersebut disajikan dalam rekapitulasi pengalaman perusahaan, memiliki sumber daya manusia, modal, peralatan, dan fasilitas lain yang diperlukan dalam pengadaan barang/ jasa.
- f) Surat pernyataan tidak masuk dalam daftar hitam.
- g) Surat pernyataan bahwa direktur dan pengelola badan usaha bukan anggota TNI/ POLRI, pegawai negeri, dan pegawai Bank Indonesia.
- h) Surat pernyataan mengikuti program Jamsostek.
- i) Jaminan penawaran untuk pekerjaan jasa pelaksanaan dan pengadaan barang. Sementara, pekerjaan jasa konsultasi jarang menggunakan jaminan penawaran.

3) Dokumen Teknis

Dokumen teknis berisi informasi atas kemampuan perusahaan yang ditawarkan untuk mengerjakan sebuah proyek pengadaan barang dan jasa

Beberapa dokumen yang harus disusun adalah :

- a) Dokumen metodologi pelaksanaan pekerjaan.
- b) Dokumen pendukung daftar rekanan dan pernyataan dari rekanan yang akan mendukung. Dokumen ini diperlukan badan usaha untuk mengajukan penawaran dalam pengadaan barang dan jasa pelaksanaan konstruksi.
- c) Dokumen riwayat tenaga ahli dan dokumen pendukung, seperti ijazah, sertifikasi keahlian, dan NPWP tenaga ahli.

Panitia/ pejabat pengadaan wajib melakukan pasca kualifikasi untuk pelelangan umum pengadaan barang/ jasa pemborongan/ jasa lainnya secara adil dan transparan. Proses ini diharapkan akan mendorong terjadinya persaingan yang sehat, karena mengikutsertakan sebanyak-banyaknya penyedia barang/ jasa. Dalam penilaian kualifikasi, penilaian dokumen administrasi dan dokumen biaya dilaksanakan secara terbuka dan transparan, serta disaksikan oleh semua peserta lelang. Untuk dokumen teknis, seperti metodologi dan rekanan pendukung akan dinilai oleh panitia. Sementara, prosedur penilaian sendiri didasarkan pada Kerangka Acuan Kerja yang dibagikan kepada badan usaha.

g. Pengumuman Pemenang

Setelah dilakukan penilaian pasca kualifikasi, panitia pengadaan barang dan jasa akan mengumumkan peringkat hasil penilaian. Pada umumnya, 3 (tiga) perusahaan akan diumumkan sebagai pemenang 1, pemenang 2, dan pemenang 3.

h. Masa Sanggah

Masa sanggah merupakan rentang waktu bagi badan usaha yang dinyatakan kalah untuk menyatakan keberatan terhadap hasil penilaian panitia. Masa sanggah berlangsung selama 5 (lima) hari dari pengumuman pemenang lelang. Pada masa ini, badan usaha

itu pula panitia mesti menyiapkan klarifikasi untuk menanggapi sanggahan.

i. Proses Prakontrak

Sebelum penanda tangan kontrak, pengguna barang dan jasa mengeluarkan Surat Penunjukan Penyedia Barang/ Jasa (SPPBJ). SPPBJ diterbitkan paling lambat 6 (enam) hari kerja setelah pengumuman penetapan pemenang lelang/ seleksi tidak ada sanggahan, atau setelah sanggahan dijawab. Jika sanggahan banding tidak diterima, SPPBJ akan diterbitkan paling lambat 2 (dua) hari kerja setelah adanya jawaban sanggahan banding dari Menteri/ Pimpinan Lembaga/ Kepala Daerah/ Pimpinan Institusi.

j. Kontrak Kerja Dengan Pemenang/ Pihak Ketiga

Kontrak ditanda tangani paling lambat 14 (empat belas) hari kerja setelah diterbitkannya SPPBJ. Dalam Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010, format kontrak memuat :

- 1) Tanggal mulai berlakunya kontrak
- 2) Nama dan alamat para pihak
- 3) Nama paket pekerjaan yang dipertjanjikan
- 4) Harga kontrak dalam angka dan huruf
- 5) Pernyataan bahwa kata dan ungkapan yang terdapat dalam syarat-syarat umum/ khusus kontrak telah ditafsirkan sama bagi para pihak.
- 6) Kesanggupan penyedia barang/ jasa yang ditunjuk untuk memperbaiki kerusakan pekerjaan atau akibat pekerjaan.
- 7) Kesanggupan pengguna barang/ jasa untuk membayar kepada penyedia barang/ jasa sesuai dengan jumlah harga kontrak
- 8) Tanda tangan para pihak di atas materai
- 9) Kontrak kerja digandakan sebanyak 10 paket. Empat paket diantaranya ditanda tangani di atas materai, dan 6 (enam)

oleh direktur utama badan usaha dengan pimpinan instansi yang menawarkan paket pengadaan barang dan jasa.

E. KONTRAK DAN CARA PEMBAYARAN

1. Kontrak

Kontrak pengadaan barang/jasa dibedakan atas :

a. Berdasarkan Bentuk Imbalan

1) Lump Sum

Kontrak *lump sum* adalah kontrak pengadaan barang/ jasa atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam batas waktu tertentu, dengan jumlah harga yang pasti dan tetap. Semua risiko yang mungkin terjadi dalam proses penyelesaian pekerjaan sepenuhnya ditanggung oleh penyedia barang/ jasa.

2) Harga Satuan

Kontrak harga satuan adalah kontrak pengadaan barang/ jasa atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam batas waktu tertentu, berdasarkan harga satuan yang pasti dan tetap untuk setiap satuan/ unsur pekerjaan dengan spesifikasi teknis tertentu, yang volume pekerjaannya masih bersifat perkiraan sementara. Pembayarannya didasarkan pada hasil pengukuran bersama atas volume pekerjaan yang benar-benar telah dilaksanakan oleh penyedia barang/ jasa.

3) Gabungan *Lump Sum* dan Harga Satuan

Kontrak yang satu ini adalah kontrak yang merupakan gabungan *lump sum* dan harga satuan dalam satu pekerjaan yang diperjanjikan.

4) Terima Jadi (*Turn Key*)

Kontrak terima jadi adalah kontrak pengadaan barang/ jasa pemborongan atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam batas waktu tertentu dengan jumlah harga pasti dan tetap, sampai seluruh bangunan/ konstruksi, peralatan dan jaringan utama

maupun penunjangnya dapat berfungsi dengan baik, sesuai dengan kriteria kinerja yang telah ditetapkan.

5) Persentase

Kontrak persentase adalah kontrak pelaksanaan jasa konsultasi di bidang konstruksi atau pekerjaan pemborongan tertentu. Konsultan yang bersangkutan akan menerima imbalan jasa berdasarkan persentase tertentu dari nilai pekerjaan fisik konstruksi/ pemborongan tersebut.

b. Berdasarkan Jangka Waktu Pelaksanaan

1) Tahun Tunggal

Kontrak tahun tunggal adalah kontrak pelaksanaan pekerjaan yang mengikat dana anggaran untuk masa 1 (satu) tahun anggaran.

2) Tahun Jamak

Kontrak tahun jamak adalah kontrak pelaksanaan pekerjaan yang mengikat dana anggaran untuk masa lebih dari 1 (satu) tahun anggaran. Kontrak tahun jamak dilakukan atas persetujuan Menteri Keuangan untuk pengadaan yang dibiayai APBN, Gubernur untuk pengadaan yang dibiayai APBD Propinsi, dan Bupati/ Walikota untuk pengadaan yang dibiayai APBD Kabupaten/ Kota.

a. Berdasarkan Jumlah Pengguna Barang/Jasa

1) Kontrak Pengadaan Tunggal

Kontrak pengadaan tunggal adalah kontrak antara satu unit kerja atau satu proyek dengan penyedia barang/ jasa tertentu untuk menyelesaikan pekerjaan tertentu dalam waktu tertentu pula.

2) Kontrak Pengadaan Bersama

Kontrak pengadaan bersama adalah kontrak antara beberapa unit kerja atau beberapa proyek dengan penyedia barang/ jasa tertentu untuk menyelesaikan pekerjaan tertentu dalam waktu

dengan kegiatan bersama yang jelas dari masing-masing unit kerja, dan pendanaannya juga bersifat bersama dan dituangkan dalam kesepakatan bersama.

2. Sistem Pembayaran dan Cara Pembayaran

Uang muka dapat diberikan kepada penyedia barang/ jasa dengan kriteria sebagai berikut :

- Untuk usaha kecil setinggi-tingginya 30% (tiga puluh persen) dari nilai kontrak
- Untuk usaha selain usaha kecil setinggi-tingginya 20% (dua puluh persen) dari nilai kontrak.

Pembayaran prestasi pekerjaan dilakukan dengan sistem sertifikat bulanan atau sistem termin, dengan memperhitungkan angsuran uang muka dan kewajiban pajak.

Setelah pekerjaan selesai 100% (seratus persen) sesuai dengan yang tertuang dalam kontrak, penyedia barang/ jasa mengajukan permintaan secara tertulis kepada pengguna barang/ jasa untuk penyerahan pekerjaan.

Pengguna barang/ jasa akan melakukan penilalan terhadap hasil pekerjaan yang telah diselesaikan, baik secara sebagian atau seluruh pekerjaan, dan menugaskan penyedia barang/ jasa untuk memperbaiki dan/ atau melengkapi kekurangan pekerjaan sebagaimana yang disyaratkan dalam kontrak.

Pengguna barang/ jasa menerima penyerahan pekerjaan setelah seluruh hasil pekerjaan dilaksanakan sesuai dengan ketentuan kontrak. Penyedia barang/ jasa wajib melakukan pemeliharaan atas hasil pekerjaan selama masa yang ditetapkan dalam kontrak, sehingga kondisinya tetap seperti pada saat penyerahan pekerjaan, dan dapat memperoleh pembayaran uang retensi dengan menyerahkan jaminan pemeliharaan. Masa pemeliharaan minimal untuk pekerjaan permanen 6 (enam) bulan, untuk pekerjaan semi permanen 3 (tiga) bulan, dan masa pemeliharaan dapat melampaui tahun anggaran. Setelah

masa pemeliharaan berakhir, pengguna barang/ jasa mengembalikan jaminan pemeliharaan kepada penyedia barang/ jasa.

F. PROSES PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMBORONGAN KONSTRUKSI DI PEMERINTAH

Untuk gawe besarnya, panitia pengadaan barang dan jasa akan menyiapkan dokumen pemilihan penyedia barang/ jasa. Dalam dokumen tersebut, panitia harus mencantumkan secara jelas dan rinci semua persyaratan yang diperlukan, baik administratif maupun teknis, penggunaan barang/ jasa produksi dalam negeri dan preferensi harga, unsur-unsur yang dinilai, kriteria, formula evaluasi yang akan digunakan, dan jenis kontrak yang dipilih, termasuk contoh-contoh formulir yang perlu diisi dan dapat dimengerti serta diikuti oleh calon penyedia barang/ jasa yang berminat.

Panitia juga akan menyiapkan dokumen pra/ paska kualifikasi untuk calon penyedia barang/ jasa berupa formulir isian yang memuat data administrasi, keuangan, personil, peralatan, dan pengalaman kerja. Selain itu panitia mesti menetapkan nilai nominal jaminan penawaran sebesar 1% (satu persen) sampai dengan 3% (tiga persen) dari nilai HPS (Harga Perkiraan Sendiri) atau pagu dana yang ada dalam pengumuman.

1. Dokumen Pra/Paskakualifikasi

Dalam peraturan yang baru, beberapa instansi langsung menggunakan istilah dokumen kualifikasi. Jika dalam proses pengadaan dilakukan prakualifikasi, dokumen dari panitia sekurang-kurangnya memuat :

- a. Pengumuman prakualifikasi yang mencakup: Lingkup pekerjaan, persyaratan peserta, waktu dan tempat pengambilan juga pengumpulan dokumen prakualifikasi, serta penanggung jawab prakualifikasi.
- b. Tata cara penilaian yang meliputi penilaian aspek administrasi, termodalan, tenaga kerja, peralatan, dan man-

mempergunakan metode sistem gugur atau sistem nilai (*scoring system*).

Untuk pengadaan dengan paskakualifikasi, dokumen dimasukkan dalam dokumen pengadaan barang/ jasa.

2. Dokumen Pemilihan Penyedia Barang/Jasa

Dokumen pemilihan penyedia barang/ jasa sekurang-kurangnya memuat :

- a. Undangan kepada penyedia barang/ jasa yang mendaftar, juga untuk mereka yang lulus prakualifikasi, dan kalau akan dilakukan pascakualifikasi. Isi undangan sekurang-kurangnya memuat :
 - 1) Tempat, tanggal, hari, dan waktu untuk memperoleh dokumen pemilihan penyedia barang/ jasa, serta keterangan lainnya.
 - 2) Tempat, tanggal, hari, serta waktu pemberian penjelasan mengenai dokumen pemilihan penyedia barang/ jasa, dan keterangan lainnya.
 - 3) Tempat, tanggal, hari, dan waktu penyampaian dokumen penawaran.
 - 4) Alamat tujuan pengiriman dokumen penawaran.
 - 5) Jadwal pelaksanaan pengadaan barang/ jasa sampai dengan penetapan penyedia barang/ jasa.
- b. Instruksi kepada peserta pengadaan barang/ jasa sekurang-kurangnya memuat :
 - 1) Umum
 - a) Lingkup pekerjaan
 - b) Sumber dana
 - c) Persyaratan dan kualifikasi peserta pengadaan barang/ jasa
 - d) Jumlah dokumen penawaran yang disampaikan

e) Peninjauan lokasi kerja

- 2) Isi, penjelasan isi, dan perubahan isi dokumen pemilihan penyedia barang/ jasa.
- 3) Persyaratan bahasa yang digunakan dalam penawaran, penulisan harga penawaran, mata uang penawaran dan cara pembayaran, masa berlaku penawaran, surat jaminan penawaran, usulan penawaran alternatif oleh peserta pengadaan barang/ jasa, bentuk penawaran, serta penandatanganan surat penawaran.
- 4) Cara penyempulan dan penandaan sampul penawaran, batas akhir waktu penyampaian penawaran, perlakuan terhadap penawaran yang terlambat, serta larangan untuk perubahan dan penarikan penawaran yang telah masuk.
- 5) Prosedur pembukaan penawaran, kerahasiaan dan larangan, klarifikasi dokumen penawaran, pemeriksaan kelengkapan dokumen penawaran, koreksi aritmatik, konversi ke dalam mata uang tunggal, sistem evaluasi penawaran (meliputi kriteria, formulasi, dan tata cara evaluasi), serta penilaian preferensi harga.
- 6) Penilaian kualifikasi dalam hal dilakukan pascakualifikasi, kriteria penetapan pemenang pengadaan barang/ jasa, hak dan kewajiban pengguna barang/ jasa untuk menerima atau menolak salah satu atau semua penawaran, syarat penandatanganan kontrak, serta surat jaminan pelaksanaan.

c. Daftar kuantitas dan harga:

- 1) Jenis dan uraian singkat pekerjaan yang akan dilaksanakan atau barang yang akan dipasok
- 2) Negara asal barang/ jasa
- 3) Volume pekerjaan
- 4) Harga satuan barang/ jasa yang akan ditawarkan
- 5) Komponen produksi dalam negeri

- 7) Biaya satuan angkutan (khusus untuk pengadaan barang/ jasa)
- 8) Pajak Pertambahan Nilai (PPN)
- 9) Pajak lainnya

d. Khusus untuk pengadaan barang, harga barang dalam negeri dan barang impor harus dipisahkan. Jika barang dalam negeri, harus dijelaskan apakah harga tersebut merupakan harga eks pabrik, eks gudang, atau di lapangan (*on site stock*). Sedangkan, untuk barang impor, harus dijelaskan apakah harga tersebut merupakan harga *free on board/FOB* (mengurus izin ekspor sampai memuat barang di kapal yang siap berangkat) atau *cost insurance and freight/ CIF* (wajib membayar asuransi untuk barang yang dikirim).

e. Spesifikasi teknis dan gambar:

- 1) Tidak mengarah kepada merek/ produk tertentu, kecuali untuk suku cadang/ komponen produk tertentu.
- 2) Tidak menutup digunakannya produksi dalam negeri.
- 3) Semaksimal mungkin diupayakan menggunakan standar nasional.
- 4) Metode pelaksanaan pekerjaan harus logis.
- 5) Jadwal waktu pelaksanaan pekerjaan harus sesuai dengan metode pelaksanaan.
- 6) Macam/ jenis, kapasitas, dan jumlah peralatan utama minimal yang diperlukan dalam pelaksanaan pekerjaan.
- 7) Syarat-syarat kualifikasi dan jumlah personil inti yang dipekerjakan.
- 8) Syarat-syarat material (bahan) yang digunakan dalam pelaksanaan pekerjaan.
- 9) Gambar-gambar kerja harus lengkap dan jelas.
- 10) Kriteria kinerja produk (*output performance*) yang diinginkan harus jelas

f. Bentuk surat penawaran:

- 1) Merupakan pernyataan resmi mengikuti pengadaan barang/ jasa.
- 2) Pernyataan bahwa penawaran dibuat sesuai dengan peraturan pengadaan barang/jasa.
- 3) Memuat harga total penawaran dalam angka dan huruf.
- 4) Masa berlaku penawaran.
- 5) Lamanya waktu penyelesaian pekerjaan.
- 6) Nilai jaminan penawaran dalam angka dan huruf.
- 7) Kemampuan memenuhi persyaratan yang ditentukan.
- 8) Dilengkapi dengan daftar volume dan harga pekerjaan.
- 9) Ditandatangani oleh pimpinan/ direktur utama perusahaan atau yang dikuasakan di atas materai dan bertanggal.

g. Bentuk surat jaminan penawaran:

- 1) Memuat nama serta alamat pengguna barang/ jasa, penyedia barang/ jasa, dan pihak penjamin.
- 2) Nama paket pekerjaan yang diledangkan.
- 3) Besar jumlah jaminan penawaran dalam angka dan huruf.
- 4) Pernyataan pihak penjamin bahwa jaminan penawaran dapat dicairkan dengan segera sesuai ketentuan dalam jaminan penawaran.
- 5) Masa berlaku surat jaminan penawaran.
- 6) Batas akhir waktu pengajuan tuntutan pencairan surat jaminan penawaran oleh pengguna barang/ jasa kepada pihak penjamin, mengacu kepada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, khususnya Pasal 1831 dan 1832.
- 7) Tanda tangan penjamin.

h. Bentuk surat jaminan pelaksanaan:

- 1) Memuat nama dan alamat pengguna barang/ jasa, penyedia barang/ jasa, dan pihak penjamin.

2) Nama paket kontrak.

3) Nilai jaminan pelaksanaan dalam angka dan huruf.

4) Kewajiban pihak penjamin untuk mencairkan surat jaminan pelaksanaan dengan segera kepada pengguna barang/ jasa sesuai dengan ketentuan dalam jaminan pelaksanaan.

5) Masa berlaku surat jaminan pelaksanaan, mengacu kepada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata khususnya Pasal 1831 dan 1832.

6) Tanda tangan penjamin.

i. Bentuk surat jaminan uang muka:

1) Memuat nama dan alamat pengguna barang/ jasa, penyedia barang/ jasa yang ditunjuk, dan hak penjamin.

2) Nama paket kontrak.

3) Nilai jaminan uang muka dalam angka dan huruf.

4) Kewajiban pihak-pihak penjamin untuk mencairkan surat jaminan uang muka dengan segera kepada pengguna barang/ jasa sesuai dengan ketentuan dalam jaminan uang muka.

5) Masa berlaku jaminan uang muka, mengacu kepada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1831 dan 1832.

6) Tanda tangan penjamin.

j. Syarat-syarat umum kontrak: Memuat batasan pengertian istilah yang digunakan, hak, kewajiban, tanggung jawab (termasuk tanggung jawab pada pekerjaan yang disubkontrakkan), sanksi, penyelesaian perselisihan, dan peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam pelaksanaan kontrak bagi para pihak.

k. Syarat-syarat khusus kontrak: Merupakan bagian dokumen pemilihan penyedia barang/ jasa yang memuat ketentuan-ketentuan lebih spesifik, sebagaimana dirujuk dalam pasal-pasal syarat-syarat umum kontrak, dan memuat perubahan, penambahan, atau penghapusan ketentuan dalam syarat-syarat

umum kontrak, yang sifatnya lebih mengikat dari syarat-syarat umum kontrak.

1. Bentuk kontrak:

- 1) Memuat tanggal mulai berlakunya kontrak.
- 2) Nama dan alamat para pihak.
- 3) Nama paket pekerjaan yang diperjanjikan.
- 4) Harga kontrak dalam angka dan huruf.
- 5) Pernyataan bahwa kata dan ungkapan yang terdapat dalam syarat-syarat umum/ khusus kontrak telah ditafsirkan sama bagi para pihak.
- 6) Kesanggupan penyedia barang/ jasa yang ditunjuk untuk memperbaiki kerusakan pekerjaan atau akibat pekerjaan.
- 7) Kesanggupan pengguna barang/ jasa untuk membayar kepada penyedia barang/ jasa sesuai dengan jumlah harga kontrak, dan
- 8) Tanda tangan para pihak di atas materai.

Untuk kontrak yang jangka waktu pelaksanaannya lebih dari 12 (dua belas) bulan, bila dianggap perlu, dalam dokumen pengadaan dapat dicantumkan ketentuan tentang penyesuaian harga (*price adjustment*), sekaligus dijelaskan rumus-rumus penyesuaian harga yang akan digunakan.

G. JENIS PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMBORONG KONSTRUKSI

Pelaksanaan pengadaan barang dan pemborongan konstruksi dapat dilakukan dengan beberapa metode/cara tergantung dari besarnya nilai kontrak pengadaan barang dan pemborongan konstruksi. Beberapa jenis pengadaan barang dan jasa pemborongan konstruksi berdasarkan metode/cara pelaksanaannya adalah:

1. Pelelangan Umum

jasa yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media massa dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum, sehingga masyarakat luas/ dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya.

Menurut Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010, pelelangan murni dilaksanakan untuk pekerjaan pengadaan barang dan jasa dengan nilai lebih dari Rp. 200.000.000,00.

2. Pelelangan Sederhana/Pemilihan Langsung

Pelelangan sederhana ditujukan untuk proses pengadaan barang di bawah Rp. 200.000.000,00. Dalam pelelangan ini tidak ada negosiasi teknis dan harga. Pelelangan sederhana diumumkan sekurang-kurangnya di website lembaga-lembaga dan papan pengumuman resmi untuk masyarakat serta Portal Pengadaan Nasional, sehingga masyarakat luas dan dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya.

3. Pemilihan Langsung

Pemilihan langsung dilakukan untuk pengadaan jasa konstruksi yang bernilai kurang dari Rp.200.000.000,00 dan lebih dari 100.000.000,00. Pemilihan langsung minimal diikuti oleh 3 (tiga) perusahaan. Pada umumnya yang dapat mengikuti proses pemilihan langsung adalah badan usaha dengan kualifikasi kecil (*grade 1* dan *grade 2* untuk kontraktor).

Dalam penyusunan jadwal pelaksanaan pengadaan dengan pemilihan langsung harus dialokasikan waktu untuk beberapa proses berikut :

- a. Pengumuman pemilihan langsung di papan pengumuman resmi untuk penerangan umum dan di internet sekurang-kurangnya selama 3 (tiga) hari kerja.
- b. Pengambilan dokumen prakualifikasi, pemasukan dokumen prakualifikasi dan pengambilan dokumen pengadaan, penetapan

BAB VI CATATAN AKHIR

Berdasarkan uraian tersebut diatas, maka penulis menarik beberapa catatan akhir sebagai kesimpulan sebagai berikut:

Pertama, Pengaturan pengadaan barang/jasa yang tertuang dalam Perpres belum sepenuhnya mengakomodasi sebagai instrumen hukum yang menjadi arah dan pedoman dalam pelaksanaan pengadaan barang/jasa. Pengadaan barang/jasa merupakan wewenang pemerintah yang bersaranakan pada hukum privat (kontrak).

Kedua, Penyalahgunaan wewenang dalam pengadaan barang/jasa masih sangat dominan oleh pejabat pemerintah yang mengelola pengadaan barang/jasa yang mencampuradukkan wewenang karena dipengaruhi oleh berbagai kepentingan.

Ketiga, Penegakan hukum terhadap penyalahgunaan wewenang barang/jasa belum mengedepankan penyelesaian sesuai ketentuan yang berlaku khususnya ketentuan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

Atas dasar itu, maka penulis mengajukan beberapa saran sebagai pertimbangan untuk perbaikan sistem pengadaan barang/jasa, sebagai berikut

Pertama Hendaknya pengaturan pengadaan barang/jasa yang tertuang dalam Perpres Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah menjadi instrumen sebagai arah dan pedoman pengadaan barang dan jasa yang lebih transparan, efektif, dan akuntabel. Hal ini perlu didukung dengan instrumen-instrumen keterbukaan atau transparan.

Kedua Hendaknya semua an pengadaan barang/jasa memuat

ma-norma hukum dalam bentuk kebijakan yang memberi peluang bagi pejabat pengadaan barang/jasa untuk memberdayakan ekonomi masyarakat.

Ketiga, Penegakan hukum terhadap penyalahgunaan wewenang dalam pengadaan barang/jasa hendaknya menempatkan penyelesaian sengketa melalui sarana hukum pidana sebagai ultimum premidium. Hal ini berdasarkan keberadaan Peraturan Presiden Nomor 54 tahun 2010 tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah yang didasarkan pada hukum privat (kontraktual).

DAFTAR PUSTAKA

- A. Zainal Abidin Farid. 1995. *Hukum Pidana 1*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Achmad Ruslan. 2013. *Teori dan Panduan Praktik Pembentukan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia*. Yogyakarta: Rangkang Education.
- Adami Chazawi. 2005. *Hukum Pidana Materiil dan Formil Korupsi di Indonesia*. Malang: Bayumedia Publishing.
- _____. 2009. *Pelajaran Hukum Pidana 2*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Ade Armando. *Mengenal Lebih Dekat BPK Sebuah Panduan Populer*. Biro Humas dan LN BPK RI.
- Ade Maman Suherman. 2010. *Pengadaan Barang dan Jasa Perspektif Kompetisi, Kebijakan Ekonomi dan Hukum Perdagangan Internasional*. Raja Grafindo Persada. Jakarta.
- Adhi Ardian Kustiadi dkk. 2006. *Buku Penataan Mencegah Korupsi Dalam Pengadaan Barang dan Jasa*. Publik. Jakarta.
- Adrian Sutedi. 2008. *Aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa dan Berbagai permasalahannya*. Sinar Grafika, Jakarta.
- Agus Dwiyanto. 2006. *Mewujudkan Good Governance Melalui Pelayanan Publik*. UGM Press, Yogyakarta.
- Alifan Malik. 2010. *Pengantar Bisnis Jasa Pelaksana Konstruksi*. Andi, Yogyakarta.
- Amik Tri Istiani. 2014. *Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah*. CV. Primaprin, Sleman Yogyakarta.
- Andi Hamzah. 1991. *Korupsi di Indonesia Masalah dan Pemecahannya*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.

- ton M. Moellono, 1995. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka.
- hur Schiller, 1978, *Raman Law. Mechanisms of Development*.
- aloedin Djamin, 2007. *Kedudukan Kepolisian Negara RI Dalam Sistem Ketatanegaraan: Dulu, Kini dan Esok*.
- gir Manan, 2000, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Yogyakarta.
- asan Mustafa. 1990. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Bandung: Citra Aditya Bakti,
- nbang Poernomo. 1985. *Asas-asas Hukum Pidana*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- nbang Widjojanto. 2005. *Menggagas Gerakan Sosial Anti Korupsi*. Jakarta: PSAP Muhammadiyah.
- utoro Tjokroamidjojo, 2000. *Good Governance, Paradigma Baru manajemen Pembangunan*. UI Press, Jakarta.
- airul Huda. 2005. *Dasar-Dasar Teori dan Filsafat Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*. Bahan disampaikan pada Dies Natalis XVII dan Wisuda IX STHI Jakarta.
- _____. 2006. *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*. Jakarta: Kencana Prenada Media.
- arles Tiefer, et.al., 1999, *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, Michael T. Molan, 2003, *Administrative Law*, Old Bailey Press, London, dan Bernard Rudden, 1989, "The Domain of Contract (English Report)", dalam *Contract Law Today (Anglo-French Comparisons)*, Donald Harris, et. al. (ed.), Clarendon Press, Oxford.
- in Turpin, 1972, *Government Contracts*, Penguin Books, Harmonds.
- abeth Ellis, 1988, *Thinking About Crime And Justice*.
- LSAM. 2005. *Pemidanaan, Pidana dan Tindakan dalam Rancangan KUHP: Position Parser Advokasi RUU KUHP 2005*. Jakarta: ELSAM. Cet. Pertama.
- Eric Barendt, 1996, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, New York.
- Ermansjah Djaja. 2010. *Memberantas Korupsi Bersama KPK*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Evi Hartanti. 2009. *Tindak Pidana Korupsi*. Jakarta: Sinar Grafika.
- F.A.M Stroink dan J. G. Stenbeck. 1985. *Inteiding in het starr en Administratief Recht*. Alphen aan den Rijn/Samsom HD Tjeenk Willink.
- Fuller. 1964. *The Morality of Law*. Second Edition. New Haven Connecticut, Yale University Press.
- Georges Langrod, 1955, "Administrative Contracts (A Comparative Study)", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. IV, Summer, Number III, Camille Jauffret- Splnosi, "The Domain of Contract (French Report)", dalam Donald Harris, et.al. (ed), *op. cit.*
- H. Abdul Latif. 2014. *Hukum Administrasi: Dalam Praktik Tindak Pidana Korupsi*. Jakarta: Prenada Media Group.
- H. D. Stout Dalam Aminuddin Ilmar, 2013, *Hukum Tata Pemerintahan*, Prenada Medya Group, Jakarta.
- H. D. van Wijk. 1995, *Hoofdstrukken van Administartief Recht*. Vuga's Craven Hage.
- H. M. laica Marzuki, 1991, *Perjanjian Kebijaksanaan Yuridika*. No. 2-3 Tahun VI, Jakarta.
- H. Purwosilo, 2014, *Aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa*, Prenada Media Group, Jakarta.
- Henry Cambell Black, 1990, *Black's Law Dictionary*, 6th Ed., West Publishing Co., St. Paul Minn.
- Hery Tahit. 2010, *Proses Hukum Yang Adil Dalam sistem Peradilan Pidana di Indonesia*, Laksbang Pressindo. Lihat juga di dalam Lilik Mulyadi, 2004, *Kapita Selekta Hukum Pidana Kriminologi*

Dan Victimologi.

- Hugh Collins, 1999, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, London.
- I Gede Astawa, 2008, *Problematika Hukum Otonomi Daerah di Indonesia*, Bandung: Alumni, Yopie Morya Immanuel Patiro, 2012, *Diskresi Pejabat Publik dan Tindak Pidana Korupsi*, Bandung: CV. Keni Media, Ridwan HR, *Op.Cit.*
- Indriyanto Seno Adji, 2002, *Korupsi dan Hukum Pidana*, Jakarta: Kantor Pengacara dan Konsultasi Hukum Prof Oemar Seno Adji, SH dan Rekan.
- Indroharjo, 1993, *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Buku II, Sinar Harapan, Jakarta.
- Istilah kontrak komersial (*commercial contract*) digunakan untuk membedakannya dengan kontrak konsumen (*consumer contract*), 1994, Periksa *Principles of International Commercial Contracts*, UNIDROIT, Rome.
- Kemitraan (partnership). Kajian Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Dari Perspektif Hukum Pidana dan Kriminologi*, Jakarta.
- Komarizah S. Sapardjadja dalam H. Abdul Latif, 2014, *Hukum Administrasi: Dalam Praktik Tindak Pidana Korupsi*, Jakarta: Prenada Media Group.
- Kuntjoro Purbopranoto, 1981, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Alumni, Bandung.
- Lawrance M. Friedman, 2006, *The Legal System, A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation dalam Esmi Warasih, 2005, *Pranata Hukum (Sebuah Telaah Sosiologis)*, PT. Suryamadu Utama, Semarang.
- Lillk Mulyadi, 2003, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi & Victimologi*.
- M.A. Sudjan, 2003, *Law Relating to Government Contracts*, Universal Law Publishing Co., Pvt., Ltd., Delhi.

- Miriam Budlardjo, 1977, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia.
- Moeljatno, 1983, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana*, Jakarta: PT. Bina Aksara.
- _____, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta.
- Moeljatno, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta.
- N. E. Algra dkk, 1983, *Kamus Istilah Fockema Andreae Belanda Indonesia*, Bina Cipta, Jakarta.
- Nicholas Emiliou, 1996, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Kluwer Law International London.
- P. A. F. Lamintang dan C. Djisman Samosir, 1979, *Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sinar Baru.
- _____, 2011, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- P. de Haan, et al, 1986, *Bestuursrecht in de sociale Recht Staat*, Deel 1 dan 2 Kluwer, Deventer.
- P. S. Atijah, 1981, *Promise; Moral and Law*, Clarendon Press, Oxford.
- Peter Leyland dan Terry Woods, 1999, *Administrative law*, London Blackstone Press Limited.
- Peter Mahmud Marzuki, 2007, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Phillipus M. Hadjon, 1994, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Cetakan Ke-2 Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.
- Phillipus M. Hadjon, et al, 1993, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.
- Phillipus Mandiri Hadjon, 2002, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction To The Indonesian Administrative Law)*, Gadjah Mada University Press, Cetakan Kedelapan, Yogyakarta.
- _____, 2011, *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi: PERDA APBD dan Pelaksanaannya Sebagai Objek Tindak Pidana Korupsi (TIPIKOR)*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.

- Pradjudi Admosudirodjo, 1988, *Perihal Kaidah Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Rantawan Djanim, 2006, *Korporasi dan Pertanggungjawaban Pidana*. Semarang: BP UNDIP.
- Ridwan H.R., 2003, *Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta.
- Roeslan Saleh, 1979, *Beberapa Catatan Sekitar Perbuatan Dan Kesalahan Dalam Hukum Pidana*, Jakarta: Aksara Baru.
- Roeslan Saleh, 1983, *Stelsel Pidana Indonesia*, Jakarta: Aksara Baru.
- _____. 1983, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Jakarta: Aksara Baru.
- _____. 1994, *Masih Saja Tentang Kesalahan*, Jakarta: Karya Dunia Fikir.
- Rudhi Prasetya, 1997, *Analisis Ekonomi Terhadap Hukum Kontrak Dalam Menyongsong Era Globalisasi*, Jurnal Hukum Bisnis, Volume 2, Jakarta.
- Safri Nugraha dkk, 2005, *Hukum Administrasi Negara*, Center For Law and Good Governance Studies Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Satjipto Raharjo, 2009, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologi*.
- Soejono Soekanto, 1990, *Penelitian Hukum Normatif*, Suatu Tinjauan Singkat, Rajawali Press, Yogyakarta.
- _____. 2008, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Hukum*.
- Sri Soemantri, 1987, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*, Bandung: Alumni.
- Sudarto, 2010, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: PT. Alumni.
- Tariek Sri Djatmiati, et al. 2011, *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi: Pelayanan Publik dan Tindak Pidana Korupsi*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.
- Tolib Setiady, 2010, *Pokok-Pokok Hukum Penintenan Indonesia*,

Bandung: Alfabeta.

- W. Friedmann, 1994, *Teori Filsafat Hukum Susunan II (Legal Theory)*, diterjemahkan oleh Muhammad Arifin, Cetakan Kedua, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- W. Riawan Tjandra, 2013, *Hukum Keuangan Negara*, Jakarta: Kompas Gramedia.
- Wahyudi Kumaratomo, 1999, *Etika Administrasi Negara*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Wolfgang Friedman, 1971, *The State and The Rule Of Law in A Mixed Economy*, Steven and Sons, London.
- Zamhari Abidin, 1986, *Pengertian dan Asas Hukum Pidana Dalam Schema (Bagan) dan Synopsis (Catalan Singkat)*, Jakarta: Ghalia Indonesia.

Sumber lain

- Keputusan Mahkamah Agung RI No. 1838 K/Pid.Sus/2017 tanggal 07 November 2017 atas tindak pidana korupsi pengadaan solar cell (Pengadilan Negeri Klas IA Jayapura)
- Keputusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1710/K/Pid.Sus/2016 tanggal 05 April 2017 atas tindak pidana korupsi penyedia jasa pada proyek pengadaan pupuk NPK (Pengadilan Negeri Klas IA Jayapura)
- Keputusan Mahkamah Agung RI No. 487K/Pid.Sus/2016 tanggal 19 Oktober 2016 atas tindak pidana korupsi pengadaan Baju Batik Papua (Pengadilan Negeri Klas IA Jayapura).

BIODATA PENULIS

NAMA	: Dr. Drs. H. NARMUDIN TOATUBUN, M.M.
TEMPAT TANGGAL LAHIR	: ASEAN, 02 NOVEMBER 1954
Riwayat Pekerjaan	: PNS KANWIL KEMENTERIAN AGAMA PROVINSI PAPUA
	1. PNS KANWIL KEMENTERIAN AGAMA PROVINSI PAPUA
	2. KETUA YAYASAN CINTA TANAH AIR YANG MEMBINA SEKOLAH TINGGI ILMU EKONOMI PORT NUMBAY JAYAPURA
	3. KETUA YAYASAN KYADIREN YANG MEMBINA SEKOLAH TINGGI ILMU HUKUM BIAR
	4. KETUA UMUM BIKATAN KELUARGA BESAR MASYARAKAT KEY PROVINSI PAPUA
PENDIDIKAN:	
SEKOLAH DASAR	: SD NASKAT KATHORBI MALUKU TENGGARA
MADRASAH TSANAWIYAH	: MTs. TUAL MALUKU TENGGARA
MADRASAH ALIYAH	: MA AL HIDAYAH TUAL MALUKU TENGGARA
SARJANA (S1)	: FAKULTAS ADAB IBN ALAUDDIN MAKASSAR
PASCA SARJANA (S2)	: MAGISTER MANAGEMEN UNCEN JAYAPURA
PASCA SARJANA (S3)	: DOKTOR HUKUM UNHAS MAKASSAR
ANAK KE	: 8 DAR, 10 BERSAUDARA
NAMA ORANG TUA	
AYAH	: H. ABU HASAN LOBURUN (ALMARHUM)
IBU	: H. NUZNA TOATUBUN (ALMARHUMAH)
ISTRI	: SURUS FATMAH, SE, MM
ANAK	: 1. dr. RASDIANA T. TOATUBUN
	2. BIZQIAH N. TOATUBUN, SE
	3. RATNASARI TOATUBUN
	4. N. H. AJURUNA TOATUBUN

I. Nama : Muslim Lobubun
Tempat/Tgl Lahir : Abean Kamear Tual Maluku Tenggara,
08 Oktober 1968
Pekerjaan : Advokat / Konsultan Hukum
Status : Kawin
Agama : Islam
Nama Istri : Iryana Anwar
Anak : 1. Fatihah Fataniah Lobubun
2. Farizah Fahriana Lobubun

II. Nama Orang Tua :

Ayah : H. Abu Hasan Lobubun (Almarhum)
Ibu : Muzna Toatubun (Almarhumah)

III. Riwayat Pendidikan :

- Sekolah Dasar Naskat Abean (SD Katolik) Maluku Tenggara Tamat Tahun 1982.
- Madrasah Tsanawiyah (MTs) Dobo Pulau Aru Tamat Tahun 1985.
- Sekolah Menengah Atas Negeri (SMAN) di Dobo Pulau Aru Tamat Tahun 1988.
- S1 Fakultas Hukum Universitas Muslim Indonesia Makassar Tamat Tahun 1995.
- S2 Universitas Hasanuddin Makassar Tamat Tahun 2011.
- S3 Program Studi Doktor Ilmu Hukum Universitas Hasanuddin, Makassar Tamat Tahun 2018.

IV. Riwayat Pekerjaan

- Ketua Pembina Yayasan Kyadiren Sekolah Tinggi Ilmu Hukum Biak Papua Tahun 2006 sampai sekarang.

- Dosen Tetap Yayasan di Sekolah Tinggi Ilmu Hukum Biak Papua Tahun 2006-Sekarang.
- Ketua Yayasan YLKI Kabupaten Biak Numfor Provinsi Papua Tahun 2008 - 2012.
- Ketua Prodi Ilmu Hukum di Sekolah Tinggi Ilmu Hukum Biak Papua Tahun 2009 - 2014.
- Ketua SPMI Sekolah Tinggi Ilmu Hukum Biak Papua Tahun 2014 - 2019.
- Staf Ahli Bidang Hukum di Pemerintah Daerah Kabupaten Biak Numfor Tahun 2018 - 2023.
- Ketua Badan Amil Zakat Nasional (BAZNAS) Kabupaten Biak Numfor Tahun 2016 - 2021.
- Ketua DPC PRADI Kabupaten Biak Numfor Tahun 2017 - 2022.

NAMA	: BRYANA ANWAR, S.H., M.H.
TEMPAT/TANGGAL LAHIR	: UJUNG PANDANG, 12 APRIL 1987
Riwayat Pekerjaan	: DOSEN TETAP SEKOLAH TINGGI ILMU HUKUM BIAK PAPUA
Riwayat Jabatan	: 1. KETUA PROGRAM STUDI PERIODE 2012-2013
	2. WAKIL KETUA I BIDANG AKADEMIK PERIODE 2015-2018
	3. WAKIL KETUA I BIDANG UMUM & KEUANGAN PERIODE 2019-2023.

PENDIDIKAN:	
SEKOLAH DASAR	: SD NEGERI 1 PONGTUKU
MADRASAH TSANAWIYAH	: PONDOK PESANTREN MODEREN IMMIM PANGKEP
MADRASAH ALIYAH	: PONDOK PESANTREN MODEREN IMMIM PANGKEP
SARJANA (S1)	: UNIVERSITAS 45 MAKASSAR
PASCA SARJANA (S2)	: MAGISTER HUKUM UNHAS MAKASSAR
PASCA SARJANA (S3)	: DALAM PROSES STUDI

ANAK KE	: 4 DARI 4 BERSAUDARA
NAMA ORANG TUA	
AYAH	: M. ANWAR (ALMARHUM)
IBU	: H. HAJERA (ALMARHUMAH)

SUAMI	: Dr. MUSLIM LOBUBUN, S.H., M.H.
ANAK	: 1. FATIHAH FATAMAH LOSUBUN
	2. FARIZAH FAHRIANA LOBUBUN
	3. FA'O MUHAMMAD SUDAS LOSUBUN