

PERKARA FIKTIF POSITIF DAN PERMASALAHAN HUKUMNYA

FICTITIOUS PROCEEDINGS AND ITS LEGAL PROBLEM

ENRICO SIMANJUNTAK

Badan Peradilan Militer dan Tata Usaha Negara MA RI
Jalan Jend. Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Cempaka Putih, Jakarta Pusat
Email: enrico_simanjuntak@yahoo.com

Diterima : 23/11/2016

Revisi : 3/10/2017

Disetujui : 12/10/2017

DOI : 10.25216/JHP.6.3.2017.379-398

ABSTRAK

Undang-Undang Administrasi Pemerintahan (UUAP) telah mengadopsi konsepsi *Lex Silencio Positivo* yakni suatu mekanisme hukum yang mensyaratkan otoritas administrasi untuk menanggapi atau mengeluarkan keputusan/tindakan yang diajukan kepadanya dalam limit waktu tertentu dan apabila prasyarat ini tidak terpenuhi, otoritas administrasi dianggap telah mengabulkan permohonan penerbitan keputusan/tindakan itu. Sebagai suatu konsep hukum baru, kaidah *lex silentio positivo* yang dalam khasanah hukum administrasi Indonesia lebih dikenal sebagai keputusan/tindakan fiktif positif (*fictitious approval* atau *tacit authorisation*) memerlukan kajian, harmonisasi dengan ketentuan-ketentuan hukum terdahulu, yakni konsep keputusan fiktif negatif. Tulisan ini bermaksud mendiskusikan beberapa masalah pokok menyangkut konsepsi *fiktif positif* dalam hukum administrasi Indonesia.

Kata kunci: Undang-Undang Adminitrasi Pemerintahan, fiktif positif, fiktif negatif

ABSTRACT

Law of Administration (UUAP) has adopted a conception of Lex Silencio Positivo, a legal mechanism that requires the administering authority to respond or issue a decision/action brought before it within the limit of a certain time and if these preconditions are not met, the administering authority is deemed to have granted the application for the issuance of the decision/action it. As a new legal concept, rules of lex silentio positivo the realm of administrative law that Indonesia is known as "fictitious approval" or "tacit authorization" requires assessment, harmonization with the provisions of the previous law, namely the concept of fictitious negative decision. This paper intends to discuss some key notes concerning the conception of fictitious positive in Indonesia administrative law.

Keywords: law of administration, fictitious approval, fictitious rejection

I. PENDAHULUAN

Guna memacu pertumbuhan ekonomi kawasan, melalui peningkatan hubungan timbal balik kerjasama bisnis antar negara anggota Uni Eropa (UE), Parlemen Uni Eropa mengeluarkan direktif No. 123 Tahun 2006 (*Directive 2006/123/EC*) yang pada pokoknya direktif tersebut mengarahkan agar setiap negara anggota mengambil sejumlah langkah berikut yang diantaranya: (a) *setting up points of single contact for information and support on administrative procedures and ensuring that such procedures can be completed electronically*; (b) *reviewing and simplifying all their authorisation schemes concerning access to services*; (c) *requiring EU countries to abolish discriminatory requirements, such as nationality or residence, and restrictive requirements, such as economic needs tests that require businesses to prove to the authorities that there is a demand for their services*¹. Oleh karena masalah kemudahan perizinan merupakan salah satu faktor penting yang menjamin kelancaran arus perdagangan dan kerjasama ekonomi, maka setiap negara anggota diminta untuk menghilangkan rintangan bagi pelaku usaha yang ingin menerima layanan administrasi di negara sesama anggota UE, khususnya kewajiban untuk mendapatkan otorisasi di bidang perizinan. Komisi Eropa menilai instrumen “otorisasi diam-diam” atau fiktif positif akan membantu untuk menyederhanakan prosedur perizinan dan cocok dengan inisiatif yang ada untuk memfasilitasi pergerakan bebas dari layanan bisnis antara negara.²

¹ N. G. de Graaf, K. J., & Hoogstra, “Silence Is Golden? Tacit Authorizations in the Netherlands, Germany and France,” *Review of European Administrative Law* 6, no. 2 (2013): 7.

² Komisi Eropa menyatakan: “[...] Perlu untuk menetapkan prinsip-prinsip penyederhanaan administrasi, antara lain melalui pembatasan kewajiban otorisasi untuk kasus di mana sangat penting dan pengenalan prinsip otorisasi diam-diam oleh pihak yang berwenang setelah jangka waktu tertentu waktu yang telah berlalu. Tindakan modernisasi seperti ini, sambil mempertahankan persyaratan pada transparansi dan memperbarui informasi yang berkaitan dengan operator, dimaksudkan untuk menghilangkan penundaan, biaya dan efek beralasan yang timbul, misalnya, prosedur yang tidak perlu atau berlebihan dan memberatkan, duplikasi prosedur, suap dalam pemuatan dokumen, kesewenangan dari otoritas administrasi, ketidakjelasan penyelesaian jangka waktu permohonan, keterbatasan waktu dalam penyelesaian permohonan dan biaya serta denda yang tidak proporsional. Ketentuan lain yang mendorong penerapan *Lex Silentio Positivo* diantaranya adalah ketentuan pasal 6 ECHR, baik dalam hukum acara pidana maupun dalam hak-hak dan kewajiban keperdataan, untuk memiliki kasusnya ditangani dalam waktu yang wajar secara langsung berlaku untuk hampir semua permasalahan hukum administrasi. Terdapat aturan baik yang bersifat rinci dan kompleks dalam praktek peradilan menyangkut permasalahan seperti ini yang bersumber dari Ombudsman Nasional dan lembaga-lembaga sejenis. Peradilan administrasi juga mengembangkan dalam praktek berbagai kaidah hukum yang dijadikan sebagai pedoman dalam menilai ketentuan jangka waktu yang wajar berdasarkan pasal 6

Hal ini dinilai sebagai garansi terpenting bagi para penerima layanan (konsumen dan pebisnis) dalam rangka memperkuat kepercayaan mereka terhadap pasar tunggal Eropa³. Selanjutnya untuk menerjemahkan tujuan sebagaimana disebutkan di atas, beberapa langkah tindak lanjut diarahkan untuk segera diadopsi dalam kebijakan legislasi di semua negara anggota Uni Eropa selambat-lambatnya sampai dengan bulan Desember 2009. Salah satu point arahan dimaksud, sebagaimana tertuang dalam ketentuan pasal 13 ayat (4) dari direktif ini, menghendaki agar setiap negara anggota mengadopsi prinsip “otorisasi diam-diam” (*lex silentio/silencio positivo*) yang diharapkan mampu mengatasi berbagai keluhan menyangkut prosedur perizinan.

Diadopsinya prinsip fiktif positif dalam berbagai kebijakan legislasi negara anggota akhirnya membawa hasil positif dalam memperlancar kemudahan proses pengurusan perizinan maupun penerbitan keputusan/tindakan lain yang diajukan oleh warga kepada organ administrasi. Sebagaimana dicontohkan dari kasus di Swedia, kini para pemilik usaha rental mobil yang akan mengurus perizinan usahanya mendapat keuntungan langsung dari penerapan keputusan fiktif positif ini karena seandainya pihak yang berwenang tidak merespon permohonan izin usaha mereka dalam jangka waktu tertentu, bisnis penyewaan mobilnya tetap dapat dijalankan, meskipun izin belum dikeluarkan oleh pejabat terkait. Di Luxemburg, prinsip fiktif positif akan berlaku untuk semua otorisasi kegiatan yang tidak menimbulkan risiko lingkungan atau keamanan, dan akan mencakup berbagai aktivitas komersial, termasuk toko kecil dan kegiatan kerajinan. Jika otoritas administratif tidak merespon sampai batas waktu 3 (tiga) bulan permohonan izin yang diajukan oleh para pelaku usaha sebagai prasyarat memulai kegiatan bisnis, perizinan dengan sendirinya dianggap telah dikabulkan.⁴ Di Italia,

ECHR dan berbagai tahapan prosedur (keberatan, banding administratif dan gugatan). Jika batas waktu tidak dipenuhi, pemohon keberatan dapat mengajukan tuntutan ganti rugi sampai dengan jumlah € 500 atas setiap periode 6 (*enam*) bulan keterlambatan. Jika prosedur ini diikuti dengan denda administratif bukan tuntutan ganti rugi, denda akan dikurangi sampai dengan jumlah maksimum. Pengertian ganti rugi disini tidak terbatas artinya hanya menyangkut kemungkinan karena kerugian yang diakibatkan oleh lamanya waktu menunggu sampai keputusan dikeluarkan oleh organ administrasi.

³ 26 Negara Anggota Uni Eropa: Belgia, Bulgaria, Republik Ceko, Denmark, Jerman, Estonia, Yunani, Spanyol, Perancis, Irlandia, Italia, Siprus, Latvia, Lithuania, Luksemburg, Hongaria, Malta, Belanda, Austria, Polandia, Portugal, Rumania, Slovenia, Slowakia, Finlandia, Swedia. Sebelumnya negara Inggris bergabung. Namun, pada tahun 2016, melalui referendum dengan hasil suara yang tipis, masyarakat Inggris memilih keluar dari organisasi Uni Eropa.

⁴ Services Directive Explanations And Practical Examples. <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14961/attachments/2/translations/en/renditions/native>. Diakses 29 September 2017.

semua profesi yang diatur, termasuk insinyur, arsitek, pengacara, dan lain-lain, sekarang dapat memperoleh manfaat dari keputusan fiktif positif. Jika pejabat administrasi gagal merespons sebelum tenggat waktu undang-undang, seorang arsitek bebas untuk memulai aktivitasnya⁵

Secara sederhana dapat dikatakan bahwa prinsip atau konsepsi *Lex Silencio Positivo* adalah sebuah aturan hukum yang mensyaratkan otoritas administrasi untuk menanggapi atau mengeluarkan permohonan keputusan/tindakan yang diajukan kepadanya dalam limit waktu sebagaimana yang ditentukan peraturan dasarnya dan apabila prasyarat ini tidak terpenuhi, otoritas administrasi dengan sendirinya dianggap telah mengabulkan permohonan penerbitan keputusan/tindakan itu. Istilah *Lex Silencio Positivo* adalah terminologi campuran antara bahasa Latin (*lex*) dan Spanyol (*Silencio Positivo*) yang dalam terminologi hukum berbahasa Inggris disamakan dengan istilah *fictitious approval* atau *tacit authorization*⁶.

Kendati penerapan prinsip ‘otorisasi diam-diam’ atau fiktif positif ini terbukti membawa manfaat yang signifikan dalam pola hubungan antara pemerintah dan masyarakat, yakni organ pemerintahan dituntut semakin responsif dalam menjalankan tugas-tugas pelayanan publik, namun patut diketahui tatkala prinsip ini baru diadopsi oleh negara-negara anggota Uni Eropa, sejumlah pro kontra yang luas terjadi menyangkut implikasi hukum penerapannya karena dianggap membawa perubahan radikal dalam hubungan antara warga masyarakat dengan otoritas administrasi. Oleh karena itu, akhirnya berbagai negara memilih beberapa pola penyesuaian dalam menerapkan pemberlakuan sistem *silentio positivo*.

Pola penyesuaian pertama, sistem *silentio positivo* diterapkan secara terbatas, yakni keputusan *silentio positivo* hanya berlaku sepanjang peraturan dasarnya menentukan demikian seperti dianut di Belanda. Pola penyesuaian yang kedua adalah penerapan pembatasan/pengecualian dalam penerapannya. Di Prancis, keputusan *silentio positivo* tidak dapat diterapkan apabila keputusan semacam ini membawa konflik dengan perjanjian internasional atau membahayakan kepentingan umum atau membahayakan perlindungan kemerdekaan atau hak-hak konstitusional lain. Italia

⁵ Vera Parisio, “The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities’ Silence,” *Hamline Law Review* 36, no. 1 (2013): 10.

⁶ Oswald Jansen, *Comparative Inventory of Silencio Positivo* (Utrecht School of Law, 2008). p.4.

melarang penerapan keputusan *silentio positivo* dalam urusan yang menyangkut kekayaan budaya, lingkungan hidup, pertahanan keamanan, keamanan publik, imigrasi, kesehatan publik dan di semua kasus-kasus yang diwajibkan hukum Eropa ditempuh melalui prosedur formal. Di Portugal tidak mungkin menerapkan keputusan *silentio positivo* bagi permohonan izin dan otorisasi dan perencanaan kota jika keputusan semacam ini akan mengakibatkan terganggunya ketertiban umum atau perlindungan lingkungan hidup, sejarah dan warisan budaya. Keputusan semacam ini juga tidak akan dikeluarkan apabila menyebabkan terganggunya kepentingan pihak ketiga dan kepentingan publik.⁷

Pola-pola penyesuaian prinsip *silentio positivo* sebagaimana diuraikan di atas belum diikuti dalam praktek hukum administrasi di Indonesia⁸. Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (selanjutnya disingkat UUAP) sebagai kaidah hukum administrasi umum di Indonesia tidak mengatur bagaimana pengecualian penerapan keputusan fiktif positif, sehingga seakan-akan dalam semua urusan pemerintahan prinsip ini dapat diterapkan. Bahkan lebih dari itu, apabila warga masyarakat mengajukan permohonan pengujian acara fiktif positif sebagaimana dimaksud ketentuan pasal 53 UUAP, putusan Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) dalam acara permohonan fiktif positif setelah dibacakan langsung bersifat final dan mengikat (*final and binding*). Atau dengan kata lain, setelah putusan terhadap acara fiktif positif dibacakan, tidak tersedia upaya hukum lebih lanjut, sebagaimana halnya putusan dalam acara singkat setelah dibacakan tidak dapat diajukan upaya hukum lebih lanjut.

⁷ *Ibid.* Hlm. 22

⁸ Memang berbagai kalangan mengapresiasi norma fiktif positif dalam UUAP. Misalnya Muhammad Yasin dkk menyebutkan adanya terobosan penguatan hak Warga Masyarakat dalam bentuk penggunaan fiktif positif. Dikemukakan lebih lanjut bahwa penggunaan fiktif positif merupakan terobosan luar biasa karena sebelum UU ini, konsep yang digunakan adalah fiktif negatif, yaitu jika warga mengajukan permohonan dan tidak ada respons dari pemerintah maka dianggap permohonan tersebut ditolak. Terobosan ini patut diapresiasi dan untuk memastikan fiktif positif ini bisa dilaksanakan dengan baik, bahkan menurut mereka UUAP telah menyiapkan beberapa instrumen, antara lain prosedur yang jelas, termasuk batas maksimal waktu, mekanisme penetapan pengadilan sebagaimana disebut di Pasal 53 ayat (5) dan sanksi bagi pejabat yang tidak melaksanakannya. Dengan kata lain, mereka mendalilkan bahwa penggunaan fiktif positif ini merupakan terobosan perbaikan pelayanan publik yang dilakukan oleh pemerintah, mengingat di UU tentang Peraturan masih menganut fiktif negatif, yaitu jika selama empat bulan Pejabat/Badan terkait tidak menanggapi permohonan warga Warga masyarakat, maka permohonan tersebut dianggap ditolak. Namun, perbedaan yang bertolak belakang antara UUAP dan UU Peraturan berpotensi memunculkan dualisme di dalam pelaksanaannya. Selengkapnya lihat Muhammad dkk Yasin, *Anotasi Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan* (Jakarta: UI-CSGAR, 2017). Hlm. 253

Oleh karena itu, dalam perkara fiktif positif kewenangan pengadilan sangat besar diberikan oleh pembuat undang-undang, sehingga jangan sampai kewenangan ini disalahgunakan (*abuse of functions*). Idealnya, hakim-hakim dalam perkara fiktif positif mendapatkan sertifikasi pelatihan dari Mahkamah Agung (MA). Terlebih lagi berlakunya prinsip fiktif positif dalam UUAP tidak dibarengi dengan perubahan pada Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara (Peratun) yang masih menganut prinsip fiktif negatif. Sehingga ditemui adanya semacam polarisasi pandangan di kalangan hakim Peratun, polarisasi tersebut dalam arti sebagian sudah menggunakan fiktif positif dan sebagian lain masih belum mengakui pranata fiktif positif. Dualisme atau polarisasi pandangan semacam ini bahkan terekam dalam salah satu hasil rumusan kegiatan pelatihan teknis para pimpinan PTUN tingkat pertama⁹ yaitu:

“Dengan berlakunya ketentuan Pasal 53 UUAP, bukan berarti secara *mutatis mutandis* ketentuan Pasal 3 UU Peratun menjadi tidak berlaku, karena Lampiran II huruf C, angka 221 UU No. 12 Tahun 2011, mengatur bahwa pencabutan peraturan perundang-undangan yang sudah tidak berlaku harus dilakukan secara tegas dalam peraturan perundang-undangan yang baru. Meskipun secara daya guna norma Pasal 3 UU Peratun sudah tidak efektif, namun demikian pengadilan hendaknya tidak menolak pendaftaran perkara dengan menggunakan dasar Pasal 3 UU Peratun, karena pada prinsipnya pengadilan tidak boleh menolak perkara yang diajukan oleh masyarakat. Terhadap gugatan tersebut dapat disikapi pada tahap *dismissal* proses oleh Ketua Pengadilan dengan menyatakan gugatan tidak dapat diterima (vide pasal 62 ayat (1) huruf (a) UU Peratun). Demikian juga seandainya suatu gugatan telah diperiksa oleh majelis hakim, maka perkara tersebut dapat disikapi dengan menyatakan gugatan penggugat tidak dapat diterima dengan mendasarkan pada asas *lex posteriore derogat legi priori*. Pada saat gugatan dengan menggunakan dasar Pasal 3 UU Peratun diajukan ke pengadilan, hendaknya kepaniteraan memberikan saran adanya ketentuan Pasal 53 UU AP tersebut”

Perbedaan pandangan atau dualisme sikap para hakim sebagaimana diungkapkan di atas merupakan suatu persoalan serius yang perlu disikapi bersama, bukan sekadar menjadi tanggung jawab internal institusi peradilan. Perbedaan pandangan dalam tataran akademis masih disikapi secara wajar dan terbuka namun perbedaan pendapat diantara para penegak hukum atau praktisi hukum akan rentan membawa ketidakpastian hukum

⁹ Hasil Rumusan Diklat Kapita Selektta Sengketa Tata Usaha Negara Bagi Pimpinan Pengadilan Tingkat Pertama, mulai tanggal 19 Maret 2017 sampai dengan 25 Maret 2017 di Pusdiklat Mahkamah Agung RI, Megamendung, Bogor.

yang akan ditandai dengan terjadinya disparitas putusan maupun inkonsistensi penerapan hukum dalam perkara-perkara yang diputus. Oleh karena itu, penegasan paradigma baru pasca berlakunya UUAP merupakan suatu hal yang harus diikuti dengan diadakannya berbagai kajian, harmonisasi, inovasi hukum untuk mengisi berbagai ruang-ruang kosong dalam diskursus hukum fiktif positif khususnya dalam studi hukum administrasi.

Diharapkan berbagai kajian yang sifatnya lebih komprehensif dan konstruktif menyangkut konsepsi fiktif positif akan semakin banyak dilakukan oleh berbagai kalangan akademisi maupun para praktisi, kajian seperti ini semakin diperlukan selain sifatnya sudah sangat mendesak juga oleh karena dalam prakteknya perkara-perkara fiktif positif justru banyak ditemui sejumlah permasalahan hukum dalam penerapannya. Dalam kesempatan yang terbatas ini, Penulis berusaha mengajukan sejumlah gagasan dan tawaran diskusi untuk lebih meningkatkan perhatian terhadap konsepsi fiktif positif dalam ranah hukum administrasi Indonesia.

II. PEMBAHASAN

A. Penegasan Status Fiktif Negatif Menjadi Fiktif Positif

Hukum administrasi Prancis telah mengubah sistem keputusan negatif secara terbatas menjadi keputusan fiktif positif, sehingga sistem hukum Prancis bagi keputusan fiktif positif persis mengadopsi apa yang lebih dahulu sudah diterapkan di Spanyol. Artinya, sebelum sistem di Prancis memakai apa yang sebelumnya diterapkan di Spanyol, hukum administrasi Prancis hanya menerapkan keputusan fiktif positif secara terbatas karena masih berlaku rezim keputusan fiktif negatif secara umum, sebelumnya keputusan fiktif positif di Prancis hanya berlaku pada urusan-urusan yang berkaitan dengan pengajuan permohonan izin bangunan (*building permit*) maupun di bidang hukum perencanaan wilayah, hukum perburuhan dan hukum perkotaan.

Sedangkan Belanda masih mengikuti sistem Prancis terdahulu dengan masih memberlakukan keputusan *niet tijdige beslissing* (keputusan yang melewati waktu ditentukan)¹⁰ sebagai ketentuan umum dan keputusan fiktif positif (*positieve fictieve*

¹⁰ Keputusan fiktif negatif diatur dalam pasal 1:3 *Awb*, keputusan dianggap telah dikabulkan 3 hari sejak lewat waktu. Otoritas administrasi diwajibkan memberitahukan kepada pemohon dalam jangka waktu 2 minggu bahwa keputusan telah dikeluarkan secara fiktif. Jadi dalam hukum administrasi Belanda, apabila pejabat pemerintahan terlambat atau tidak menanggapi suatu permohonan yang diajukan oleh pemohon (orang atau badan hukum) maka keterlambatan menanggapi permohonan tersebut dianggap sebagai suatu keputusan yang mengabulkan permohonan yang diajukan. Keputusan fiktif atas sebuah

beschikking) diterapkan hanya sepanjang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan terkait.¹¹ Atau dengan kata lain, model Belanda menerapkan keputusan fiktif positif sepanjang peraturan dasarnya suatu urusan mengatur demikian. Artinya, *Awb* (*Algemene wet bestuurecht*, kitab undang-undang hukum administrasi umum atau dalam bahasa Inggris dikenal sebagai *general administrative law*) Belanda tidak mengandung ketentuan umum berkaitan *Lex Silentio Positivo*, namun mengacu kepada sistematika Bab 4.1.3.3 *Awb*, penerapan *Lex Silentio Positivo* diperbolehkan hanya sepanjang diatur lebih spesifik dalam peraturan terkait. Ketentuan hukum di Belanda yang memungkinkan penerapan keputusan fiktif positif adalah pasal 28 Undang-Undang Pelayanan Publik Belanda (*Dienstenwet*).

Pada negara Prancis, perubahan rezim keputusan fiktif negatif menjadi keputusan/tindakan fiktif positif tidak terlepas dari disahkannya oleh parlemen Prancis (*Assemblée Nationale*) pada tanggal 23 Oktober 2013 sebuah undang-undang yang dimaksudkan untuk menyederhanakan hubungan antara otoritas administratif dan publik. Sebagaimana masih berlaku di Belanda dewasa ini, sebelumnya sistem di Prancis mengadopsi keputusan fiktif positif secara terbatas saja artinya dalam sektor

permohonan disebut sebagai keputusan *niet tijdige beslissing* (keputusan tidak tepat waktu atau *décision en carence*) yang dianggap sebagai sebuah *Besluit*, meskipun sebenarnya pejabat pemerintah tersebut tidak mengeluarkan keputusan apapun namun dianggap sebagai *Besluit* sebagai ketentuan untuk perlindungan hukum kepada pihak terkait. Hal yang sama diterapkan bagi keputusan yang secara nyata-nyata menolak untuk mengeluarkan suatu keputusan. Ketentuan 6:2 AwB berbunyi: “*For the purposes of the provisions of law on objections and appeals, the following are equated with a decision: a. a written refusal to take a decision, and b. failure to take a timely decision.*” *As I will explain in another contribution in this book the Dutch administrative law system on not deciding in time is rather complicated, and it consists not only of the niet tijdige beslissing, but also of the positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen, the fictitious positive decision resulting from deciding not in time, periodic penalty payments and a special fast remedy*”.

¹¹ Atau sebagaimana dikemukakan selengkapnya oleh Oswald Jansen sbb: “*The most traditional legal effect of administrative silence in many European administrative law systems is the fictitious refusal, the negative silence. Sometimes this refusal is indeed a negative decision on an application albeit fictitious (France, Spain). In other cases it is just an omission to act (Germany, Greece, the Netherlands). Its purpose is to provide for legal protection against inaction without adversely affecting the interests of third parties and the general interest. The French Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilite le Gouvernement à simplifier les relations entre l’administration et les citoyens changed the previous system of negative silence as a rule into positive silence as a rule. This system is provided for in article 21 of the Loi n 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. It now looks similar to the Spanish system in article 43 of the Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. The Dutch system resembles the former French system as the niet tijdige beslissing (artikel 6:2 (b) GALA) is the rule, and the positive silence the exception by special legislation or statutes (Article 4:20a GALA). Similar to the former French system these exceptions are numerous*”. Oswald Jansen, *Silence of The Administration*, ed. Jean-Bernard Auby (Brussels: Maastricht Faculty of Law, 2015). Hlm. 19

tertentu saja yakni harus dikaitkan dengan peraturan dasar lain yang mengatur kemungkinan keputusan fiktif positif sebagaimana ditentukan dalam UU No. 2000-321. Namun kehadiran undang-undang terbaru, membuat perubahan penting untuk Pasal 21 dan 22 UU. No 2000-321 yang sebelumnya disahkan pada tanggal 12 April 2000. Perubahan yang paling relevan terdapat pada Pasal 21, yang mengatur bahwa aturan dasar dalam hal kegagalan untuk merespon permohonan sesuai batas waktu adalah permohonan yang diajukan secara hukum dianggap disetujui (fiktif positif).

Secara umum ditentukan bahwa sikap diam otoritas administrasi dalam jangka waktu 2 (dua) bulan sejak permohonan diterima dianggap sebagai suatu persetujuan. Daftar prosedur yang mana dianggap sebagai sikap diam dipublikasikan melalui internet dengan tanggung-jawab Perdana Menteri. Ketentuan tersebut menentukan otoritas administrasi mana saja yang bertanggung-jawab atas berbagai permohonan yang sudah mengadopsi konsepsi fiktif positif. Yang menarik, perhitungan batas waktu bagi fiktif positif dapat dihitung secara berbeda-beda, artinya mulai sejak kapan berlakunya fiktif positif dapat disesuaikan dengan jenis permohonan yang diajukan sehingga apabila permohonannya bersifat urgen dan mendesak, perhitungan waktunya bisa lebih singkat dan sebaliknya apabila objek permohonannya menyangkut sesuatu yang kompleks, perhitungannya dapat melampaui waktu 2 (dua) bulan. Selain itu, prosedur dikeluarkannya keputusan fiktif positif di Prancis disertai dengan kewajiban otoritas administrasi untuk mengeluarkan surat konfirmasi (*attestation*), atau dalam konteks di Belanda disebut: notifikasi (*notification*), dengan syarat dikeluarkan paling lama dalam 2 (dua) minggu setelah habis limit waktu untuk penerbitan keputusan. Notifikasi dan/atau konfirmasi batas waktu ini penting karena berkaitan sebagai dasar perhitungan waktu pengajuan upaya hukum baik oleh pihak pemohon maupun perlawanan bagi pihak ketiga¹².

¹² Sementara itu, ketentuan FP versi hukum Jerman disebut sebagai *Genehmigungsfiktion* sebagaimana diatur dalam pasal 42(a) UU Prosedur Administratif Jerman yang dalam terjemahan Bahasa Inggrisnya berbunyi sbb: (1) *Fictitious approval Upon expiry of a specified decision-making period, an approval that has been applied for shall be deemed granted (fictitious approval) if this is stipulated by law and if the application is sufficiently clearly defined in content. The regulations concerning the validity of administrative acts and the proceedings for legal remedy shall apply mutatis mutandis;* (2) *The decision-making period pursuant to paragraph 1 first sentence shall be three months unless otherwise stipulated by law. The period starts upon reception of the complete application documents. It may be extended once by a reasonable period of time if this is warranted by the complexity of the matter. Any such extension of the decision-making period shall be justified and communicated in good time;* (3) *Upon request, the fact that the approval is deemed granted (fictitious approval) shall be confirmed in writing to*

Perbandingan singkat di atas memperlihatkan bahwa dengan berlakunya konsep fiktif positif, masing-masing negara baik secara gradual maupun secara fundamental, telah menggeser keberlakuan fiktif negatif menjadi fiktif positif. Kepastian dan ketegasan sikap seperti ini perlu juga diadopsi oleh sistem hukum administrasi di Indonesia. Alasannya adalah bahwa dalam UUAP, sikap diam pejabat Administrasi dianggap (fiktif) sama dengan menyetujui, sehingga bertolak belakang dengan konsepsi UU Peratun yang menganut asas bahwa sikap diam badan/pejabat TUN adalah dipersamakan dengan suatu penolakan.¹³ Dalam konsepsi fiktif positif lebih luas dari itu, karena seandainya pun pejabat pemerintahan sudah menindaklanjuti suatu permohonan namun apabila ketika ditindaklanjuti oleh termohon, ternyata permohonan tersebut dikeluarkan melebihi waktu yang ditentukan, maka dalam hal tersebut permohonan si pemohon harus dianggap sudah dikabulkan oleh termohon.

Atas dasar perbedaan-perbedaan tersebut di atas, apabila hukum administrasi Indonesia masih menganut secara konkuren keberlakuan keputusan fiktif negatif (UU Peratun) disamping keputusan/tindakan fiktif positif (UUAP) atau dengan kata lain kedua prinsip keputusan/tindakan fiktif ini dipertahankan kedua-duanya secara paralel, maka akan membawa suatu ambivalensi dalam upaya penegakan hukum administrasi. Dampak dari ambivalensi, pada saat sekarang berkembang dua kutub pemikiran yang menyatakan bahwa meskipun dalam UUAP dikenal permohonan fiktif positif namun tidak serta merta gugatan fiktif negatif menjadi tidak dapat diajukan lagi dalam gugatan biasa di Peratun. Hal itu terjadi dikarenakan UUAP dan UU Peratun berbeda rezim, yang pertama berada dalam rezim hukum materil yang kedua berada dalam rezim hukum formal.

Pandangan tersebut sebenarnya tidak sepenuhnya tepat dengan alasan bahwa sebagian materi UUAP menyangkut hukum acara di Peratun, seperti ketentuan acara

the person to whom the administrative act would have had to be notified pursuant to section 41, paragraph 1. Versi Bahasa Inggris Undang-Undang Prosedur Administrasi Jerman, *Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG)* diakses dari <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VwVfG.htm> pada tanggal 25 Januari 2010. Terjemahan versi Bahasa Inggris tersebut tidak resmi namun dipublikasikan oleh Kementerian Dalam Negeri Jerman.

¹³ Dengan berlakunya ketentuan FP sebenarnya ketentuan fiktif negatif menjadi tidak relevan lagi. Bahkan sejak berlakunya UU KIP, ketentuan fiktif negatif di Peratun telah mengalami antinomi. *“Badan Publik wajib membuat pertimbangan secara tertulis setiap kebijakan yang diambil untuk memenuhi hak setiap orang atas informasi publik”* Pasal 7 ayat (4) UU KIP. Ketentuan ini lebih dipertegas pada pasal 11 ayat (1) huruf b yang berbunyi : *“Badan publik wajib menyediakan informasi publik setiap saat yang meliputi...hasil keputusan badan publik dan pertimbangannya”*.

permohonan penyalahgunaan wewenang dan fiktif positif atau pengajuan gugatan ke PTUN setelah upaya administratif. Sebaliknya, pandangan kedua berpendapat bahwa sebagaimana berlaku di Prancis pasca mengadopsi keputusan fiktif positif dalam *Code de Justice Administrative* di Prancis, maka keputusan fiktif negatif menjadi tidak berlaku. Demi kepastian hukum dan konsistensi penegakan hukum, penulis lebih sependapat dengan pendapat terakhir ini. Idealnya, pemberlakuan ketentuan fiktif positif dalam UUAP mampu menjelaskan status keputusan fiktif negatif sebagaimana dimaksud dalam pasal 3 UU Peratun.

B. Penegasan *Objectum Litis* Perkara Fiktif Positif

Berdasarkan pasal 1 angka 1 Perma No. 5 Tahun 2015 bahwa objek permohonan adalah Keputusan dan/atau Tindakan Badan atau Pejabat Pemerintahan yang dimohonkan untuk dianggap dikabulkan secara hukum yang disebabkan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menetapkan Keputusan dan/atau melakukan Tindakan. Namun, dalam perkara 23/P/FP/2016/PTUN-BNA objek permohonannya dua atau dengan kata lain terdapat 2 (dua) tuntutan yang diajukan atau dengan kata lain dapat dikemukakan bahwa per definisi kriteria keputusan/tindakan fiktif positif adalah: 1) batas waktu kewajiban untuk menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 53 ayat (1) Perma No. 5 Tahun 2015); 2) Jika ketentuan peraturan perundang-undangan tidak menentukan batas waktu kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat (1), maka Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan wajib menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan dalam waktu paling lama 10 (sepuluh) hari kerja setelah permohonan diterima secara lengkap oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan (Pasal 53 ayat (2) UUAP).

Dengan demikian dapat dimaknai bahwa apabila dalam batas waktu sebagaimana dimaksud Pasal 53 ayat (2) UUAP, Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan, maka permohonan tersebut dianggap dikabulkan secara hukum. Serta, Pemohon mengajukan permohonan ke PTUN untuk memperoleh putusan penerimaan permohonan sebagaimana dimaksud pada Pasal 53 ayat (3) UUAP. Dengan kata lain, terjadinya perkara fiktif positif adalah apabila Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan dalam waktu paling lama 10 (sepuluh) hari kerja atau

apabila tidak ditentukan lain oleh peraturan dasarnya, maka permohonan dianggap dikabulkan secara hukum setelah permohonan diterima secara lengkap oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan. Sehingga apabila ditarik unsur-unsur atau kriteria-kriteria hukumnya maka: 1) harus terpenuhi adanya prasyarat Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan dalam waktu paling lama 10 (sepuluh) hari kerja atau apabila tidak ditentukan lain oleh peraturan dasarnya; 2) permohonan dianggap dikabulkan secara hukum setelah permohonan diterima secara lengkap oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan.

Oleh karena itu, penulis berpendapat dalam pemeriksaan perkara fiktif positif perlu dibedakan secara mendasar permasalahan hukum yang dijadikan alasan permohonan pemohon. Pertama, apakah permohonannya didasarkan kepada semata-mata alasan lewat waktu untuk menindaklanjuti objek permohonan yang dimohonkan kepada Termohon. Atau kedua, alasan permohonannya didasarkan kepada tidak ditanggapinya pengajuan permohonan kepada Termohon. Meskipun alasan pengajuan permohonan akan didasarkan kepada dua alasan tersebut, namun pengadilan tidak boleh mengambil alih fungsi eksekutif.

Dikeluarkan atau dilaksanakan tidaknya suatu permohonan oleh termohon adalah menyangkut hal-hal pembuktian yang sifatnya substansial (menyangkut kebenaran materiil). Sedangkan, kewenangan Pengadilan dalam pengujian perkara fiktif positif adalah memeriksa kebenaran formal semata (apakah syarat-syarat pemohon sudah lengkap atau tidak). Sebagai ilustrasi apabila dalam suatu permohonan ditentukan bahwa pemohon harus melengkapi 10 (sepuluh) persyaratan untuk dapat mengabulkan apa yang dimohonkan pemohon. Maka menurut hukum, termohon disyaratkan harus terlebih dahulu memastikan kebenaran materiil melalui verifikasi dan validasi.

Dalam kondisi tersebut, pengadilan yang hanya berbekal kelengkapan persyaratan formal lantas kemudian memerintahkan termohon untuk mengeluarkan apa yang dimohonkan pemohon, dengan mengesampingkan kebenaran materiil bahwa pemohon harus melengkapi persyaratan terlebih dahulu maka pengadilan telah berubah posisi menjadi pelaksana fungsi eksekutif. Oleh karena itu, dalam perkara-perkara fiktif positif sangat rawan terjadi “penyeludupan hukum” yakni pengadilan menjadi perpanjangan tangan dari pihak-pihak yang memanfaatkan celah hukum kelemahan prosedur pengujian fiktif positif. Jika hal ini terjadi maka hal ini akan bertentangan

dengan asas *nemo commodum capere potest de injuria sua propria* yang bermakna tidak seorangpun boleh diuntungkan oleh penyimpangan dan/atau pelanggaran yang dilakukannya sendiri dan tidak seorang pun boleh dirugikan oleh penyimpangan dan pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain.

Penerapan asas *nemo commodum capere potest de injuria sua propria* perlu digaris bawahi dalam pemeriksaan perkara-perkara fiktif positif namun bukan berarti terbatas penerapannya hanya dalam perkara seperti ini. Beberapa perkara lain di Peratun yang secara tidak langsung menerapkan asas *nemo commodum capere potest de injuria sua propria* antara lain terlihat dalam perkara No. 543/K/TUN/2013. Dalam perkara tersebut kaidah hukum yang dapat dipetik terdapat pada kesalahan pihak lain tidak dapat dijadikan pembenaran pembebasan pihak tertentu dari pertanggung-jawaban hukum. Dalam perkara tersebut kesalahan formil Bapek (Badan Pertimbangan Kepegawaian) yang memberikan keputusan melampaui tenggang waktu 180 (seratus delapan puluh) hari adalah akan sangat tidak adil dan merusak sendi-sendi pertanggungjawaban hukum apabila kesalahan Bapek tersebut menyebabkan penggugat terbebas dari kesalahan dan pertanggungjawaban hukum atas pelanggaran disiplin PNS (asas *personal responsibility*). Asas *personal responsibility* mengajarkan bahwa masing-masing orang atau institusi bertanggung-jawab atas kesalahannya sendiri atau dengan kata lain kesalahan seseorang atau institusi tidaklah menyebabkan orang lain bebas dari kesalahannya sendiri.

Dalam perkara tersebut, kesalahan penggugat sebagai seorang PNS yang telah melaksanakan pernikahan kedua tanpa izin pejabat yang berwenang telah bertentangan dengan ketentuan pasal 3 angka 4 PP. 53/2010 tentang Disiplin PNS dan pasal 4 ayat (1) PP. No. 10/1983 tentang izin perkawinan dan perceraian bagi PNS jo PP No. 45/1990 tentang Perubahan atas PP. No. 10/1983 tentang izin perkawinan dan perceraian bagi PNS.¹⁴

C. Akses Perlindungan Hukum Terhadap Pihak Ketiga

Memperhatikan perbandingan hukum di negara-negara lain yang sudah terlebih dahulu menerapkan keputusan *silentio positivo*, maka hukum acara Peratun semestinya juga menyediakan ruang bagi pihak ketiga yang terkena dampak dari dikeluarkannya

¹⁴ Selengkapnya lihat anotasi atas perkara No. 543/K/TUN/2013, Varia Peradilan, Majalah Hukum Tahun XXX No. 353 April 2015.

keputusan *silentio positivo*¹⁵. Upaya hukum terhadap keputusan *silentio positivo* hendaknya dapat diajukan untuk melindungi kepentingan publik dan kepentingan pihak ketiga yang terkait. Hal ini disebabkan karena legitimasi keputusan *silentio positivo* adalah tidak jelas, pertanyaan hukum selalu muncul untuk menilai kriteria hukum terhadap *silentio positivo*. Terlebih lagi, dalam UUAP ditentukan bahwa putusan pengadilan terhadap permohonan fiktif positif bersifat final dan mengikat (*final and binding*) sedangkan di negara-negara lain yang perkembangan hukum administrasinya jauh lebih mapan daripada Indonesia, masih tersedia upaya hukum atas putusan pengadilan dalam perkara fiktif positif.

Pengalaman Jerman menunjukkan dengan diperkenalkannya ketentuan § 42a *VwVfG* tentang keputusan fiktif positif dengan tujuan untuk mengakselerasi dan menyederhanakan prosedur administrasi membawa dampak kontroversial di Jerman. Kritik diajukan menyangkut kepentingan pihak ketiga dan kepentingan umum. Sehingga kemudian, ketentuan menyangkut pembatalan, pencabutan dan perubahan keputusan yang disengketakan di Pengadilan Administrasi sebagaimana diatur dalam §§ 48 dan 49 *VwVfG* juga berlaku untuk keputusan fiktif positif ini. Di Belanda, keputusan fiktif positif dapat digugat di pengadilan dan di pengadilan tingkat banding dalam masalah administrasi di Dewan Negara, namun gugatan semacam ini hanya dapat diajukan oleh pihak ketiga yang merasa dirugikan oleh akibat keluarnya keputusan fiktif positif.

Selain itu, secara prinsip sebagaimana sistem yang dianut di Belanda dan Prancis, otoritas administrasi perlu memberikan notifikasi tentang dikeluarkannya keputusan fiktif positif dalam dua minggu setelah habis limit waktu untuk penerbitan keputusan. Notifikasi dan batas waktu tersebut untuk memberikan kesempatan bagi pihak ketiga ketika ingin mengajukan upaya hukum. Pihak ketiga harus menunggu notifikasi sebelum mereka dapat mengajukan upaya keberatan atau gugatan terhadap keputusan fiktif positif. Dalam hal Pengadilan administrasi dapat membatalkan seluruh

¹⁵ Terkait subyek hukum pemohon dalam hukum acara FP menurut Yodi M. Martono dimungkinkan badan publik negara. Sedangkan terkait subyek hukum Pemohon dalam acara pengujian penyalahgunaan wewenang menurut beliau telah membawa perubahan pergeseran pengujian Peraturan dari pengujian secara *rechtmaticheid* menjadi mencakup pengujian secara maladministrasi (kesalahan pribadi pejabat) sebagai konsekuensi dari dimungkinkannya pejabat yang dinyatakan oleh pengawas intern pemerintah melakukan kesalahan administratif yang menimbulkan kerugian negara yang diakibatkan oleh penyalahgunaan wewenang untuk mengajukan permohonan pengujian penyalahgunaan wewenang ke Peraturan. Yodi Martono Wahyunadi, "Kompetensi Absolut Pengadilan Tata Usaha Negara Dalam Konteks Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan" (Universitas Trisakti, 2016).

atau sebagian keputusan fiktif positif, otoritas administrasi harus membuat keputusan baru. Tidak dipatuhinya putusan pengadilan tidak dapat dijadikan sebagai dasar untuk membuat keputusan fiktif positif yang lain.

Putusan PTUN dalam acara fiktif positif yang bersifat final dan mengikat. Ketentuan ini juga terdapat permasalahan seandainya tindak lanjut apakah putusan PTUN terhadap keputusan fiktif positif menimbulkan kerugian bagi pihak ketiga?. Dalam hal seperti ini apakah keputusan fiktif positif yang dikeluarkan atas dasar perintah PTUN dapat digugat ke PTUN kembali? Kondisi ini akan membawa dilema antara kepastian hukum (kewibawaan putusan pengadilan) dan keadilan substansial (kepentingan pihak ketiga). Dalam kondisi semacam ini, akan terjadi benturan hukum antara ketentuan pasal 53 UUAP dengan ketentuan pasal 2 huruf (e) UU Peratun yang mengatur pengecualian objek sengketa Peratun yang dikeluarkan sebagai akibat hasil pemeriksaan badan peradilan yang telah berkekuatan hukum tetap.¹⁶

D. Batasan Waktu Pengajuan Permohonan Perkara Fiktif Positif

Masalah batas waktu pengajuan perkara fiktif positif di PTUN, termasuk perkara pengujian ada tidaknya penyalahgunaan wewenang (PW), menjadi salah satu isu yang krusial karena UUAP dan Perma terkait tidak mengaturnya. Karena tidak diatur secara khusus lalu digunakan ketentuan UU Peratun atau UU MA untuk hal-hal terkait dengannya. Padahal apabila dicermati lebih seksama, penerapan ketentuan-ketentuan UU Peratun dan UU MA dapat menghilangkan karakter kekhususan perkara fiktif positif maupun perkara pengujian ada tidaknya penyalahgunaan wewenang.

Sebagaimana diketahui bahwa alasan diajukannya perkara fiktif positif adalah karena warga masyarakat merasa kepentingannya dirugikan akibat tidak ditetapkannya keputusan dan/atau tidak dilakukannya tindakan oleh badan/pejabat pemerintahan dalam batas waktu kewajiban sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan atau apabila batas waktu dimaksud tidak ditentukan dalam peraturan perundang-undangan maka dihitung dalam waktu paling lama 10 (sepuluh) hari kerja setelah permohonan

¹⁶ Di satu sisi, pengecualian objek sengketa TUN sebagaimana diatur dalam ketentuan pasal 2 huruf (e) UU Peratun akan relevan dalam hal keputusan FP dikabulkan maka dengan demikian pejabat AP harus melaksanakan keputusan/tindakan FP berdasarkan perintah Peratun. Seandainya tidak ada filter yang menyaring gugatan terhadap keputusan yang dilaksanakan oleh AP berdasarkan putusan pengadilan, maka sengketa TUN menjadi tidak ada habisnya. Namun dalam hal ternyata kemudian putusan FP menimbulkan kerugian bagi pihak ketiga, penulis berpendapat dapat diajukan PK oleh Termohon maupun oleh Pihak Ketiga.

diterima secara lengkap oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan *vide* pasal 53 ayat (1) dan (2) UUAP. Dengan demikian, tenggang waktu pengajuan Permohonan Acara Fiktif Positif dalam hal jika peraturan perundang-undangan tidak menentukan batas waktu kewajiban sebagaimana dimaksud pada pasal 53 ayat (1) UUAP, maka Badan dan/atau pejabat Pemerintahan wajib membuat Keputusan dan/atau Tindakan Pemerintahan dalam waktu paling lama 10 (sepuluh) hari kerja setelah permohonan diterima secara lengkap oleh Badan dan/atau pejabat Pemerintahan (Pasal 53 ayat (2) UUAP). Selanjutnya, apabila dalam batas waktu sebagaimana dimaksud pada Pasal 53 ayat (2) UUAP, Badan dan/atau pejabat Administrasi Pemerintahan tidak membuat Keputusan dan/atau Tindakan, maka permohonan tersebut dianggap dikabulkan secara hukum. (Pasal 53 ayat (3) UUAP). Meskipun permohonan dianggap dikabulkan secara hukum apabila permohonan pemohon beralasan hukum, namun pernyataan dikabulkan secara hukum tersebut hasil pengujian yang dilakukan PTUN.

Baik UUAP maupun Perma No. 5 tahun 2015 tidak menyebutkan perhitungan batas waktu paling lambat untuk mengajukan gugatan fiktif positif ke Peratun. Dengan demikian batas waktu pengajuan permohonan fiktif positif ke PTUN dianggap secara *mutatis mutandis* berlaku ketentuan Pasal 55 UU Peratun berdasarkan asas *lex specialis derogat legi generalis*. Mengingat ketentuan perkara fiktif positif merupakan perkara khusus, penerapan Pasal 55 sebenarnya kurang ideal diterapkan. Perkara fiktif positif diperiksa oleh Majelis Hakim paling lama adalah 21 (dua puluh satu) hari kerja padahal ketentuan Pasal 55 UU Peratun menyaratkan batas waktu pengajuan gugatan adalah 90 (sembilan puluh) hari bagi pihak yang merasa dirugikan oleh terbitnya suatu keputusan. Sebagai suatu perkara khusus, semestinya batas waktu pengajuan gugatan perkara fiktif positif mengikuti pengajuan gugatan perkara-perkara sengketa pemilu, pilkada, pengadaan tanah untuk kepentingan umum.

E. Batas Waktu Pengajuan Upaya Hukum Luar Biasa Perkara Fiktif Positif

Ketentuan Pasal 16 Perma No. 5 Tahun 2015 menentukan bahwa putusan Pengadilan atas penerimaan permohonan untuk mendapatkan keputusan dan/atau tindakan Badan atau Pejabat Pemerintahan bersifat final dan mengikat. Ketentuan ini menjadi dasar bahwa putusan pengadilan TUN tingkat pertama dalam perkara fiktif positif tidak dapat diajukan upaya hukum banding maupun kasasi. Atas dasar itu muncul pertanyaan jika putusan perkara fiktif positif adalah berkekuatan hukum tetap

pada tingkat pertama, lalu apakah putusan perkara fiktif positif menjadi tidak dapat diajukan upaya hukum luar biasa berupa peninjauan kembali.¹⁷

Pengajuan upaya hukum PK terhadap putusan perkara fiktif positif memang potensial akan terjadi. Hal itu dikarenakan dalam Perma tidak diatur batasan/larangan pengajuan PK atas perkara fiktif positif, berbeda halnya dengan perkara pengadaan tanah untuk kepentingan umum yang secara tegas dalam pasal 19 Perma No. 2 Tahun 2016 menentukan bahwa putusan kasasi merupakan putusan akhir yang tidak tersedia upaya hukum peninjauan kembali. Apabila upaya hukum PK diajukan dalam perkara fiktif positif maka ketentuan pengajuan PK dalam pasal 132 UU Peratun *jo.* Pasal 67 UU MA akan diterapkan.¹⁸ Tenggang waktu mengajukan permohonan PK pada dasarnya menurut Pasal 69 UUMA adalah 180 (seratus delapan puluh) hari, hanya cara mulai melakukan perhitungan berbeda-beda sesuai dengan alasan mana yang digunakan pemohon sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 67 UU MA.¹⁹

Sebagaimana disampaikan sebelumnya, pengajuan perkara fiktif positif merupakan perkara khusus oleh karenanya ketentuan batas waktu pengajuan permohonan perkara fiktif positif semestinya mengikuti pengajuan gugatan perkara-perkara sengketa pemilu, pilkada, pengadaan tanah untuk kepentingan umum. Demikian juga halnya dalam hal diajukan upaya hukum. Apabila mekanisme upaya hukum yang digunakan adalah merujuk ketentuan umum dalam UU Peratun atau UU MA, maka karakter kekhususan perkara fiktif positif menjadi rancu dengan ketentuan umum tersebut.

F. Perkembangan Beberapa Kaidah Hukum Yang Secara Langsung Dan Tak Langsung Akan Berkaitan Dengan Pemeriksaan Perkara Fiktif Positif

Beberapa hal lain yang perlu menjadi perhatian terkait konsep fiktif positif merujuk pada pertimbangan-pertimbangan (*ratio deinceindi*) Putusan MK yang mengubah pemaknaan keadaan hukum berdasarkan kaidah hukum baru yang dapat diterapkan dalam hubungan-hubungan hukum antara warga masyarakat dan pemerintah. Misalnya apabila orang atau badan hukum disyaratkan untuk memiliki izin dalam melakukan sesuatu namun manakala izin sedang dalam proses perpanjangan maka yang

¹⁷ Dalam Perkara No. 11/P/FP/2016/PTUN.MDO, diajukan upaya hukum peninjauan kembali ke MA.

¹⁸ Undang-Undang Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, UU. No. 3 Tahun 2009 (LNRI Nomor 3 Tahun 2009, TLN Nomor 4958).

¹⁹ *Ibid.*

bersangkutan tidak dapat dikatakan tidak memiliki izin meskipun izin yang dimilikinya sudah habis. Pendapat ini tidak terlepas dari putusan MK yang menyatakan konstitusional bersyarat dan inkonstitusional bersyarat ketentuan Pasal 59 ayat (4) UU No. 32 Tahun 2009 jika ketentuan tersebut tidak dimaknai atau harus dimaknai sebagai:²⁰

“Pengelolaan limbah B3 wajib mendapat izin dari Menteri, gubernur, atau bupati/walikota sesuai kewenangannya dan bagi pengelolaan limbah B3 yang permohonan perpanjangan izinnya masih dalam proses harus dianggap telah memperoleh izin” sebaliknya tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat jika tidak dimaknai: “Pengelolaan limbah B3 wajib mendapat izin dari Menteri, Gubernur, atau Bupati/Walikota sesuai dengan kewenangannya dan bagi pengelolaan limbah B3 yang permohonan perpanjangan izinnya masih dalam proses harus dianggap telah memperoleh izin”

Berbagai kaidah hukum di atas penting untuk dikaji lebih seksama dan dapat digunakan sebagai pembanding dalam menghadapi beragam isu permasalahan hukum administrasi yang terus berkembang di lapangan. Sebagai contoh dalam bidang perizinan sering ditemukan kejadian terjadinya tumpang tindih perizinan disebabkan inkonsistensi badan/pejabat TUN, misalnya izin untuk badan hukum X belum dicabut namun izin yang sama telah diberikan kepada badan hukum Y sehingga menakala badan hukum X akan

²⁰ Putusan MK di atas sejalan pula dengan salah satu kaidah hukum dari putusan perkara No. 67 PK/TUN/2014 yakni : “Prinsip *point d'interet point d'action* tidak dapat dimaknai secara kaku sebagai mana tertera dalam keputusan badan dan/atau pejabat pemerintahan. Artinya meskipun dalam mengajukan gugatan *a quo* kepentingan penggugat didasarkan pada kuasa pertambangan yang telah berakhir, akan tetapi sepanjang penggugat masih mempunyai kesempatan untuk melakukan perpanjangan kuasa pertambangan eksplorasi penggugat tersebut selama dua tahun pada waktu mengajukan gugatan, terutama ketika permohonan perpanjangan belum dijawab boleh tergugat, maka Pengugat masih mempunyai kepentingan yang dirugikan oleh suatu KTUN (objek sengketa) dan dapat mengajukan gugatan ke PTUN. Selain itu beban pembuktian berupa KTUN (ic. Surat izin KP Eksplorasi atas nama penggugat) yang asli harus dibebankan kepada pihak tergugat, karena sebagai pejabat berwenang yang telah menerbitkan KTUN tersebut seharusnya tergugatlah yang mengarsipkan atau mendokumentasikannya”. Kaidah hukum lain yang ditarik dari anotasi perkara No. 67 PK/TUN/2014 tanggal 2 Oktober 2014 adalah : (1) Hakim dalam menguji keputusan badan dan/atau pejabat pemerintahan perlu menggali dan menemukan AAUPB. Asas ketidakberpihakan (imparsialitas) merupakan bagian dari AAUPB meskipun tidak tertera secara eksplisit dalam AAUPB yang disebutkan dalam penjelasan pasal 53 UU No. 9/2004 tentang Perubahan UU. No. 5/1986; (2) Penetapan penangguhan keputusan badan dan/atau pejabat pemerintahan tidak dapat diterapkan dalam putusan PK. Terhadap permohonan penundaan pelaksanaan SK objek sengketa sudah tidak relevan lagi untuk dipertimbangkan dalam pemeriksaan PK, karena putusan pada tingkat PK berkekuatan hukum tetap (tidak ada upaya hukum lain) sehingga berlaku asas *erga omnes* dan oleh karenanya permohonan penundaan pelaksanaan SK objek sengketa tersebut harus dikesampingkan. Selengkapnya lihat Varia Peradilan, Majalah Hukum Tahun XXXI No. 359 Oktober 2015

mengajukan perpanjangan izin tidak mendapat respon atau tanggapan dari badan pejabat TUN.

III. PENUTUP

Demikianlah artikel singkat ini mencoba menguraikan beberapa gagasan dalam rangka ikut berusaha mengawal penerapan prinsip fiktif positif dalam proses penegakan hukum administrasi sebagaimana semestinya. Berbagai permasalahan hukum atau dampak yang tak terhindarkan dari adanya perubahan dan perkembangan hukum administrasi dan khususnya hukum acara Peradilan Tata Usaha Negara kontemporer, termasuk pasca diberlakukannya prinsip fiktif positif dalam pasal 53 UUAP. Dibutuhkan analisis dan kajian secara mendalam dari berbagai pihak. Dalam hal ini, pentingnya penegasan prinsip fiktif positif perlu diikuti dengan berbagai kajian, harmonisasi, inovasi hukum untuk mengisi berbagai ruang-ruang kosong dalam diskursus hukum fiktif positif khususnya dalam studi hukum administrasi. Diharapkan berbagai kajian lain segera hadir untuk menjawab berbagai kebutuhan studi komprehensif dan konstruktif tentang prinsip fiktif positif yang sifatnya sudah sangat mendesak dan diperlukan agar dalam praktek penerapan hukum perkara-perkara fiktif positif tidak justru menghadirkan berbagai permasalahan yang tidak dimaksudkan terjadi dengan diadopsinya prinsip ini dalam tatanan hukum administrasi di Indonesia.

IV. DAFTAR PUSTAKA

- de Graaf, K. J., & Hoogstra, N. G. "Silence Is Golden? Tacit Authorizations in the Netherlands, Germany and France." *Review of European Administrative Law* 6, no. 2 (2013): 7.
- Oswald Jansen. *Comparative Inventory of Silencio Positivo*. Utrecht School of Law, 2008.
- . *Silence of The Administration*. Edited by Jean-Bernard Auby. Brussels: Maastricht Faculty of Law, 2015.
- Parisio, Vera. "The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities' Silence." *Hamline Law Review* 36, no. 1 (2013): 10.
- Yasin, Muhammad dkk. *Anotasi Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan*. Jakarta: UI-CSGAR, 2017.
- Yodi Martono Wahyunadi. "Kompetensi Absolut Pengadilan Tata Usaha Negara Dalam Konteks Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan." Universitas Trisakti, 2016.

Hasil Rumusan Diklat Kapita Selektta Sengketa Tata Usaha Negara Bagi Pimpinan Pengadilan Tingkat Pertama, mulai tanggal 19 Maret 2017 sampai dengan 25 Maret 2017 di Pusdiklat Mahkamah Agung RI, Megamendung, Bogor

Varia Peradilan, Majalah Hukum Tahun XXX No. 353 April 2015.

Varia Peradilan, Majalah Hukum Tahun XXXI No. 359 Oktober 2015.

Oswald Jansen (ed.), *A few characteristics of the Law of Administrative Procedure in the Netherlands*, https://www.academia.edu/11422571/A_few_characteristics_of_the_Law_of_Administrative_Procedure_in_the_Netherlands.

Versi Bahasa Inggris Undang-Undang Prosedur Administrasi Jerman, *Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG)* diakses dari <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VwVfG.htm> pada tanggal 25 Januari 2010. Terjemahan versi Bahasa Inggris tersebut tidak resmi namun dipublikasikan oleh Kementerian Dalam Negeri Jerman.

http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_en.htm.

<http://ombudsman.go.id/index.php/berita/berita/berita-ombudsman/1837-adrianus-perpres-ganti-rugi-bukan-soal-uang.html>.

Services Directive Explanations And Practical Examples. <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14961/attachments/2/translations/en/renditions/native>. Diakses 29 September 2017.