



**Mulawarman
University PRESS**

Konsep Fiktif Positif

Dr. Siti Kotijah, S.H., M.H.
Inggal Ayu Noorsanti, S.H., M.H.
Dr. H. Subiharta, S.H., M.Hum.



KONSEP FIKTIF POSITIF

Dr. Siti Kotijah, S.H, M.H.,
Inggal Ayu Noorsanti, S.H., M.H.,
Dr. H. Subiharta, S.H., M.H.



KONSEP FIKTIF POSITIF

Copyright ©

Hak cipta ada pada penulis

x + 225 hlm.; 14,5 x 20,5 cm

E-ISBN : 978-623-8376-47-6 (EPUB)

Penulis : Dr. Siti Kotijah, S.H, M.H.,
Inggal Ayu Noorsanti, S.H., M.H.,
Dr. H. Subiharta, S.H., M.H.
Editor : Prof Dr. Suparto Wijoyo, S.H., M.Hum.

KONSEP FIKTIF POSITIF

Diterbitkan Juli 2024 oleh:



Mulawarman
University PRESS

Gedung LPPM Universitas Mulawarman

Jl. Krayan, Kampus Gunung Kelua

Samarinda, Kalimantan Timur, Indonesia, 75123

Telp/Fax (0541) 747432, Email: mup@lppm.unmul.ac.id

Dilarang keras memfotokopi atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku tanpa seizin tertulis dari penulis/penerbit

KATA PENGANTAR

Lahir Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP), menjadi dasar pemberlakuan konsep fiktif positif di Indonesia. Makna paling hakekatnya ada upaya peningkatan pelayanan publik oleh badan dan/atau pejabat pemerintah kepada warga masyarakat dan badan hukum perdata dalam tata kelola pemerintahan.

UU AP memberi makna perluasan pada obyek perkara di dalam Pengadilan Tata Usaha Negara, yang sejati Undang-Undang Pengadilan Tata Usaha Negara menganut fiktif negatif. Keputusan fiktif positif dalam UU AP memberi perluasan pada bentuk dari keputusan.

Perluasan makna dan keberlakuan penerapan konsep fiktif positif UU AP berdasarkan asas *lex posteriori derogate legi priori*, telah mengesampingkan konsep fiktif negatif dalam Undang-Undang Pengadilan Tata Usaha Negara. Namun konsep fiktif negatif pada Pasal 3 UU PTUN tidak dicabut.

Pada perkembangannya Pengadilan Tata Usaha Negara mempunyai kompetensi kewenangan baru untuk memutus dan memeriksa perkara dengan obyek Keputusan Tata Usaha Negara pada keputusan fiktif positif selama 21 (dua puluh satu) hari, sejak diterimanya permohonan.

Perkembangannya UU AP ini dirubah dengan terbitnya UU Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja, yang dirubah Perpu No. 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja, dan dirubah lagi UU No. 6 Tahun 2023 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja Menjadi Undang-Undang (UU Cipta Kerja. Hal ini menimbulkan ketidakpastian hukum pada tataran implementasi pada pencari keadilan dalam keputusan fiktif positif di Pengadilan Tata Usaha Negara, karena kewenangan dihilangkan.

UU Cipta Kerja, menghilangkan wewenang Pengadilan TUN, dan Mahkamah Agung dalam rangka merespon dan untuk memberi kepastian menerbitkan Sema No. 5 Tahun 2021 tentang Pemberlakuan Rumusan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2021 sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan.

Pada rumusan hukum kamar tata usaha, pada angka 2 diuraikan adanya lembaga fiktif positif menyebutkan dengan diundangkan UU Cipta Kerja, permohonan fiktif positif sudah tidak ada lagi menjadi kewenangan Pengadilan TUN.

Namun tidak dengan tegas mencabut Perma No. 8 Tahun 2017 Tentang Pedoman Beracara untuk Memperoleh Putusan atas Penerimaan Permohonan Guna Mendapatkan Keputusan dan/atau Tindakan Badan atau Pejabat Pemerintahan.

Pembaharuan yang dilakukan hakim Pengadilan Tata Usaha Negara dalam memeriksa dan mengadili, menggunakan

aturan Sema No. 5 Tahun 2021, terkait model baru konsep fiktif positif. Pembaharuan hukum pada gugatan terhadap tindakan melawan hukum oleh pejabat pemerintah berupa perbuatan tidak bertindak (*omission*), tidak diperlukan upaya administrasi.

Perbuatan pemerintahan berupa tindakan pemerintah (tindakan faktual), yang tidak dilakukan (abai/lalai/tidak melakukan), terhadap, sehingga menimbulkan kerugian, yang dinilai badan dan/atau pejabat tidak melakukan perbuatan hukum tidak bertindak.

Tenggang waktu gugatan perbuatan melawan hukum oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan yang bersifat tidak bertindak (*omission*). Tenggang waktu pengajuan gugatan dalam gugatan perbuatan melanggar hukum oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan (*onrechtmatige overheedsdaad*) yang tidak melakukan tindakan dihitung 90 (sembilan puluh) hari kerja setelah dilewati tenggang waktu 5 (lima) hari kerja, kecuali diatur secara khusus di dalam peraturan dasarnya.

Penerapan konsep fiktif positif terus mengalami dinamika terkait peraturan perundang-undangan, sebagai solusi hukum yang tidak diatur, tidak mempunyai kewenangan pada Lembaga Pengadilan Tata Usaha Negara.

Buku Konsep Fiktif Positif hadir untuk menjawab dinamika penerapan keputusan fiktif positif, dan proses pelayanan publik oleh badan dan/atau pejabat pemerintah kepada warga masyarakat. Konsep-konsep yang dihadirkan

sebagai pengayakan keilmuan dalam perkembangan dan kemajuan ilmu hukum.

Saya menyadari buku belum sempurna, karena kesempurnaan milik Allah. Buku ini hadir sebagai bagian tidak terpisahkan dari buku sebelum konsep fiktif negatif di Pengadilan Tata Usaha Negara. Kedua buku ini persembahkan kepada penegak hukum, khusus hakim Pengadilan Tata Usaha Negara dalam penerapan konsep fiktif positif dan fiktif negatif.

Terimakasih kepada teman, sahabat, Yang Mulia Dr. H. Subiharta, S.H., M.H., dan mahasiswa bimbingan saya saudari Inggal Ayu Noorsanti, S.H., M.H., dalam menyumbang hasil riset yang dilakukan dalam mewujudkan tulisan yang bermanfaat bagi semua orang.

Ucapan terimakasih kepada bapak dan ibu saya almarhuma (ibunda Yasitin dan Bapak Ja'es) yang memberi jalan untuk dinda menggapai impian, kepada suami kekasih hati, yang selalu hadir dalam ruang-ruang lahir dan bathin, terimakasih atas kebersamaan, kehidupan, canda dan tawa, serta kesedihan dalam bersama-sama memaknai hidup.

Kepada editor, dan layout semua pihak yang membantu terbitnya buku ini, saya ucapkan terimakasih. Semoga buku ini memberi manfaat. Buku sebagai bukti ilmu itu terus berkembang sesuai zamannya. Terus menulis sebagai cara kita bicara pada peradapan.

Samarinda, 1 Juli 2024

Siti Kotijah

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	iii
DAFTAR ISI	vii
DAFTAR TABEL	x
DAFTAR BAGAN	x
BAB I KONSEP DASAR FIKTIF POSITIF	1
A. Ratio Legis Fiktif Positif	1
B. Konsep Keputusan Fiktif Positif	22
BAB II SEJARAH FIKTIF POSITIF	28
A. Konsep Fiktif Positif di Eropa	28
B. Konsep Fiktif Positif di Indonesia	31
BAB III PENGATURAN FIKTIF POSITIF	53
A. Pengaturan Fiktif Positif dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan	53
B. Pengaturan Fiktif Positif dalam Perma Nomor 8 Tahun 2017 tentang Pedoman Beracara Untuk Memperoleh Putusan Atas Penerimaan Permohonan Guna Mendapatkan Keputusan dan/atau Tindakan Badan Atau Pejabat Pemerintah	61

C. Perbedaan Fiktif Positif dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dan Undang-Undang Cipta Kerja	81
BAB IV POLITIK HUKUM PUTUSAN FIKTIF POSITIF	89
A. Kontruksi Hukum Penerapan Putusan Fiktif Positif	89
B. Kedudukan Keputusan Fiktif Positif dalam Sistem Hukum Indonesia	94
BAB V PENERAPAN KEPUTUSAN FIKTIF POSITIF DI BIDANG KEPEGAWAIAN	155
A. Praktek penerapan Undang-Undang Administrai Pemerintahan	155
B. Praktek Penerapan Perma No. 8 Tahun 2017	157
C. Praktek Penerapan Setelah Berlaku UU Cipta Kerja Pada Keputusan Fiktif Positif	164
D. Prosedur Fiktif Negatif dan Fiktif Positif	169
BAB VI	
IMPLIKASI HUKUM PENETAPAN PERKARA FIKTIF POSITIF PUTUSAN PENGADILAN TATA USAHA NEGARA SAMARINDA BIDANG KEPEGAWAIAN	175
A. Putusan Fiktif Positif di Pengadilan Tata Usaha Negara Samarinda Setelah Berlakunya Perma Nomor 8 Tahun 2017	175
B. Implikasi Hukum Penetapan Perkara Fiktif Positif I Pengadilan Tata Usaha Negara Samarinda Bidang Kepegawaian (Putusan Nomor: 4/P/FP/2020/PTUN.SMD)	178

DAFTAR REFERENSI 191

GLORASIUM 197

INDEKS 199

BIODATA PENULIS 201

DAFTAR TABEL

Tabel 2.1 Perbandingan Rumusan Pengaturan Pasal 53 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dan Pasal 175 angka 7 Undang-Undang Cipta Kerja	74
Tabel 2.2. Putusan Fiktif Positif PTUN Pasca UU Cipta Kerja yang Tidak Dapat Diterima	87
Tabel 2.3. Putusan Fiktif Positif PTUN Pasca UU Cipta Kerja yang Diterima	89
Tabel 1.1 Putusan Fiktif Positif Bidang Kepegawaian Setelah Berlakunya Perma Nomor 8 Tahun 2017.....	131
Tabel 1.2 Permohonan Fiktif Positif Yang Dikabulkan	146
Tabel 1.3 Permohonan Fiktif Positif Yang ditolak	147

DAFTAR BAGAN

Bagan 2.1. Proses Pengajuan Upaya Keberatan berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan	103
Bagan 2.2. Proses Pengajuan Upaya Banding berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan	104
Bagan 1.1 Alur Fiktif Negatif dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara	141
Bagan 1.2 Alur Fiktif Positif dalam Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan	142
Bagan 1.3 Alur Fiktif Positif dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja	143

BAB I

KONSEP DASAR FIKTIF POSITIF

A. Ratio Legis Fiktif Positif

Konsep fiktif positif sejatinya untuk memberi pelayanan baik terhadap warga negara oleh pejabat pemerintah. Pejabat pemerintah sebagai pelayan masyarakat, sudah mempunyai standar norma, kriteria, kompetensi dan prosedur, aturan sebagai dasar hukum dalam menjalankan proses administrasi pemerintahan, berupa pelayanan publik.

Pelayanan publik adalah kegiatan atau rangkaian kegiatan dalam rangka pemenuhan kebutuhan pelayanan sesuai dengan peraturan perundang-undangan bagi setiap warga negara dan penduduk atas barang, jasa, dan/atau pelayanan administrasi yang disediakan oleh penyelenggaraan pelayanan publik.

Pada konteks ini, warga negara, baik orang perorangan atau badan hukum perdata, yang mengajukan urusan kepada pemerintah dilakukan dengan cepat, sesuai prosedur, dan tidak boleh ditahan, diabaikan. Amanat UUD NRI Tahun 1945,

antara lain memajukan kesejahteraan umum, dan mencerdaskan kehidupan bangsa.

Hakekatnya negara berwajib memenuhi kebutuhan setiap warga negara melalui sistem pemerintahan yang mendukung terciptanya penyelenggaraan pelayanan publik yang prima dalam rangka memenuhi kebutuhan dasar, dan hak sipil setiap warga negara atas barang publik, jasa publik, dan pelayanan administrasi.¹

Dewasa ini penyelenggaraan pelayanan publik masih dihadapkan pada kondisi yang belum sesuai kebutuhan, perubahan, dan perkembangan ilmu, teknologi dalam bidang kehidupan bermasyarakat, bangsa, dan negara.

Pada realitasnya menimbulkan ketidaksiapan untuk menanggapi terjadi tranformasi nilai yang berdimensi luas, dan berdampak bagi masalah pembangunan yang kompleks. Konsepsi sistem pelayanan publik berupa nilai, persepsi, dan acuan perilaku yang mampu mewujudkan hak asasi manusia.

Sehubungan dengan itu, kualitas penyelenggaraan pemerintahan, badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam menggunakan wewenang harus mengacu pada asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan ketentuan peraturan perundang-undangan.²

¹ Jensen, O. (2008). *Comparative research in nursing: Advancing the humanistic imperative*. 3 th (eds). Philadelphia: Lippincott, PA.

² Lihat Filosofi UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP).

Pemerintahan yang baik, dalam hal ini badan/atau pejabat mengacu pada Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP), sebagai dasar keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintahan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan. Fungsi pemerintahan berupa pengaturan, pelayanan, pembangunan, pemberdayaan, dan perlindungan yang sudah ditentukan dengan batas waktu, termasuk dalam membuat keputusan.

Keputusan administrasi pemerintahan atau Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) atau keputusan administrasi negara yang biasanya disebut keputusan adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan badan/atau pejabat pemerintah dalam penyelenggaraan pemerintahan.³ Ketetapan tertulis merupakan hak pejabat pemerintahan untuk membuat keputusan berbentuk tertulis atau elektronik⁴ dan/atau menetapkan tindakan. Hal ini berbeda dengan konsep dalam UU PTUN.

KTUN merujuk Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-

³ Unsur KTUN adalah adanya penetapan tertulis, dibuat oleh badan dan/atau pejabat, dalam tata penyelenggaraan pemerintahan.

⁴ Keputusan berbentuk elektronik dibuat oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan. keputusan ini wajib dibuat atau disampaikan apabila keputusan tidak dibuat atau tidak disampaikan secara tertulis, dimana secara hukum mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan keputusan yang bersifat tertulis dan berlaku sejak diterimanya keputusan tersebut oleh pihak yang bersangkutan.

Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Pasal 1 angka 9 menyatakan keputusan tata usaha negara adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara dengan memuat tindakan hukum tata usaha negara berlandaskan peraturan perundang-undangan dengan sifat konkret, individual, dan final serta menimbulkan akibat hukum bagi orang perorangan maupun badan hukum perdata.

Pada hakekatnya setiap keputusan dan/atau tindakan harus ditetapkan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan yang berwenang, dengan menerbitkan izin,⁵ dispensasi,⁶ dan konsesi.⁷ Terkait dengan keputusan pejabat pemerintahan sebelumnya wajib membuat pedoman umum standar

⁵ Keputusan badan dan/atau pejabat pemerintahan berbentuk izin apabila diterbitkan persetujuan sebelum kegiatan dilaksanakan, dan akan dilaksanakan dalam hal ini memerlukan perhatian khusus dan/atau memenuhi ketentuan peraturan perundang-undangan.

⁶ Keputusan berbentuk dispensasi berupa diterbitkan persetujuan sebelum kegiatan dilaksanakan, dan akan dilaksanakan sebagai kegiatan perkecualian terhadap suatu larangan atau perintah. Keputusan bentuk konsesi, diterbitkan sebelum kegiatan dilaksanakan, dan persetujuan ini berdasarkan kesepakatan badan dan/atau pejabat pemerintahan dengan pihak BUMN/BUMD, dan/atau swasta, serta dilaksanakan sebagai kegiatan yang memerlukan perhatian khusus.

⁷ Penggunaan wewenang ini berdasarkan peraturan perundang-undangan, dan AUPB. Peraturan perundang-undangan dalam hal ini menjadi dasar kewenangan, dan dasar dalam menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan. Ketiadaan atau ketidakjelasan peraturan perundang-undangan, sejatinya tidak menghalangi badan dan/atau pejabat pemerintah yang berwenang untuk menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan sepanjang memberikan kemanfaatan umum dan sesuai dengan AUPB. Asas AUPB meliputi: kepastian hukum, kemanfaatan, ketidakberpihakan, kecermatan, tidak menyalagunakan kewenangan, keterbukaan, kepentingan umum, dan pelayanan yang baik.

operasional prosedur pembuatan keputusan pada unit kerja pemerintahan, dan wajib diumumkan oleh badan/atau pejabat pemerintahan melalui media cetak, media elektronik, dan media lainnya. Syarat sahnya keputusan berupa ditetapkan oleh pejabat yang berwenang, sesuai prosedur, dan substansi yang sesuai dengan obyek keputusan dengan berdasarkan AUPB dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Lahirnya UU AP telah mengadopsi konsepsi *lex silencio positive*, yaitu suatu mekanisme hukum yang mengisyaratkan otoritas administrasi untuk menanggapi atau mengeluarkan keputusan dan/atau tindakan yang diajukan oleh warga masyarakat dengan batasan waktu tertentu dan apabila syarat ini tidak terpenuhi, badan dan/atau pejabat pemerintahan dianggap telah mengabulkan permohonan penerbitan suatu keputusan dan/atau tindakan.⁸

Manfaat diberlakukannya konsep *lex silencio positive*, secara umum memperlancar kemudahan proses pengurusan perizinan maupun penerbitan keputusan dan/atau tindakan lain yang diajukan oleh warga masyarakat kepada organ administrasi/pemerintahan. Fiktif positif dalam UU AP sebagai perubahan dalam tata pemerintahan yang baik

⁸ Oswald Jansen, *Comparative Inveentory of Silencio (Utrecht School Law, 2008)*, dalam: *Enrico Simanjuntak*, Jurnal Hukum Peradilan, Volume 6 Nomor 3, November 2017: hlm. 381.

Dr. Siti Kotijah, S.H., M.H.
Inggal Ayu Noorsanti, S.H., M.H.
Dr. H. Subiharta, S.H., M.Hum.

Konsep Fiktif Positif

Perluasan makna dan keberlakuan penerapan konsep fiktif positif UU AP berdasarkan asas *lex posteriori derogate legi priori*, telah mengesampingkan konsep fiktif negatif dalam Undang-Undang Pengadilan Tata Usaha Negara. Namun konsep fiktif negatif pada Pasal 3 UU PTUN tidak dicabut.

Penerapan konsep fiktif positif terus mengalami dinamika terkait peraturan perundang-undangan, sebagai solusi hukum yang tidak diatur, tidak mempunyai kewenangan pada Lembaga Pengadilan Tata Usaha Negara.

Buku Konsep Fiktif Positif hadir untuk menjawab dinamika penerapan keputusan fiktif positif, dan proses pelayanan publik oleh badan dan/atau pejabat pemerintah kepada warga masyarakat. Konsep-konsep yang dihadirkan sebagai pengayakan keilmuan dalam perkembangan dan kemajuan ilmu hukum.



Mulawarman
University PRESS