

## Tanggung Gugat ( Pertanggungjawaban ) Pemerintah di Indonesia dan Netherland

Firzhal Arzhi Jiwantara<sup>1</sup>, Anies Prima Dewi<sup>2</sup>, Ady Supryadi<sup>3</sup>

<sup>1,2,3</sup>Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Mataram

E-mail: [Firzhal@yahoo.com](mailto:Firzhal@yahoo.com)<sup>1</sup>, [anieskardin@gmail.com](mailto:anieskardin@gmail.com)<sup>2</sup>, [adysupryadi16@gmail.com](mailto:adysupryadi16@gmail.com)<sup>3</sup>

### Article History:

Received: 18 Juni 2022

Revised: 21 Juni 2022

Accepted: 21 Juni 2022

### Keywords: Liability

(Accountability), Government, Indonesia and the Netherlands.

**Abstract:** *The liability in Indonesia is included as the Government's responsibility, namely as a compulsory compliance obligation of the state or government or government officials or other officials who carry out government functions as a result of an objection, a lawsuit, a judicial review, which is submitted by a person, the community, an entity civil law either through court settlement or out of court. In this case as a form of Government responsibility both in civil and administrative matters. While accountability or accountability of the Government in the Netherlands (civil law system) are known to several teachings regarding civil liability, namely: 1) Accountability based on mistakes (schuldaansprakelijkheid). 2) Liability based on an error with an inverse proof load (schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast). 3) Liability based on risk (risicoaansprakelijkheid). In the Dutch legal system the equivalent of strict liability is risk-aansprakelijkheid. Responsibility based on risk is a form of responsibility that is not based on the element of error for the following activities: 1) hazardous material management; 2) waste management installation; and 3) drilling mining activities. The Defendant is free from responsibility based on risk, if: 1) loss arises as a result of war; 2) losses due to extraordinary natural events; 3) losses due to obeying authority orders; 4) losses due to the victim's own actions; 5) losses due to third party actions.*

## PENDAHULUAN

Pemerintah memiliki wewenang untuk mengatur, memungut pajak, menegakkan hukum, mengenakan sanksi dan seterusnya, yang merupakan serangkaian “kekuasaan” dalam upaya mencapai tujuan hidup bernegara. Di lain pihak masyarakat memiliki pula hak untuk memperoleh perlindungan hukum dari berbagai tindakan pemerintah yang mungkin dapat menimbulkan kerugian bagi masyarakat.

Tanggung jawab pemerintahan ini sesungguhnya memberikan ruang yang cukup leluasa bagi timbulnya peran serta masyarakat yang memang sangat dibutuhkan oleh pemerintahan yang demokratis. Dengan dilaksanakannya prinsip tanggung jawab pemerintahan ini secara

konsisten dan konsekuen, maka sesungguhnya akan meningkatkan pula wibawa dan martabat pemerintah di mata rakyatnya, sebab apabila pemerintah rela untuk menegakkan asas tanggung jawab pemerintahan ini maka setidaknya akan tercapai beberapa hal yang penting yakni:

- (a) ditegakkannya prinsip Negara hukum, *rule of law*, supremasi hukum dan kesamaan di hadapan hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan, karena pemerintah pun ternyata menghormati dan taat pada hukum;
- (b) mengingat pada umumnya masyarakat Indonesia adalah masih menganut budaya paternalistik, maka dengan adanya asas tanggung jawab pemerintahan ini mendorong timbulnya kesadaran hukum masyarakat secara sukarela (*voluntary compliance*);
- (c) memperkokoh komitmen reformasi untuk mewujudkan good governance yang selaras dengan penguatan masyarakat madani (*civil society*);
- (d) untuk memperkuat asas tanggung jawab pemerintahan ini, maka perlu dipikirkan untuk dibentuk undang-undang tentang Tanggung Jawab Negara atau Tanggungjawab Pemerintahan serta Undang-Undang tentang Kompensasi Nasional.

Tanggung-gugat mengandung makna keadaan wajib menanggung segala sesuatunya kalau ada sesuatu hal, boleh dituntut, dipersalahkan, diperkarakan, dan sebagainya. Di dalam kamus hukum ada 2 (dua) istilah yang menunjuk pada pertanggungjawaban, yakni liability dan responsibility. Tanggung-gugat (*liability/aansprakelijkheid*) merupakan bentuk spesifik dari tanggungjawab. Pengertian tanggung-gugat merujuk kepada posisi seseorang atau badan hukum yang dipandang harus membayar suatu bentuk kompensasi/ ganti rugi setelah adanya peristiwa hukum atau tindakan hukum. *Liability* merupakan istilah hukum yang luas, di dalamnya mengandung makna bahwa; liability menunjuk pada makna yang paling komprehensif, meliputi hampir setiap karakter resiko atau tanggungjawab.<sup>1</sup>

Tanggung gugat yang mulanya dikenal dalam dunia akademik hukum dan literatur-literatur hukum itu kini telah masuk dalam materi muatan undang-undang. Pengertian terkait tanggung gugat salah satunya ada di Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UUAP). Dari keseluruhan isi UUAP ada terminologi tentang tanggung jawab dan tanggung gugat pada Pasal 1 angka 23.

Bunyi lengkap pasal tersebut adalah:

“Delegasi adalah pelimpahan kewenangan dari Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang lebih tinggi kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang lebih rendah dengan tanggung jawab dan tanggung gugat beralih sepenuhnya kepada penerima delegasi”.

Walaupun UUAP membedakan keduanya tetapi ia tidak mencoba menetapkan definisi keduanya. Bahkan, Pasal 1 angka 23 tidak konsisten dengan Pasal 13 Ayat (7) yang berbunyi: “Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi, tanggung jawab kewenangan berada pada penerima delegasi”. Hal ini tidak konsisten karena kata tanggung gugat tidak lagi disertakan.

Tanggung gugat hukum public menurut Tatiek Sri Djadmiati sebagai tanggung jawab pribadi dan tanggung jawab jabatan, tanggung jawab pribadi, berkaitan dengan pendekatan fungsionaris atau pendekatan prilaku. Dari sudut pandang hukum administrasi, tanggung jawab pribadi berkenaan dengan administrasi dalam penggunaan wewenang dalam pelayanan publik. Penggunaan wewenang yang dimaksud disini meliputi tindakan pemerintah menurut ketentuan

<sup>1</sup> Analisis tentang Tanggung Gugat dalam Kontrak Pengadaan Barang dan jasa, diakses dari <http://fhukum.unpatti.ac.id/artikel/korupsi/253-analisis-tentang-tanggung-gugat-dalam-kontrak-pengadaan-barang-dan-jasa>

peraturan perundang-undangan dan tindakan dalam menetapkan suatu kebijakan atau diskresi. Sedangkan tanggung jawab jabatan berkenaan dengan *legalitas* (keabsahan) tindak pemerintahan; dalam hukum administrasi, persoalan legalitas tindak pemerintahan berkaitan dengan pendekatan terhadap kekuasaan pemerintahan. Pendekatan kekuasaan berkaitan dengan wewenang yang diberikan menurut undang-undang berdasarkan prinsip *legalitas* atau prinsip *rechtmatigheid*.<sup>2</sup>

## METODE PENELITIAN

Jenis penelitian ini merupakan penelitian yuridis-normatif, yaitu prosedur penelitian yang ilmiah dalam menemukan kebenaran berdasarkan kajian logika ilmu hukum dari segi normatif yang difokuskan untuk menganalisa penerapan norma-norma dalam hukum positif.<sup>3</sup> Pendekatan yang digunakan adalah Pendekatan Komparatif yaitu membandingkan tanggung gugat Pemerintah di Indonesia dengan Netherland dan Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu penggunaan isi dari peraturan hukum untuk mengkaji permasalahan yang ada.

Penelitian hukum (*legal research*)<sup>4</sup> merupakan karakter khas dari ilmu hukum (*jurisprudence*),<sup>5</sup> guna menjawab permasalahan atau isu hukum yang hendak dikaji dalam penelitian. Dalam penelitian hukum tersebut, diperlukan suatu metode pendekatan yang disesuaikan dengan persoalan yang akan diteliti.

Sumber Dan Jenis Bahan Data: Data Primer, yaitu bahan hukum yang terdiri dari peraturan PerUndang-Undangan yang terkait dengan permasalahan yang diangkat tentang komparasi pertanggungjawaban (tanggung gugat) pemerintah di Indonesia dan Netherland. Data Sekunder, yaitu bahan hukum yang diperoleh dari buku, jurnal-jurnal buku, pendapat para sarjana, serta symposium yang dilakukan oleh pakar terkait dengan permasalahan yang diangkat dalam penelitian mengenai tanggung gugat (pertanggungjawaban) pemerintah di Indonesia dan Netherland. Data Tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan bermakna terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus hukum di bidang Hukum Administrasi dan Hukum Tata Negara.

## HASIL DAN PEMBAHASAN

### 1. Tinjauan Pertanggungjawaban (Tanggung Gugat) Pemerintah

Tanggung Gugat banyak digunakan untuk untuk mengartikan *liability*, istilah lain yang sering dipergunakan adalah *Responsibility* dan *acuntability*. Ketiga istilah tersebut dalam penggunaannya dikaitkan dengan aspek kelahirannya, yaitu:<sup>6</sup>

- a. *Liability* lahirnya dari asas negara hukum.
- b. *Responsibility* lahirnya dari asas demokrasi.
- c. *Acuntability* lahirnya berkaitan dengan good governance.

Istilah *liability* lebih bermakna kepada aspek yuridis dikaitkan dengan pengadilan, sedangkan *Responsibility* lebih bermakna kepada aspek Politik, sedangkan *acuntability* lebih bermakna kepada sisi moral. Tanggung gugat Negara dan Pemerintah adalah berkaitan dengan pemberian perlindungan (*rechtbescherming*) kepada warga negara sebagai akibat dari

---

<sup>2</sup> Tatiek Sri Djatmiati, *Tanggung Jawab Pribadi dan Tanggung Jawab Jabatan*, penerbit Alumni Universitas Trisakti, Jakarta, 2010, hlm 94

<sup>3</sup> Ibrahim Jhony, 2006, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang, hal. 57.

<sup>4</sup> Peter Mahmud Marzuki, (2008), *Penelitian Hukum*, Jakarta: Prenada Media, hlm. 29-33.

<sup>5</sup> J.J. Bruginck, (1995) *Rechtsreflecties*, Alih bahasa Arif Sidartha, Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 213-218.

<sup>6</sup> P.M. Hadjon, *Materi Kuliah S2 Konsentrasi Hukum Pemerintah*. Surabaya: Universitas Airlangga. 2009

---

penggunaan wewenang oleh organ Negara dan Pemerintahan yang dilaksanakan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara

Pemikiran yang berkaitan dengan tanggung gugat Negara dan Pemerintahan bermula atau berdasar atas pandangan dari R. Kranenburg, menurutnya ada 7 (tujuh) landasan pemikiran tentang apakah negara atau Pemerintah bisa digugat pada lembaga peradilan, ketujuh landasan pemikiran tersebut, sebagai berikut:<sup>7</sup>

1. Konsep negara sebagai lembaga kekuasaan dikaitkan dengan konsep hukum sebagai keputusan kehendak yang diwujudkan oleh kekuasaan, menyatakan bahwa tidak ada tanggung gugat negara.
2. Konsep yang membedakan negara sebagai penguasa dan negara sebagai fiscus, Sebagai penguasa, negara tidak dapat digugat dan sebaliknya sebagai fiscus dapat saja negara digugat. Berdasarkan konsep ini, Openheim mengetengahkan kriteria untuk menguji suatu hubungan hukum tersebut didasarkan atas kesejajaran para pihak.
3. Konsep yang mengetengahkan kriteria sifat hak, yakni apakah suatu hak dilindungi oleh hukum Publik atautakah hukum perdata.
4. Konsep yang mengetengahkan kriteria kepentingan hukum yang dilanggar.
5. Konsep yang mendasarkan pada perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) sebagai dasar untuk menggugat negara. Konsep ini tidaklah mempermasalahkan apakah yang dilanggar itu suatu peraturan hukum publik atautakah peraturan hukum perdata.
6. Konsep yang memisahkan antara fungsi dan pelaksanaan fungsi. Fungsi tidak dapat digugat tapi pelaksanaannya yang melahirkan kerugian dapat digugat.
7. Konsep yang mengetengahkan suatu asumsi dasar bahwa negara dan alat-alatnya berkewajiban dalam tindak tanduknya apapun aspeknya (hukum Publik atau hukum perdata) memperhatikan tingkah laku manusia yang normal. Para pencari keadilan dapat menuntut dari negara dan alatnya agar mereka berkelakuan normal dan melahirkan kerugian-kerugian, dapat digugat. Dengan demikian, negara dapat digugat karena berfungsi yang tidak teratur.

Dari ketujuh landasan berpikir yang dikemukakan oleh R Kranenburg di atas yang berkenaan dengan, apakah negara dapat digugat, menurut penulis landasar berpikir pada angka 5, 6, dan 7 dalam perkembangannya dewasa ini masih angat relevan untuk dijadikan dasar pijakan, sedangkan dasar pemikiran pada angka 1 dan 3 sudah tidak relevan lagi, untuk dasar pijakan pada angka 2 khusus pada pemikiran negara sebagai fiscus dapat digugat masih relevan dijadikan dasar pijakan

Berdasarkan teori perwakilan dan pertanggung jawaban, dasar tanggung jawab negara terhadap perbuatan yang dilakukan oleh Pejabat Tata Usaha Negara adalah, perbuatan negara pada hakekatnya adalah perbuatan manusia manusia juga. Pemerintah ialah suatu badan hukum dan orang-orang yang bertindak untuk pemerintah merupakan wakilnya. Pemerintah itu harus diwakili oleh orang-orang tadi. Dengan kata lain perbuatan dari orang itu harus dianggap sebagai perbuatan dari pemerintah. Teori perwakilan dan pertanggung jawaban ini sama seperti yang terkandung dalam Pasal 1367 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (asas *respondeat superior*), terhadap teori ini tentu ada batas-batasnya, pembatasan tersebut adalah tindakan yang dilakukan oleh seorang Pejabat Tata Usaha Negara haruslah dalam lingkungan

---

<sup>7</sup> PM. Hadjon. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, (Surabaya: Bina Ilmu, 1987), hlm. 108

tugas kewajibannya sendiri.

Mengenai keterwakilan negara oleh Pejabat Tata Usaha Negara harus juga dilihat dalam aspek Hukum Perdata, aspek Hukum Administrasi dan aspek dalam Hukum Pidana. Dalam hal terjadi suatu perbuatan melanggar hukum, dapatkah pemerintah dipersalahkan atau haruskah orang yang melakukan perbuatan itu mempertanggungjawabkan sendiri, yaitu kapan dapat dikategorikan sebagai perbuatan yang harus dipertanggung jawabkan dalam jabatan dan kapan harus dipertanggung jawabkan secara pribadi.

Menurut J.H. Nieuwenhuis<sup>8</sup>, tanggung gugat timbul karena adanya perbuatan melanggar hukum (*onrethmatige daad*) dan merupakan penyebab (*oorzaak*) timbulnya kerugian. Sedangkan pelakunya bersalah (*schuld*), maka orang itu harus bertanggung gugat atas kerugian tersebut. Hal ini juga selaras dengan pendapat Marthalena Pohan<sup>9</sup>, yang mengemukakan suatu tanggung gugat karena ada suatu *unstfout*.

Menurut Agus Yudha Hernoko<sup>10</sup> tanggung gugat adalah suatu rangkaian untuk menanggung kerugian yang diakibatkan karena kesalahan atau resiko. Hal tersebut juga dijelaskan oleh Y. Sogar Simammora<sup>11</sup> bahwa tanggung gugat tidak hanya berupa ganti kerugian, namun juga pemulihan kepada keadaan semula.

## 2. Pertanggungjawaban (Tanggung Gugat) Pemerintah di Indonesia dan Netherland

Secara teoritis, presiden atau Pemerintah memiliki dua kedudukan yaitu sebagai salah satu organ negara dan sebagai administrasi negara. Sebagai organ negara pemerintah bertindak untuk dan atas nama negara. Sedangkan sebagai administrasi negara, pemerintah dapat bertindak baik di lapangan pengaturan (*regelen*) maupun dalam lapangan pelayanan (*bestuuren*).<sup>12</sup> Demi menjamin dan memberikan landasan hukum bahwa perbuatan pemerintahan (*bestuurhendeling*) yang dilakukan oleh pemerintah sebagai suatu perbuatan yang sah (*legitimate* dan *justified*), dapat dipertanggungjawabkan (*accountable and responsible*) dan bertanggung jawab (*liable*), maka setiap perbuatan pemerintahan itu harus berdasarkan atas hukum yang adil, bermartabat dan demokratis. Perkembangan masyarakatakhirini, memaksa system politik yangdahulu mencengkeram dengan keras untuk menyesuaikan diri dengan penghormatan kepada hak-hak asasi manusia. Sistem politik yang demokratis menuntut suatu kekuasaan kehakiman yang merdeka yang tentunya juga memiliki kualitas dan pengawasan yang baik

Keberadaan prinsip pertanggungjawaban pemerintahan ini sesungguhnya merupakan salah satu penyeimbang dalam memposisikan antara kedudukan pemerintah dan masyarakat dalam menjalankan roda organisasi negara. Pemerintah memiliki wewenang untuk mengatur, memungut pajak, menegakkan hukum, mengenakan sanksi, dan seterusnya, yang merupakan serangkaian “kekuasaan” dalam mencapai tujuan hidup bernegara. Di lain pihak, masyarakat memiliki pula hak untuk memperoleh perlindungan hukum dari berbagai tindakan pemerintah yang mungkin dapat menimbulkan kerugian bagi masyarakat. Oleh karena itu adanya pertanggungjawaban ini sesungguhnya memberikan ruang yang cukup leluasa bagi timbulnya peran serta masyarakat yang memang sangat dibutuhkan oleh pemerintah yang

---

<sup>8</sup> J.H. Nieuwenhuis, Hoofdstuken verbintenissenrecht, terjemahan Djasadin Saragih, Surabaya, 1985, hlm.118.

<sup>9</sup> Menurut Marthalena Pohan, *Tanggungugat Advokat, Dokter, dan Notaris*, Bina Ilmu, Surabaya, 1985, hlm.21

<sup>10</sup> Agus Yudha, Kuliah Teori-teori Tanggung Jawab Hukum dan Tanggung Gugat, 2010, Program Studi Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Airlangga

<sup>11</sup> Yohanes Sogar Simamora, Kuliah Perbandingan Hukum Perdata, 2010, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Airlangga

<sup>12</sup> Iskatinah, 2004:2

demokratis.

Pertanggungjawaban di Belanda (*civil law system*) dikenal beberapa ajaran mengenai pertanggungjawaban keperdataan yaitu:

1. Tanggung gugat berdasarkan kesalahan (*schuldaansprakelijkheid*).

Berdasarkan model ini penggugat wajib membuktikan kesalahan tergugat.

Tanggung gugat berdasarkan kesalahan di Indonesia dikenal dengan perbuatan melawan hukum sebagaimana diatur pada Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW).

2. Tanggung gugat berdasarkan kesalahan dengan beban pembuktian terbalik (*schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast*).

Berdasarkan model ini penggugat tidak perlu membuktikan bahwa tergugat tidak cukup berhati-hati, tetapi sebaliknya tergugat untuk menghindari tuntutan kerugian wajib membuktikan bahwa telah cukup berhati-hati. Model ini di Indonesia diatur pada Pasal 1367 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW) ayat (2) dan (5) mengenai tanggung gugat orang tua wali, dan pemilik binatang.

3. Tanggung gugat berdasarkan risiko (*risicoaansprakelijkheid*).

Model ini menurut Mas Ahmad Sentosa sama dengan tanggung jawab mutlak (*strict liability*), yang diatur pada Pasal 1367 ayat (3) tentang tanggung gugat majikan, dan tanggung gugat pemilik gedung. Pada sistem hukum Belanda padanan ajaran *strict liability* adalah *risico-aansprakelijkheid*.<sup>13</sup>

Tanggung jawab berdasarkan risiko merupakan bentuk tanggung jawab yang tidak didasarkan pada unsur kesalahan. Tanggung jawab berdasarkan risiko berlaku secara terbatas, hanya untuk kegiatan sebagai berikut:

- (1) pengelolaan bahan berbahaya;
- (2) instalasi pengelolaan limbah; dan
- (3) kegiatan tambang pengeboran.

Pembedaan istilah tanggung jawab dengan tanggung gugat sangat dipengaruhi pembedaan istilah *responsibility* dengan *liability* dalam kepustakaan berbahasa Inggris. Tanggung jawab dipadankan dengan *responsibility* sedangkan tanggung gugat padanannya *liability*. Pembedaan istilah *responsibility* dengan *liability* hanya dikenal dalam sistem hukum Inggris. Sistem hukum Perancis menggunakan istilah *responsabilite*, Spanyol *responsabilidad* dan Italia *responsabilita* yang mencakup pengertian *liability* dan *responsibility* sekaligus.<sup>14</sup>

*Responsibility* itu sendiri adalah konsep umum yang dapat berkaitan dengan moral, agama, masyarakat pada umumnya dan konteks hukum.<sup>15</sup> Secara etimologi, *responsibility* merupakan gabungan dua kata *response* dan *able* yang berarti *the ability to respond* atau kemampuan untuk menjawab atau menanggapi.

Pasal 1365 BW tanggung gugat berdasarkan perbuatan melawan hukum, juga kepada kesalahan pada si pembuat. Tanggung gugat tanpa kesalahan, suatu hal yang didalam beberapa undangundang asing diatur sebagaimana harusnya (tanggung gugat asal orang yang bersangkutan mempunyai cukup daya pikul finansial dan kerugiannya tidak dapat dituntut

<sup>13</sup> Mas Ahmad Santosa, 1997, *Penerapan Asas Tanggungjawab Mutlak (Strict Liability) di Bidang Lingkungan Hidup*, ICEL, Jakarta, hlm. 23

<sup>14</sup> Julio Barboza, 2011, hlm. 22

<sup>15</sup> Verhayen, 2005, hlm. 227

penggantinya daripada pihak ketiga yang berkewajiban untuk mengawasi).<sup>16</sup>

Pasal 1365 orang yang menimbulkan kerugian bertanggung gugat hanya apabila ia bersalah. Apa yang diartikan kesalahan.<sup>17</sup> Menurut Philipus M. Hadjon<sup>18</sup> Pasal 1365 BW dapat sebagai peraturan yang berlaku baik dalam suasana hukum perdata maupun hukum publik, yakni; Pemerintah lebih suka menggunakan lembaga-lembaga hukum yang tersedia dalam lapangan hukum perdata dengan segala macam bentuk variasinya. Hal ini disebabkan karena dengan sarana yang ada tersedia dalam suasana hukum perdata terutama lembaga kebebasan berkontrak banyak sekali kemungkinan yang dapat direalisasi daripada kalau menggunakan ketentuan hukum publik.

Tuntutan ganti rugi atas dasar perbuatan melanggar hukum dengan istilah *onrechmatige daad* dalam bahasa Belanda lazimnya mempunyai arti yang sempit, yaitu arti yang dipakai dalam Pasal 1365 BW dan hanya berhubungan dengan penafsiran dari pasal tersebut. Sedangkan istilah “perbuatan melanggar hukum” ditujukan kepada hukum yang pada umumnya berlaku di Indonesia dan sebagian tersebut merupakan hukum adat.<sup>19</sup> Pasal 1365 BW menyatakan: setiap perbuatan melawan hukum yang oleh karenanya menimbulkan kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahannya menyebabkan kerugian itu mengganti kerugian.

Dalam Bahasa Indonesia “*onrechmatige daad*” adalah “perbuatan melanggar hukum” bukan perbuatan melawan hukum” karena istilah “melawan hukum” dalam bahasa Belanda adalah “*wederrechtelijk*” sebagaimana yang tertuang di dalam Pasal 362 KUHP tentang “pencurian.<sup>20</sup> *Onrechmatige daad*, dalam hukum Romawi dan hukum Belanda Kuno, belum dikenal gugat berdasarkan *onrechmatige daad*. Namun di peundang-undang Perancis, Code Civil (C.C) Pasal 1382 “*Tout fait quelconque de l’homme qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute de wuell it est arrive a le reperer.*”<sup>21</sup>

Pasal tersebut diambil ahli Nederland dan dimasukkan dalam BW Pasal 1401. Pasal tidak saja disalin Letterlijk, namun juga istilah “*onrechmatige*” didepan “*daad*” anjuran Caret Asser seorang Komisi Redaksi Undang-undang Nasional Nederland. Rancangan undang-undang 1924 didepan istilah “*daad*” dan ditempat istilah “*wederrechtlijke*” oleh beberapa anggota Tweede Kamer. Kemudian istilah “*wederrechtelijk*” diubah “*onrechmatige*”. Menurut Hoge Raad (H.R) Arrest tahun 1863 memberikakan pengertian “*onrechmatige*” sebagai perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban menurut undang-undang. Kemudian 1883, putusan H.R tahun 1863 menambah dengan kata-kata” perbuatan yang melanggar hak orang lain menurut undang-undang (*inbreuk op eens onders geschreven rech*, sehingga *onrechmatige* adalah:

---

<sup>16</sup> Sri Soedewi Masjochoen Sofwan, Hukum Perdata; Hukum Perutangan, Bagian B, Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum Univeriverstas Gajah Madha, Yogyakarta, 1980, hlm. 59

<sup>17</sup> Dalam ini contoh kesalahan A menyebengi jalan tanpa memperhatikan lampu merah untuk para pejalan kaki. Usaha (yang berhasil) untuk menghindari A, pengendara mobil B menabrak tiang rambu lalu lintas (kerugian Rp.50.00, 00). Dalam analisa A bukan hanya melanggar hukum, disamping melakukan kesalahan, J.H. Nieuwenhuis, Hoofdstukken Verbintenisrecht, atau Pokok-Pokok Hukum perikatan, Terjemahan Djasadin Saragih, 1985. hlm. 67

<sup>18</sup> Philipus M. Hadjon, Pengertian-pengertian dasar tentang tindak pemerintaahan, Stensil, Djumali, 1985, hlm.165.

<sup>19</sup> Wirjono Prodjodikoro, Perbuatan Melanggar Hukum di Pandang Dari Sudut Hukum Perdata, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 1.

<sup>20</sup> Peter Mahmud Marzuki, Op. Cit. hlm.105

<sup>21</sup> Lihat AsserRutten, Verbintenisrecht, De verbintenis uit de wet, Cetakan IV, Tjeenk Willink, Zwollen, 1975, hlm.48. lihat juga Soetojo Prawirohamidjojo, Perbuatan Melanggar Hukum Oleh Pengusaha (*Onrechtmatige Overheiddaad*), h..47

- 1) perbuatan yang melanggar kewajiban menurut undang-undang, dan
- 2) perbuatan yang melanggar hak orang lain dalam undangundang.

Perbuatan melawan hukum di Indonesia secara normatif selalu merujuk ketentuan Pasal 1365 BW. Mariam Darus Badruzama dalam Rancangan UU (RUU) Perikatan berusaha merumuskan secara selengkap sebagai berikut:<sup>22</sup>

- (1) Suatu perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahan atau kelalian menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut;
- (2) Melanggar hukum adalah setiap perbuatan yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan kemasyarakatan terhadap pribadi atau harta benada orang lain; dan
- (3) Seorang yang sengaja tidak melakukan suatu perbuatan yang wajiba dilakukannya, disamakan dengan seorang yang melakukan suatu perbuatan terlarang dan karenanya melannggar hukum.

Konsep ini pengertian melawan hukum menjadi tidak hanya diartikan sebagai melawan hukum menjadi tidak hanya diartikan sebagai melawan undang-undang (hukum tertulis) tetapi juga bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat (hukum tidak tertulis)..

Bentuk tanggung gugat menurut Pasal 1365 BW ini adalah bentuk tanggung gugat yang menekankan pada faktor kesalahan (*liability based on fault*), sehingga apabila pasal ini dijadikan dasar gugatan, maka pihak yang dirugikan mempunyai kewajiban untuk membuktikan adanya kesalahan yang menimbulkan kerugian itu. Pada perbuatan melanggar hukum berlaku syarat bahwa secara umum penggugat harus dapat membuktikan adanya kerugian yang diderita adalah merupakan akibat dari perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh tergugat. Hal ini selaras dengan ketentuan Pasal 163 HIR, 283 Rbg dan 1865 BW.

Ketentuan Pasal 1365 BW, dalam hal ini seseorang harus bertanggung gugat atas kerugian orang lain, jika:

a. Adanya suatu perbuatan

Suatu perbuatan melanggar hukum diawali oleh suatu perbuatan dari pelaku. Umumnya diterima anggapan bahwa dengan perbuatn disini dimaksudkan, baik berbuat sesuatu maupun tidak berbuat sesuatu, misalnya tidak berbuat sesuatu, dimaksudkan, baik berbuat sesuatu, padahal dia mempunyai kewajiban hukum untuk membuatnya kewajiban mana timbul dari ketentuan hukum yang berlaku. Karena itu, terhadap perbuatan melanggar hukum, tidak ada unsur “persetujuan atau kata sepakat” dan tidak juga unsur “causa” yang diperbolehkan” sebagaimana yang terdapat dalam kontrak.<sup>23</sup>

b. Perbuatan tersebut bersifat melanggar hukum

Perbuatan yang dilakukan tersebt haruslah melanggar hukum. Sebagimana telah dijelaskan diata, bahwa perbuatan melanggar hukum tidak hanya melanggar ketentuan hukum yang tertulis, namun juga ketentuan yang tidak tertulis. Hal tersebut meliputi: 1) Melanggar hak orang lain; 2) Bertentangan dengan kewajiban

---

<sup>22</sup> ST. Remy Sjahdeini dkk, Naskah Akademik Peraturan Perundang-undangan Tentang Perbuatan Melawan Hukum, Jakarta, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman RI, 1993/2994, hlm.18

<sup>23</sup> Munir Fuady, *Op. Cit*, hlm.10

hukum pelaku; 3) Bertentangan dengan kesusilaan; 4) Bertentangan kecermatan yang harus diindahkan dalam lalu lintas masyarakat terhadap diri dan barang orang lain.

c. Adanya kerugian kepada pihak lain

Adanya kerugian (*schade*) bagi korban juga merupakan syarat agar gugatan berdasarkan 1365 BW dapat dipergunakan. Berbeda dengan kerugian yang diakibatkan oleh wanprestasi yang hanya mengenal kerugian materiil, maka kerugian karena perbuatan melanggar hukum disamping kerugian materiil, yurisprudensi juga mengakui konsep kerugian immaterial, yang juga akan dinilai dengan uang.<sup>24</sup>

d. Kerugian itu timbul sebagai akibat perbuatan tersebut (hubungan kausal):

Syarat hubungan kausal antara perbuatan melanggar hukum dan kerugian, untuk menentukan apakah antara perbuatan melanggar hukum dan kerugian ada syarat hubungan kausal, prosedur berikut dapat dilakukan, yaitu:<sup>25</sup>

- 1) Pertama harus diselidiki apakah perbuatan dalam hubungan dengan kerugian dapat dinilai sebagai syarat yang sedemikian, sehingga tanpa kerugian tidak akan timbul (*conditio sine qua non*);
- 2) Kemudian harus dipastikan apakah kerugian itu dianggap sebagai akibat yang wajar diharapkan dari perbuatan melanggar hukum (hubungan adekuat). Apabila diantara kedua syarat diatas, salah satunya dapat dibuktikan, maka ada hubungan kausal yang cukup antara perbuatan melanggar hukum dan kerugian.

e. Pelaku tersebut bersalah (kesalahan)

Pada Pasal 1365 BW mensyaratkan bahwa orang yang menimbulkan kerugian bertanggung gugat hanya apabila ia bersalah. Syarat kesalahan dalam Pasal 1365 BW menghendaki bahwa disamping tercelanya perbuatan (sifat melanggar hukum), dapat disesalnya pelaku perbuatan itu (kesalahan) merupakan syarat untuk tanggung gugat.<sup>26</sup>

Suatu tindakan dianggap merupakan syarat untuk mengandung unsur kesalahan, sehingga harus bertanggung gugat, jika memenuhi unsur sebagai berikut:<sup>27</sup> 1. Ada unsur kesengajaan; 2. Ada unsur kelalian (*negligence*, *culpa*): dan 3. Tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf (*recht vaardigingsgrond*).

Syarat-syarat diatas yang perlu (*noodzakelijk*) dan secara bersama merupakan syarat yang cukup (*veldoende*) untuk tanggung gugat berdasarkan Pasal 1465 BW. Dalam BW mengenai ganti rugi pada perbuatan dalam Pasal 1243 BW sampai Pasal 1252 BW terkait wanprestasi.

Ganti rugi dapat berupa ganti rugi, biaya, dan bunga. Selain ganti rugi tersebut, di BW juga menyebutkan pemberian ganti rugi terhadap hal-hal sebagai berikut:

1. Ganti rugi untuk perbuatan melanggar hukum (Pasal 1365 BW);
2. Ganti rugi untuk perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (Pasal 1366 BW);

---

<sup>24</sup> *Ibid*, hlm. 12

<sup>25</sup> J.H. Niuwenhuis, *Op.Cit*, hlm.131.

<sup>26</sup> *Ibid*, hlm. 129

<sup>27</sup> Munir Fuady, *Op. Cit*, hlm.12.

3. Ganti rugi untuk pemilik binatang (Pasal 1369 BW);
4. Ganti rugi untuk pemilik gedung yang ambruk (Pasal 1369 BW);
5. Ganti rugi untuk keluarga yang ditunggalkan oleh orang yang dibunuh (Pasal 1370 BW);
6. Ganti rugi karena orang telah luka atau cacat anggota badan (Pasal 1371 BW); dan
7. Ganti rugi karena tindakan penghinaan (Pasal 1372 dengan Pasal 1380 BW).<sup>28</sup>

Dalam ketentuan perbuatan melanggar hukum yang diatur dalam Pasal 1365 BW, membuka kemungkinan pengajuan berbagai gugatan, yaitu:<sup>29</sup>

- a. Ganti rugi  
Lazimnya diberikan dalam bentuk sejumlah uang, tetapi lain halnya dengan ganti rugi pada wanprestasi, kemungkinan ganti rugi dalam bentuk lain terbuka bagi debitor;
- b. Pernyataan hukum (*verklaring voor recht*)  
penggugat dapat menuntut pernyataan hukum bahwa suatu perbuatan tertentu melanggar hukum. Dalam hal ini, tidak isyaratkan telah ada perbuatan melanggar hukum dan tergugat bersalah atau telah diderita kerugian tetapi yang diperlukan adalah penggugat berkepentingan atas pernyataan hukum tersebut dan ada ancaman nyata bahwa tergugat akan melakukan perbuatan melanggar hukum; dan
- c. Perintah atau larangan hakim.

Atas permintaan penggugat, hakim dapat memerintahkan tergugat untuk mengakhiri keadaan melanggar hukum atau melarang ancaman melanggar hukum. Dalam hal ini, perintah ditujukan pada pelanggaran kewajiban untuk berbuat. Sedangkan larangan diajukan pada pelanggaran kewajiban untuk berbuat. Disini juga larangan itu dan memang ada ancaman nyata bahwa tergugat akan melakukan perbuatan melanggar hukum. Tuntutan ganti kerugian akibat perbuatan melanggar hukum dapat berupa ganti rugi materiil (ganti rugi yang nyata telah diderita) maupun ganti rugi immateriil (ganti rugi akibat kehilangan keuntungan yang akan diperoleh di kemudian hari).

## PENUTUP

### Kesimpulan

Tanggung Gugat banyak digunakan untuk untuk mengartikan *liability*, istilah lain yang sering dipergunakan adalah *Responsibility* dan *acuntability*. Ketiga istilah tersebut dalam penggunaannya dikaitkan dengan aspek kelahirannya, yaitu; a) *Liability* lahirnya dari asas negara hukum, b) *Responsibility* lahirnya dari asas demokrasi, c) *Acuntability* lahirnya berkaitan dengan good governance. Istilah *liability* lebih bermakna kepada aspek yuridis dikaitkan dengan pengadilan, sedangkan *Responsibility* lebih bermakna kepada aspek Politik, sedangkan *acuntability* lebih bermakna kepada sisi moral. Tanggung gugat Negara dan Pemerintah adalah berkaitan dengan pemberian perlindungan (*rechtbescherming*) kepada warga negara sebagai akibat dari penggunaan wewenang oleh organ Negara dan Pemerintahan yang dilaksanakan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara.

Secara teoritis, presiden atau Pemerintah memiliki dua kedudukan yaitu sebagai salah satu organ negara dan sebagai administrasi negara. Sebagai organ negara pemerintah bertindak untuk dan atas nama negara. Sedangkan sebagai administrasi negara, pemerintah dapat bertindak baik

<sup>28</sup> *Ibid*, hlm.135.

<sup>29</sup> J.H. Nieuwenhuis, Op. Cit, hlm.133

di lapangan pengaturan (*regelen*) maupun dalam lapangan pelayanan (*bestuuren*).<sup>30</sup> Demi menjamin dan memberikan landasan hukum bahwa perbuatan pemerintahan (*bestuurhendeling*) yang dilakukan oleh pemerintah sebagai suatu perbuatan yang sah (*legitimate* dan *justified*), dapat dipertanggungjawabkan (*accountable and responsible*) dan bertanggung jawab (*liable*), maka setiap perbuatan pemerintahan itu harus berdasarkan atas hukum yang adil, bermartabat dan demokratis

#### DAFTAR PUSTAKA

- Agus Yudha. 2010. *Teori-teori Tanggung Jawab Hukum dan Tanggung Gugat*. Program Studi Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Airlangga
- Analisis tentang Tanggung Gugat dalam Kontrak Pengadaan Barang dan jasa, diakses dari <http://fhukum.unpatti.ac.id/artikel/korupsi/253-analisis-tentang-tanggung-gugat-dalam-kontrak-pengadaan-barang-dan-jasa>
- Asser Rutten, 1975. *Verbinttensisenrecht, De verbintenit uit de wet*, Cetakan IV, Tjeenk Willink, Zwollen.
- Fuady, Munir. 2012. *Pengantar Hukum Bisnis: Menata Bisnis Modern di Era. Global*. Bandung : Citra Aditya Bakti
- Iskatrinah. 2004. *Pelaksanaan Fungsi Hukum Administrasi Negara dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Baik*. Jakarta: Litbang Pertahanan Indonesia, Balitbang Departemen Pertahanan
- J.H. Nieuwenhuis. Terjemahan Djasadin Saragih, 1985. *Pokok-Pokok Hukum. Perikatan*. Surabaya: Airlangga University Press
- Marthalena Pohan. 1985. *Tanggungjawab Advokat, Dokter, dan Notaris*. Surabaya: Bina Ilmu.
- Mas Ahmad Santosa. 1997. *Penerapan Asas Tanggungjawab Mutlak (Strict Liability) di Bidang Lingkungan Hidup*. Jakarta: ICEL.
- P.M. Hadjon, *Materi Kuliah S2 Konsentrasi Hukum Pemerintah*. Surabaya: Universitas Airlangga. 2009
- PM. Hadjon. 1987. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*. Surabaya: Bina Ilmu.
- Sri Soedewi Masjchoen Sofwan. 1980. *Hukum Perdata; Hukum Perutangan, Bagian B, Seksi Hukum Perdata*. Yogyakarta: Fakultas Hukum Univeriverstas Gajah Madha
- ST. Remy Sjahdeini dkk, Naskah Akademik Peraturan Perundang-undangan Tentang Perbuatan Melawan Hukum, Jakarta, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Depertemen Kehakiman RI, 1993/2994
- Tatiek Sri Djatmiati. 2010. *Tanggung Jawab Pribadi dan Tanggung Jawab Jabatan*. Jakarta: Penerbit Alumni Universitas Trisakti
- Winahyu Erwiningsih. 2006. Peranan Hukum Dalam Pertanggungjawaban Perbuatan Pemerintahan, *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 9, No. 2, FH UII Jogjakarta, 2006
- Wirjono Prodjodikoro. 2002. *Perbuatan Melanggar Hukum di Pandang Dari Sudut Hukum Perdata*. Bandung: Mandar Maju.
- Yohanes Sogar Simamora. 2010. *Kuliah Perbandingan Hukum Perdata*. Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum. Universitas Airlangga

---

<sup>30</sup> Iskatrinah, 2004, hlm. 2