

# BAB I PENDAHULUAN

## A. Latar Belakang Penelitian

Norma hukum secara umum dituangkan dalam salah satu dari empat kemungkinan bentuk, yaitu produk pengaturan (*regeling*), produk penetapan (*beschikking*), putusan hakim (*vonnis*), dan aturan kebijakan (*policy rules, beleidregel*).<sup>1</sup> Bentuk - bentuk norma hukum tersebut dapat dilihat pada umumnya bersifat tertulis berisi norma hukum yang mengakibatkan timbulnya hak-hak serta kewajiban-kewajiban tertentu pada tiap-tiap subyek hukum yang diatur atau ditentukan oleh produk hukum yang bersangkutan. Norma – norma yang merupakan hukum tersebut diciptakan atau dilahirkan sesuai dengan kewenangan yang dimiliki badan ataupun lembaga yang mengeluarkannya berdasarkan wewenang yang dimilinya.

Di samping itu tidak dapat dipungkiri bahwa pertumbuhan penduduk pada suatu negara menuntut Pemerintahnya untuk mampu menyediakan berbagai sarana dan pemenuhan hajat hidup bagi rakyatnya. Hal ini sangat dituntut sekali pada negara yang menganut paham “*welfare state*”, seperti halnya Negara Indonesia. Salah satu karakteristik konsep negara kesejahteraan adalah kewajiban Pemerintah untuk terlibat aktif dalam kehidupan masyarakat di negara (*staatsbemoeyenis*) guna mengupayakan terciptanya kesejahteraan umum (*bestuurszorg*).<sup>2</sup> Pemerintah memiliki kewajiban untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat (*public service*). Dengan adanya peranan “*public service*” ini, berarti Pemerintah tidak hanya dituntut untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan itu sendiri, tetapi Pemerintah juga memiliki hak dan kewajiban untuk menciptakan kaidah – kaidah hukum yang dimaksudkan guna mewujudkan tujuan peraturan perundang-undangan.

---

<sup>1</sup>Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Cetakan Pertama, Buku Kompas, Jakarta, 2010, hlm. 33.

<sup>2</sup>Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Rajawali Pers 2010, hlm. 10.

Keterkaitan hukum yang semakin aktif kedalam persoalan-persoalan yang menyangkut perubahan sosial, maka memunculkan permasalahan yang mengarahkan penggunaan hukum secara sadar serta aktif sebagai sarana untuk turut menyusun tata kehidupan yang baru pada masyarakat tersebut. Hal ini tampak dari segi pengaturan oleh hukum, baik dari aspek legitimasinya, maupun aspek keefektifan penerapannya.<sup>3</sup> Konsekwensi tersebut merupakan suatu hal yang wajar, karena negara hukum menempatkan peraturan perundang-undangan sebagai salah satu panduan dalam menyusun struktur kenegaraan dan menjalankannya dalam pemerintahan sehari-hari. Karena pemerintahan harus dijalankan dengan hukum, maka secara logis Pemerintah tidak dapat melakukan tindakan atau kegiatan yang menyimpang atau bahkan bertentangan dengan hukum. Implikasi lainnya Pemerintah tidak boleh membuat peraturan perundang-undangan atau keputusan tata usaha negara yang bertentangan dengan konstitusi atau undang-undang.<sup>4</sup>

Sementara secara vaktual dapat dilihat bahwa persoalan tentang kualitas dan kuantitas regulasi di Indonesia seringkali menjadi sorotan dari berbagai pihak, baik nasional ataupun internasional. Contohnya pada tahun 2012 *The Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) menerbitkan laporan kajian yang memaparkan mengenai Reformasi Regulasi Indonesia. Salah satu temuan dalam kajian itu diantaranya adalah tidak adanya pendekatan menyeluruh dalam membenahan peraturan perundang-undangan di Indonesia. “Indonesia does not, however, have an explicit ‘whole-of-government’ policy to ensure quality in regulation and regulatory management”.<sup>5</sup>

Beberapa dugaan permasalahan regulasi memiliki kesamaan dengan permasalahan yang

---

<sup>3</sup>Sunggono Bambang, *Hukum Dan Kebijakan Publik*, Sinar grafika, Jakarta, 1994, hlm. 1.

<sup>4</sup>Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia (Satu Kajian Teoritik)*, FH UII Press, 2004, hlm. 15.

<sup>5</sup>Yayasan Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia (YSHK), *Kajian Reformasi Regulasi di Indonesia: Pokok Permasalahan dan Strategi Penanganannya*, 2019, hlm. 7.

diungkapkan oleh Presiden Joko Widodo dengan mengambil sejumlah langkah untuk melakukan penyelesaian persoalan tersebut telah dilakukan oleh pemerintahan saat ini. Laporan 3 Tahun pemerintahan Joko Widodo yang diterbitkan pada Oktober 2017, salah satunya diantaranya menyebutkan capaian Paket Kebijakan Ekonomi I–XV terhadap sejumlah regulasi. Laporan itu menunjukkan terdapat 9 regulasi dicabut, 31 regulasi direvisi, 49 regulasi dibentuk, 35 regulasi digabung dan 89 regulasi mencabut peraturan lama. Sebelumnya pada Oktober 2016, Pemerintahan juga telah mengeluarkan paket kebijakan revitalisasi hukum. Tiga program yang direncanakan dalam kebijakan itu adalah: pertama, penataan regulasi; kedua, pembenahan kelembagaan; dan ketiga, pembangunan budaya hukum. Terkait program penataan regulasi, terdapat tiga sub program yang akan dijalankan, yaitu penguatan pembentukan peraturan perundang-undangan, revitalisasi evaluasi peraturan perundang-undangan, dan penataan pangkalan data (database) peraturan perundang-undangan.<sup>6</sup>

Dalam negara hukum kekuasaan Pemerintah dibatasi sedemikian rupa oleh hukum agar tidak dijalankan secara sewenang-wenang. Tradisi Anglo Saxon mengenal doktrin *ultra vires*, yakni Pemerintah tidak dapat bertindak di luar kekuasaan yang diberikan. Doktrin *ultra vires* menjadi prinsip utama dalam hukum administrasi yang menunjukkan betapa pentingnya hukum memberikan batasan bagi kekuasaan.<sup>7</sup>

Dalam perkembangannya penyelenggaraan pemerintahan yang berdasarkan pada asas kepastian hukum yang pada dasarnya didasarkan pada peraturan perundang-undangan, menemui beberapa hambatan dalam tataran implementasi khususnya dalam hal kesenjangan / jurang hukum (*legal gap*) antara peraturan perundang-undangan yang ada dengan realitas yang dihadapi

---

<sup>6</sup>*Ibid*

<sup>7</sup>Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2005, hlm. 124.

oleh Pemerintah.<sup>8</sup> Hal sebagaimana pendapat beberapa ahli dikarenakan pada hakikatnya tidak ada undang-undang yang sempurna, tentunya pasti di dalamnya ada kekurangan dan keterbatasannya. Tidak ada undang-undang yang lengkap, karena selengkap-lengkapnyanya atau sejelas-jelasnya dalam mengatur seluruh kegiatan manusia. Menurut Shidarta, hal ini disebabkan karena hukum positif sebagai suatu produk hukum selalu dipersepsikan memotret masyarakat dalam konteks penggalan waktu tertentu (*sinkronis*). Hasil potret ini memperlihatkan sistem hukum sebagai karya momentaris (*momentary legal system*). Di sisi lain, disadari atau tidak disadari masyarakat senantiasa berproses sedangkan produk hukum cenderung mengkristal.<sup>9</sup> Apakah negara hukum tidak memberikan celah bagi Pemerintah guna melakukan tindakan hukum atau membuat peraturan tanpa kewenangan yang diberikan? Dan bagaimana jika dalam keadaan terpaksa harus dilakukan tindakan hukum, berdampak hukum atau dikeluarkan suatu peraturan sedangkan tidak ada dasar hukum yang menjadi landasannya?

Guna mengatasi kondisi tersebut, Pemerintah mempunyai kewenangan bebas (*vrije bevoegdheid*) atau yang lazim disebut dengan *discretionary power* (diskresi).<sup>10</sup> Jika dianalisa

---

<sup>8</sup>Shidarta, *Pendekatan Hukum Progresif Dalam Mencairkan Kebekuan Produk Legislasi, dalam Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, Thafa Media, 2013, hlm 27.

<sup>9</sup>*Ibid.*

<sup>10</sup>Dari segi bahasa, diskresi (*discretion*) adalah kebijaksanaan, keleluasaan, penilaian, kebebasan untuk menentukan. *Discretionary* berarti kebebasan untuk menentukan atau memilih, terserah kepada kebijaksanaan seseorang. John M. Echols dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, 2006, hlm. 185.

Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Diskresi adalah Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Jika melihat definisi dari diskresi yang terdapat dalam Pasal 1 angka 9 UU Administrasi Pemerintahan, maka bentuk diskresi terbatas hanya pada keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Berdasarkan Pasal 1 angka 7 UU Administrasi Pemerintahan, yang dimaksud dengan keputusan adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Sedangkan mengacu pada Pasal 1 angka 8 UU Administrasi Pemerintahan, yang dimaksud dengan tindakan adalah

lebih jauh lagi bahwa dalam operasionalnya, diskresi merupakan salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak diluar ketentuan yang diatur oleh peraturan per Undang-undangan yang dilakukan oleh pejabat atau badan-badan administrasi negara guna melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. Adapun perwujudan dari diskresi yang sering digunakan dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan ialah berupa peraturan kebijakan (*beleidsregels*), yang mengatur hubungan tingkah laku warga masyarakat,

Adanya kewenangan bebas (*vrije bevoegdheid*) mempunyai konsekuensi sendiri di bidang perundang-undangan. Konsekwensi tersebut akan terjadi adanya penyerahan kekuasaan legislatif kepada Pemerintah, sehingga dalam keadaan tertentu dan/atau dalam porsi dan tingkat tertentu Pemerintah dapat mengeluarkan peraturan perundang-undangan (produk legislasi) tanpa persetujuan lebih dulu dari parlemen. Dengan adanya *freies ermessen* ini berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan pembentuk undang-undang dipindahkan ke dalam tangan pemerintah/ administrasi negara, sebagai badan eksekutif.<sup>11</sup>

Dalam kondisi demikian maka akan dapat menjadi penting sebagai panduan bagi Pemerintah atau pejabat pemerintah untuk mengambil tindakan. Sebagaimana sama halnya hakim yang tidak boleh menolak atau mengadili perkara dengan alasan tidak ada hukumnya, maka Pemerintah tidak dapat menolak mengambil tindakan dalam keadaan genting dengan alasan tidak ada dasar hukumnya. Produk hukum yang merupakan keluaran dari diskresi tersebut berupa peraturan kebijakan (*beleidsregels* atau *policy rules*). Secara teoritis Pemerintah bisa saja mengeluarkan suatu peraturan kebijakan dengan dasar diskresi namun bukan berarti tidak ada permasalahan secara teoritis pula di dalamnya. Namun, di satu sisi keaktifan Pemerintah dalam

---

perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.

<sup>11</sup>Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolak Ukur Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1997, hlm. 3.

mengupayakan kesejahteraan umum haruslah senantiasa berdasarkan pada Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik<sup>12</sup> (AAUPB) khususnya asas kepastian hukum, yakni asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan.<sup>13</sup>

Peraturan kebijakan (*beleidsregel*), lahir disebabkan peraturan perundangan yang hirarkinya lebih tinggi hanya mengatur hal-hal yang bersifat pokok, sehingga untuk melaksanakan peraturan tersebut diperlukan penjabaran lebih lanjut baik secara teknis ataupun administrative sehingga di sinilah diperlukan ruang untuk peraturan kebijakan. Selain itu juga peraturan kebijakan (*beleidsregel*) dapat pula mengisi kekosongan hukum dalam keadaan darurat dan mendesak agar sesuai dengan kepentingan dan kebutuhan masyarakat. Alasan yang membenarkan penggunaan dan penetapan peraturan kebijakan (*beleidsregel*) oleh Pemerintah terletak pada ruang pertembingan (*beoordelingsruimte*) yang diberikan oleh pembentuk undang-undang kepada pejabat Pemerintahan untuk mengambil inisiatif sendiri dalam mengambil suatu tindakan hukum publik yang bersifat pengaturan, penetapan maupun tindakan nyata yang positif dalam hal penyelesaian masalah dalam penyelenggaraan Pemerintahan.<sup>14</sup>

Lahirnya atau dipergunakannya peraturan kebijakan dalam mengatur tindakan serta hak dan kewajiban tidak dapat dilepaskan dengan kewenangan bebas (*vrije bevoegheid*) yang dimiliki oleh pejabat atau badan badan Administrasi Negara yang merupakan salah satu sarana yang dapat memberikan ruang gerak untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya

---

<sup>12</sup>Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*, Raja Grafindo Persada, 2011, hlm. 19. AAUPB meliputi: asas kepastian hukum, asas kemanfaatan, asas ketidak berpihakan, asas kecermatan, asas tidak menyalahgunakan kewenangan, asas keterbukaan, asas kepentingan umum dan asas pelayanan yang baik. Asas-asas umum lainnya di luar AAUPB tersebut dapat diterapkan sepanjang dijadikan dasar penilaian hakim yang tertuang dalam putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap. (Pasal 10 ayat (1) dan ayat (2) Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

<sup>13</sup>Jazim Hamidi, *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak (AAUPB) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, Citra Aditya Bakti, 1999, hlm. 24.

<sup>14</sup>Ilmar Aminuddin, *Hukum Tata Pemerintahan*, Citra Aditya Bakti, 2014, hlm. 24.

pada undang-undang. Namun perlu juga untuk dapat dipahami bahwa diskresi hadir bukan sebagai penentang asas legalitas. Akan tetapi diskresi ini hadir merupakan sebagai pelengkap atau mengisi kekosongan dari asas legalitas untuk penyelenggaraan Negara. Asas ini akan memberikan ruang gerak yang luas bagi Pemerintah dalam hal mengeluarkan suatu kebijakan selama kebijakan tersebut berdampak baik bagi kesejahteraan warga masyarakat.

Secara teoritis, dapat dipahami bahwa ilmu hukum administrasi mengenal konsep yang dinamakan peraturan kebijakan sebagai produk hukum dari diskresi. Namun harus dipahami bahwa peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan, sehingga implikasi mengikatnya tidak sama dengan peraturan per undang-undangan. Namun pada praktiknya, sebenarnya kekuatan mengikat peraturan kebijakan telah mengalami perluasan. Peraturan kebijakan, menurut Bagir Manan, tidak secara langsung mengikat secara hukum walaupun tetap mengandung relevansi hukum. Kekuatan mengikatnya hanya bagi badan atau pejabat administrasi negara sendiri. Meskipun ketentuan dalam peraturan kebijakan seringkali biasanya akan menyangkut masyarakat umum secara tidak langsung. Sebagai contoh klasik adalah suatu Juklak pelaksanaan tender. Dapat diketahui bahwa petunjuk pelaksanaan atau juklak tersebut, hanya berisi ketentuan tata cara administrasi negara dalam menyelenggarakan tender. Tetapi ketentuan-ketentuan tersebut secara tidak langsung akan terkait dengan calon peserta tender.<sup>15</sup>

Peserta tender meskipun bukan merupakan bawahan dari Pejabat Negara yang mengeluarkan peraturan kebijakan, tetapi ketika mengikuti tender tersebut akan terikat dengan aturan dan konsekuensi dari peraturan kebijakan yang dikeluarkan. Tindakan dan persyaratan yang diberikan peserta tender tidak akan dianggap benar, apabila persyaratan yang disediakan tidak sesuai dengan surat edaran yang dikeluarkan.

---

<sup>15</sup>Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, 1997, hlm. 170.

Saat ini sering sekali dalam praktik dalam pemerintahan menunjukkan bahwa berbagai bentuk peraturan kebijakan digunakan dalam penyelenggaraan Pemerintahan. Namun berbagai bentuk peraturan kebijakan tersebut tidak diatur kedudukannya sebagai peraturan kebijakan. Menurut Jimly Asshiddiqie, dalam praktiknya di Indonesia, peraturan kebijakan dapat dibuat dalam bentuk-bentuk seperti:<sup>16</sup>

- a. Surat edaran, contoh: Surat Edaran Bank Indonesia;
- b. Surat perintah atau instruksi, contoh: Instruksi Presiden;
- c. Pedoman Kerja atau Manual;
- d. Petunjuk Pelaksanaan (Juklak);
- e. Petunjuk Teknis (Juknis);
- f. Buku Panduan atau *.guide.* (*guidance*);
- g. Kerangka Acuan atau *Term of Reference* (TOR);
- h. Desain Kerja atau Desain Proyek (*Project Design*).

Selain bentuk-bentuk yang dikemukakan Jimly Asshiddiqie, Bagir Manan juga memberikan contoh bentuk peraturan kebijakan yang pernah digunakan dalam administrasi pemerintahan. Beberapa bentuk tersebut antara lain:<sup>17</sup>

1. Peraturan kebijakan yang berbentuk peraturan.

Sebagai contoh peraturan kebijakan yang berbentuk peraturan adalah Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 4 Tahun 1976 tentang Tata Cara Pelaksanaan Penyerahan Urusan-urusan dari Daerah Tingkat I kepada Daerah Tingkat II.

2. Peraturan kebijakan yang berbentuk keputusan.

---

<sup>16</sup>Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Rajawali Pers, 2010, hlm. 274.

<sup>17</sup>Bagir Manan, *Peraturan Kebijakan*, Varia Peradilan, 2008, Volume 1, hlm. 16.

Peraturan kebijakan yang berbentuk keputusan bukanlah KTUN. Sifat substansinya berbeda dengan KTUN yang bersifat konkret, individual, dan final. Contoh peraturan kebijakan berbentuk keputusan adalah Keputusan Presiden Nomor 29 Tahun 1984 tentang Pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara.

### 3. Surat Edaran.

Administrasi negara sebagai pelaksana suatu kebijakan tidak dapat begitu saja mengenyampingkan surat edaran. Karena, walaupun surat edaran bukan merupakan suatu ketentuan hukum tetapi merupakan manifestasi dari kebebasan bertindak yang melekat pada administrasi negara. Dalam administrasi negara juga berlaku asas mematuhi keputusan sendiri dan menjalankan dengan sungguh-sungguh kebijakan yang ditetapkan secara hirarkis dalam lingkungan administrasi negara yang bersangkutan.

### 4. Instruksi.

Instruksi merupakan suatu bentuk keputusan yang bersifat hirarkis, berlaku bagi jajaran administrasi negara di bawah pembuat instruksi. Berdasarkan isinya, terdapat instruksi yang merupakan peraturan kebijakan dan ada juga yang bukan peraturan kebijakan. Instruksi tentang kebijakan konkret tertentu (khusus) tidak dapat dimasukkan sebagai peraturan kebijakan. Instruksi untuk melaksanakan tugas tertentu bukanlah peraturan kebijakan. Instruksi akan menjadi peraturan kebijakan jika disertai dengan ketentuan yang bersifat umum.

### 5. Pengumuman tertulis.

Sekitar tahun 1945-1949 cukup banyak dijumpai berbagai macam pengumuman atau maklumat. Tetapi maklumat yang ditetapkan pada waktu itu tidak selalu bersifat peraturan kebijakan. Perlu dibedakan kedudukan Presiden dan Wakil Presiden saat membuat pengumuman atau maklumat, apakah sebagai administrasi negara atau pemegang kekuasaan negara. Maklumat Nomor X Tahun 1945 (16 Oktober 1945), menurut Bagir Manan, harus dipahami sebagai keputusan negara bukan administrasi negara. Pengumuman sebagai peraturan kebijakan juga harus berbentuk tertulis dan bersifat umum.

Praktik administrasi pemerintahan di Inggris bahkan menunjukkan berbagai variasi bentuk peraturan kebijakan yang digunakan, yaitu:<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup>Yuniar Kurniawaty, *Penggunaan Diskresi Dalam Pembentukan Produk Hukum*, Jurnal Legislasi Indonesia, Vol. 13 NO. 01 - Maret 2016

1. *Procedural rules*; yaitu aturan yang memberikan panduan prosedur bagi pemohon dalam mengajukan permohonan.
2. *Interpretative guides*; aturan yang menjelaskan bagaimana seharusnya aturan hukum yang lebih tinggi ditafsirkan dan dilaksanakan.
3. *Instructions to officials*; aturan yang berisi instruksi bagi bawahan dari pejabat yang mengeluarkan peraturan kebijakan tersebut.
4. *Prescriptive/evidential rules*; yang lebih menitik beratkan perspektif posisi aturan tersebut sebagai alat bukti dalam mengukur tindakan pejabat administrasi. Oleh karena itu, bentuk atau jenis peraturan kebijakan ini lebih dilihat dari kemanfaatannya dalam aspek tanggung gugat pemerintah.
5. *Commendatory rules*; umumnya dan utamanya aturan ini berisi rekomendasi untuk melakukan suatu tindakan.
6. *Voluntary codes*; merupakan aturan yang diciptakan sebagai kode etik untuk dipatuhi di internal organisasi.
7. *Rules of practice, management, or operation*; salah satu contoh peraturan kebijakan jenis ini adalah peraturan kebijakan yang meringankan pajak jika wajib pajak memenuhi syarat tertentu atau melakukan tindakan-tindakan tertentu yang diinginkan oleh pemerintah.
8. *Consultative devices and administrative pronouncements*; jenis atau bentuk peraturan kebijakan ini menyerap bentuk peraturan kebijakan yang tidak termasuk ke dalam bentuk-bentuk peraturan kebijakan lainnya tetapi memiliki signifikansi terhadap kasus-kasus individual.

Sejalan dengan asas persyaratan sebagai Negara Hukum maka setiap tindakan dalam penyelenggaraan administrasi Negara harus berlandaskan pada hukum atau dikenal dengan asas legalitas. Disamping itu Pemerintah juga harus melindungi dan menjamin hak warga Negara sesuai dengan hukum. Sehingga dengan adanya diskresi bagi pelaksana administrasi Negara dalam melaksanakan tugas-tugas, maka tidak dapat dipungkiri sewaktu-waktu bisa saja akan terjadi kemungkinan dalam pelaksanaan administrasi Negara tersebut, pejabat administrasi Negara melaksanakan perbuatan yang menyimpang dari peraturan yang berlaku, sehingga hal tersebut dapat saja menimbulkan kerugian bagi warga masyarakat. Dampak terhadap pelaksanaan dan penggunaan peraturan kebijakan tersebut kemudian yang menjadi perhatian

publik yaitu penyalahgunaan wewenang diskresi tersebut melalui peraturan kebijakan yang dikeluarkan oleh Pemerintah atau Pejabat Tata Usaha Negara.

Dibuatnya atau dilahirkannya suatu peraturan kebijakan yang merupakan konsekuensi dari kewenangan bebas yang dimiliki oleh Pemerintah (*diskresi*). Pemerintah dalam menjalankan fungsi-fungsi Pemerintahannya diwajibkan untuk dapat memberikan pelayanan atau menjalankan proses administrasi pemerintahan, sementara peraturan perundang-undangan bisa saja tidak mengatur secara kongkrit. Peraturan kebijakan tidak lain dari penggunaan diskresi dalam wujud tertulis. Secara normatif, seperti di Belanda negara yang merupakan peletak dasar konsep administratif di Indonesia, peraturan kebijakan dapat diartikan sebagai “*een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegheid van een bestuursorgaan*” (suatu keputusan yang ditetapkan sebagai peraturan umum, bukan merupakan suatu peraturan tertulis yang mengikat umum, berkenaan dengan pertimbangan berbagai kepentingan, penetapan fakta-fakta atau penjelasan peraturan tertulis mengenai penggunaan wewenang organ pemerintah).<sup>19</sup>

Mengacu pada hukum positif di Indonesia, sebagai dasar hukum penggunaan asas *discretionary power* dalam hal mengeluarkan peraturan kebijakan dapat dijumpai pada Pembukaan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 alinea ke IV, dimana salah satu tujuan Negara Indonesia adalah untuk memajukan kesejahteraan umum. Untuk pengaturan tentang diskresi lebih khusus akan diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

Dalam undang-undang tentang Administrasi Pemerintahan memang tidak disebutkan secara

---

<sup>19</sup>Putu Eka Pitriyantini, *Peraturan Kebijakan Yang Menimbulkan Kerugian Keuangan Negara Sebagai Unsur Tindak Pidana Korupsi*, Jurnal Komunikasi Hukum (JKH) Universitas Pendidikan Ganesha, Vol. 5 No. 2, Agustus 2019.

eksplisit mengenai definisi dari peraturan kebijakan. Namun, jika mengacu pada pendapat Bagir Manan yang menyatakan bahwa peraturan kebijakan (*beleidsregel, pseudowetgeving, policy rules*) yaitu peraturan yang dibuat (baik kewenangan maupun materi muatannya) tidak berdasar pada peraturan perundang-undangan, delegasi atau mandat, melainkan berdasarkan wewenang yang timbul diskresi, maka pembentukan dan pelaksanaan peraturan kebijakan harus memperhatikan definisi, lingkup, persyaratan, prosedur dan akibat hukum dari diskresi sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.<sup>20</sup> Mengacu kepada Pasal 24 Undang-Undang ini, persyaratan pembentukan diskresi antara lain:

1. Sesuai dengan tujuan diskresi.<sup>21</sup>
2. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
3. Sesuai dengan AUPB;
4. Berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
5. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
6. Dilakukan dengan iktikad baik.

Jadi diskresi tidak hanya berupa keputusan tetapi dapat juga berupa tindakan atau keputusan yang disertai dengan tindakan. Tindakan dalam konteks ini dimaknai Undang-undang Administrasi Pemerintahan sebagai perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka

---

<sup>20</sup>Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia (Satu Kajian Teoritik)*, FH UII Press, 2004, Hlm. 15.

<sup>21</sup>tujuan Diskresi menurut Pasal 22 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah; a. melancarkan penyelenggaraan pemerintahan; b. mengisi kekosongan hukum; c. memberikan kepastian hukum; dan d. mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

penyelenggaraan pemerintahan (Pasal 1 angka 8). Dengan demikian dapat dipahami bahwa diskresi dapat memiliki 2 (dua) bentuk. Pertama, keputusan tata usaha negara. Kedua, tindakan nyata pemerintahan atau yang dikonsepsikan oleh Philipus M. Hadjon, sebagai perbuatan pemerintah yang berdasarkan fakta atau perbuatan yang bukan perbuatan hukum atau perbuatan tanpa akibat yang diatur oleh hukum.<sup>22</sup> Oleh sebab itu, jika dilihat pada definisi yang disebutkan pada Undang-undang Administrasi Pemerintahan, diskresi juga berupa tindakan faktual yang tidak memiliki akibat hukum.

Suatu konsep diskresi yang penting adalah ketika diskresi digunakan dalam pemerintahan maka akan berlaku perlindungan hukum kepada badan/pejabat yang bersangkutan. Perlindungan hukum bagi badan/pejabat yang melakukan diskresi adalah jaminan imunitas dari tindakan *judicial review* oleh hakim. Hal ini dapat juga dikenal dengan adagium kebijakan tidak dapat diadili. Dalam hukum tata negara atau hukum administrasi Amerika Serikat, isu pengujian terhadap kebijakan termasuk dalam kategori *political question* atau *nonjusticiable issue* yaitu pengadilan akan menahan diri untuk tidak melakukan intervensi (*selfrestraint*) atas kekuasaan pemerintah yang sifatnya sangat teknis. Menurut Cass R. Sunstein, sebagaimana dikutip Darumurti, dasar pertimbangan pengadilan untuk tidak melakukan intervensi terhadap tindakan diskresi pemerintah adalah argumen pragmatisme, yaitu *judges lack expertise and they are not politically accountable*.<sup>23</sup>

Berdasarkan kajian tersebut jika diskresi timbul karena tidak adanya pengaturan maka seharusnya bentuk dari diskresi tidak dapat berupa peraturan perundang-undangan. Pasal 8 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-

---

<sup>22</sup>Philipus M.Hadjon, *Pengertian Dasar tentang Tindak Pemerintahan*, Djumali, 1985, hlm. 45.

<sup>23</sup>Krishna D. Darumurti, *Kekuasaan Diskresi Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, 2012, hlm. 57

undangan<sup>24</sup> menyatakan bahwa peraturan yang tidak termasuk dalam hirarki peraturan perundang-undangan (Pasal 7 ayat (1)) mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.<sup>25</sup> Oleh karena itu, misalnya, Peraturan Bupati yang dibentuk atas dasar diskresi (tanpa adanya atribusi atau delegasi atau mandat) seharusnya tidak dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan. Lalu dikategorikan sebagai apakah produk hukum dari diskresi tersebut?

Sementara diketahui bahwa pada undang-undang Administrasi Pemerintahan hanya memasukkan KTUN dan tindakan faktual pemerintah sebagai bentuk diskresi, walaupun dapat dipahami bahwa tindakan faktual pada hakikatnya tidak dapat dikategorikan sebagai produk hukum pemerintah karena tidak menimbulkan akibat hukum. KTUN sebagai produk hukum dari diskresi berimplikasi pada sifat diskresi. Dengan demikian diskresi karena, misalnya, kekosongan hukum hanya dapat dibentuk dalam KTUN yang sifatnya konkrit, individual, dan final. Padahal diskresi juga harus diikuti dengan produk hukum yang bersifat umum dan abstrak karena implikasi kekosongan hukum bersifat umum, bukan individual.<sup>26</sup>

Dalam praktiknya pemerintah dalam melaksanakan kegiatannya seringkali menggunakan peraturan kebijakan sebagai dasar hukum dalam pelaksanaan kebijakan. Peraturan kebijakan yang dibuat oleh pemerintah bentuknya bukan berupa salah satu jenis peraturan perundang-undangan yang dikenal dalam Pasal 7 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011. Namun dapat dilihat dalam praktik seringkali peraturan kebijakan memiliki kekuatan mengikat yang sama dengan peraturan perundang-undangan. Peraturan kebijakan memiliki substansi dan kekuatan

---

<sup>24</sup>Telah diubah dengan Undang-undang Nomor 15 Tahun 2019 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

<sup>25</sup>*Ibid.*

<sup>26</sup>*Ibid.*

mengikat yang tidak berbeda dengan peraturan perundang-undangan, tetapi arus besar pemikiran hukum tidak mengkategorikan peraturan kebijakan sebagai peraturan perundang-undangan.<sup>27</sup>

Padahal, menurut Philipus M. Hadjon, peraturan kebijakan jika dilihat dari bentuk dan formatnya seringkali sama dengan peraturan perundang-undangan, lengkap dengan pembukaan berupa konsideran menimbang, dasar hukum mengingat, batang tubuh berupa pasal-pasal, bagian, bab, serta penutup yang serupa dengan peraturan perundang-undangan. Praktik tersebut menunjukkan bahwa belum terdapat kejelasan tentang format dan substansi peraturan kebijakan. Peraturan kebijakan disebut bukanlah peraturan perundang-undangan tetapi dalam fakta sifat substansinya seringkali merupakan norma pengaturan untuk umum yang seharusnya diatur melalui peraturan perundang-undangan. Kondisi seperti ini dalam praktiknya tentu dapat menimbulkan ketidakpastian hukum, terutama dalam hal kekuatan mengikatnya. Oleh karena itu seharusnya peraturan kebijakan diatur dalam Undang-Undang untuk mencegah penggunaan peraturan kebijakan secara sewenang-wenang.<sup>28</sup>

Menurut Abdul Latief, kebutuhan untuk melakukan uji material peraturan kebijakan didasarkan pada dua alasan. Pertama, masyarakat mengharapkan adanya jaminan perlindungan hukum dari tindakan badan atau pejabat pemerintah. Sebaliknya bagi badan atau pejabat pemerintah uji material tersebut menjadi batasan atau dasar untuk bertindak secara bebas dalam membentuk peraturan kebijakan. Alasan kedua adalah alasan teoritis yang didorong oleh perkembangan hukum administrasi, khususnya konsep *besluit* (keputusan) yang mendapat pengertian baru dan luas serta merupakan instrumen utama dalam penyelenggaraan pemerintahan

---

<sup>27</sup>Victor Imanuel W. Nalle, *Kedudukan Peraturan Kebijakan Dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan*, Jurnal Refleksi Hukum Volume 1 Nomor 10 Tahun 2019.

<sup>28</sup>Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, 1993, hlm. 152.

suatu negara hukum.<sup>29</sup> Sampai sekarang masih belum terdapat kebulatan pendapat dari para ahli hukum Indonesia tentang pengujian peraturan kebijakan. Bagir Manan berpendapat bahwa suatu peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara hukum (*wetmatigheid*) karena peraturan kebijakan tidak didasarkan pada peraturan perundang-undangan. Selain itu peraturan kebijakan itu sendiri bukanlah peraturan perundang-undangan.<sup>30</sup> Philipus Hadjon menyatakan bahwa pengujian langsung terhadap peraturan kebijakan tidaklah perlu dilakukan. Pertanyaannya, apakah ada lembaga peradilan yang berwenang untuk melakukan *judicial review* terhadap peraturan kebijakan? Dalam sistem hukum Indonesia terdapat dua lembaga peradilan yang memiliki kewenangan untuk melakukan *judicial review*.<sup>31</sup>

Mahkamah Konstitusi adalah salah satu lembaga yang berwenang untuk melakukan pengujian tersebut, tetapi jika dikaitkan dengan untuk pengujian peraturan kebijakan maka Mahkamah Konstitusi tidak memiliki kewenangan. Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Mahkamah Konstitusi hanyalah memiliki kewenangan dalam rangka menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Disamping Mahkamah Konstitusi, lembaga peradilan lainnya yang berwenang dalam melakukan *judicial review* adalah Mahkamah Agung. Kewenangan Mahkamah Agung dalam *judicial review* merupakan kewenangan yang diperoleh berdasarkan atributif yang dinyatakan secara tegas dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI 1945: “Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.” Peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, yang

---

<sup>29</sup>Abdul Latief, *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*, UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm. 21.

<sup>30</sup>Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1997, hlm. 11.

<sup>31</sup>Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia: Sebuah Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*, Penerbit Peradaban Surabaya, 2007, hlm. 23.

dimaksud dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI 1945, telah diatur jenis dan hirarkinya dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011. Berdasarkan hirarki dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011, peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang meliputi:

- a. Peraturan Pemerintah;
- b. Peraturan Presiden;
- c. Peraturan Daerah Provinsi;
- d. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Jenis-jenis peraturan disamping yang disebutkan pada uraian di atas, maka terdapat pula jenis peraturan perundang-undangan lainnya yang berada di bawah undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011. Jenisnya meliputi (dengan tidak menyebut nama nomenklturnya) peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat. Pasal 8 ayat (2) memberikan batasan peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh pejabat/lembaga tersebut dapat diakui keberadaannya, yaitu pembentukannya diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan. Berdasarkan batasan yang diberikan oleh Pasal 8 ayat (2) tersebut, peraturan kebijakan dengan bentuk surat edaran, instruksi, dan peraturan-peraturan lain yang menggunakan nomenklatur peraturan

kebijakan tidak dapat diuji oleh MA karena bukan peraturan perundang-undangan.<sup>32</sup>

Mengutip pendapat yang dikemukakan oleh Zainal Arifin Hoesein, bahwa kewenangan Mahkamah Agung diatur dalam Pasal 24 A ayat (1) UUD NRI 1945 menegaskan bahwa Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh Undang-undang. Kewenangan dimaksud dalam Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 salah satunya diatur dalam Undang-undang Nomor 3 Tahun 2009 jo Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 pada intinya terdiri dari:

1. Kewenangan di bidang yustisia di mana yang diatur dalam Pasal 28 ayat (1);
2. Melakukan pengawasan;
3. Fungsi memberikan nasihat dan pertimbangan hukum;
4. Fungsi dan kewenangan menguji materil, hak menguji materil (*judicial review*) diatur dalam Pasal 31 ayat (1), (2), (3) Undang-undang Nomor 5 Tahun 2009 jo Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 jo. Pasal 26 ayat (1-2) Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 jo. Pasal 11 Ketetapan MPR Nomor III/MPR/1978.<sup>33</sup>

Dalam praktik dalam melakukan uji materil (*judicial review*) pada Mahkamah Agung selama ini telah banyak norma hukum berbentuk peraturan kebijakan yang telah dilakukan pengujian. Salah satunya yang paling mendapat perhatian misalnya sengketa hak uji materil Bupati Kutai Timur, Isran Noor terhadap Surat Edaran Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral pada tanggal 9 Desember 2009. Mahkamah Agung dalam putusannya kemudian menerima dan mengabulkan permohonan keberatan Bupati Kutai Timur Ir. H. Isran Noor M, Si terhadap Surat

---

<sup>32</sup>Hotma P. Sibuea, *Asas-Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*, Erlangga, Jakarta, 2010, hlm. 70

<sup>33</sup>Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review di Mahkamah Agung Republik Indonesia Tiga Dekade Pengujian peraturan Perundang-Undangan*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009, hlm. 100.

Edaran Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral No. 03.E/31/DJB/2009 tanggal 30 Januari 2009, tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara sebelum terbitnya peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (SE PPMB). Bupati Kutai Timur dalam permohonannya berkeberatan dengan Materi SE PPMB.<sup>34</sup>

Berdasarkan permohonan Bupati Kutai Timur tersebut, Majelis Hakim Mahkamah Agung mengabulkan dengan menyatakan bahwa SE PPMB tersebut bertentangan dengan ketentuan yang berlaku dan lebih tinggi *in casu* UU PMB khususnya Pasal 8 ayat (1) huruf b dan Pasal 173 ayat (2) yang terkait tentang kewenangan Bupati dalam pemberian Izin Usaha Pertambangan (IUP) dan Izin Pertambangan Rakyat (IPR) sehingga SE PPMB tidak sah dan tidak berlaku umum serta memerintahkan kepada Pejabat *a quo* (Menteri ESDM) untuk membatalkan dan mencabut SE PPMB tersebut. Mahkamah Agung dalam pertimbangan hukumnya menyatakan berikut ini:<sup>35</sup>

“...Bahwa obyek keberatan Hak Uji Materil berupa Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor: 03.E/31/DJB/2009 walaupun tidak termasuk urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, akan tetapi berdasarkan penjelasan Pasal 7 tersebut dapat digolongkan sebagai bentuk peraturan-undangan yang sah, sehingga tunduk pada ketentuan tata urutan dimana peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi (asas *lex superior derogat legi inferiori*).<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup>Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat pertama dan terakhir perkara permohonan keberatan Hak Uji Materil dalam *Ir. H. Isran Noor M, Si (Bupati Kutai Timur) v. Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral*, Nomor 23 P/HUM/2009. hlm. 2. Diputuskan dalam rapat permusyawaratan Mahkamah Agung pada hari Rabu, tanggal 9 Desember 2009 oleh Prof. DR. H. Ahmad Sukardja, S.H., Hakim Agung yang ditetapkan oleh Ketua Mahkamah Agung sebagai Ketua Majelis, H. Imam Soebechi, S.H., M.H., dan Marina Sidabutar, S.H., M.H., Hakim-Hakim Agung sebagai Anggota.

<sup>35</sup>*Ibid.*

<sup>36</sup>Menurut majelis yang mengadili dan memutus perkara ini, walaupun SE tidak termasuk dalam peraturan perundang-undangan, tetapi berdasarkan Penjelasan Pasal 7 UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, SE dapat dikategorikan sebagai bentuk peraturan perundang-undangan yang sah, sehingga tunduk pada tata urutan peraturan perundang-undangan.

Disamping itu terdapat juga adanya gugatan yang memiliki pertimbangan yang berbeda, yang menyatakan kewenangan Mahkamah Agung hanya menguji peraturan perundang-undangan di bawah Undang-undang terhadap Undang-undang sesuai dengan ketentuan Pasal 31 ayat (1) [UU Mahkamah Agung](#) *juncto* Pasal 1 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materil. Namun dalam pemberian keputusan Mahkamah Agung diputusan lain, Mahkamah Agung tidak mengabulkan permohonan pengujian Surat Edaran. Sebagai contoh dalam pengujian yang diuji oleh majelis Hakim Mahkamah Agung beranggotakan H Yulius, Yosran dan Irfan Fachruddin yang menyatakan bahwa [Surat Edaran](#) (SE) bukanlah objek hak uji materil. Karena itu, Majelis memutuskan menolak permohonan yang diajukan oleh seorang warga Nganjuk Jawa Timur terhadap Surat Edaran Bupati Nganjuk Nomor 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa.<sup>37</sup>

Sebagaimana tertuang pada putusan Nomor 48P/HUM/2016 yang salinannya [sudah dipublikasikan](#) Mahkamah Agung, majelis menilai Surat Edaran objek hak uji materil hanya masuk kriteria keputusan administrasi negara yang bersifat umum dengan bentuk atau karakteristik yang *addressat*-nya tidak ditujukan kepada semua orang, melainkan hanya ditujukan kepada Camat se-Kabupaten Nganjuk. Sehingga keputusan Bupati tersebut tidak tepat apabila dikategorikan sebagai *regeling* dalam arti peraturan perundang-undangan. Oleh karena objek hak uji materil Surat Edaran Bupati Nganjuk bukan merupakan peraturan perundang-undangan. Maka menurut majelis, Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian. Konsekuensinya, ‘permohonan keberatan hak uji materil dari Pemohon tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima’. Putusan ini diambil dan dibacakan pada tanggal

---

<sup>37</sup> <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt58f4255c93fc1/putusan-ma--surat-edaran-bukan-objek-hak-uji-materiil/> diakses tanggal 1 Juli 2021.

24 Januari 2017.<sup>38</sup>

Dibatasiya lingkup diskresi pada Undang-undang Administrasi Pemerintahan hanya pada keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 9 Undang-undang Administrasi Pemerintahan berdampak pada ketiadaan regulasi (kekosongan hukum), yang mengatur mengenai pembentukan peraturan kebijakan.<sup>39</sup>

## B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah, dapat dirumuskan masalah penelitian sebagai berikut:

1. Bagaimana kedudukan Peraturan Kebijakan dalam perspektif peraturan perundang-undangan?
2. Bagaimana dasar bertindak Pemerintah untuk menerbitkan Peraturan Kebijakan dalam menjalankan administrasi Pemerintahan?
3. Bagaimana pengujian yang dilakukan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia untuk membatalkan Peraturan Kebijakan?

## C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian yang dilakukan adalah bersifat deskriptif analitis yaitu dengan

---

<sup>38</sup>*Ibid.*

<sup>39</sup>Dalam praktiknya edaran ke seluruh jajarannya di seluruh Indonesia. Sekalipun surat edaran itu, misalnya bertentangan dengan undang-undang, biasanya, para pejabat di daerah lebih taat dan takut kepada surat edaran daripada kepada undang-undang. Biasanya, undang-undang terlalu tebal untuk dibaca, sehingga surat edaran itulah yang berperan lebih efektif sebagai aturan dan pedoman kerja yang dianggap mengikat. Lihat selengkapnya di Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Kompas, 2010, hlm. 34.

memberikan masalah hukum sebagaimana disebutkan dalam permasalahan tersebut di atas dan berusaha memahami secara lebih mendalam dengan kajian-kajian terhadap permasalahan permasalahan dimaksud serta hal-hal yang melatar belakangi munculnya masalah hukum itu, sehingga diharapkan hasil kajian ini akan melahirkan pemikiran prospektif dalam kerangka pembaharuan hukum yang berkaitan dengan masalah hukum yang menjadi fokus penelitian.

Berdasarkan beberapa rumusan masalah penelitian yang telah dikemukakan diatas, maka yang menjadi tujuan dari penelitian ini adalah dalam rangka untuk mengetahui, menganalisis, dan menjelaskan:

1. Kedudukan Peraturan Kebijakan dalam perspektif peraturan perundang-undangan.
2. Dasar bertindak Pemerintah untuk menerbitkan Peraturan Kebijakan dalam menjalankan administrasi Pemerintahan.
3. Pengujian yang dilakukan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia untuk membatalkan Peraturan Kebijakan.

#### **D. Manfaat Penelitian**

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat secara teoritis maupun praktis.

##### **1. Manfaat Teoritis**

Dalam melakukan penelitian ini diharapkan temuan dari penelitian ini, secara teoritis dapat memberikan sumbangan pengetahuan baru bagi pengembangan Ilmu Hukum, khususnya Hukum administrasi Pemerintahan. Lebih jauh lagi, dapat menjadikan secara teoritis diharapkan menambah informasi atau wawasan serta memberikan masukan bagi berkembangnya kajian



dalam ilmu hukum, terutama mengenai pengujian peraturan kebijakan menurut regulasi administrasi Pemerintahan.

## 2. Manfaat Praktis

Disampin itu secara praktis penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat untuk memberikan kontribusi dan informasi pemikiran dan pertimbangan bagi praktisi dan legislator di lembaga Pemerintahan, dalam menentukan kebijakan di bidang Peraturan Kebijakan, sehingga nantinya dapat diharapkan untuk dapat lebih menekankan pada perbaikan dan penerapan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB).

## E. Keaslian Penelitian

Sampai sejauh ini, belum ditemukan adanya penelitian yang mengkaji secara khusus menyangkut masalah pengujian peraturan kebijakan menurut regulasi administrasi pemerintahan. Namun demikian, sekedar sebagai perbandingan, dibawah ini dijelaskan beberapa disertasi yang mengkaji permasalahan yang tidak jauh berbeda dengan judul usulan penelitian ini.

1. **Ridwan** Menulis disertasi pada tahun 2013 bertajuk “Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia” yang telah diterbitkan menjadi buku tahun 2014 dengan Judul “Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah”. Konklusi dari Disertasi ini secara garis besar antara lain: dalam penyelenggaraan pemerintahan tanggung jawab jabatan dan tanggung gugat pada dasarnya melekat pada jabatan karena didasarkan pada wewenang dan wewenang itu melekat pada jabatan (*inherent aan het bestuur*), sesuai dengan asas *geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid*. Asas ini juga berlaku dalam penggunaan diskresi karena diskresi hakikatnya adalah kewenangan yakni kewenangan bebas (*vrij bevoegdheid*). Pejabat

dibebaskan dari tanggung jawab dan tanggung gugat ketika pejabat bersangkutan menggunakan wewenang/diskresi untuk dan atas nama jabatan (*ambtshalve*) dan dilingkungan formil wewenangnya. Pejabat dibebani tanggung jawab dan tanggung gugat dalam hal melakukan kesalahan pribadi yang menyebabkan diskresi digunakan menyimpang: penyimpangan itu berupa bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, asas hukum (*rechtbeginsel*), adanya unsur penyalahgunaan wewenang, sewenang-wenang, melanggar HAM, AUPB, inkonsistensi, dan adanya unsur maladministrasi dengan sengaja menyimpang. Praktik pengujian diskresi yang menyimpang atas dasar *onrechtmatige overheidsdaad* melalui Peradilan umum tidak tepat karena kompetensi peradilan umum dibidang hukum pidana dan perdata sementara diskresi didasarkan norma hukum administrasi. Dasar pengujian diskresi bukan *onrechtmatige overheidsdaad* melainkan AUPB terutama asas larangan menyalahgunakan wewenang, larangan sewenang-wenang dan peraturan perundang-undangan.

2. **Marcus Lukman.** Menulis Disertasi Tahun 1996 dengan judul “Eksistensi Peraturan Kebijaksanaan Dalam Bidang Perencanaan Dana Pelaksanaan Rencana Pembangunan di Daerah serta Dampaknya Terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional (Suatu studi di Propinsi Kalimantan Barat pembangunan lima tahun III, IV dan V)”, di Universitas Padjadjaran Bandung. dalam disertasi ini ditemukan sejumlah peraturan kebijaksanaan dari tingkat ketetapan MPRS sampai Keputusan Gubernur Kepala Daerah Tingkat I Kalimantan Barat dengan klasifikasi; “peraturan kebijakan intra-legal, peraturan kebijaksanaan ekstra-legal, dan peraturan kebijaksanaan kontra-legal”. Peraturan kebijakan intra-legal dan peraturan kebijaksanaan kontra-legal yang berdasarkan pada

“kebebasan mempertimbangkan intra-legal, memiliki kekuatan yuridis yang berderajat peraturan perundang-undangan. eksistensinya dapat diuji secara *rechmatigheid* maupun *doelmatigheid*. sebaliknya peraturan kebijaksanaan ekstra-legal dan peraturan kebijaksanaan kontra-legal” yang berdasar pada “kebebasan mempertimbangkan ekstra-legal” tidak memiliki kekuatan yuridis yang berderajat peraturan perundang-undangan dan hanya dapat diuji secara *doelmatigheid*.

## **F. Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual**

### **1. Kerangka Teoritis**

Untuk menjawab apa yang menjadi tujuan penelitian, maka kerangka teori yang akan digunakan untuk menganalisis pengujian peraturan kebijakan menurut regulasi administrasi Pemerintahan adalah teori Teori Sistem Hukum (*grand theory*), Teori Sistem Hukum (*middle theory*), dan Teori Tentang Pembuktian (*applicative theory*). Teori-teori tersebut akan dijabarkan sebagai berikut;

#### **a. Teori Sistem Hukum**

Apabila mengacu kepada pengertian kata “sistem” merupakan berasal dari kata “*systema*” yang diadopsi dari bahasa Yunani yang diartikan “sebagai keseluruhan yang terdiri dari bermacam-macam bagian”.<sup>40</sup> Kehidupan akan menjadi tertata dan kepastian dalam masyarakat akan tercipta dengan adanya sistem hukum.<sup>41</sup> Sistem atau *systema* dalam *The New Webster International Dictionary* tahun 1980 diartikan sesuatu yang terorganisasi, suatu keseluruhan dan kompleks, tidak perlu dipertentangkan perbedaan antara sistem dan sub sistem,

---

<sup>40</sup> Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm. 4.

<sup>41</sup> Salim, HS., *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, penerbit Rajawali Press, Jakarta 2012, hal. 71.

sebab sub sistim adalah bagian dari sistim itu sendiri. Sistim mengandung arti terhimpunnya bagian atau komponen yang saling berhubungan secara beraturan dan merupakan suatu keseluruhan.<sup>42</sup>

Disamping itu Sistem sendiri dalam D. Keuning telah dikompilasi dalam beberapa pendapat antara lain: Ludwig Von Bertalanffy mengatakan sistim yang kompleks dari interaksi elemen-elemen (*system are complexes of element standing in interaction*). A.D. Hall dan R.E. Fagen mengatakan sistim adalah sekumpulan objek dan atribut yang berkerja secara bersama-sama (*a system is a set of objects together with relationship between the objects and between the attributes*). Kennet Berrien mengatakan sistim adalah seperangkat komponen yang berinteraksi satu sama lain, (*a system is a set of component, interacting with each other*). Richard A. Jhonson, Fremont E. Kast, dan James E. Resonweig mengatakan sistem memiliki komponen- komponen yang dirancang untuk mencapai tujuan tertentu sesuai dengan rencana.<sup>43</sup>

Sedangkan R. Subekti mendefinisikan Sistim tersebut adalah suatu susunan atau tatanan yang teratur, suatu keseluruhan yang terdiri atas bagian-bagian yang berkaitan satu sama lain, tersusun menurut suatu rencana atau pola, hasil dari suatu pemikiran untuk mencapai suatu tujuan.<sup>44</sup> Sistim menurut Sudikno Mertokusumo adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan.<sup>45</sup>

Sistem akan menggambarkan berbagai elemen-elemen atau komponen-komponen pembentuk sistim kedalam satu kesatuan yang saling berinteraksi antara satu sama lain dalam mencapai tujuan. JH. Merryman, mengatakan, "*Legal system is an operating set of legal*

---

<sup>42</sup>*Ibid.*

<sup>43</sup>*Ibid.*

<sup>44</sup> R. Subekti dalam Ridwan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 169.

<sup>45</sup>*Ibid.*

*institutions, procedures, and rules*".<sup>46</sup> Dalam teori tersebut sistem hukum adakah merupakan suatu seperangkat operasional yang meliputi institusi, prosedur, dan aturan hukum. Sistem yang dimaksud pada teori tersebut adalah sistim hukum, bahwa di dalam dunia hukum pun menganut sistim, hukum tanpa ada sistim, maka penegakan hukum mustahil dapat dilaksanakan, karena itu semua elemen-elemen dalam hukum harus saling bekerja sama dalam satu kesatuan untuk mencapai tujuan hukum.

Jika melihat kepada sejarahnya maka Teori Sistem hukum pertama kali dikembangkan di Jerman oleh Niklas Luhman, sementara di Belanda dikembangkan oleh M.C. Burken. Niklas Luchman mengemukakan dalam teori sistim dengan konsep *autopoietic yang* merujuk pada perbedaan (*diversitas*) fungsi dari komponen-komponen di dalam sistim. Niklas Lukman mengatakan elemen-elemen dasar yang menyusun sistim itu sendiri kemudian diorganisasikan batasan-batasannya sendiri termasuk struktur internalnya.<sup>47</sup>

Apabila dilakukan analisa yang lebi mendalam lagi, maka pandangan Niklas Luchman ini masih menutup diri pada dirinya sendiri di dalam sistim itu, yang disebutnya dengan sistim tertutup. Walaupun dinyatakan sebagai sistim tertutup, dalam realitasnya bahwa sistim memiliki hubungan dengan lingkungan. Sistim hukum tidak akan memiliki makna dan tidak bermanfaat jika tidak dapat dirasakan dan dijalankan di tengah-tengah lingkungan masyarakat. Sehingga muncullah teori sistim fungsional di dalam sistim hukum.

Teori hukum fungsional dikemukakan oleh J. Ter Heide (Belanda) mengatakan, berfungsinya hukum dapat dipahami sebagai pengartikulasian suatu hubungan yang ajeg di antara sejumlah variabel. Kemudian hubungan yang ajeg itu menurut J. Ter Heide dirumuskan sebagai  $B=FPE$  artinya huruf B adalah perilaku yuris, para hakim, dan pembentuk undang-

---

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Salim H.S., *Op. cit.*, hal. 72.

undang, sedangkan huruf F yang berada dalam satu hubungan yang ajeg menyangkut berbagai kaidah hukum, serta E adalah lingkungan- lingkungan konkrit.<sup>48</sup>

Apabila dijabarkan lebih lanjut teori J. Ter Heide ini maka tampak teori ini ingin menunjukkan atau memperlihatkan hukum dilihat dari aspek fungsi dan kegunaannya. Para yuris, hakim, dan para pembentuk undang-undang harus memberikan manfaat atau kegunaan bagi masyarakat banyak. Sehingga dengan demikian teori sistim hukum (*legal system theory*) harus dihubungkan dengan lingkungan masyarakat hukum di mana hukum itu diberlakukan.

Oleh sebab itu dapat ditarik makna dari pandangan di atas menggambarkan bahwa sistim hukum merupakan suatu seperangkat operasional yang meliputi institusi, prosedur, aturan hukum. Dalam konteks sistim hukum ini ada satu negara yaitu negara federal (USA) dengan lima puluh sistim hukum di negara-negara bagian, di mana sistim hukum di setiap bangsa secara terpisah serta ada sistim hukum yang berbeda seperti halnya dalam organisasi masyarakat Eropa dan Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Kemudian Lili Rasjidi dan I.B. Wyasa Putra lebih khusus memandang sistim hukum mengatakan suatu kesatuan sistem besar yang tersusun atas sub-sub sistem yang kecil, yaitu sub sistem pendidikan, pembentukan hukum, penerapan hukum, dan lain- lain, yang hakekatnya merupakan sistem tersendiri pula. Hal ini menunjukkan sistem hukum sebagai suatu kompleksitas sistem yang membutuhkan kecermatan yang tajam untuk memahami keutuhan prosesnya.<sup>49</sup>

Sub-sub sistim yang kecil yang dimaksud dijabarkan ke dalam tiga kelompok menurut Lawrence Friedman, yaitu terdiri dari struktur hukum, substansi hukum, dan budaya hukum. Menurut Lawrence Friedman, bahwa dalam sistem hukum harus meliputi substansi, struktur, dan

---

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Lili Rasjidi dan I.B. Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Penerbit Mandar Maju, Badnung, 2003, hlm. 151.

budaya hukum. Ketiga unsur ini menurut Lawrence Friedman di dalam hukum Amerika Serikat tersusun dari yang pertama adalah struktur hukum kemudian diikuti dengan substansi dan budaya hukum.<sup>50</sup>

Ketiga komponen tersebut menggambarkan bagaimana suatu sistem hukum ditata secara substantif, apa yang dijalankan oleh sistem hukum itu, bagaimana sistem hukum itu menjalankannya, dan pada gilirannya akan melihat tingkat kesadaran terhadap hukum. Pemikiran dan kekuatan di luar hukum membuat sistem hukum itu berhenti dan bergerak. Ketiga unsur ini lanjut Lawrence Friedman dapat digunakan untuk menguraikan apapun yang dijalankan oleh sistem hukum.<sup>51</sup>

Apa-apa yang merupakan pendapat yang dikemukakan Lawrence Friedman tersebut tentang pemikiran dan kekuatan di luar mesin hukum telah membuat sistem hukum itu berhenti dan bergerak, dapat dimengerti tentang efektivitas hukum, dimana hukum akan berjalan atau tidak (berhenti) disebabkan oleh pemikiran-pemikiran dan kekuatan-kekuatan dari penyelenggara atau pelaksana sebagai pengemban kewajiban terhadap hukum, dalam hal ini termasuk aparat hukum dan semua lapisan masyarakat.

Ketiga komponen dalam sistem hukum menurut Lawrence Friedman, tersebut dijabarkan oleh Achmad Ali, yaitu:<sup>52</sup>

- 1) Struktur hukum, yaitu keseluruhan institusi-institusi hukum yang ada beserta aparatnya, mencakup antara lain Kepolisian dengan para Polisinya, Kejaksaan dengan para Jaksanya, Pengadilan dengan para Hakimnya, dan lain-lain;
- 2) Substansi hukum, yaitu keseluruhan aturan hukum, norma hukum, dan asas hukum, baik

---

<sup>50</sup> Lawrence M. Friedman diterjemahkan oleh Wishnu Basuki, *Hukum Amerika Sebuah Pengantar*, penerbit Tatanusa, Jakarta, 2001, hlm. 9.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial prudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legis prudence)*, Penerbit Kencana, Jakarta 2009, hlm. 204.

yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan;

- 3) Kultur hukum, yaitu opini-opini, kepercayaan-kepercayaan (keyakinan- keyakinan, kebiasaan-kebiasaan, cara berfikir, dan cara bertindak, baik dari para penegak hukum maupun dari warga masyarakat, tentang hukum dan berbagai fenomena yang berkaitan dengan hukum.

Hukum akan mampu dipakai di tengah masyarakat, jika instrumen pelaksanaannya dilengkapi dengan kewenangan-kewenangan dalam bidang penegakan hukum. Hukum merupakan tersusun dari sub sistem hukum yakni, struktur hukum, substansi hukum, dan budaya hukum. Unsur sistem hukum atau sub sistim sebagai faktor penentu apakah suatu sistem hukum dapat bejilalan dengan baik atau tidak. Struktur hukum lebih menekankan kepada kinerja aparatur hukum serta sarana dan prasarana hukum itu sendiri, substansi hukum menyangkut segala aspek-aspek pengaturan hukum atau peraturan perundang-undangan, dan budaya hukum menyangkut perilaku para pengamban hak dan kewajiban antara lain perilaku aparat penegak hukum dan perilaku masyarakat.

Pada unsur struktur hukum (*legal structur*) adalah institusionalisasi ke dalam entitas-entitas hukum seperti struktur pengadilan tingkat pertama, banding, dan kasasi, jumlah hakim serta *integrated justice system*. Substansi hukum menyangkut keseluruhan substansi aturan hukum yang mengandung norma-norma, asas-asas, prinsip-prinsip, dan kaidah-kaidah, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan. Budaya hukum menyangkut sikap-sikap, tingkah laku, dan nilai-nilai yang berhubungan dengan hukum.<sup>53</sup>

Jadi struktur hukum, substansi hukum, dan budaya hukum merupakan elemen- elemen penting dalam penegakan hukum, jika salah satu elemen dari tiga komponen ini tidak bekerja atau tidak berfungsi dengan baik, dapat mengganggu sistim hukum, sehingga munculah

---

<sup>53</sup> *Ibid.*

persoalan (*problem*) hukum. Komponen-komponen sistim hukum menurut Soerjono Soekanto,<sup>54</sup> merupakan bagian faktor-faktor penegakan hukum yang tidak bisa diabaikan karena jika diabaikan akan menyebabkan tidak tercapainya penegakan hukum yang diharapkan.

## b. Teori Kewenangan dan Sumber Kewenangan

Dalam pendirian negara, maka Prinsip utama dalam setiap negara yang menyatakan dirinya negara hukum tidak lain adalah asas legalitas,<sup>55</sup> asas tersebut mengandung arti setiap tindakan pejabat pemerintahan harus berdasarkan hukum (kewenangan yang diberikan oleh UUD atau UU). Secara keseluruhan setiap tindakan organ pemerintah adalah penggunaan wewenang, oleh karena terkait dengan pertanggungjawaban. Dengan kata lain, tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban atau tanpa wewenang tidak ada pertanggungjawaban (*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid* atau *zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid*).

Berkenaan dengan asas legalitas, L.J.A. Damen dan kawan-kawan menyatakan “*een wettelijke gronslag voor bestuursrechtelijke besluiten waarbij bevoegdheden, rechten en plichten van burgers worden vastgesteld, als een van de belangrijkste fundamente van de rechtsstaat*”<sup>56</sup> (sebagai dasar penilaian terhadap keputusan organ pemerintahan yang berwenang, hak dan kewajiban dari warga negara ditetapkan sebagai salah satu fondasi utama dari negara hukum). H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt menyebut asas ini sebagai “*de heerschappij van de wet*”<sup>57</sup> (kekuasaan dari undang-undang). Lydia Jansen mengatakan juga bahwa “*het legaliteitsbeginsel dat de bevoegdheid die bestuursorgaan uitoefenen ‘direct of indirect’ op een wettelijke*

---

<sup>54</sup> Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor...Op. cit*, hlm. 5.

<sup>55</sup> Paulus Effendie Lotulung *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi hukum Terhadap Pemerintah*, Edisi kedua dengan Revisi, Cetakan Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 33.

<sup>56</sup> Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Perizinan*, Cetakan Pertama, Yuridika, Surabaya, 1993, Hlm. 6.

<sup>57</sup> *Ibid.*

*grondslag moeten rusten*”<sup>58</sup>(asas legalitas berarti kewenangan yang dilaksanakan oleh organ pemerintah ‘langsung maupun tidak langsung’ harus dapat diukur pada dasar peraturan perundang-undangan).

Hal senada juga dikemukakan P. de Haan dan kawan-kawan bahwa “*naast legaliteit moet het bestuur kunnen bogen op legatimiteit. de gronslag daarvoor moet het bestuur vinden in de legitimiteit van de wet.*”<sup>59</sup> (legalitas berikutnya, pemerintah harus mampu menemukan juga legitimasi. Untuk menguji itu pemerintah harus menemukan keabsahan itu dalam undang-undang). Pendapat tersebut menurut Bagir Manan tidak keliru, walaupun hampir semua kalangan mengetahui dan memahami berbagai cacat bawaan (*natural defect*) dan cacat buatan (*artificial defect*) dari peraturan perundang-undangan sebagai suatu bentuk hukum tertulis.<sup>60</sup> Lebih lanjut, Bagir Manan memaparkan sebagai berikut:

“...sebagai ketentuan tertulis (*written rule*) atau hukum tertulis (*written law*), peraturan perundang-undangan mempunyai jangkauan yang terbatas-sekedar “*moment opname*” dari unsur-unsur politik, ekonomi, sosial, budaya dan hankam yang paling berpengaruh pada saat pembentukan, karena itu mudah sekali aus (*out of date*) bila dibandingkan dengan perubahan masyarakat yang semakin menyempit atau dipercepat (*change*)...kelambanan pertumbuhan peraturan perundang-undangan yang merupakan cacat bawaan ini dapat pula makin diperburuk oleh berbagai bentuk cacat buatan. cacat buatan timbul akibat masuk atau dimasukkannya berbagai kebijakan atau tindakan yang mengganggu peraturan perundang-undangan sebagai sebuah sistem.”<sup>61</sup>

Perkembangan konsep negara kesejahteraan memberikan konsekuensi yaitu meluasnya peranan lembaga pemerintahan dalam melakukan tugas-tugas penyelenggaraan pemerintahan. Luasnya lapangan tugas pemerintah ini juga akan membawa konsekuensi sumber pemberian

---

<sup>58</sup> Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Cetakan Keenam, Alumni, Bandung, 2014, hlm. 3.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> Bagir Manan, “*Peranan Hukum Administrasi Negara Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*”, makalah disampaikan dalam Penataran Nasional Hukum Administrasi Negara, diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Ujung Pandang, 31 Agustus 1996. hlm. 1.

<sup>61</sup> *Ibid.*

wewenang pemerintah tidak dapat lagi terbatas hanya pada Undang-undang Dasar dan Undang-Undang saja, tapi juga pada peraturan pelaksanaannya serta kewajiban pemerintah bertindak menggunakan kewenangan diskresi (*discretionary power*)<sup>62</sup> untuk menyelesaikan atau mengatasi permasalahan-permasalahan penting yang timbul secara faktual sementara peraturannya belum ada (*leemten in het recht*), samar-samar (*vage norm*), memberikan pilihan (*choice*) atau terjadinya stagnasi pemerintahan.

Selanjutnya terhadap kewenangan dan wewenang ini secara harfiah berasal dari kata “wenang” yang berarti hak dan kekuasaan untuk bertindak; kekuasaan membuat keputusan, memerintah, dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang lain.<sup>63</sup> Selanjutnya secara yuridis, Prajudi Atmosudirdjo mengatakan hanya subyek hukum yang mempunyai hak hukum (*rechtsbevoegdheid*). Dengan kata lain, yang diizinkan (*bevoegd*) secara sah untuk menjadi pemikul hak hukum (*privat*; perdata) atau wewenang hukum (*publik*, kenegaraan) dan kewajiban hukum.<sup>64</sup> Selanjutnya S.F. Marbun juga menyatakan bahwa istilah kekuasaan dalam bahasa Inggris disebut *power*, atau *macht* (Belanda) atau *pouvoir; puissance* (Perancis), sedangkan kewenangan sering disebut *authority, gezag* atau *yurisdiksi* dan istilah wewenang disebut *competence* atau *bevoegdheid*.<sup>65</sup> Lebih lanjut, S.F. Marbun memaparkan sebagai berikut:

“Kewenangan (*authority, gezag*) adalah kekuasaan yang diformalkan baik terhadap golongan orang tertentu, maupun kekuasaan terhadap sesuatu bidang pemerintahan tertentu secara bulat yang berasal dari kekuasaan legislatif maupun dari kekuasaan pemerintah, sedangkan wewenang (*competence, bevoegdheid*) hanya mengenai bidang tertentu saja. Jadi kewenangan merupakan kumpulan dari wewenang-wewenang (*rechtsbevoegheden*), misalnya wewenang menandatangani suatu surat keputusan oleh

---

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Pusat Bahasa*, Cetakan Pertama, Edisi Keempat, PT. Gramedia, Jakarta, 2008, Hlm. 128.

<sup>64</sup> Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, Cetakan Pertama, FH UII Press, Yogyakarta, 2014, Hlm. 4

<sup>65</sup> SF. Marbun dan Moh. Mahfud, MD, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Liberty Yogyakarta, Cetakan Kelima, 2009, Hlm. 94.

seorang pejabat atas nama menteri, sedangkan kewenangannya tetap berada di tangan menteri.<sup>66</sup>

Berdasarkan pandangan S,F Marbun tersebut di atas, dapat dipahami bahwa kewenangan pada bidang hukum publik berarti kemampuan yuridis dari badan atau jabatan pemerintah. Hak berbuat menurut hukum (*handelingsbevoegd*) terjadi karena perintah norma hukum baik tertulis maupun tidak tertulis untuk melakukan sesuatu dalam tata hubungan hukum (*rechtsbetrekking*) atau mempunyai akibat hukum (*rechtsgevolg*). Dengan kata lain, norma hukum memberikan batasan-batasan terhadap penggunaan kewenangan. Penjelasan terhadap batasan tersebut oleh F.A.M. Stroink dipilah menjadi tiga bagian yang dijabarkan sebagai berikut:

“..*Di tempat pertama*, kewenangan harus dibedakan dari kewenangan dari wakil untuk mewakili badan. Hak dan kewajiban yang diberikan kepada wakil harus dibedakan dari hak dan kewajiban yang diberikan kepada badan. *Di tempat kedua*, kewenangan dari badan tidak hanya hak dari badan berdasarkan hukum publik, tapi juga kewajiban berdasarkan hukum publik...(keseluruhan hak dan kewajiban yang terletak dan kewajiban yang terletak pada badan itu) harus dibedakan:

- (a) Pemberian kewenangan: pemberian hak kepada—dan pembebanan kewajiban terhadap badan (atribusi atau delegasi);
- (b) Pelaksanaan kewenangan: menjalankan hak dan kewajiban publik yang berarti mempersiapkan dan mengambil keputusan;
- (c) Akibat hukum dari pelaksanaan kewenangan: keseluruhan hak dan/kewajiban yang terletak pada rakyat (*burger*), kelompok rakyat dan badan.

*Di tempat ketiga*, sebagai kelanjutan dari yang sudah tercantum pada tempat kedua, saya mengartikan kewenangan berdasarkan hukum publik sebagai dasar tindakan badan yang memang terletak dalam hukum publik. Saya gunakan “kewenangan berdasarkan hukum publik”, jadi tidak dalam arti terbatas dari “berwenang untuk melakukan tindakan hukum menurut hukum publik”. Istilah kewenangan berdasarkan hukum publik mengandung arti yang luas.<sup>67</sup>

Selanjutnya dapat disimpulkan bahwa wewenang pemerintahan (menurut hukum publik) itu dalam pelaksanaannya disebutkan oleh Indroharto selalu merupakan keseluruhan dari hak-hak

---

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> F.A.M. Stroink, *Pemahaman Tentang Dekonsentrasi*, Terjemah, Ateng Syafrudin, Cetakan Pertama, Refika Aditama, Bandung, 2006, Hlm. 24.

dan kewajiban-kewajiban. Ada kalanya di suatu bidang tertentu hak-haknya yang sangat menonjol, sedang di lain bidang justru kewajiban-kewajibannya yang sangat mendetail dilaksanakan.<sup>68</sup> Selanjutnya Philipus M. Hadjon yang mengutip pendapat Henc van Maarseveen mengatakan bahwa sebagai suatu konsep hukum publik, wewenang terdiri atas sekurang-kurangnya tiga komponen, yaitu:

“*Pertama*, Komponen pengaruh ialah penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subyek hukum. *Kedua*, Komponen dasar hukum bahwa wewenang itu selalu harus dapat dirujuk dasar hukumnya. *Ketiga*, komponen komformitas hukum, mengandung makna adanya standar wewenang, yaitu standar umum (semua jenis wewenang) dan standar khusus (untuk jenis wewenang tertentu).<sup>69</sup>”

Secara *expressis verbis* wewenang dan kewenangan diatur dalam Pasal 1 angka (5) dan (6) ketentuan umum Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang berbunyi sebagai berikut:

“Wewenang adalah hak yang dimiliki oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk mengambil keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Sedangkan, kewenangan Pemerintahan yang selanjutnya disebut Kewenangan adalah kekuasaan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk bertindak dalam ranah hukum publik.”<sup>70</sup>

Tampak kelemahan pengertian kewenangan dan wewenang dalam Undang-undang *a quo*, karena kewenangan hanya dititik beratkan pada kekuasaan saja dan wewenang hanya diartikan sebagai hak badan atau pejabat pemerintahan. Sebagai kritik terhadap hal itu perlu kiranya dikemukakan pendapat Bagir Manan yang mengatakan bahwa wewenang dalam bahasa hukum tidak sama kekuasaan (*macht*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau

---

<sup>68</sup> Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit*, hlm. 69

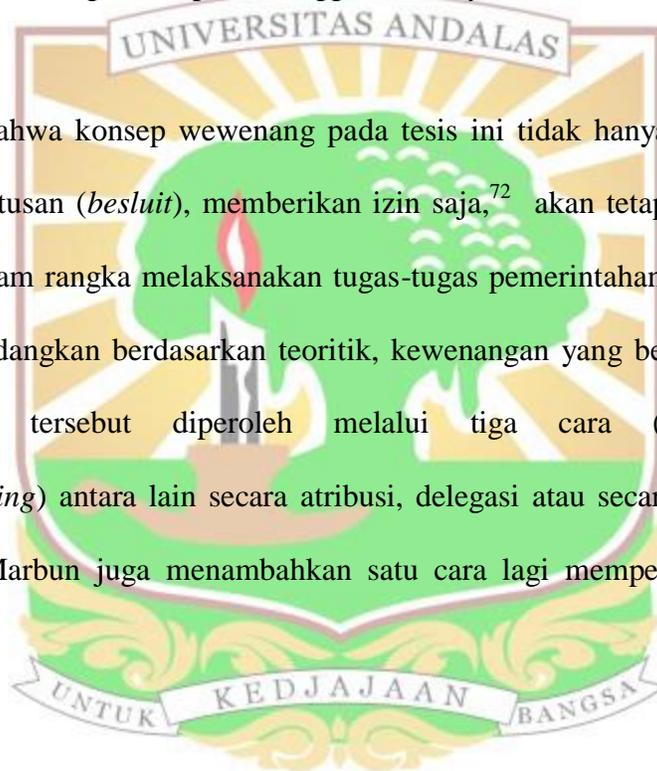
<sup>69</sup> Philipus M. Hadjon, “Kisi-kisi Hukum Administrasi dalam Konsteks Tindak Pidana Korupsi”, dalam Philipus M. Hadjon et. al., *Hukum...op,cit*, hlm. 11.

<sup>70</sup> Pasal 1 angka (5) dan (6) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

tidak berbuat. Dalam hukum, wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*).<sup>71</sup>

Dengan kata lain, dapat dipahami bahwa hukum tidak hanya memotret wewenang hanya sebagai hak untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu melainkan pula, adanya seperangkat kewajiban yang dipatuhi dalam menjalankan tindakannya tersebut. Kemudian kewajiban dalam rangka menjalankan wewenang mengandung arti pertanggungjawaban tindakan secara hukum dan pemberian perlindungan kepada anggota masyarakat terhadap tindakan hukum pemerintahan.

Selanjutnya bahwa konsep wewenang pada tesis ini tidak hanya mencakup wewenang untuk membuat keputusan (*besluit*), memberikan izin saja,<sup>72</sup> akan tetapi juga mencakup segala wewenang dalam dalam rangka melaksanakan tugas-tugas pemerintahan, termasuk penggunaan wewenang bebas. Sedangkan berdasarkan teoritik, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diperoleh melalui tiga cara (*drie manieren van bevoegdheidsverkrijging*) antara lain secara atribusi, delegasi atau secara mandat.<sup>73</sup> Selain tiga cara tersebut, S.F. Marbun juga menambahkan satu cara lagi memperoleh wewenang yakni derivatif.<sup>74</sup>



### **(1) Atribusi**

Apabila dipahami secara harfiah, istilah atribusi berasal dari bahasa Belanda yaitu *attributie*, yang pada kamus istilah hukum *attributie* berarti pembagian (kekuasaan), *attributie van rechtsmacht*; pembagian kekuasaan kepada berbagai instansi (*absolute competentie*) sebagai

---

<sup>71</sup> Bagir Manan, "Wewenang Provinsi, Kabupaten, dan Kota Dalam Rangka Otonomi Daerah", dikutip dari Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 99

<sup>72</sup> Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, Cetakan Pertama, UI Press, Jakarta, 1995, Hlm. 49

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Lutfi Effendi, *Pokok-pokok Hukum Administrasi*, Bayumedia Publishing, Malang, 2004, hlm. 63.

lawan dari *distributie van rechtsmacht*,<sup>75</sup> juga berarti peruntukan wewenang hukum; *attributie bij de wet* (peruntukan oleh undang-undang) atau suatu wewenang yang belum ada akan diadakan.<sup>76</sup>

Sehubungan pengertian tersebut, Lydia Jansen menyatakan “*een bestuursorgaan zijn bevoegheid rechtstreeks uit de Grondwet of uit een wet haalt, spreken we van attributie.*”<sup>77</sup> (ketika organ pemerintah mendapatkan wewenang langsung dari UUD atau berasal dari UU, kita berbicara tentang atribusi). L.J.A. Damen dan kawan-kawan mengatakan “*attributie is het scheppen van een nog niet bestaande, oorspronkelijke ofwel {originaire} bevoegdheid. Het scheppen attribueren, toekennen van een bestuursrechtelijke bestuursbevoegdheid geschiedt in het algemeen in een wettelijk voorschrift*”<sup>78</sup> (atribusi adalah menciptakan wewenang yang sebelumnya belum ada, yakni wewenang original atau asli. Menciptakan wewenang melalui atribusi berarti peruntukan wewenang pengelolaan pemerintahan yang umumnya ditentukan oleh peraturan perundang-undangan). Hal senada juga dikemukakan oleh F.C.M.A. Michiels bahwa “*attributie van regelgevende bevoegdheid dient plaats te vinden in de Grondwet of een wet in formele zin...attributie geschiedt doorgaans aan {bestaande} bestuursorgaan, maar soms ook aan ambtenaren en aan particulieren*”<sup>79</sup> (pemberian atribusi wewenang harus ditemukan dalam UUD atau UU formil...atribusi biasanya diberikan kepada organ pemerintah, tapi kadang-kadang juga kepada pejabat administrasi dan individu). Terkait hal itu, secara gamblang disebutkan oleh H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt sebagai berikut:

“*...Attributie: toekenning van een bestuursbevoegdheid door een wetgever aan een bestuursorgaan...de ‘toekenner’ van de bevoegdheid ‘attribuant’ en de ‘ontvanger’ ervan ‘beattribueerde’...de normale manier waarop een bestuursorgaan met een bestuursbevoegdheid wordt uitgerust, is die van attribute: een wetgever scheidt een*

---

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> HR, *Hukum Administrasi Negara*, Edisi Revisi, Cetakan Kesepuluh, Rajawali Pers, Jakarta, 2014, Hlm. 1.

<sup>77</sup> Moertono, *Negara Moderen*, Cetakan Kedua, Bina Aksara, Jakarta, 1988, hlm. 37.

<sup>78</sup> Soehiono, *Asas-asas Hukum Tata Pemerintahan*, Liberty, Yogyakarta, 1994, hlm. 79.

<sup>79</sup> *Ibid.*

(*nieuw*) bestuursbevoegdheid en kent die toe aan een (*bestaand, of voor die gelengenheid nieuw geschapen*) overheidsorgan. de wetgevers die tot attributie van bestuursbevoegdheden competent zijn, kunnen originele wetgevers of gedelegeerde wetgevers zijn.”<sup>80</sup> (Atribusi: pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintah...pemberi wewenang disebut atributan dan penerima wewenang disebut atributaris...sebagai cara normal dimana suatu organ pemerintahan memperoleh wewenang pemerintahan melalui atribusi: pembentuk undang-undang menciptakan wewenang dan diberikan kepada organ pemerintah baik yang sudah ada atau yang baru dibentuk. pembentuk undang-undang yang kompeten untuk memberikan wewenang pemerintahan dapat dibedakan antara pembuat undang-undang asli {*original legislator*} atau {*delegated legislator*} pembuat undang-undang yang sifatnya delegasian).

Shubungan dengan *original legislator* dan *delegated legislator* pada konteks Indonesia, maka Indroharto juga merumuskan sebagai berikut:

“...Berkedudukan sebagai *original legislator*: di negara kita di tingkat pusat adalah MPR sebagai pembentuk konstitusi dan DPR bersama-sama pemerintah sebagai yang melahirkan suatu undang-undang, dan di tingkat daerah adalah DPRD dan Pemda yang melahirkan Perda; dan yang berkedudukan sebagai *delegated legislator*: seperti Presiden yang berdasar pada suatu ketentuan undang-undang mengeluarkan suatu peraturan pemerintah di mana diciptakan wewenang-wewenang pemerintahan kepada badan atau jabatan TUN tertentu”<sup>81</sup>

Disampin itu Philipus M. Hadjon berpendapat sehubungan atribusi adalah wewenang yang ada pada badan atau pejabat tata usaha negara yang dilawankan dengan wewenang yang dilimpahkan. Dengan kata lain, wewenang yang melekat pada suatu jabatan. Apabila kewenangan itu kurang sempurna berarti bahwa keputusan yang berdasarkan kewenangan itu tidak sah menurut hukum.<sup>82</sup> Selanjutnya Ridwan menyatakan dalam hukum positif Indonesia, pemberian wewenang atribusi tersebut menggunakan redaksi yang tidak seragam, yakni:

“..Ada yang disebut secara tegas dan ada pula yang tersirat. Selain itu, pemberian atribusi ini ada yang menunjuk pada institusi dan ada pula yang menunjuk pada pejabat atau pegawai...dalam hal atribusi, penerima wewenang dapat menciptakan wewenang baru atau memperluas wewenang yang sudah ada, dengan tanggung jawab intern dan ekstern pelaksanaan

---

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Amrah Muslimin, *Beberapa Asas-asas dan Pengertian-pengertian Pokok Tentang Administrasi dan hukum administrasi*, Cetakan Ketiga, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 110.

<sup>82</sup> Bagir Manan, “*Bentuk-Bentuk Perbuatan Keperdataan yang Dapat Dilakukan oleh Pemerintahan Daerah*”, Majalah Ilmiah Universitas Padjajaran, Bandung, 1996, No.3 Vol. 14, hlm. 33

wewenang yang diatribusikan sepenuhnya berada pada penerima wewenang.”<sup>83</sup>

Secara Formal pada peraturan Perundang-undangan dicantumkan pada Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014, definisi atribusi diartikan sebagai pemberian kewenangan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan oleh UUD atau UU.<sup>84</sup> Kemudian lebih lanjut ditentukan bahwa untuk memperoleh wewenang oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan melalui atribusi adalah apabila: (1) diatur dalam UUD dan atau UU, (2) merupakan wewenang baru atau sebelumnya tidak ada, (3) diberikan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan. Selanjutnya, badan dan/atau pejabat pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui atribusi, tanggung jawab kewenangan berada pada badan dan/atau pejabat pemerintahan yang bersangkutan. Kewenangan atribusi tidak dapat didelegasikan, kecuali diatur di dalam UUD dan atau UU.<sup>85</sup>

Berdasarkan uraian-uraian definisi-difinisi tersebut diatas, maka dapat disimpulkan bahwa atribusi ialah pemberian kewenangan yang bersumber dari UUD atau UU kepada organ pemerintahan atau lembaga baik yang telah ada atau baru dibentuk, yang berada pusat ataupun di daerah yang berkedudukan sebagai *delegated legislator*, yang mana pemberian kewenangan tersebut dapat menciptakan wewenang baru maupun memperluas wewenang yang sudah ada. Dalam pemberian kewenangan berdasarkan atribusi tersebut tanggung jawab berada pada penerima atribusi. Disamping itu, karena atribusi wewenang bersumber dari peraturan perundang-undangan, maka, secara implisit mengandung legitimasi demokratis (secara formal) dari rakyat melalui wakilnya di Parlemen.

## (2) Delegasi

---

<sup>83</sup> *Ibid*

<sup>84</sup> Pasal 1 angka (22) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan.

<sup>85</sup> Pasal 12 ayat (1), (2) dan (3) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan.

Jika ditelusuri istilah delegasi berasal dari bahasa latin *delegare* yang artinya melimpahkan.<sup>86</sup> Sedangkan dalam bahasa Inggris disebut *delegation* yang berarti perutusan, delegasi, atau penyerahan. Dikenal peristilahan delegasi ini seperti *Government delegation*; perutusan pemerintah, *delegation of authority*; penyerahan kekuasaan.<sup>87</sup> Sedangkan apabila dilihat dari *Black's Law Dictionary* bahwa *delegation of power* berarti “a transfer of authority by one banch of government to another branch or to an administrative agency”<sup>88</sup> (suatu pemindahan wewenang dari salah satu cabang pemerintah kepada cabang pemerintah lainnya atau badan administrasi). Di Belanda yang dikenal dengan istilah *delegatie* yang memiliki pengertian pemindahan, penyerahan, kewenangan dari badan atau pejabat yang lebih tinggi kepada badan atau pejabat yang lebih rendah. Penyerahan demikian tidak dapat dibenarkan selain dengan atau berdasarkan kekuatan hukum.<sup>89</sup> Berkenaan dengan pengertian delegasi, F.C.M.A. Michiels mengatakan sebagai berikut:

“*Eveneens uit een oogpunt van doelmatigheid kan het voor een bestuursorgaan wenselijk zijn een bestaande bevoegdheid geheel of gedeeltelijk en al dan niet tijdelijk over te dragen aan een ander orgaan. Dit heet delegatie. Het verschil met attributie is dat de bevoegdheid al bestaat; zij wordt daarom ook niet toegekend aan een ander orgaan, maar overgedragen.*”<sup>90</sup> (juga dari aspek tujuan {efisiensi} suatu organ pemerintah dapat melimpahkan suatu wewenang yang telah ada atau sebagian telah ada dan semua wewenang tetap kepada organ lain. Ini disebut delegasi. Perbedaan dengan wewenang atribusi adalah bukan pemberian wewenang kepada organ lain, melainkan pelimpahan wewenang).

Disamping itu menurut Ridwan pada delegasi tidak ada penciptaan wewenang, yang ada hanya pelimpahan wewenang pejabat yang satu kepada pejabat lainnya. Tanggung jawab yuridis tidak lagi berada pada pemberi delegasi (*delegans*), tetapi beralih pada penerima delegasi

<sup>86</sup> Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia Jakarta, 1995, hlm. 23.

<sup>87</sup> Hassan Shadily, *An English-Indonesian Dictionary* (Kamus Inggris-Indonesia), Cetakan Kesepuluh, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, , 2007, hlm. 172.

<sup>88</sup> Bryan A. Garner, et. al, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition (St. Paul: Thomson Reuters, 2014, hlm. 519.

<sup>89</sup> S.F. Marbun, *Hukum Administrasi Negara I*, Cetakan Pertama, FH UII Press, Yogyakarta, 2012, hlm. 93.

<sup>90</sup> *Ibid*

(*delegataris*).

Sejalan dengan pendapat tersebut, Indroharto menulis bahwa:

“Pada delegasi terjadilah pelimpahan wewenang suatu wewenang yang telah ada oleh badan atau jabatan TUN yang telah memperoleh suatu wewenang pemerintahan secara atributif kepada badan atau jabatan TUN lainnya. Jadi, suatu delegasi selalu didahului oleh adanya suatu atribusi wewenang. Adalah sangat penting untuk mengetahui apakah suatu Badan atau jabatan TUN itu pada waktu mengeluarkan suatu keputusan yang berisi suatu pendelegasian wewenang berdasarkan suatu wewenang pemerintah atributif yang sah atau tidak. Sudah tentu juga hanya pendelegasian yang sah saja yang dapat memberikan kemungkinan bagi badan atau jabatan TUN yang bersangkutan untuk mengeluarkan suatu keputusan TUN yang sah pula. Apabila terdapat kekurangan pada wewenang yang menjadi dasarnya, maka hal itu ada alasan bagi hakim TUN dalam batas-batas kewenangannya untuk mencabut kekuatan hukum keputusan yang bersangkutan dengan jalan membatalkan atau menyatakannya sebagai tidak mengikat.”<sup>91</sup>

Kemudian dapat juga dilihat pendapat dari Philipus M. Hadjon dengan merujuk pendapat J.B.J.M. ten Berge yang mengemukakan syarat-syarat delegasi sebagai berikut:

- a. Delegasi harus definitif, artinya delegans tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;
- b. Delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;
- c. Delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hubungan hirarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;
- d. Kewajiban memberi keterangan (penjelasan), artinya delegans berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut;
- e. Adanya peraturan kebijakan (*beleidregel*) untuk memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.<sup>92</sup>

Pengertian diskresi pada Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 diartikan sebagai 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

---

<sup>91</sup> *Ibid*

<sup>92</sup> Philipus M. Hadjon, “Kisi-kisi Hukum Administrasi dalam Konsteks Tindak Pidana Korupsi”, dalam Philipus M. Hadjon et. al., *Hukum...op,cit*, hlm. 13.

gugat beralih sepenuhnya kepada penerima delegasi.<sup>93</sup> Lebih lanjut dapat dipahami bahwa pendelegasian kewenangan ditetapkan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Disamping itu, badan dan/atau pejabat pemerintahan memperoleh wewenang melalui delegasi apabila: (1) diberikan oleh badan atau pejabat pemerintahan kepada badan pemerintahan lainnya, (2) ditetapkan dalam Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan/atau Peraturan Daerah, (3) dan merupakan wewenang pelimpahan atau sebelumnya telah ada.

Untuk pendelegasian berikutnya suatu kewenangan yang didelegasikan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan tidak dapat dilakukan delegasi lebih lanjut, kecuali ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan (*delegatus non potest delegare*) yakni dapat mensub delegasikan tindakan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan lain dengan ketentuan antara lain sebagai berikut: (1) dituangkan dalam bentuk peraturan sebelum wewenang dilaksanakan, (2) dilakukan dalam lingkungan pemerintahan itu sendiri, (3) paling banyak diberikan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan satu tingkat di bawahnya. Selanjutnya badan pemerintahan yang memberikan delegasi dapat juga menggunakan sendiri wewenang yang telah diberikan melalui delegasi, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan yang mana dapat menarik kembali wewenang yang telah didelegasikan apabila pelaksanaan wewenang berdasarkan delegasi menimbulkan ketidak efektifan penyelenggaraan pemerintahan. Badan dan/atau pejabat pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi, tanggung jawab kewenangan berada pada penerima delegasi.<sup>94</sup>

### **(3) Mandat**

Apabila mengacu kepada pengertian, kata mandat berasal dari bahasa latin *mandatum*

---

<sup>93</sup> Pasal 1 angka 23 Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, .

<sup>94</sup> Pasal 13 ayat (1) sampai (7) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan

yang mengandung arti melimpahkan, mempercayakan atau memerintahkan.<sup>95</sup> Sedangkan mandat dalam kamus istilah hukum disebut juga *mandaat*; *opdracht* artinya perintah imperatief mandat di dalam pergaulan hukum, baik pemberian kuasa (*lastgeving*) maupun kuasa penuh (*volmacht*). *Mandaat van beschikkingsbevoegdheid*; pemberian kuasa (biasanya bersamaan dengan perintah) oleh alat perlengkapan pemerintah yang memberikan wewenang ini kepada yang lain yang akan melaksanakannya atas nama dan tanggung jawab alat pemerintah yang pertama tersebut.<sup>96</sup>

Berkaitan dengan itu, H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt menulis berikut ini:

*“bij mandat is er geen sprake van een bevoegdheidsverschuiving in juridische zin; nu gehandeld wordt namens het betrokken bestuursorgaan, worden de handelingen ook aan dat orgaan toegerekend; het blijven, juridisch gesproken besluiten van het orgaan zelf. de mandaatverlener {mandans} blijft dan ook bevoegd de bevoegdheid zelf te hanteren indien hij dat wenst; is geheel verantwoordelijk voor de krachtens mandaat genomen besluiten. juridisch gesproken is de mandataris niet een ander dan de mandans.”*<sup>97</sup> 148 (Pada mandat itu, tidak terjadi penyerahan wewenang dalam pengertian yuridis; pengertian mandat dewasa ini ialah bertindak atas nama organ pemerintah, tindakan dikaitkan pula dengan organ; dengan kata lain, secara yuridis tindakan organ itu sendiri. Pemberi mandat {mandans} tetap dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah diberikan melalui mandat tersebut; yang tanggung jawab sepenuhnya terhadap pengambilan keputusan atas mandat. secara hukum adalah mandans bukan pada mandataris).

Salah satu pendapat yang dikemukakan Lydia Janssen, *“mandaat is de opdracht van een bestuursorgaan, meestal aan een ambtenaar, om een bevoegdheid van dit bestuursorgaan uit te voeren. De uitoefening van deze bevoegdheid gebeurt in naam en onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan.”*<sup>98</sup> (mandat adalah pelimpahan dari organ pemerintahan kepada organ pemerintahan di bawahnya, suatu wewenang untuk dilaksanakan. penggunaan wewenang ini atas

---

<sup>95</sup> Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Bagi Rakyat Di Indonesia: Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, Cetakan Pertama, PT Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm. 124

<sup>96</sup> *Ibid*

<sup>97</sup> *Ibid*

<sup>98</sup> *Ibid*

nama organ pemerintahan pemberi mandat {mandans} dan tanggung jawabnya juga berada padanya).

Selanjutnya F.R. Bohtlink menyatakan bahwa bila mandat itu meliputi seluruh tugas pekerjaan, maka disebut *substitutie*; *substituut* (pengganti) dibawah pemegang jabatan boleh mewakili seluruh pekerjaan.<sup>99</sup> Bila pada atribusi terjadi pemberian wewenang dan pada delegasi terjadi pelimpahan atau pemindahan wewenang yang telah ada. Sebaliknya pada mandat sebagaimana pendapat dari Indroharto disebutkan sebagai berikut:

“...Pada mandat, disitu tidak terjadi suatu pemberian wewenang baru maupun pelimpahan wewenang dari badan atau jabatan TUN yang satu kepada yang lain. Dalam hal mandat maka disitu tidak terjadi perubahan apa-apa mengenai distribusi wewenang yang telah ada. Yang ada hanya suatu hubungan intern, umpamanya antara menteri dengan Dirjen atau Irjenya, di mana Menteri (mandans) menugaskan Dirjen atau Sekjenya (mandataris) untuk atas nama menteri melakukan suatu tindakan hukum dan mengambil serta mengeluarkan keputusan-keputusan TUN tertentu.”<sup>100</sup>

Berdasarkan teori-teori dan kriteria yang dikemukakan oleh para sarjana tersebut, dapat disimpulkan ciri-ciri umum dari mandat antara lain: (1) suatu perintah tugas dari atasan terhadap bawahan dalam hubungan internal sehari-hari. (2) tanggung jawab tetap pada pemberi mandat (*mandans*) karena memang tidak terjadi peralihan tanggung jawab. (3) setiap saat *mandans* dapat menggunakan wewenang yang telah diberikan melalui mandat untuk dijalankan kepada mandataris kecuali ditentukan lain oleh peraturan perundang-undangan. (4) pemberian mandat dapat tertulis maupun secara lisan.

Sedangkan pada hukum positif sebagaimana disebutkan pada Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 pendefinisi mandat adalah pelimpahan kewenangan dari badan dan/atau pejabat pemerintahan yang lebih tinggi kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan yang lebih rendah

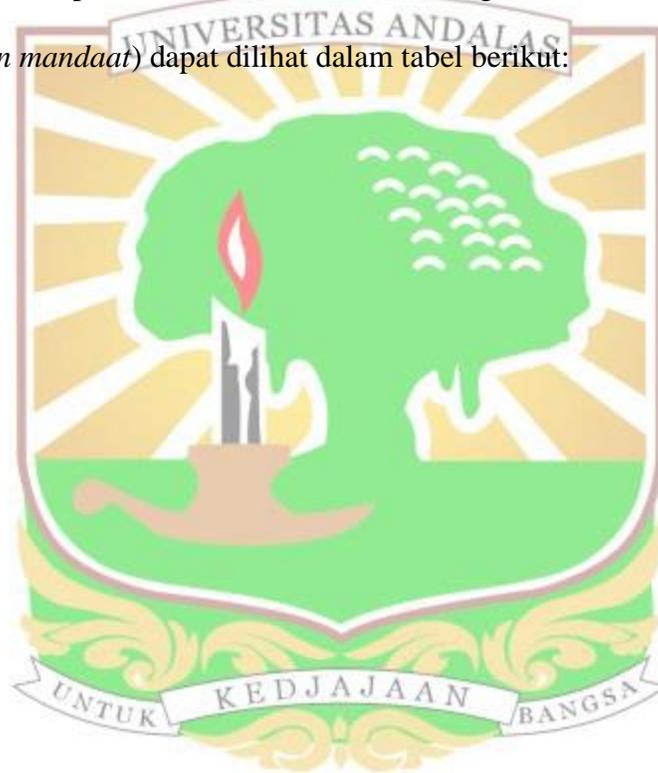
---

<sup>99</sup>*Ibid*

<sup>100</sup>*Ibid*

dengan tanggung jawab dan tanggung gugat tetap berada pada pemberi mandat.<sup>101</sup> Badan pemerintahan atau pejabat pemerintahan memperoleh mandat apabila: (1) ditugaskan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan di atasnya, dan (2) merupakan pelaksanaan tugas rutin. Pejabat yang melaksanakan tugas rutin tersebut, terdiri atas: pelaksana harian yang melaksanakan tugas rutin dari pejabat definitif yang berhalangan sementara dan pelaksana tugas yang melaksanakan tugas rutin dari pejabat definitif yang berhalangan tetap.

Secara garis besar perbedaan antara atribusi, delegasi, dan mandat (*verschillen tussen attributie, delegatie en mandaat*) dapat dilihat dalam tabel berikut:



---

<sup>101</sup> Pasal 1 angka (23) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan,

**Tabel Perbedaan antara atribusi, delegasi dan mandat**

No	Atribusi ( <i>attributie</i> )	Delegasi ( <i>delegatie</i> )	Mandat ( <i>mandaat</i> )
1	Peruntukan, penciptaan atau pemberian wewenang baru kepada jabatan pemerintahan yang telah ada atau baru dibentuk oleh UUD atau UU	Pelimpahan wewenang dari satu jabatan kepada jabatan pemerintahan yang lainnya, baik secara horizontal atau vertikal yang ditetapkan oleh PP, Perpres dan atau Perda	Perintah tugas rutin dari atasan terhadap bawahan dalam hubungan internal sehari-hari
2	Pemberi wewenang disebut atributan dan penerima wewenang disebut atributaris	Pemberi limpahan wewenang disebut delegans dan penerima limpahan wewenang disebut delegataris	Pemberi mandat disebut mandans dan penerima mandat disebut mandataris
3	Kewenangan atribusi tidak dapat didelegasikan kecuali ditentukan lain oleh UUD atau UU	Delegans tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan, namun berwenang meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut dan dapat menarik kembali wewenang tersebut bila tidak efektif	Mandans setiap saat dapat menggunakan wewenang yang telah diberikan melalui mandat kepada mandataris kecuali ditentukan lain peraturan perundang-undangan
4	Tanggung jawab kewenangan berada pada jabatan pemerintah penerima atribusi (atributaris)	Delegataris dapat mensub-delegasi tindakan kepada jabatan pemerintahan lain di lingkungan pemerintahan itu sendiri paling banyak satu tingkat dibawahnya dengan dituangkan dalam bentuk peraturan sebelum dilaksanakan	Pemberian mandat dapat dilakukan secara tertulis maupun dengan lisan
5	-	Tanggung jawab dan tanggung gugat berada pada delegataris	Tanggung jawab berada pada mandans (karena tidak terjadi peralihan wewenang)

### c. Teori Diskresi

Pengertian Diskresi berdasarkan bahasa dapat dilihat dalam *Black Law Dictionary* yang berasal dari bahasa Belanda “*Discretionair*” yang berarti kebijaksanaan dalam halnya memutuskan sesuatu tindakan berdasarkan ketentuan-ketentuan peraturan, Undang-undang atau hukum yang berlaku, akan tetapi atas dasar kebijaksanaan, pertimbangan atau keadilan.<sup>102</sup> Diskresi dalam bahasa Inggris diartikan sebagai suatu kebijaksanaan, keleluasaan.<sup>103</sup>

Sedangkan menurut Kamus Hukum, diskresi berarti kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri.<sup>104</sup> Di dalam pasal Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan diskresi tersebut didefinisikan sebagai wewenang badan atau pejabat pemerintahan dan atau badan hukum lainnya yang memungkinkan untuk melakukan pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan atau tindakan faktual dalam administrasi pemerintahan.

Terhadap definisi diskresi terdapat beberapa pakar hukum yang memberikan diantaranya S. Prajudi Atmosudirjo yang mendefinisikan diskresi, *discretion* (Inggris), *discretionair* (Perancis), *freies ermesen* (Jerman) sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri.<sup>105</sup> Selanjutnya juga dijelaskannya bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas. Azas legalitas merupakan asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan Undang-Undang. Suatu pandangan bahwa tidak mungkin bagi Undang-Undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam praktek kehidupan sehari-hari. Maka akan diperlukan adanya kebebasan atau diskresi dari administrasi

---

<sup>102</sup> Yan Pramadya Puspa, *Kamus Hukum*. Aneka Ilmu. Semarang, 1977, hlm. 91.

<sup>103</sup> M. John Echol & Hasan Shadilly. *Kamus Inggris Indonesia*. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2002, hlm. 185.

<sup>104</sup> JCT Simorangkir dkk, *Kamus Hukum*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm. 38.

<sup>105</sup> S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994, hlm. 82.

negara yang terdiri atas diskresi bebas atau diskresi terikat.

Sebagai perbedaan dapat dijelaskan bahwa pada diskresi bebas, Undang-Undang hanya menetapkan batas-batas dan administrasi negara bebas mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui atau melanggar batas-batas tersebut. Sedangkan pada diskresi terikat, Undang-Undang hanya menetapkan beberapa alternatif keputusan dan administrasi Negara bebas memilih salah satu alternatif keputusan yang disediakan oleh Undang-Undang.

Sebagai contoh konkrit dari diskresi terikat adalah ketentuan mengenai hukuman disiplin berat bagi Pegawai Negeri Sipil berupa pemberhentian sebagaimana diatur dalam Pasal 8 huruf b Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1979 tentang Pemberhentian Pegawai Negeri Sipil, yaitu adanya ketentuan bahwa dalam hal pemberhentian karena dihukum penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, karena dengan sengaja melakukan suatu tindak pidana kejahatan yang diancam dengan pidana penjara setinggi-tingginya 4 (empat) tahun, atau diancam dengan pidana yang lebih berat. Di dalam penjelasan pasal tersebut disebutkan bahwa pemberhentian sebagaimana dimaksud dapat dilakukan dengan hormat atau tidak dengan hormat, satu dan lain hal tergantung pada pertimbangan pejabat yang berwenang atas berat atau ringannya perbuatan yang dilakukan dan besar atau kecilnya akibat yang ditimbulkan oleh perbuatan itu.

Suatu contoh lainnya adalah meskipun maksimum ancaman pidana terhadap suatu tindak pidana telah ditetapkan, namun pidana yang dijatuhkan/diputuskan oleh Hakim terhadap jenis tindak pidana itu dapat berbeda-beda sehubungan dengan berat ringannya tindak pidana yang dilakukan dan atau besar kecilnya akibat yang ditimbulkannya. Berhubung dengan itu, maka dalam mempertimbangkan apakah Pegawai Negeri Sipil yang telah melakukan tindak pidana kejahatan itu akan diberhentikan atau tidak atau apakah akan diberhentikan dengan hormat

ataukah tidak dengan hormat haruslah dipertimbangkan faktor-faktor yang mendorong Pegawai Negeri Sipil yang bersangkutan melakukan tindak pidana kejahatan itu, serta harus pula dipertimbangkan berat ringannya putusan pengadilan yang dijatuhkan. Pejabat yang berwenang menjatuhkan hukuman disiplin berat dapat menentukan atau memilih sendiri hukuman disiplin berat yang akan dijatuhkannya apakah berupa pemberhentian dengan hormat tidak atas permintaan sendiri ataukah pemberhentian tidak dengan hormat tergantung penilaiannya mengenai berat ringannya pelanggaran yang dilakukan oleh Pegawai Negeri Sipil sehingga apakah yang bersangkutan pantas dijatuhi hukuman disiplin pemberhentian dengan hormat tidak atas permintaan sendiri ataukah pemberhentian tidak dengan hormat merupakan diskresi yang terikat.

Disamping itu Indroharto, menyebut wewenang diskresi sebagai wewenang fakultatif, yaitu wewenang yang tidak mewajibkan badan atau pejabat tata usaha Negara menerapkan wewenangnya, tetapi memberikan pilihan sekalipun hanya dalam hal-hal tertentu sebagaimana ditentukan dalam peraturan dasarnya.<sup>106</sup>

Selanjutnya Sjachran Basah mengatakan bahwa *freies ermessen* adalah kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri, akan tetapi dalam pelaksanaannya haruslah tindakan-tindakan administrasi negara itu sesuai dengan hukum, sebagaimana telah ditetapkan dalam negara hukum berdasarkan Pancasila.<sup>107</sup>

Lebih lanjut Esmi Warassih mengatakan bahwa dalam rangka pelaksanaan kebijaksanaan publik, para birokrat dapat menentukan kebijaksanaannya sendiri untuk menyesuaikan dengan situasi dimana mereka berada, terutama yang berkaitan dengan ketersediaan sumber daya seperti

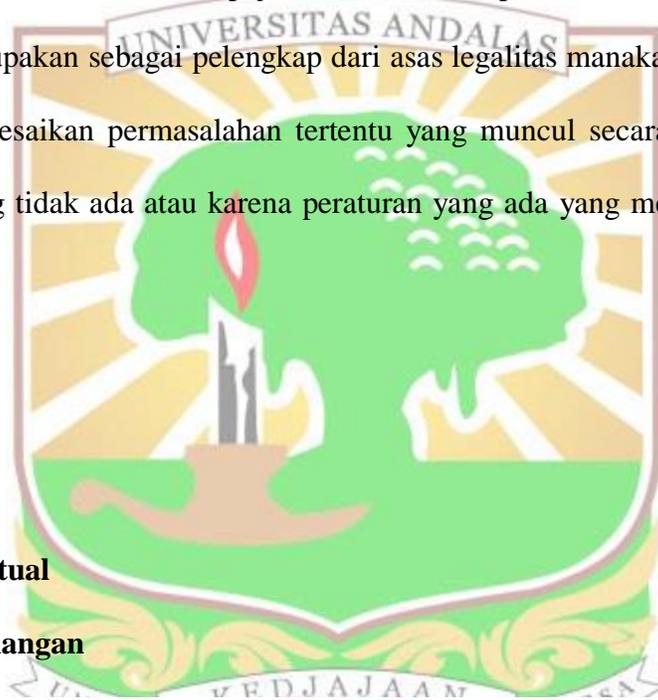
---

<sup>106</sup>Indroharto, *Usaha memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Buku I, Sinar Harapan, Jakarta, 1993, hlm 99-101.

<sup>107</sup>Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolok Ukur Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1997, hlm. 3.

informasi, dana, tenaga ahli, tenaga-tenaga terampil maupun mengenai pengetahuan yang mereka miliki. Itu berarti, diskresi merupakan fenomena yang amat penting dan fundamental, terutama di dalam mengimplementasikan suatu kebijaksanaan publik. Dengan adanya diskresi ini diharapkan agar dengan kondisi yang ada dapat dicapai suatu hasil atau tujuan yang maksimal.<sup>108</sup>

Berdasarkan doktrin-doktrin hukum tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa pada hakekatnya diskresi (khususnya diskresi bebas) merupakan kebebasan bertindak atau kebebasan mengambil keputusan dari Badan atau pejabat administrasi pemerintahan menurut pendapatnya sendiri. Diskresi merupakan sebagai pelengkap dari asas legalitas manakala hukum yang berlaku tidak mampu menyelesaikan permasalahan tertentu yang muncul secara tiba-tiba, bisa karena peraturannya memang tidak ada atau karena peraturan yang ada yang mengatur tentang sesuatu hal tidak jelas.



## **2. Kerangka Konseptual**

### **a. Pengertian Kewenangan**

Istilah wewenang atau kewenangan secara konseptual sering disejajarkan dengan istilah Belanda “*bevoegdheid*” (yang berarti wewenang atau berkuasa). Wewenang tersebut merupakan bagian yang sangat penting dalam Hukum Tata Pemerintahan (Hukum Administrasi), karena pemerintahan baru akan dapat menjalankan fungsinya atas dasar wewenang yang diperolehnya. Keabsahan tindakan pemerintahan diukur berdasarkan wewenang yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Perihal kewenangan dapat dilihat dari Konstitusi Negara yang memberikan

---

<sup>108</sup>Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, PT. Suryandaru Utama, Semarang, 2005, hlm. 138-139.

legitimasi kepada Badan Publik dan Lembaga Negara dalam menjalankan fungsinya. Wewenang adalah kemampuan bertindak yang diberikan oleh undang-undang yang berlaku untuk melakukan hubungan dan perbuatan hukum.<sup>109</sup>

Kewenangan atau juga disebut wewenang sendiri berasal dari suatu istilah yang biasa digunakan dalam lapangan hukum publik. Apabila dicermati terdapat perbedaan antara kewenangan dengan wewenang. Kewenangan adalah apa yang disebut “kekuasaan formal”. Yaitu kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang atau legislatif dari kekuasaan eksekutif atau administratif. Berbeda dengan pengertian “wewenang” yang hanya mengenai suatu “*onderdeel*” tertentu saja dari kewenangan. Asas legalitas merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan sebagai dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan dan kenegaraan disetiap negara hukum. Dengan kata lain, setiap penyelenggaraan pemerintahan dan kenegaraan harus memiliki legitimasi, yaitu kewenangan yang diberikan oleh undang-undang. Dengan demikian, substansi asas legalitas adalah wewenang, yaitu suatu kemampuan untuk melakukan suatu tindakan-tindakan hukum tertentu.<sup>110</sup>

Sedangkan apabila mengacu kepada Kamus Umum Bahasa Indonesia kewenangan diartikan sama dengan wewenang, yaitu hak dan kekuasaan untuk melakukan sesuatu. Menurut Hassan Shadhily menerjemahkan wewenang (*authority*) sebagai hak atau kekuasaan memberikan perintah atau bertindak untuk mempengaruhi tindakan orang lain, agar sesuatu dilakukan sesuai dengan yang diinginkan.<sup>111</sup> Lebih lanjut beliau memperjelas terjemahan *authority* dengan memberikan suatu pengertian tentang “pemberian wewenang (*delegation of authority*)”. *Delegation of authority* ialah proses penyerahan wewenang dari seorang pimpinan (*manager*)

---

<sup>109</sup> SF. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1997, hlm. 154.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Tim Penyusun Kamus-Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, 1989, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, hlm. 170

kepada bawahannya (*subordinates*) yang disertai timbulnya tanggung jawab untuk melakukan tugas tertentu.

## b. Peraturan Kebijakan

Istilah peraturan kebijakan dalam literatur hukum Belanda dikenal dengan berbagai macam sebutan, *eerder werd het door* (pertama kali dikemukakan oleh) J. Mannoury tahun 1960 dengan istilah *spiegelrecht* (hukum cermin). Selanjutnya J. van der Hoeven tahun 1965 menyebutnya dengan istilah *pseudo-wetgeving* (perundang-undangan semu). Kemudian pada tahun 1982, istilah *beleidregel* (peraturan kebijakan) digunakan dalam risalah yang disusun oleh *Commissie Wetgevingsvraagstukken*, walaupun bersamaan dengan istilah lainnya yaitu: *pseudo-wetgeving, bekend makingen van voorgenomen beleid, algemene beleidregels*.<sup>112</sup>

Berdasarkan sejarahnya peraturan kebijakan pada mulanya tidak dianggap sebagai sebuah produk hukum pemerintahan. Sehubungan hal itu, H.M. Laica Marzuki mengemukakan sebagai berikut:

“...Peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) bermula disadari kemunculannya di Nederland di kala tahun enam puluhan. Di kala itu, peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) dicurigai sebagai penyimpangan hukum. Peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) dipandang sebagai penyimpangan kewenangan tata usaha negara, mengingatkan para pakar hukum administrasi Belanda kepada budaya ‘*clandastiene wetgeving*’ yang disinyalir van Vollenhoven sebagai gejala kemunculan produk ‘perundang-undangan nyata’ yang dibuat pejabat-pejabat tata usaha negara (*het verschijnsel doelt van wetgeving in concreto door de administratie*).”<sup>113</sup>

Terhadap definisi tersebut dapat dipahami bahwa peraturan kebijakan (*beleidsregels, spiegelsrecht, pseudowetgeving, olicy rules*) adalah ketentuan (*rules* bukan *law*) yang dibuat oleh pemerintah sebagai pejabat administrasi negara. Cabang-cabang pemerintahan yang lain tidak berwenang membuat peraturan kebijakan. Presiden sebagai kepala negara tidak dapat membuat

---

<sup>112</sup>Soebono Wirjosoegito, *Proses & Perencanaan Peraturan Perundangan*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2004, hlm 14

<sup>113</sup>Kresno Budi Harsono, *Legal Drafting Teori dan Teknik Pembuatan Peraturan Daerah*, Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2009, hlm. 25

peraturan kebijakan. Kewenangan Presiden membuat peraturan kebijakan adalah dalam kedudukan sebagai badan atau pejabat administrasi negara, bukan sebagai kepala negara.<sup>114</sup> Jadi kewenangan pembuatan peraturan kebijakan hanya ada pada pejabat administrasi negara. Pejabat administrasi negara yang memiliki kewenangan untuk membuat peraturan kebijakan adalah pejabat negara yang memiliki urusan atau kewenangan melakukan tindakan atau urusan yang harus dilakukan pengaturan dengan peraturan kebijakan.

### c. Pengertian Diskresi

Pengertian diskresi adalah merupakan kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri. Menurut Thomas J. Aaron diskresi adalah:<sup>115</sup>

*“discretion is power authority conferred by law to action on the basis of judgement of conscience, and its use is more than idea of morals than law”* (sebagai suatu kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum atas pertimbangan dan keyakinan serta lebih menekankan pertimbangan-pertimbangan moral dari pada pertimbangan hukum)

Sebagai perbandingan, dapat dilihat pengertian yang dikemukakan Satjipto Rahardjo, yang melihat pengertian diskresi kepolisian adalah suatu wewenang menyangkut pengambilan suatu keputusan pada kondisi tertentu atas dasar pertimbangan dan keyakinan pribadi seseorang, dalam hal ini polisi.<sup>116</sup> Sedangkan menurut Wayne La Farve maka diskresi menyangkut pengambilan keputusan yang tidak sangat terikat oleh hukum, dimana penilaian pribadi juga memegang peranan.<sup>117</sup>

Dari beberapa pengertian diskresi tersebut maka menurut penulis dapat dikatakan bahwa secara sederhana diskresi adalah suatu wewenang menyangkut pengambilan suatu keputusan

---

<sup>114</sup> Maria Farida Indarti S, *Ilmu Perundang-Undangan: Jenis Fungsi dan Materi Muatan*, Yogyakarta: Kanisius, 2007, hlm 323

<sup>115</sup> M. Faal, *Penyaringan Perkara Pidana Oleh Polisi. Pradnya Paramita*. Jakarta, 1991, hlm. 16.

<sup>116</sup> Satjipto Rahardjo, *Polisi Pelaku dan Pemikir*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1991, hlm. 111

<sup>117</sup> Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 15.

pada kondisi tertentu atas dasar pertimbangan dan keyakinan pribadi seseorang. Setidaknya atau sekurang-kurangnya terdapat 3 (tiga) kondisi yang harus dipenuhi, yakni; (1) Ada karena adanya tugas-tugas *public service* yang diemban oleh administrator negara; (2) Dalam menjalankan tugas tersebut, para administrator negara diberikan keleluasaan dalam menentukan kebijakan-kebijakan; dan (3) Kebijakan-kebijakan tersebut dapat dipertanggung-jawabkan baik secara moral maupun hukum.

## G. Metode Penelitian

Sebagaimana telah dikemukakan terdahulu pada bab latar belakang, bahwa Penelitian ini adalah Penelitian hukum atau *legal research*. Selanjutnya dari sudut pandang lapisan ilmu hukum (dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum), maka penelitian ini berada pada lapisan dokmatik hukum (*rechtswetenschap* dalam arti luas) yang tugasnya tidak hanya deskripsi, sistematisasi, dan dalam hal tertentu eksplanasi hukum positif tetapi juga adanya teori hukum (*rechtstheorie* dalam arti sempit) yang berfungsi menjelaskan hukum (eksplanasi).<sup>118</sup>

SSedangkan berada pada dokmatik hukum maksudnya adalah *searching* dan *researching*-nya pun akan berarah ke aktivitas untuk menemukan norma-norma yang akan digunakan untuk memberikan dasar pembenaran kepada putusan yang diambil dalam rangka penyelesaian perkara.<sup>119</sup> Berada pada teori hukum maksudnya ialah norma hukum yang ditelusuri tidak hanya terbatas pada norma yang telah dibentuk dan memiliki wujudnya yang positif (*ius constitutum*) atau belum dipositifkan (*ius constituendum*), tetapi juga sampai ditemukannya ajaran-ajaran dasarnya (prinsip-prinsip) dengan berdasar kerangka teoritis berupa pendapat atau doktrin

---

<sup>118</sup>Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum: Langkah-Langkah Legal Problem Solving dan Penyusunan Legal Opinion*, Cetakan Pertama, Gadjah Mada University Press Yogyakarta, 2005, hlm. 5

<sup>119</sup>Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum: Konsep dan Metode*, Cetakan Pertama, Setara Press, Malang, 2013, hlm. 77.

hukum. Oleh sebab itu, penelitian ini juga dapat disebut sebagai penelitian normatif/doktrinal sehingga tidak diperlukan hipotesis untuk menelaah dan menggali isu hukum terkait kewenangan pemerintah dalam pembentukan peraturan kebijakan menurut regulasi administrasi pemerintahan. Sebagaimana tujuan penelitiannya yaitu mampu memberikan preskripsi mengenai masalah hukum yang diteliti dengan apa yang seyogyanya dilakukan tanpa pembuktian kebenaran hipotesis.<sup>120</sup>

#### **a. Pendekatan Penelitian**

Pendekatan dalam Penelitian ini yang digunakan antara lain, pendekatan undang-undang (*statuta approach*). Dalam pendekatan Undang-undang dilakukan dengan menelaah pelbagai peraturan perundang-undangan yang bersangkutan-paut dengan isu hukum dalam permasalahan pada penelitian ini. Hal tersebut mengingat dalam problematika dari penemuan hukum, maka interpretasi undang-undang pada gilirannya mewujudkan medan penelitian utama.<sup>121</sup> Terkait hal tersebut, Sudikno Mertokusumo mengatakan bahwa menafsirkan undang-undang untuk menemukan hukumnya bukan hanya dilakukan hakim saja, tetapi juga oleh ilmuan sarjana hukum.<sup>122</sup>

Dalam melakukan penelitian ini juga menggunakan pendekatan historis. Sebagaimana yang dikemukakan Sunaryati Hartono menyatakan, apabila meneliti sejarah norma hukum, metode yang digunakan adalah metode penelitian normatif, di samping metode historis.<sup>123</sup> Pendekatan historis digunakan untuk memahami perubahan dan perkembangan filosofi yang

---

<sup>120</sup>Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian...op,cit*, Edisi Revisi, hlm. 70.

<sup>121</sup>Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Wat is Rechtsteorie?*, Terjemah, B. Arief Sidharta, Apakah Teori Hukum Itu?, Laboratorium Hukum Fakultas hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2000, hlm. 103.

<sup>122</sup>Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Cetakan Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 13

<sup>123</sup> C.F.G. Sunaryati Hartono, *Op Cit*, 144-145

melandasi peraturan hukum.<sup>124</sup> Pendekatan historis juga dipakai untuk mengadakan identifikasi terhadap tahap-tahap perkembangan hukum, khususnya perkembangan peraturan perundang-undangan.<sup>125</sup> Perkembangan terkait penelitian ini adalah meneliti perkembangan peraturan perundang-undangan yang kewenangan pemerintah dalam pembentukan peraturan kebijakan.

Selanjutnya masuk pada pendekatan konseptual (*conceptual approach*) yaitu beranjak dari pandangan-pandangan atau doktrin ahli hukum serta prinsip-prinsip hukum yang terkait dengan isu hukum pada rumusan masalah penelitian ini. Terakhir adalah pendekatan perbandingan (*comparative approach*). Dalam pendekatan perbandingan ini dilakukan dengan membandingkan mekanisme (praktik) pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) di Indonesia dengan negara lain, diantaranya Inggris, Belanda dan Amerika Serikat. Perbandingan ini dilakukan untuk mengetahui persamaan dan perbedaan hal hal yang sedang diteliti.

## **b. Objek Penelitian**

Sebagaimana dipahami bahwa sasaran penelitian hukum pada dasarnya adalah hukum atau kaidah (*norm*). Kemudian meneliti pada hakikanya mencari, yang dicari dalam penelitian hukum adalah kaidah, norm atau *das sollen*, bukan peristiwa, perilaku dalam arti fakta atau *das sein*.<sup>126</sup> Selanjutnya Soerjono Soekanto menyebutkan penelitian semacam ini dapat dilakukan atas dasar paling sedikit dua titik tolak, yakni taraf sinkronisasi secara vertikal dan secara horisontal.<sup>127</sup> Sebagaimana diketahui bahwa umumnya penelitian hukum, sasaran penelitian ini adalah norma hukum tentang pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*), yang terkait dengan permasalahan hukum pada rumusan masalah *in casu* yakni norma/kaidah tentang kewenangan pemerintah

---

<sup>124</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Revisi, Cetakan Kesembilan, Prenadamedia Group, Jakarta, 2014, hlm. 126.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Cetakan Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 13

<sup>127</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*, Edisi Revisi, Cetakan kelima, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014, hlm. 36-37

dalam pembentukan peraturan kebijakan baik yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan maupun yurisprudensi (putusan pengadilan), asas hukum, doktrin, ataupun teori terkait selebihnya.

### **c. Bahan Hukum**

Berdasarkan mekanisme pada penelitian hukum normatif yang diteliti hanya bahan pustaka atau data sekunder, yang mungkin mencakup bahan hukum primer, sekunder dan tertier.<sup>128</sup> Bahan hukum dalam penelitian ini terbagi antara lain sebagai berikut: bahan hukum primer yaitu peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan terkait Selanjutnya bahan hukum sekunder yang digunakan dari berbagai jenis literatur yaitu buku-buku teks, jurnal hukum, berbagai bentuk karya ilmiah yang bersangkutan-paut dengan isu hukum. selain itu juga, termasuk yang bersifat tertier atau yang dalam kepustakaan berbahasa inggris secara lebih tepat disebut *finding tools*, ini cuma berfungsi sebagai entri alias pintu masuk,<sup>129</sup> untuk memasuki sumber-sumber hukum yang sebenarnya, baik yang formil maupun yang materiil. Bahan hukum ini antara lain yaitu kamus istilah hukum, kamus populer, kamus bahasa asing dan sebagainya.

### **d. Pengelolaan dan Penyajian Bahan Hukum**

Sebagaimana telah disebutkan terdahulu bahwa penelitian ini adalah penelitian hukum bukan penelitian sosial, sehingga penyajian data tidak dilakukan dengan tabulasi, mendeskripsikan secara kualitatif maupun kuantitatif. tetapi, penyusunan kerangka konseptual mutlak diperlukan.<sup>130</sup> Pengelolaan bahan-bahan hukum pada hakikatnya berarti kegiatan untuk mengadakan sistematisasi terhadap bahan-bahan hukum tertulis.

### **e. Analisis atau Pembahasan**

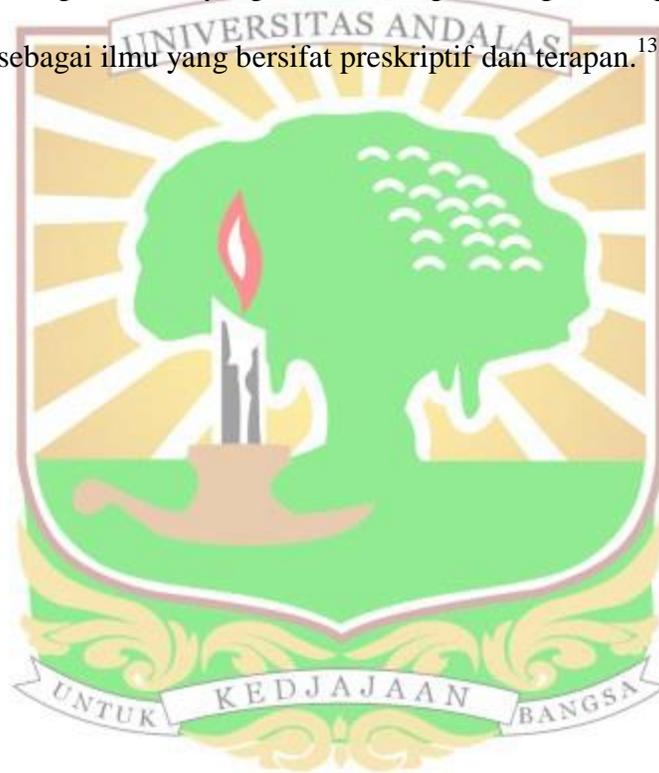
---

<sup>128</sup>Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan Ketiga, UI Press, Jakarta, 1986, hlm. 256.

<sup>129</sup>*Ibid.*

<sup>130</sup> Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum...op,cit*, hlm. 85

Setelah melakukan telaah sistematika hukumnya, telaah kerangka konseptualnya, kemudian diberikan interpretasi dalam bentuk argumentasi guna menjawab permasalahan pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) di Indonesia. Kemudian pada setiap isu hukum dalam rumusan masalah ditelaah satu persatu dan setiap isu ditelusuri ketentuan hukum, yurisprudensi, pendapat hukum (*doktrin*) maupun asas hukum terkait. Selanjutnya ditarik kesimpulan terhadap argumentasi yang dirumuskan dari hasil penelitian. Adapun langkah terakhir yaitu memberikan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun. langkah-langkah ini sesuai dengan karakter ilmu hukum sebagai ilmu yang bersifat preskriptif dan terapan.<sup>131</sup>



---

<sup>131</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar...op,cit*, hlm. 53.

