

# BAB I

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Indonesia merupakan negara yang memiliki ragam dan corak budaya yang berbeda-beda serta memiliki luas wilayah yang begitu besar sehingga sangat sulit jika pemerintahan hanya bertumpu di pusat saja. Untuk memudahkan interaksi dalam memberikan pelayanan maka Indonesia menganut sistem desentralisasi. Desentralisasi mengandung arti bahwa ada pemisahan antar perangkat pemerintah daerah dan pemerintah pusat, dimana pemerintah daerah diberi otonomi, yakni kebebasan dan kemandirian untuk mengatur dan mengurus urusan rumah tangga daerah sehingga kesejahteraan rakyat dapat tercapai dengan cepat dan baik sebagaimana amanat dari Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD NRI Tahun 1945) yakni “untuk membentuk suatu pemerintahan negara Indonesia, yang melindungi segenap tumpah darah Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian yang abadi dan keadilan sosial.”<sup>1</sup>

Negara Indonesia juga merupakan negara hukum yaitu negara yang berdasarkan atas hukum, hal ini ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945. Konsekuensi logis dari sebuah negara yang berdasarkan hukum salah satunya adalah semua tata aturan harus didasarkan dan mengacu pada hukum. Dalam kaitannya dengan negara hukum, tertib hukum yang berbentuk adanya tata

---

<sup>1</sup> <https://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/RJ1-20190425-125010-5297.pdf>. Accessed juni 2018

urutan peraturan perundang-undangan menjadi suatu syarat mutlak dalam penyelenggaraan negara atau pemerintahan. Adanya hierarki tata urutan peraturan perundang-undangan menjadi suatu keharusan dalam penyelenggaraan negara atau pemerintahan. Hierarki tata urutan peraturan perundang-undangan akan lebih memudahkan dalam penegakan hukum (*supremacy of law*) dan adanya keteraturan atau ketertiban hukum (*rechtsorde*). Peraturan perundang-undangan merupakan salah satu elemen pokok dalam suatu sistem hukum nasional. Sebagai suatu sistem, kaidah aturan yang termuat dalam semua peraturan perundang-undangan yang tersusun secara hierarkis, berpuncak pada konstitusi sebagai hukum tertinggi. Peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, sesuai dengan asas "*lex superior derogat legi inferiori*".

Unsur lain yang menjadi syarat utama penyangga berdiri tegaknya satu negara sehingga dapat disebut negara hukum adalah adanya pembatasan kekuasaan. Sebab setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang. Jimly Asshidiqie mengutip adagium yang begitu populer dari Lord Acton: "*power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*".<sup>2</sup> Kekuasaan selalu harus dibatasi dengan cara memisah-misahkan kekuasaan ke dalam cabang-cabang yang bersifat "*checks and balances*" dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain.

Kekuasaan eksekutif yang seringkali disebut pemerintah diberi tugas dan wewenang menyelenggarakan pemerintahan. Undang-Undang Nomor 30 Tahun

---

<sup>2</sup> "etika menjaga netralitas dan imparialitas bagi birokrasi dan." <https://studylibid.com/doc/1239945/etika-menjaga-netralitas-dan-imparialitas-bagi-birokrasi...> Accessed 11 June. 2018.

2014 Tentang Administrasi Pemerintahan (Undang-Undang Administrasi Pemerintahan) menjadi landasan yuridis bagi aparatur negara dalam melaksanakan tindakan pemerintahan. Undang-Undang Administrasi Pemerintahan menjadi payung bagi yang terkait dengan administrasi pemerintahan. Undang-Undang Administrasi Pemerintahan memberikan kriteria yang jelas bagi aparatur negara agar tidak terjebak dalam penyalahgunaan wewenang. Oleh karena itu seharusnya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan mengatur secara komprehensif aspek-aspek administrasi pemerintahan sehingga tidak terjadi kekosongan atau norma yang kabur dalam menjalankan pemerintahan.

Dalam konsep hukum administrasi negara, tindakan di luar ketentuan hukum tertulis dapat dibenarkan, agar prinsip legalitas pada tahap operasionalnya dapat dilaksanakan secara dinamis, efektif, dan efisien. Konsep tersebut dikenal dengan diskresi. Diskresi sangat diperlukan dalam rangka melengkapi kekurangan dan kelemahan prinsip legalitas. Diskresi memiliki peranan penting dalam segala aspek kehidupan berbangsa dan bernegara. Utamanya dalam mengisi kekosongan hukum (ketentuan tertulis), serta melenturkan yang kaku (*rigid*) dan sudah usang (*out of date*). Bahkan menyesuaikan dengan konteks kekinian yang lebih baik dan bermanfaat bagi masyarakat (*public*). Kekuasaan diskresi terdapat pada kekuasaan menjalankan jabatan yang dimiliki pejabat publik yang diberikan undang-undang dengan maksud agar pejabat dapat menjalankan tugas sebagaimana mestinya. Penggunaan diskresi mempunyai syarat-syarat khusus, sehingga dalam menggunakan kewenangannya, pejabat tidak berlaku sewenang-wenang.

Diskresi menjadi hal penting untuk memandu pemerintah dalam

mengambil tindakan. Pengertian Diskresi yang tertuang dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Bagi negara hukum, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi. Namun jika dianalisis secara kritis, Undang-Undang Administrasi Pemerintahan menyisakan ruang kosong pengaturan salah satu instrumen yang seringkali digunakan oleh aparatur negara, yaitu peraturan kebijakan.<sup>3</sup>

Peraturan Kebijakan (*beleidsregels*) adalah jenis tindak administrasi negara dalam bidang hukum publik yang bersegi satu (*eenzijdige publiek rechtelijke handelingen*). Peraturan kebijakan merupakan produk kebijakan yang bersifat bebas yang ditetapkan oleh pejabat-pejabat administrasi negara dalam rangka penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan. Kebijakan pejabat administrasi negara tersebut kemudian dituangkan dalam suatu format tertentu supaya dapat diberlakukan secara umum.

Pembentukan Peraturan Kebijakan dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan merupakan suatu hal yang lumrah terjadi. Menurut Philipus M. Hadjon, “pelaksanaan pemerintahan sehari-hari menunjukkan pejabat usaha negara seringkali menempuh berbagai langkah kebijaksanaan tertentu, antara lain menciptakan yang sekarang sering dinamakan peraturan kebijaksanaan

---

<sup>3</sup> "Ulasan lengkap : Arti, Tujuan, Lingkup, dan Contoh Diskresi." 14 Januari 2015, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt54b538f5f35f5/arti--tujuan--lingkup--dan--contoh-diskresi/>. Accessed 2019

(*beleidsregels, policy rule*)". Menurut Philipus M Hadjon lagi, peraturan kebijakan pada hakikatnya merupakan produk dari perbuatan tata usaha negara yang bertujuan, yaitu menampakkan keluar suatu kebijakan tertulis. Peraturan kebijakan hanya berfungsi sebagai bagian dari operasional penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan, karenanya tidak dapat mengubah ataupun menyimpang dari peraturan perundang-undangan. Oleh karenanya ia disebut sebagai *spiegel recht* (hukum bayangan).<sup>4</sup>

Namun dalam perkembangannya peraturan kebijakan yang semula dimaksudkan dan diperlukan dalam menjalankan tugas negara, justru implementasinya tidak lepas dari problematika bertentangan dengan norma-norma hukum lain maupun masalah hukum lain. Seperti melanggar hak-hak dikarenakan kebebasan bertindak yang dimiliki oleh pemerintahan dalam menjalankan tugas pemerintahan berkat asas Diskresi, seperti yang disebutkan oleh Peter H Schuck:

“Diskresi juga memiliki sisi gelapnya. Ketika diskresi tidak hanya merupakan kekuasaan birokratik, diskresi pasti memuat banyak masalah. Diskresi memungkinkan memberi peluang para pejabat untuk melampaui batas, dan sewenang-wenang terhadap penduduk dengan cara-cara besar maupun kecil yang sangat banyak.”<sup>5</sup>

Sjahan Basah berpendapat bahwa *freies ermessen* harus dapat dipertanggungjawabkan, secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, demi kepentingan bersama.<sup>6</sup>

Peraturan kebijakan dari segi isinya mempunyai sifat-sifat yang mengatur,

---

<sup>4</sup> "KEDUDUKAN HUKUM PERATURAN/KEBIJAKAN-jdih@bappenas." [http://jdih.bappenas.go.id/data/monografifile/WORKSHOP Peraturan kebijakan di Kementerian PPN bappenas.pdf](http://jdih.bappenas.go.id/data/monografifile/WORKSHOP%20Peraturan%20kebijakan%20di%20Kementerian%20PPN%20bappenas.pdf). Accessed 18 Juni. 2018.

<sup>5</sup> "Lex Administratum, Vol. VIII/No. 3/Jul-Sep /2020 80 AKIBAT HUKUM ...." <https://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/administratum/article/download/29755/28816>. Accessed Juli 2018.

<sup>6</sup> "KEBEBASAN BERTINDAK ADMINISTRASI NEGARA DALAM ...." <http://ejournal.uki.ac.id/index.php/tora/article/download/1172/1001/>. Accessed Juli 2018.

tetapi karena sifatnya yang sangat teknis, ia tidak dituangkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang resmi. Misalnya Surat Edaran (*circular*), petunjuk pelaksana (juklak), petunjuk teknis (juknis), instruksi-instruksi, rencana kerja, kerangka acuan (*term of reference*), radiogram dan sebagainya, semuanya berisi norma yang bersifat mengatur yang kadang-kadang dalam praktik dianggap lebih praktis untuk dipedomani daripada peraturan perundang-undangan yang masih bersifat umum.

Surat Edaran merupakan salah satu bentuk dari peraturan kebijakan. Banyak lembaga negara menerbitkan Surat Edaran termasuk Mahkamah Agung. Bahkan untuk hal-hal yang penting, yang seharusnya dimuat dalam bentuk perundang-undangan lain tetapi malah dituangkan ke dalam bentuk Surat Edaran. Menteri-menteri juga sering menerbitkan Surat Edaran. Di dalam praktik banyak sekali keputusan atau Surat Edaran yang bersifat *beschikking* (individual-konkrit) tetapi isinya bersifat *regeling* (umum-abstrak). Dalam teori, aturan semacam ini dinamakan "*pseudo wetgeving*" atau peraturan perundang-undangan semu. Tidak mengherankan jika ada sejumlah Surat Edaran yang menimbulkan permasalahan yang tentu harus diselesaikan. Jika Surat Edaran bukan Peraturan perundang-undangan, lalu bagaimana menguji keabsahannya ? .

Penyelesaian kasus-kasus yang berkaitan dengan diskresi sering dijumpai titik singgung dari segi pemaknaannya dari pandangan hukum administrasi negara dan hukum pidana. Di Indonesia suatu produk hukum berupa peraturan (*regel*) yang bersifat mengatur (*regeling*) dapat digugat ke Mahkamah Konstitusi atau Mahkamah Agung, sedangkan *beschikking* dapat digugat ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN), kemudian vonis dapat digugat lagi melalui upaya hukum

selanjutnya. Namun yang menjadi pertanyaan adalah bagaimana dengan produk hukum yaitu peraturan kebijakan dalam hal ini Surat Edaran yang dikeluarkan oleh pemerintah hasil dari penggunaan diskresi. Jika ada pihak yang merasa dirugikan dengan dikeluarkannya suatu Surat Edaran tersebut, bagaimana upaya perlindungan hukum terhadap masyarakat. Marzuki mengatakan, “seorang warga negara atau badan hukum tidak dapat mempermasalahkan ke hadapan hakim pengadilan tata usaha negara karena peraturan kebijakan (Surat Edaran) bukan keputusan tata usaha negara, hal ini dikarenakan pengadilan tidak boleh mengadili suatu kebijaksanaan (*doelmatigheid*)”.<sup>7</sup> Mahkamah Agung sebagai salah satu penyelenggara kekuasaan kehakiman di Indonesia sebagaimana tercantum dalam Pasal 24A UUD NRI Tahun 1945, memiliki kewenangan mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.

Pada Praktiknya Mahkamah Agung pernah melakukan pengujian peraturan kebijakan yang berbentuk Surat Edaran, yaitu terhadap Surat Edaran Dirjen Mineral dan Batubara Panas Bumi Nomor 03/31/DJB/2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara Sebelum Terbitnya Peraturan Pemerintah Sebagai Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 (selanjutnya disebut dengan Surat Edaran Dirjen Minerba Nomor 03 E/31/DJB/2009) , dan Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 7 Tahun 2014 tentang Permohonan Pengajuan Peninjauan Kembali Terhadap Perkara Pidana (selanjutnya disebut dengan Surat Edaran Mahkamah Agung PPPK Nomor 7

---

<sup>7</sup> "KEWENANGAN YUDIKATIF DALAM PENGUJIAN PERATURAN ...." <https://jurnal.komisiyudisial.go.id/index.php/jy/article/download/117/101>. Accessed 11 June. 2021.

Tahun 2014). Berdasarkan Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 23P/HUM/2009 tentang Uji Materiil Surat Edaran Dirjen Minerba Nomor 03 E/31/DJB/2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara Sebelum Terbitnya Peraturan Pemerintah Sebagai Pelaksanaan Undang- Undang Nomor 4 Tahun 2009, Mahkamah Agung menyatakan Surat Edaran Dirjen Minerba Nomor 03/31/DJB/2009 bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara dan karenanya tidak sah dan tidak berlaku untuk umum. Putusan Mahkamah Agung ini tentu menunjukkan adanya *interpretasi* yang memperluas ruang lingkup jenis peraturan perundang-undangan tetapi juga sekaligus menyamakan batasan konsep peraturan kebijakan.

Berbeda halnya ketika Mahkamah Agung memutuskan menolak permohonan hak uji materiil terhadap Surat Edaran Mahkamah Agung PPPK Nomor 7 Tahun 2014 dengan pertimbangan bahwa obyek Hak Uji Materiil (selanjutnya disingkat HUM) tidak memenuhi kriteria peraturan perundang-undangan. Mahkamah Agung menilai Objek HUM hanya ditujukan kepada ketua pengadilan tingkat banding dan ketua pengadilan tingkat pertama merupakan bentuk edaran dari pimpinan Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud oleh H.P. Pangabean tersebut diatur dan bukan bentuk peraturan sebagai Peraturan Mahkamah Agung, sehingga Surat Edaran Mahkamah Agung PPPK Nomor 7 Tahun 2014 tersebut tidak termasuk peraturan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, sehingga tidak termasuk obyek HUM . Hal ini menjadi suatu tanda tanya, mengapa pada obyek HUM yang sama namun Mahkamah Agung memberikan putusan yang berbeda.

Putusan Mahkamah Agung menguji norma Surat Edaran menimbulkan

polemik setidaknya secara teoritis, apakah hakim telah melakukan suatu penemuan hukum (*rechtsvinding*) guna mengisi ketidaklengkapan atau ketidakjelasan hukum positif atau Mahkamah Agung telah melakukan kekeliruan interpretasi dan gagal memahami konsep hukum peraturan kebijakan dari segi teori hukum administrasi negara. Jika dilihat dari aspek yuridis tersebut, maka Mahkamah Agung tidak memiliki wewenang untuk menguji peraturan kebijakan. Namun, adanya putusan perkara Nomor 23P/HUM/2009 tanggal 9 Desember 2009, dan Putusan Nomor 27P/HUM/2015, menunjukkan adanya suatu penafsiran (*interpretatie*) Majelis Hakim Mahkamah Agung terhadap pengujian peraturan kebijakan di Indonesia. Penelitian ini bermaksud menelaah makna normatif dan *ratio legis* (alasan dibalik) pengujian peraturan kebijakan di Indonesia.

Setiap tahun Mahkamah Agung menerima, mengadili dan memutus puluhan permohonan HUM. Khusus terhadap Surat Edaran, putusan Mahkamah Agung memiliki perbedaan, ada putusan hakim yang menilai Surat Edaran masuk ke dalam peraturan perundang-undangan namun ada juga putusan yang menyatakan Surat Edaran bukan peraturan perundang-undangan. Hal ini memberikan ketidakpastian hukum sehingga patut dilakukan suatu pengkajian bagaimana kedudukan Surat Edaran dalam sistem hukum di Indonesia serta pertimbangan hakim dalam menguji Surat Edaran tersebut. Berdasarkan hal-hal di atas, maka penulis tertarik untuk melakukan penelitian tentang “Pengkajian Surat Edaran Oleh Mahkamah Agung”.

## **B. Rumusan Masalah**

Berdasarkan latar belakang masalah diatas, maka penulis mengangkat masalah berkaitan dengan:

1. Bagaimana kedudukan Surat Edaran dalam sistem hukum di Indonesia ?
2. Bagaimana pertimbangan hakim dalam pengambilan putusan pada pengujian Surat Edaran ?

### **C. Tujuan Penelitian**

Seiring dengan permasalahan yang telah disebutkan di atas, maka yang menjadi tujuan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui dan menganalisa bagaimana kedudukan Surat Edaran dalam sistem hukum di Indonesia.
2. Untuk mengetahui dan menganalisis pertimbangan hakim dalam mengambil putusan terhadap pengujian dari Surat Edaran.

### **D. Manfaat Penelitian**

#### a. Manfaat Teoritis

1. Hasil penelitian ini dapat digunakan sebagai bahan masukan pengembangan ilmu pengetahuan di bidang hukum, terutama di bidang Hukum Tata Negara, khususnya hukum administrasi pemerintahan.
2. Penelitian ini juga diharapkan bisa memberikan masukan bagi penyempurnaan perangkat peraturan perundang-undangan khususnya yang berkaitan dengan desain peraturan kebijakan dalam administrasi pemerintahan.

#### b. Manfaat Praktis

Hasil penelitian ini dapat menjadi masukan dalam pelaksanaan kegiatan penyelenggaraan pemerintahan baik pusat maupun daerah.

### **E. Keaslian Penelitian**

Untuk menjamin keaslian penelitian tesis ini maka penulis akan menyajikan penelitian-penelitian terdahulu yang pernah membahas persoalan sejenis, sebagai berikut:

- 1) Tesis dengan Judul Kewenangan Pengadilan Menguji Norma Peraturan Kebijakan (*Beleidsregels*) Di Indonesia, ditulis oleh Muhammad Thabrani Mutalib Mahasiswa Universitas Islam Indonesia, Tahun 2017. Persoalan yang dibahas dalam tesis ini adalah konsep yang ideal mengenai pengujian norma peraturan kebijakan dan pengujian norma peraturan kebijakan ditinjau dari optik hukum administrasi negara. Hasil penelitian dari tulisan ini adalah pola ideal untuk melakukan pengujian terhadap peraturan kebijakan dapat ditempuh melalui upaya prosedur keberatan atau upaya administrasi. Serta pengujian peraturan kebijakan (*beleidsregels*) dapat ditempuh melalui mekanisme prosedur keberatan atau upaya administratif dan juga pengujian secara marginal (*marginal toetsing*) melalui Peradilan Tata Usaha Negara.
- 2) Tesis dengan Judul Pengujian Keputusan Diskresi Yang Dikeluarkan Oleh Pejabat Tata Usaha Negara Di Pengadilan Tata Usaha Negara, ditulis oleh Rahmad Tobrani, Mahasiswa Universitas Syiah Kuala, Tahun 2018. Persoalan yang dibahas bentuk diskresi apa yang dapat diuji oleh Pengadilan Tata Usaha Negara serta praktik Pengadilan Tata Usaha Negara dalam menguji keputusan diskresi. Hasil penelitian dari tulisan ini adalah produk hukum yang dapat dijadikan objek sengketa dan diuji di Pengadilan Tata Usaha Negara berupa dokumen-dokumen yang mengandung materi penetapan yang bersifat konkrit, individual dan final

dalam hukum administrasi negara disebut dengan keputusan dan tindakan, jika suatu aturan yang mengatur tentang hal tertentu, akan tetapi aturan tersebut tidak memungkinkan untuk dilaksanakan, maka pengujian terhadap diskresi tersebut oleh Pengadilan Tata Usaha Negara dilakukan tidak dengan menggunakan peraturan perundang-undangan yang berlaku, melainkan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB).

Dari dua tesis yang penulis paparkan di atas, terlihat perbedaan permasalahan yang dibahas dengan tesis ini. Pada tesis “Kewenangan Pengadilan Menguji Norma Peraturan Kebijakan (*beleidsregels*)” di Indonesia memfokuskan penelitian pada aspek bagaimana konsep ideal pengujian norma peraturan kebijakan di Indonesia, serta kewenangan pengadilan terhadap pengujian norma peraturan kebijakan ditinjau dari aspek hukum administrasi negara. Sedangkan pada tesis ini “Pengujian Surat Edaran oleh Mahkamah Agung” memfokuskan penelitian pada aspek kedudukan Surat Edaran dalam sistem hukum di Indonesia dan pertimbangan hakim Mahkamah Agung dalam putusan menguji Surat Edaran. Unsur-unsur pembeda antara tesis-tesis tersebut dengan penelitian ini adalah terletak pada permasalahan yang dibahas dan teori hukum yang dipergunakan. Sedangkan perbedaan tesis ini dengan tesis yang ditulis oleh Rahmad Tobrani adalah dimana Rahmad Tobrani fokus pada siapa yang berhak menerbitkan keputusan diskresi dan produk hukum yang dapat dijadikan objek sengketa dan diuji pada PTUN. Hasil yang dapat disimpulkan dari tesis ini adalah pejabat yang mengeluarkan diskresi adalah pemerintah eksekutif baik di tingkat pusat maupun ditingkat daerah beserta seluruh jajarannya karena dalam

penggunaan kebijakan diskresi yang melanggar atau merugikan hak warga negara terhadap pemerintah eksekutif dapat dimintai pertanggungjawaban melalui pengadilan. Kemudian produk hukum yang dapat dijadikan objek sengketa dan diuji pada PTUN yaitu berupa dokumen-dokumen tentang penetapan keputusan dan tindakan sedangkan peraturan (*regeling*) tidak dapat dijadikan objek sengketa dan tidak dapat diuji di PTUN. Tesis ini Fokus pada pertimbangan hakim Mahkamah Agung menguji Surat Edaran.

## **F. Kerangka Teoritis Dan Kerangka Konseptual**

### **a. Kerangka Teoritis**

Penelitian ini diperkuat dengan landasan teoritik keilmuan berupa asas-asas hukum, konsep-konsep, doktrin, yurisprudensi dan hasil penelitian terdahulu serta teori-teori hukum sebagai pisau analisis dalam melakukan kajian dan membahas permasalahan yang disajikan.

#### **1. Teori *Stufenbau* (Teori Jenjang Norma)**

Menurut Hans Kelsen, hukum adalah termasuk dalam sistem norma yang dinamik (*normodynamic*) oleh karena itu selalu dibentuk dan dihapus oleh lembaga-lembaga otoritas yang berwenang membentuk dan menghapusnya, sehingga dalam hal ini tidak dilihat dari segi isi norma tersebut, tetapi dilihat dari segi berlakunya pembentukannya. Hukum itu adalah sah (*valid*) apabila dibuat oleh lembaga atau otoritas yang berwenang membentuknya serta bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, sehingga dalam hal ini norma yang lebih (*inferior*) dapat dibentuk oleh norma yang lebih tinggi (*superior*), dan hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis membentuk suatu hierarki.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan, Jilid I* (Yogyakarta, Kanisius, 2007) hal 23

Sementara Hans Nawiasky, salah seorang murid dari Hans Kelsen mengembangkan teori gurunya tentang teori jenjang norma dalam kaitannya dengan suatu negara. Hans Nawiasky dalam bukunya berjudul “*Allgemeine Rechtslehre*”<sup>9</sup> mengemukakan bahwa sesuai teori Hans Kelsen, maka suatu norma hukum dari negara manapun selalu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang. Norma yang dibawah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, sampai pada suatu norma yang tertinggi yang disebut norma dasar.<sup>9</sup>

Hans Nawiasky juga berpendapat bahwa selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, norma hukum dari suatu negara itu juga berkelompok-kelompok, dan pengelompokan norma hukum dalam suatu negara terdiri atas empat kelompok Besar yaitu:

- Kelompok I : *staatsfundamentalnorm* (norma fundamental negara)
- Kelompok II: *staatsgrundgesetz* (aturan dasar negara/aturan pokok negara)
- Kelompok III: *Formel gesetz* (undang-undang “formal”)
- Kelompok IV: *verordnung & autonome satzung* (aturan pelaksana & aturan otonom)

Kelompok norma hukum tersebut hampir selalu ada dalam tata susunan norma hukum setiap negara walaupun mempunyai istilah yang berbeda-beda ataupun adanya jumlah norma hukum yang berbeda dalam setiap kelompoknya.<sup>10</sup>

Dalam kaitannya dengan hierarki norma hukum, Hans Kelsen mengemukakan teori mengenai jenjang norma hukum (*stufentheorie*). Hans Kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki (tata susunan), dalam arti, suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi,

---

<sup>9</sup> Hans Nawiasky, *Allgemeine als rechtsSystem Lichen Grundbegriffe, (einsiedeln /Zürich/köln, benziger, cet. 2 1948)*, hlm 31 dst.

<sup>10</sup> Ibid, hal 45

norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif yaitu Norma Dasar (*grundnorm*).<sup>11</sup>

Norma Dasar merupakan norma tertinggi dalam suatu sistem norma tersebut tidak lagi dibentuk oleh norma yang lebih tinggi lagi, tetapi norma dasar itu ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat sebagai norma dasar yang merupakan gantungan bagi norma-norma yang berada di bawahnya, sehingga suatu norma dasar itu dikatakan *presupposed*. Teori jenjang norma hukum dari Hans Kelsen ini diilhami oleh seorang muridnya bernama Adolf Merkl yang mengemukakan bahwa suatu norma hukum itu selalu mempunyai dua wajah (*das doppelte rechtsantlitz*). Menurut Adolf Merkl suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi ke bawah ia juga menjadi sumber dan menjadi dasar bagi norma hukum di bawahnya, sehingga suatu norma itu mempunyai masa berlaku (*rechtskracht*) yang relatif. Oleh karena masa berlakunya suatu norma hukum itu tergantung pada norma hukum yang berada di atasnya. Apabila norma hukum yang di atasnya dicabut atau dihapus, pada dasarnya norma-norma hukum yang berada di bawahnya akan tercabut dan terhapus pula.<sup>12</sup>

Sejak lahirnya Negara Republik Indonesia dengan proklamasi kemerdekaannya, serta ditetapkannya Undang-Undang Dasar 1945 sebagai konstitusi, terbentuklah pula sistem norma hukum negara Indonesia. Apabila

---

<sup>11</sup> Aziz Syamsuddin, *Proses Dan teknik Penyusunan Undang-undang, Cetakan Pertama*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), hlm 14-15.

<sup>12</sup> Maria Farida, *Op.cit*, hal 25-26

dibandingkan dengan teori jenjang norma (*stufentheorie*) dari Hans Kelsen dan teori jenjang norma hukum (*die theorie vom stufentordnung der rechtsnormen*) dari Hans Nawiasky, maka dapat dilihat adanya cerminan dari kedua sistem norma tersebut dalam sistem norma hukum negara Indonesia. Dalam sistem norma hukum negara Indonesia maka norma-norma hukum yang berlaku berada dalam suatu sistem berlapis-lapis dan berjenjang- jenjang, sekaligus berkelompok-kelompok, dimana suatu norma itu berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi dan norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma dasar negara (*staatsfundamentalnorm*) Republik Indonesia yaitu Pancasila.

Di dalam sistem norma hukum negara Indonesia, Pancasila merupakan norma fundamental negara yang merupakan norma hukum yang tertinggi. Penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara adalah sesuai dengan Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 alinea keempat yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam Permusyawaratan Perwakilan, Keadilan Sosial bagi Seluruh Indonesia. Menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara sehingga setiap materi muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.

Selanjutnya Pasal 7 ayat 1 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menetapkan jenis dan hierarki perundang-undangan Republik Indonesia. Menurut ketentuan tersebut, jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut:

1. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/Peraturan pemerintah Pengganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Peraturan Presiden ;
6. Peraturan daerah Provinsi;
7. Peraturan Daerah Kabupaten/kota;

Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan merinci jenis peraturan perundang-undangan selain yang disebutkan dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan tersebut, juga mencakup 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 oleh 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. Adapun ayat 2 (dua) Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyebutkan bahwa:

“peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud di ayat 1 (satu) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.”

Mengenai “kewenangan” ini dapat dirujuk penjelasan Pasal 8 ayat 2 (dua) yang berbunyi:

“yang dimaksud dengan “berdasarkan kewenangan” adalah penyelenggaraan urusan tertentu pemerintah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan”

Jika bunyi penjelasan seperti itu sebenarnya masih kurang jelas juga. Dalam hal

demikian, ahli hukum dapat menggunakan keahlian keilmuannya. Berkaitan dengan hierarki, tidak ada ketentuan yang secara tegas menetapkan dimana kedudukan peraturan-peraturan yang disebutkan dalam Pasal 8 ayat 1 (satu) itu dalam hierarki peraturan perundang-undangan.

Peraturan perundang-undangan mestilah disusun mulai yang paling tinggi, yaitu Undang-Undang Dasar sampai tingkatan paling rendah, yaitu Peraturan Daerah Kabupaten/Kota atau bahkan Peraturan Desa. Pada prinsipnya, peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan materi peraturan yang lebih tinggi. Untuk menjamin konsistensi antar peraturan ini dimungkinkan adanya mekanisme *judicial review* atau pengujian materi peraturan terhadap peraturan yang lebih tinggi. Dalam sistem *check and balances* yang didasarkan atas doktrin pemisahan kekuasaan (*separation of power*), kegiatan pengujian materi peraturan ini biasanya dikaitkan dengan fungsi tambahan yang diberikan kepada lembaga pengadilan, yaitu Mahkamah Agung. Teori *Stufenbau* (hierarki norma hukum) penulis gunakan untuk menjawab rumusan masalah pertama, dimana kedudukan Surat Edaran dalam sistem hukum di Indonesia. Apakah termasuk ke dalam sistem hukum atau tidak.

## **2. Teori Perundang-Undangan**

Teori perundang-undangan menekankan pada bagaimana membentuk materi peraturan perundang-undangan. Sebagai Negara hukum, segala aspek kenegaraan harus sesuai dengan sistem hukum nasional. Sistem hukum nasional merupakan hukum positif yang berlaku di Indonesia dengan semua elementnya yang saling berkaitan satu dengan yang lain dalam rangka mengantisipasi dan menyelesaikan permasalahan yang timbul dalam kehidupan bermasyarakat,

berbangsa dan bernegara Pancasila dan UUD Tahun 1945.

Hukum merupakan produk yang sah, beberapa persyaratan hukum perlu diperhatikan agar dapat mengikat dan secara umum efektif dalam menjatuhkan sanksi. Persyaratan-persyaratan tersebut dapat dijadikan sebagai landasan hukum bagi pengaturan hukum.

Persyaratan yang harus dipenuhi adalah:

- 1) Dibuat atau dibentuk oleh organ yang berwenang. Dengan kata lain, ketentuan hukum harus dibuat oleh pejabat atau badan yang berwenang. Kegagalan untuk memenuhi persyaratan ini akan membatalkan ketentuan hukum (*van rechtswege nietig*). Adanya kesesuaian Bentuk/jenis undang-undang dengan materi muatan yang akan diatur. Inkonsistensi format/jenis ini bisa menjadi alasan untuk mencabut undang-undang ini. Misalnya, jika Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa ketentuan itu dapat dipaksakan dengan undang-undang, maka ketentuan itu hanya diberikan dalam bentuk undang-undang.
- 2) Adanya prosedur dan tata cara pembentukan yang telah ditentukan. Pembentukan undang-undang harus melalui proses dan prosedur yang telah ditentukan. Misalnya, Rancangan Undang-Undang tersebut sedang dibahas di Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk memperoleh persetujuan umum, peraturan daerah ditetapkan oleh kepala daerah setelah persetujuan umum dari dewan perwakilan rakyat daerah. Dalam rangka pengundangannya juga harus ditentukan tata caranya, Misalnya, undang-undang itu diterbitkan dalam Lembaran Negara untuk

membuatnya mengikat.

- 3) Tidak boleh bertentangan dengan Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya. Artinya peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi merupakan standar umum (*baseline*) bagi peraturan perundang-undangan yang lebih rendah. Oleh karena itu, undang-undang yang lebih rendah tidak boleh melanggar standar hukum yang terdapat dalam undang-undang yang lebih tinggi. Selain latar belakang filosofis, sosiologis dan hukum, ada landasan lain: landasan teknik perancangan. Landasan untuk hukum yang baik berkaitan erat dengan kejelasan kata-kata, konsistensi istilah atau penggunaan yang konsisten, dan penggunaan bahasa dan tidak boleh diabaikan. Penggunaan landasan ini adalah untuk memberikan kesempatan kepada orang atau lembaga untuk mengekspresikan kebutuhan dan dukungan mereka secara tertulis, produk yang sah secara tertulis.<sup>13</sup>

Dengan demikian, yang menjadi bagian dari Teori perundang-undangan, yaitu dasar-dasar dalam Penyusunan Peraturan Perundang-Undangan. Dasar-dasar dalam Penyusunan Peraturan Perundang-undangan antara lain:

- 1) Asas-asas pembentukan Peraturan Perundang-Undangan;
- 2) Kewenangan Pembentuk Peraturan Perundang-Undangan;
- 3) Jenis dan Hierarki Peraturan Perundang-Undangan;
- 4) Materi muatan Peraturan Perundang-Undangan.<sup>14</sup>

### 3. Teori Diskresi

Menurut Pasal 1 Ayat 9 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan,

<sup>13</sup> "BAB II LANDASAN TEORITIS Bagian landasan teoritis ini ...." [https://sinta.unud.ac.id/uploads/dokumen\\_dir/621bf8dc0782b97ac8e869bc1707b05f.pdf](https://sinta.unud.ac.id/uploads/dokumen_dir/621bf8dc0782b97ac8e869bc1707b05f.pdf). Accessed Januari. 2021.

<sup>14</sup> Jurnal Ilmiah Ilmu Hukum QISTIE Vol. 12 No. 1 Mei 2019

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.

Prajudi Atmosudirjo mendefinisikan diskresi adalah kebebasan bertindak atau mengambil keputusan daripada para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapatnya sendiri.<sup>15</sup> Diskresi diperlukan sebagai pelengkap daripada *asas legalitas*, yaitu asas hukum yang menyatakan, bahwa setiap tindakan atau perbuatan administrasi harus berdasarkan ketentuan undang-undang. Akan tetapi tidak mungkin bagi undang-undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu perlu adanya “kebebasan” atau “diskresi” administrasi negara yang terdiri atas “diskresi bebas” dan “diskresi terikat”. Pada “diskresi bebas” undang-undang hanya menetapkan batas-batas, dan administrasi negara bebas mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui/melanggar batas-batas tersebut. Sedangkan pada “diskresi terikat” undang-undang menetapkan beberapa alternatif, dan administrasi negara bebas memilih salah satu alternatif.

Sjachran Basah dalam Ridwan HR, mengemukakan unsur-unsur *freies ermessen* dalam suatu negara hukum yaitu:<sup>16</sup>

1. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas servis publik;
2. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara;
3. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
4. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
5. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan

---

<sup>15</sup> Prajudi Atmosudirjo, 1988, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Ghalia Indonesia, Hal 80.

<sup>16</sup> Ridwan HR, *op.cit.* hal 170-172

- penting yang timbul secara tiba-tiba;
6. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan yang Maha Esa maupun secara hukum.

*Freies ermessen* muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan dalam penerapan asas legalitas. Bagi negara yang bersifat *welfare state*, asas legalitas saja tidak cukup untuk berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi. Dalam praktik penyelenggaraan pemerintah, *freies ermessen* dilakukan oleh administrasi negara dalam hal sebagai berikut:<sup>17</sup>

1. Belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian *in konkrito* terhadap sesuatu masalah tertentu, padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera;
2. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya; dan
3. Adanya delegasi perundang-undangan, maksudnya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri, yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya.

Penggunaan diskresi harus ada batas-batas yang memungkinkan oleh hukum yang berlaku dan penggunaannya tidak boleh bertentangan dengan hukum yang berlaku baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Menurut Muchsan dalam Ridwan pembatasan penggunaan *freies ermessen* adalah sebagai berikut:

1. Penggunaan *freies ermessen* tidak boleh bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif); dan
2. Penggunaan *freies ermessen* hanya ditujukan demi kepentingan umum.<sup>18</sup>

Sjachran Basah berpendapat bahwa pelaksanaan *freies ermessen* harus dapat dipertanggungjawabkan “secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, demi kepentingan bersama”. Dalam Pasal

---

<sup>17</sup> Ibid.,

<sup>18</sup> Ibid.,

22 ayat (1) Undang-Undang Administrasi pemerintahan dikatakan bahwa diskresi hanya dapat dilakukan oleh pejabat pemerintah yang berwenang. Pada dasarnya diskresi yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintahan harus didasarkan dengan tujuan melancarkan penyelenggaraan pemerintahan; mengisi kekosongan hukum; memberikan kepastian hukum; dan mengatasi *stagnasi* pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.<sup>19</sup>

Lingkup penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan meliputi pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur; pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas sebagaimana tercantum dalam Pasal 23 Undang-Undang administrasi Pemerintahan.

Pejabat pemerintah yang akan menggunakan diskresinya terhadap pembuatan diskresi terhadap suatu Keputusan atau tindakan yang akan diambil maka harus memenuhi persyaratan sebagai berikut:

1. Sesuai dengan tujuan diskresi;
2. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
3. Sesuai dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik;
4. Berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
5. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
6. Dilakukan dengan itikad baik.<sup>20</sup>

Teori diskresi digunakan untuk menjawab masalah terbentuknya peraturan kebijakan serta hal hal yang harus diperhatikan agar produk diskresi yang

---

<sup>19</sup> Likhita Prajna, *Jurnal Ilmiah, Fakultas Keguruan dan Ilmu Pendidikan* ISSN:1410-8771. Volume 15, Nomor 1, hal 69-83

<sup>20</sup> Pasal 22 ayat (2) Undang-Undang Administrasi Pemerintahan

dihasilkan tidak bertentangan dengan sistem hukum dan ketentuan peraturan perundang-undangan serta asas-asas umum pemerintahan yang baik.

#### 4. Teori Kewenangan

Kewenangan atau wewenang memiliki kedudukan penting dalam kajian hukum tata negara dan hukum administrasi. Sebegitu pentingnya kewenangan ini sehingga F.A.M. Stroink dan J.G Steenbeek menyatakan :*“Het Begrip bevoegdheid is dan ook een kernbegrip in het staats-en administratief recht”*.<sup>21</sup> Dari pernyataan ini dapat ditarik suatu pengertian bahwa wewenang merupakan konsep inti dari hukum tata negara dan hukum administrasi.<sup>22</sup>

Istilah wewenang atau kewenangan disejajarkan dengan *“authority”* dalam bahasa Inggris dan *“bevoegdheid”* dalam bahasa Belanda. Authority dalam *Black’s Law Dictionary* diartikan sebagai *Legal Power; a right to command or to act; the right and power of public officers to require obedience to their orders lawfully issued in scope of their public duties*. (kewenangan atau wewenang adalah kekuasaan hukum, hak untuk memerintah atau bertindak; hak atau kekuasaan pejabat publik untuk mematuhi aturan hukum dalam lingkup melaksanakan kewajiban publik).<sup>23</sup>

Wewenang merupakan bagian yang sangat penting dalam wilayah politik hukum maupun tata negara karena pemerintahan ataupun lembaga negara dapat menjalankan fungsinya sesuai wewenangnya yang dimilikinya. Keabsahan tindakan pemerintah diukur berdasarkan wewenang yang diatur dalam peraturan

---

<sup>21</sup> Nur Basuki Winarno, *Penyalahgunaan Wewenang dan Tindak Pidana Korupsi*, laksana mediatama, Yogyakarta, 2008, hlm. 65.

<sup>22</sup> "BAB II LANDASAN TEORI." <https://anzdoc.com/download/bab-ii-landasan-teori7a2ecde0d71d8d383bb316db3b62c23e19397.html>. Accessed Agustus. 2019.

<sup>23</sup> Ibid.

perundang-undangan yang berlaku. Wewenang adalah landasan untuk bertindak yang diberikan undang-undang yang berlaku untuk melakukan hubungan dan pembuatan hukum.<sup>24</sup>

Kewenangan adalah kekuasaan. Namun, kekuasaan tidak selalu berupa kewenangan. Perbedaan kewenangan dengan kekuasaan dapat dilihat dari pengertiannya bahwa kewenangan merupakan kekuasaan yang memiliki keabsahan (*legitimate power*), sedangkan kekuasaan tidak selalu memiliki keabsahan.<sup>25</sup> Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia istilah wewenang atau kewenangan adalah hak dan kekuasaan untuk bertindak. Kewenangan adalah apa yang disebut dengan hak dan kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu.<sup>26</sup>

Berdasarkan pengertian tersebut di atas, dapat terjadi kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum. Kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum oleh Henc van Maarseveen disebut sebagai "*blote macht*", sedangkan kekuasaan yang berkaitan dengan hukum oleh Max Weber disebut sebagai wewenang rasional atau legal, yakni wewenang yang berdasarkan suatu sistem hukum ini dipahami sebagai suatu kaidah-kaidah yang telah diakui serta dipatuhi oleh masyarakat dan bahkan yang diperkuat oleh negara.<sup>27</sup>

Indonesia sebagai penganut negara hukum tentu tidak terlepas dari adanya konstitusi sebagai pondasi dasar dalam suatu negara, karena konstitusi merupakan manifestasi dari konsep negara hukum. Konstitusi mengatur penyelenggaraan

---

<sup>24</sup> S.F.Marbun, 1997, *Peradilan administrasi negara dan upaya administrasi di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, Hlm154.

<sup>25</sup> Ramlan Surbakti, 2010, *memahami Ilmu Politik*, Kompas Gramedia, Jakarta, Hlm108.

<sup>26</sup> Departemen Pendidikan Nasional, 2013, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Keempat, Balai Pustaka, Jakarta, Hlm 1560.

<sup>27</sup> "Konsep Kekuasaan Pemerintahan Dalam Perspektif Hukum ...." <https://ejournal2.undip.ac.id/index.php/alj/article/download/9573/4894>. Accessed Agustus. 2019

negara yang dilakukan oleh organ-organ negara. Agar penyelenggaraan negara dapat berlangsung dengan baik maka organ negara tersebut harus memiliki kewenangan yang sesuai dengan fungsinya yaitu kewenangan legislatif, eksekutif dan yudikatif. Berawal dari kewenangan tersebut lembaga negara dapat menjalankan tugasnya sesuai harapan masyarakat. Teori kewenangan dipilih menganalisa problematika dalam penulisan ini mengingat bahwa setiap lembaga negara memiliki kewenangan. Teori kewenangan diperlukan untuk membedakannya dengan kekuasaan.

Kekuasaan merupakan inti dari penyelenggaraan negara agar negara dalam keadaan bergerak (*de staat in beweging*) sehingga negara itu dapat berkiprah, bekerja, berkapasitas, berprestasi, dan berkinerja melayani warganya. Oleh karena itu negara harus diberi kekuasaan. Kekuasaan menurut Miriam Budiardjo adalah kemampuan seseorang atau sekelompok orang manusia untuk mempengaruhi tingkah laku seseorang atau kelompok lain sedemikian rupa sehingga tingkah laku itu sesuai dengan keinginan dan tujuan dari orang atau negara agar kekuasaan dapat dijalankan maka dibutuhkan penguasa atau organ sehingga negara itu dikonsepsikan sebagai himpunan jabatan-jabatan (*een ambten complex*) di mana jabatan-jabatan itu diisi oleh sejumlah pejabat yang mendukung hak dan kewajiban tertentu berdasarkan konstruksi subyek-kewajiban.<sup>28</sup> Dengan demikian kekuasaan mempunyai dua aspek, yaitu aspek politik dan aspek hukum, sedangkan kewenangan hanya beraspek hukum semata. Artinya, kekuasaan itu dapat bersumber dari konstitusi, juga dapat bersumber dari luar konstitusi (*inkonstitusional*), misalnya melalui kudeta atau perang, sedangkan kewenangan

---

<sup>28</sup> Miriam Budiardjo, *Aneka Pemikiran Tentang Kuasa dan Wibawa*, Jakarta, Sinar Harapan, 1991

jelas bersumber dari konstitusi.

Dari berbagai pengertian kewenangan sebagaimana tersebut di atas, penulis berkesimpulan bahwa kewenangan (*authority*) memiliki pengertian yang berbeda dengan wewenang (*competence*). Kewenangan merupakan kekuasaan formal yang berasal dari undang-undang, sedangkan wewenang adalah suatu spesifikasi dari kewenangan, artinya barang siapa (subyek hukum) yang diberikan kewenangan oleh undang-undang, maka ia berwenang untuk melakukan sesuatu yang tersebut dalam kewenangan itu.

Menurut Indroharto bahwa wewenang diperoleh secara atribusi, delegasi, dan mandat, kewenangan atribusi lazimnya digariskan melalui pembagian kekuasaan negara oleh Undang-Undang Dasar, kewenangan delegasi dan mandat adalah kewenangan yang berasal dari pelimpahan. Pada kewenangan delegasi, harus ditegaskan suatu pelimpahan wewenang kepada organ pemerintahan yang lain. Pada mandat tidak terjadi pelimpahan apapun dalam arti pemberian wewenang, akan tetapi, yang diberi mandat bertindak atas nama pemberi mandat. Dalam pemberian mandat, pejabat yang diberi mandat menunjuk pejabat lain untuk bertindak atas nama mandator (pemberi mandat).<sup>29</sup> Dalam kaitan dengan konsep atribusi, delegasi, ataupun mandat, menurut J.G. Brouwer dan A.E. Schilder:

- a. *with attribution, power is granted to an administrative authority by an independent legislative body. The power is initial (originair), which is to say that is not derived from a previously existing power. The legislative body creates independent and previously non existent powers and assigns them to an authority.*
- b. *delegation is a transfer of an acquired attribution of power from one administrative authority to another, so that the delegate (the body that acquired the power) can exercise power in its own name.*

---

<sup>29</sup> Indroharto. *Usaha Memahami Undang-undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Jakarta: Pustaka Harapan.1993.hlm. 68.

- c. *With a mandate, there is no transfer, but the mandate giver (mandans) assigns power to the body (mandataris) to make decisions or take action in its name.*

J.G. Brouwer berpendapat bahwa atribusi merupakan kewenangan yang diberikan kepada suatu organ (institusi) pemerintahan atau lembaga negara oleh suatu badan legislatif yang independen. Kewenangan ini adalah asli, yang tidak diambil dari kewenangan yang ada sebelumnya. Badan legislatif menciptakan kewenangan mandiri dan bukan perluasan kewenangan sebelumnya dan memberikan kepada organ yang berkompeten.<sup>30</sup>

Delegasi adalah kewenangan yang dialihkan dari kewenangan atribusi dari suatu organ (institusi) pemerintahan kepada organ lainnya sehingga delegator (organ yang telah memberi kewenangan) dapat menguji kewenangan tersebut atas namanya, sedangkan pada Mandat, tidak terdapat suatu pemindahan kewenangan tetapi pemberi mandat (mandator) memberikan kewenangan kepada organ lain (mandataris) untuk membuat keputusan atau mengambil suatu tindakan atas namanya.<sup>31</sup>

Ada perbedaan mendasar antara kewenangan atribusi dan delegasi. Pada atribusi, kewenangan yang ada siap dilimpahkan, tetapi tidak demikian pada delegasi. Berkaitan dengan asas legalitas, kewenangan tidak dapat didelegasikan secara besar-besaran, tetapi hanya mungkin di bawah kondisi bahwa peraturan hukum menentukan mengenai kemungkinan delegasi tersebut. Delegasi harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

1. delegasi harus definitif, artinya delegasi tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;
2. delegasi harus berdasarkan ketentuan perundang-undangan, artinya

---

<sup>30</sup> J.G. Brouwer dan Schilder, *A Survey of Dutch Administrative Law*, (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1998), hlm. 16-17

<sup>31</sup> Philipus M. Hadjon, *Tentang Wewenang*, Makalah, Universitas Airlangga, Surabaya, hal 5

delegasi hanya dimungkinkan jika ada ketentuan yang memungkinkan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;

3. delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;

Sifat kewenangan secara umum dibagi atas 3 (tiga) macam, yaitu yang bersifat terikat, yang bersifat fakultatif (pilihan) dan yang bersifat bebas. Hal tersebut sangat berkaitan dengan kewenangan pembuatan dan penerbitan keputusan-keputusan (*besluiten*) dan ketetapan-ketetapan (*beschikkingen*) oleh organ pemerintahan sehingga dikenal adanya keputusan yang bersifat terikat dan bebas. Menurut Indroharto, kewenangan yang bersifat terikat terjadi apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana kewenangan tersebut dapat digunakan atau peraturan dasarnya sedikit banyak menentukan tentang isi dan keputusan yang harus diambil.<sup>32</sup> Pada kewenangan fakultatif apabila dalam hal badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan tidak wajib menerapkan kewenangannya atau sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat dilakukan dalam hal-hal tertentu atau keadaan tertentu sebagaimana ditentukan oleh peraturan dasarnya. Ketiga, yaitu kewenangan bebas yakni terjadi apabila peraturan dasarnya memberikan kebebasan kepada badan atau pejabat tata usaha negara untuk menentukan sendiri isi dari keputusan yang akan dikeluarkannya. Philipus M Hadjon membagi kewenangan bebas dalam dua kategori yaitu kebebasan kebijaksanaan dan kebebasan penilaian yang selanjutnya disimpulkan bahwa ada dua jenis kekuasaan bebas yaitu kewenangan untuk memutuskan mandiri dan kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*verge norm*).<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Indroharto, *Op.cit*, hal 68

<sup>33</sup> Philipus M. Hadjon, *op.cit*, hal 112

Di dalam negara hukum dikenal asas legalitas yang menjadi pilar utama dan merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan dan kenegaraan di setiap negara hukum terutama bagi negara-negara hukum dan sistem kontinental. Philipus M Hadjon mengemukakan bahwa kewenangan diperoleh melalui tiga sumber yaitu atribusi, delegasi, mandat. Kewenangan atribusi lazimnya digariskan melalui pembagian kekuasaan negara oleh undang-undang dasar, kewenangan delegasi dan mandat adalah kewenangan yang berasal dari pelimpahan. Setiap kewenangan dibatasi oleh isi atau materi wilayah dan waktu. Cacat dalam aspek-aspek tersebut dapat menimbulkan cacat kewenangan.<sup>34</sup>

Hubungan dengan wewenang yang diteliti, wewenang yang dimaksud adalah kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Agung dalam menyelesaikan sengketa hak uji materiil peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang. Peraturan Kebijakan khususnya Surat Edaran dengan hukum dan ketentuan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.

#### b. Kerangka Konseptual

Kerangka konseptual penelitian ini mengungkapkan beberapa konsep pengertian yang digunakan sebagai dasar penelitian hukum.<sup>35</sup> Adapun kerangka konseptual pada tesis ini adalah:

##### a. Peraturan Kebijakan

Peraturan kebijakan (*beleidsregels*) adalah jenis tindak administrasi negara dalam bidang hukum publik yang bersegi satu (*eenzijdige publiek rechtelijke*

---

<sup>34</sup> Ibid.,

<sup>35</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2011, Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat, Rajawali Pers, Jakarta, hlm.45

*handelingen*). Ia merupakan hukum bayangan (*spiegel recht*) yang membayangi undang-undang atau hukum yang terkait pelaksanaan kebijakan (*policy*).<sup>36</sup>

b. Surat Edaran

Surat Edaran adalah naskah dinas yang berisi pemberitahuan, penjelasan dan/atau petunjuk cara melaksanakan hal tertentu yang dianggap penting dan mendadak. Surat adalah sarana komunikasi untuk menyampaikan informasi dalam bentuk tulisan pada kertas oleh satu pihak kepada pihak lainnya, baik perorangan maupun organisasi. Edaran adalah kata edaran disebut juga dengan sirkuler, artinya sesuatu yang dikirim kepada banyak pihak dimana isi dan bentuknya sama.<sup>37</sup>

c. Mahkamah Agung

Mahkamah Agung merupakan pengadilan kasasi yang bertugas membina keseragaman dalam penerapan hukum melalui putusan kasasi dan peninjauan kembali menjaga agar semua hukum dan undang-undang diseluruh wilayah negara RI diterapkan secara adil, tepat dan benar.<sup>38</sup>

d. Pengujian peraturan perundang-undangan

Pengujian peraturan perundang-undangan secara terminologi terdiri dari dua kata yaitu “pengujian” dan “peraturan perundang-undangan”. Pengujian berasal dari kata “uji” yang memiliki arti percobaan untuk mengetahui mutu sesuatu, sehingga “pengujian” diartikan sebagai proses, cara, perbuatan,

---

<sup>36</sup> "KEDUDUKAN HUKUM PERATURAN/KEBIJAKAN ... - jdih@bappenas." [http://jdih.bappenas.go.id/data/monografi-file/WORKSHOP\\_Peraturan\\_kebijakan\\_di\\_Kementerian\\_PPN\\_bappenas.pdf](http://jdih.bappenas.go.id/data/monografi-file/WORKSHOP_Peraturan_kebijakan_di_Kementerian_PPN_bappenas.pdf). Accessed Juli 2019.

<sup>37</sup> "PEDOMAN TATA NASKAH DINAS INSTANSI PEMERINTAH - Kemhan." <https://www.kemhan.go.id/itjen/wp-content/uploads/2017/03/bn69-2013lamp.pdf>. Accessed Juli 2019.

<sup>38</sup> Mahkamah Agung.go.id

menguji.<sup>39</sup> Sedangkan pengertian peraturan perundang-undangan berdasarkan pada Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, pengertian dari peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam Peraturan Perundang-undangan.

#### **G. Metode Penelitian**

Dalam penulisan tesis ini, penulis menggunakan metode penelitian sebagai berikut :

##### **a. Jenis Penelitian**

Tipe penelitian yang digunakan disini adalah yuridis normatif atau doktrinal, yaitu pendekatan yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka dengan menekankan pada aspek hukum atau perundang- undangan yang berlaku. Pendekatan hukum normatif ini bertujuan untuk meneliti materi hukum dengan mengacu pada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan dan norma hukum yang ada dalam masyarakat<sup>40</sup> Penelitian hukum normatif mencakup penelitian terhadap asas-asas hukum sistematika hukum taraf sinkronisasi hukum, sejarah hukum dan perbandingan hukum.

##### **b. Pendekatan Penelitian**

Penelitian hukum (*legal research*), dilakukan untuk memecahkan isu hukum yang dihadapi untuk itu dibutuhkan kemampuan dalam mengidentifikasi

---

<sup>39</sup> Departemen Pendidikan dan Kebudayaan RI, *kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Kedua, (Jakarta: Balai Pustaka, 1996), hal 1096-1097.

<sup>40</sup> Zainudin Ali, *Metode penelitian hukum* cetakan ke-3 , Jakarta, Sinar Grafika, 2011, Hlm79.

masalah hukum, melakukan penalaran hukum, menganalisis masalah yang dihadapi dan kemudian pemecahan atas masalah tersebut. Guna mendapatkan informasi dari berbagai aspek dalam mencari jawaban tentang isu yang dicoba untuk dipecahkan, dalam penelitian hukum diperlukan beberapa pendekatan. Pendekatan-pendekatan yang digunakan dalam penelitian hukum adalah pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan komparatif (*comparative approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pada penelitian ini, peneliti menggunakan pendekatan kasus (*case approach*) dan juga pendekatan Perundang-Undangan (*statute approach*) dimana mengidentifikasi putusan-putusan pengadilan yang telah berkualifikasi yurisprudensi untuk digunakan dalam perkara konkret yang sedang ditangani. Alasan hukum yang digunakan oleh hakim dalam mengambil dan menimbang putusan.

c. Jenis dan Sumber data

Oleh karena tipe penelitian yang peneliti gunakan dalam penelitian ini adalah penelitian normatif maka tidak memerlukan data primer, karena penelitian normatif dilakukan dengan cara mengkaji dan meneliti bahan-bahan kepustakaan atau data sekunder belaka. Data sekunder merupakan data yang diperoleh dari dokumen-dokumen resmi, buku-buku yang berhubungan dengan objek penelitian dalam bentuk laporan, skripsi, tesis, disertasi, dan peraturan perundang-undangan. Data sekunder terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier.

Bahan hukum primer adalah bahan-bahan yang mengikat terdiri dari peraturan perundang-undangan yang terkait dengan objek penelitian termasuk

didalamnya putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

Bahan hukum primer yang di gunakan dalam penelitian ini adalah:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
2. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.
3. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.
4. Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara.
5. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.
6. Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah.
7. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan
8. Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.
9. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2011 Tentang Hak Uji Materiil.
10. Peraturan Mahkamah Agung No. 4 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara Dalam Penilaian Unsur Penyalahgunaan Wewenang .
11. Putusan Mahkamah Agung Nomor 23P/HUM/2009 Tahun 2009 Tentang Uji Materiil Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batubara dan Panas Bumi Nomor 03E/31/DJB/2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara Sebelum Terbitnya Peraturan Pemerintah Sebagai Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009.
12. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat pertama dan terakhir perkara permohonan keberatan Hak Uji Materiil dalam Institute for Criminal Justice Reform (ICJR) dan kawan-kawan v. Mahkamah Agung Republik Indonesia, No. 27 P/HUM/2015.

Bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang memberi penjelasan

terhadap bahan hukum primer, berupa buku-buku dan tulisan-tulisan ilmiah hukum, yang terkait dengan objek penelitian. Bahan hukum tersebut bersumber dari:

- 1) Buku-buku
- 2) Tulisan ilmiah dan Makalah
- 3) Teori dan pendapat pakar
- 4) Hasil penelitian yang sebelumnya maupun yang seterusnya.

Sedangkan bahan hukum tersier adalah bahan-bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang berasal dari kamus, ensiklopedia, majalah, surat kabar maupun internet.

d. Teknik Pengumpulan Data

Untuk memperoleh bahan-bahan hukum yang bermanfaat bagi penelitian ini, dilakukan studi dokumen atau bahan-bahan pustaka, yaitu data-data yang diperoleh melalui penelitian kepustakaan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan, buku-buku, dokumen resmi, publikasi, dan hasil penelitian yang berkaitan dengan masalah yang diteliti.<sup>41</sup> Penelitian ini lebih mengkhhususkan pada peraturan perundang-undangan yang ada.

e. Pengolahan data dan Analisis Bahan Hukum

Menurut Soerjono Soekanto dan Sri Mudji sebagaimana yang dikutip oleh Soejono dan Abdurrahman menyatakan penelitian hukum normatif pada hakekatnya dilakukan dengan cara mengolah dan meneliti bahan kepustakaan atau data sekunder belaka.<sup>42</sup> Pada penelitian ini, bahan hukum yang telah diperoleh dari studi kepustakaan, akan diolah secara kualitatif. Pendekatan Kualitatif yaitu

---

<sup>41</sup> Ibid., Hlm 21

<sup>42</sup> Opcit., Hlm 24

pengolahan data yang tidak berbentuk angka dengan mengungkap serta mengambil kebenaran yang diperoleh dari kepustakaan.

Setelah dilakukan pengolahan bahan hukum, maka selanjutnya akan dilakukan analisis bahan hukum. Untuk menganalisis bahan-bahan hukum yang telah terkumpul, dalam penelitian ini digunakan teknis analisis data, sebagai berikut:

- a. Teknik deskriptif adalah teknik dasar analisis yang tidak dapat dihindari penggunaannya. Deskripsi berarti penggambaran/uraian apa adanya terhadap suatu kondisi atau proposisi-proposisi hukum dan nonhukum;
  - b. Teknik evaluasi adalah penilaian berupa tepat atau tidak tepat, setuju atau tidak setuju, benar atau salah, sah atau tidak sah oleh peneliti terhadap suatu pandangan, proposisi, pernyataan rumusan, norma, keputusan, baik yang tertera dalam bahan primer maupun dalam bahan hukum sekunder.
  - c. Teknik argumentasi tidak bisa dipisahkan dari teknik evaluasi karena penilaian harus didasarkan pada alasan-alasan yang bersifat penalaran hukum. Dalam pembahasan permasalahan hukum, makin banyak argumentasi makin menunjukkan kedalaman penalaran hukum;
  - d. Teknik sistemisasi adalah berupa upaya mencari kaitan rumusan suatu konsep hukum atau proposisi hukum antara peraturan perundang-undangan sederajat maupun yang tidak sederajat.
- Hasil analisis data tersebut diperoleh bagaimana kedudukan Surat Edaran dalam sistem hukum di Indonesia dan pertimbangan hakim dalam menguji Surat Edaran.