KEWENANGAN PENGADILAN MENGUJI NORMA PERATURAN KEBIJAKAN (*BELEIDSREGEL*) DI INDONESIA

T E S I S

OLEH

Nama : MUHAMMAD THABRANI MUTALIB, S.H

NPM : 15912042

BKU : HTN & HAN

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

2017

KEWENANGAN PENGADILAN MENGUJI NORMA PERATURAN KEBIJAKAN (*BELEIDSREGEL*) DI INDONESIA

T E S I S

OLEH

Nama : MUHAMMAD THABRANI MUTALIB, S.H

NPM : 15912042

BKU : HTN & HAN

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

2017

KEWENANGAN PENGADILAN MENGUJI NORMA PERATURAN KEBIJAKAN (*BELEIDSREGEL*) DI INDONESIA

Oleh :

Nama Mhs : **MUHAMMAD THABRANI MUTALIB, S.H**
No. Pokok Mhs : **15912042**
BKU : **HTN & HAN**

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing untuk di ajukan ke Dewan Penguji dalam ujian Tesis

Pembimbing

Dr. Ridwan, S.H, M.Hum Yogyakarta **:** 13 Desember 2016

Mengetahui Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum

Universitas Islam Indonesia

Drs. Agus Triyanta, M.A, M.H, Ph.D

KEWENANGAN PENGADILAN MENGUJI NORMA PERATURAN KEBIJAKAN (*BELEIDSREGEL*) DI INDONESIA

Oleh :

Nama Mhs : **MUHAMMAD THABRANI MUTALIB, S.H**
No. Pokok Mhs : **15912042**
BKU : **HTN & HAN**

Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis dan dinyatakan LULUS pada hari Senin, 14 Januari 2017

Pembimbing

Dr. Ridwan, S.H, M.Hum Yogyakarta : 14 Januari 2017

Anggota Penguji I

Prof. Dr. Ni'matul Huda, S.H, M.Hum Yogyakarta : 14 Januari 2017

Anggota Penguji II

Dr. Saifudin, S.H, M.Hum Yogyakarta : 14 Januari 2017

Mengetahui Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM

Drs. Agus Triyanta, M.A, M.H, Ph.D

MOTTO DAN PERSEMBAHAN

***Q.S. An-Nisaa'*: 58**

"Sungguh, Allah menyuruhmu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan apabila kamu menetapkan hukum di antara manusia, hendaknya kamu menetapkannya dengan adil. Sungguh, Allah sebaik-baik yang memberi pengajaran kepadamu. Sungguh, Allah Maha Mendengar, Maha Melihat."

***Q.S. An-Nisaa'*: 135**

"Wahai orang-orang yang beriman! Jadilah kamu penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah, walaupun terhadap dirimu sendiri atau terhadap ibu bapak dan kaum kerabatmu. Jika dia (yang terdakwa) kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatan (kebaikannya). Maka, janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutarbalikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka ketahuilah Allah Mahateliti terhadap segala apa yang kamu kerjakan."

Kupersembahkan kepada:

Yang tercinta Ayahanda (Alm.) Mochdar Abd. Mutalib dan Ibunda Maimunah Mutalib. Semoga Allah SWT meridhoi semua jerih payahnya. Rasa hormatku dan terimah kasihku kepada saudara-saudaraku Gazhali Mutalib, Zuchria Mutalib, Sofyan Mutalib, Ibnu Chalik Mutalib, Ummu Kalsum Mutalib, Dessy Mutalib.

PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis Dengan Judul

"KEWENANGAN PENGADILAN MENGUJI NORMA PERATURAN KEBIJAKAN (*BELEIDSREGEL*) DI INDONESIA"

Dengan penuh kesadaran, penulis yang bertanda tangan dibawah ini, menyatakan bahwa tesis ini dengan judul di atas, benar-benar adalah hasil karya ilmiah penulis sendiri. Jika dikemudian hari terbukti bahwa karya ini merupakan duplikat, tiruan plagiat atau dibantu orang lain secara keseluruhan, maka tesis ini dan gelar magister yang diperoleh, dapat dinyatakan batal demi hukum.

Yogyakarta, 23 Januari 2017

Penulis

MUHAMMAD THABRANI MUTALIB, S.H.
No. Mhs: 15912042

KATA PENGANTAR

Assalamu'alaiukum Wr. Wb

Alhamdulillah, Puji syukur penulis panjatkan kehadirat Allah SWT, yang telah memberi Rahmat dan karunianya sehingga penulis dapat berhasil menyelesaikan penyusunan Tesis yang sederhana ini sebagai salah satu syarat dalam mencapai gelar Magister Hukum pada Universitas Islam Indonesia. Dalam penyusunan tesis ini, Penulis menyadari akan kekurangan dan kekhilafan yang dapat mengundang kritik dan saran sebagai bahan untuk memperbaikinya.

Mengingat dalam penyusunan Tesis ini, Penulis banyak menerima bantuan, dorongan serta bimbingan yang sangat berharga sejak awal sampai akhir penulisan, maka pada kata pengantar ini Penulis haturkan rasa terima kasih yang tak terhingga kepada yag terhormat pembimbing Tesis ini Bapak DR. RIDWAN, SH., M.HUM. Selaku pembimbing dan kepada pihak-pihak yang disebutkan berikut ini:

1. Rasa terima kasih yang teramat tulus kepada yang tercinta Ayahanda (Alm) H. MOCHDAR MUTALIB dan Ibunda MAIMUNA MUTALIB yang tak henti-hentinya memberi doa, curahan kasih dan sayangnya, pengorbanan, dorongan, perhatian, bimbingan, arahan dan harapan besar kepada Penulis. Tanpa beliau Penulis tidak punya arti apa-apa dalam mengarungi bahtera kehidupan serta tak lupa pula kakak-kakakku: GAZHALI MUTALIB, ZUCHRIA MUTALIB, SOFYAN MUTALIB, IBNU CHALID MUTALIB, DESY MUTALIB, UMMU KALSUM MUTALIB, atas segala pengertian dan dorongan selama Penulis menempuh studi S2 di Yogyakarta. Semoga Allah yang Maha Pengasih dan Maha Penyayang tak henti memberikan ampun, penjagaan dan petunjuk-Nya bagi kebahagiaan mereka semua sekarang dan kelak.
2. PROF. DR. NI'MATUL HUDA, S.H, M.HUM dan DR. SAIFUDIN, S.H, M.HUM yang telah memberikan petuntuk, arahan, masukan yang berharga, sekali lagi terima kasih atas ilmunya, Semoga Allah membalas seluruh usaha, karya dan kerja mereka.
3. Teman-Teman MH UII Angkatan 34 yang tidak dapat Penulis sebutkan satu-persatu. Terima kasih atas kebersamaan kita selama ini. Semoga Allah membahas segala kebaikan kalian. 34 JAYA!

4. Seluruh *Staff* kesekretariatan dan Perpustakaan Pascasarjana Ilmu Hukum UII, terimah Kasi atas bantuandan pelayanan kalian selama Penulis Kuliah. Semoga Allah menghitung seluruh kebaikan dan kerja kalian sebagai amal jariyah.
5. Semua Pihak yang telah berbaik hati membantu Penulis yang menempuh pendidikan S2 di Yogyakarta.

Semoga Allah SWT membalas segala kebaikan dan amal ibadah mereka. Amin. *Akhirul kalam*, semoga tesis ini dapat memberikan manfaat bagi setiap orang yang membacanya, *Jazakumullah Khairan Katsiran*.

Wassalamu'alaikum Wr. Wb

Yogyakarta. 23 Januari 2017

Penulis

MUHAMMAD THABRANI MUTALIB, S.H

DAFTAR ISI

Halaman

HALAMAN JUDUL i

HALAMAN PERSETUJUAN ii

HALAMAN PENGESAHAN iii

MOTTO DAN PERSEMBAHAN iv

PERNYATAAN ORISINALITAS v

KATA PENGANTAR vi

DAFTAR ISI vii

DAFTAR TABEL xii

ABSTRACT xiii

ABSTRAK xiv

BAB I PENDAHULUAN 1

A. Latar Belakang 1

B. Rumusan Masalah 10

C. Tujuan Penelitian 10

D. Manfaat Penelitian 11

E. Orisinalitas Penelitian 11

F. Konsepsi Teoretis 19

G. Metode Penelitian 31

1. Pendekatan Penelitian 33

2. Obyek Penelitian 34

3. Bahan Hukum 35

4. Pengelolaan dan Penyajian Bahan Hukum 35

5. Analisis atau Pembahasan 36

BAB II KEWENANGAN DISKRESI, PERATURAN KEBIJAKAN DAN KONTROL TERHADAP PEMERINTAH DALAM KONSTEKS NEGARA HUKUM 37

A. Konsep dan Prinsip-prinsip Negara Hukum 37

B. Pengertian Kewenangan dan Sumber Kewenangan 47

1. Atribusi 54

2. Delegasi 58

3. Mandat 62

4. Perbedaan Kewenangan Terikat, Fakultatif dan Kewenangan Bebas 67

C. Diskresi Pemerintah dan Peraturan Kebijakan 73

1. Pengertian Diskresi Pemerintah 73

2. Pengertian, Unsur dan Ciri Peraturan Kebijakan 81

a. Hakikat Peraturan Kebijakan 92

b. Fungsi Peraturan Kebijakan 94

c. Persamaan dan Perbedaan Peraturan Kebijakan dengan Peraturan Perundang-undangan 96

d. Bentuk-bentuk Peraturan Kebijakan 98

3. Keabsahan Peraturan Kebijakan 101

4. Dasar-dasar Pengujian Diskresi dan Peraturan Kebijakan 105

a. Melampaui Wewenang 115

b. Penyalahgunaan Wewenang 117

c. Sewenang-wenang 124

D. Kekuasaan Kehakiman dan Kontrol Terhadap Pemerintah 127

1. Bentuk-Bentuk Kontrol Terhadap Pemerintah 127
a. Pengawasan Internal (*intern*) dan Eksternal (*ekstern*) 131
b. Pengawasan Preventif (*á priori*) dan represif (*á posteriori*)... 137
c. Pengawasan Dari Segi Hukum 144
2. Kekuasaan Kehakiman di Indonesia 147
a. Kompetensi dan Pembagian Lingkungan Peradilan "Umum" dan "Khusus" 149
b. Makna dan Cakupan *Judicial Review* serta Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara 154
1) Makna dan Cakupan *Judicial Review* 154
2) Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara 157
BAB III PENGUJIAN NORMA PERATURAN KEBIJAKAN DALAM PERSPEKTIF HUKUM ADMINISTRASI NEGARA 165
A. Makna Normatif Kewenangan Pengadilan Melakukan Uji Materiil Terhadap Norma Peraturan Kebijakan 165
1. Uji Materiil Surat Edaran Dirjen Mineral Batubara dan Panas Bumi No. 03.E/31/DJB/2009 176
2. Uji Materiil Keputusan Presiden RI No. 3 Tahun 1997, tentang Pengawasan Dan Pengendalian Minuman Beralkohol 183
3. Uji Materiil Surat Edaran Mahkamah Agung No. 7 Tahun 2014 tentang Permohonan Pengajuan Peninjauan Kembali Terhadap Perkara Pidana 189
B. Kewenangan Pengadilan Terhadap Pengujian Norma Peraturan Kebijakan Di Tinjau Dari Optik Hukum Administratif 198
1. Prinsip Pengujian Diskresi dan Peraturan Kebijakan ……..... 198
2. Perbandingan Pengujian Diskresi dan Peraturan Kebijakan 211

a. Inggris 211
b. Belanda 226
c. Jerman 234
C. Konsep Ideal Pengujian Norma Peraturan Kebijakan Di Indonesia 242
1. Prosedur Keberatan atau Upaya Administrasi .....……. 245
2. Pengujian Peraturan Kebijakan Melalui Peradilan Administrasi (PTUN) ..…..... 247
BAB IV PENUTUP ……..... 257
A. Kesimpulan ……..... 257
B. Saran 258
DAFTAR PUSTAKA ……. –
PROFIL PENULIS ..... –

DAFTAR TABEL

Tabel 1. Rivew dan Hasil Perbandingan dengan Hasil Kajian Sebelumnya 12

Tabel 2. Perbedaan antara atribusi, delegasi dan mandat 66

Tabel 3. ciri-ciri peraturan kebijakan disebutkan oleh Bagir Manan dan A. Hamid S. Attamimi 89

Tabel 4: Peraturan Kebijakan menurut pandangan Marcus Lukman 90

Tabel 5. Kategori tolak ukur penggunaan diskresi menurut UU APEM 113

ABSTRACT

The aims of this thesis are: first, to know the normative meaning based on review of the policy rules (toetsingrechts) by Court according to the Indonesian legal system. Second, to provide theoretical clarity about the reviewing conducted by the court to the policy rules. Third, to provide alternative concept for reviewing of the policy rules in Indonesia.

The problems addressed in this study were (1) Whether the Supreme Court has an authority to make judicial review to the policy rules? (2) how does the reviewing of the policy rules by the Court in perspective of administrative law? and (3) How is the ideal concept of reviewing of policy rules in Indonesia?

This research is a legal research which applied a statutory approach, case approach, conceptual approach, and comparative approach. The materials were used in this research consisting of the primer materials that is laws and regulations related to the jurisprudence, secondary materials that is books, dissertations, theses, journals, papers related with the object of this research and the last is tertiary materials which is materials that act as the entrance door to explore the sources of actual law, either formal or material for instance dictionaries of legal terms, popular dictionaries, foreign language dictionaries, etc.

All collected materials were selected and identified in accordance with the relevant issues. Afterward in order to find the legal norm, a review of issues in law were conducted based on materials that have been collected. The review in here is a search on the provisions of law, jurisprudence, doctrine, as well as relevant legal principles. In the end a conclusions of the arguments defined from the research were formulated.

Keyword: Authority, Judicial Review, Policy Rule.

ABSTRAK

Tesis ini bertujuan antara lain: *pertama*, untuk mengetahui makna normatif pengujian norma peraturan kebijakan (*toetsingrechts*) oleh lembaga Peradilan berdasarkan sistem hukum Indonesia. *kedua*, Memberikan kejelasan teoretik tentang pengujian yang dilakukan Pengadilan terhadap norma peraturan kebijakan, *ketiga*, Memberikan tawaran konsep terhadap pengujian peraturan kebijakan di Indonesia.

Permasalahan yang dijawab dalam penelitian ini adalah (1) Apakah Mahkamah Agung berwenang melakukan uji materiil (*judicial review*) terhadap norma peraturan kebijakan? (2) Bagaimanakah pengujian terhadap norma peraturan kebijakan oleh Pengadilan ditinjau dari optik hukum administrasi negara? Kemudian (3) Bagaimanakah konsep yang lebih ideal mengenai pengujian norma peraturan kebijakan di Indonesia?

Penelitian ini merupakan penelitian hukum, yang menggunakan pendekatan undang-undang (*statuta approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan perbandingan (*comparative approach*). Penelitian ini menggunakan bahan hukum terdiri dari bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan terkait, yurisprudensi. adapun bahan hukum sekunder antara lain buku, disertasi, tesis, jurnal, makalah yg berkaitan dgn obyek penelitian. selain itu, bahan hukum tersier sebagai entri alias pintu masuk untuk memasuki sumber-sumber hukum yang sebenarnya, baik yang formil maupun yang materiil, antara lain yaitu kamus istilah hukum, kamus popular, kamus bahasa asing dan sebagainya.

Berdasarkan bahan hukum yang dikumpulkan, Pengelolaan dan penyajian bahan hukum dengan cara mengindentifikasi isu hukum dalam penelitian ini dan mengeliminasi hal-hal yang tidak relevan. Selanjutnya, melakukan telaah permasalahan yang menjadi isu hukum berdasarkan bahan-bahan hukum yang telah dikumpulkan, baik itu dari bahan hukum primer atau sekunder maupun juga yang bersifat tertier untuk ditelaah berdasarkan sistematika dan asas-asas hukumnya guna menemukan norma hukumnya. pada setiap isu hukum dalam rumusan masalah ditelaah satu persatu dan setiap isu ditelusuri ketentuan hukum, yurisprudensi, pendapat hukum (doktrin) maupun asas hukum terkait. lalu kemudian menarik kesimpulan terhadap argumentasi yang dirumuskan dari hasil penelitian. Dan langkah terakhir yaitu memberikan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun.

Kata Kunci: Kewenangan, Pengujian oleh Badan Peradilan, Peraturan Kebijakan.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Telah menjadi sebuah *communis opinio* bahwa dalam sebuah Negara hukum demokratis, setiap tindakan pemerintah (*bestuur*) wajib didasarkan atas hukum (asas legalitas) atau dengan kata lain, pemerintahan hanya memiliki kewenangan-kewenangan yang secara tegas diberikan oleh konstitusi atau dengan undang-undang. Latar belakang keberadaan asas ini atau yang juga disebut asas pemerintahan berdasarkan undang-undang (*het beginsel van wetmatigheid van het bestuur*), yakni keharusan memperoleh jaminan-jaminan tertentu terhadap penguasa. karena itu tindakan-tindakan penguasa diikat pada aturan-aturan yang jelas.[1] Indonesia sebagai negara hukum, ditegaskan dalam konstitusi mengandung arti bahwa keterlibatan pemerintah dalam kehidupan warga negara harus pula berdasarkan asas legalitas.[2] Apabila terjadi sengketa antar administrasi negara, atau antara administrasi negara dengan rakyat, maka dalam negara hukum berdasarkan pancasila sudah seharusnya diberi jaminan pengayoman hukum.[3]

Hans Kelsen yang merujuk pada pendapat John Austin mengatakan, *a norm is a command* (norma adalah suatu perintah). *Every law or rule…is a command* (setiap

[1] N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum Perizinan*, disunting oleh Philipus M. Hadjon, Cetakan Pertama, (Surabaya: Yuridika, 1993), hlm. 6.

[2] Disarikan dari Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2014), hlm. 4-5.

[3] Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Cetakan Keenam, (Bandung: Alumni, 2014), hlm. 3-4.

hukum atau peraturan...merupakan suatu perintah).[4] Perintah yang dimaksud *id est* (yakni) suatu pernyataan kehendak satu pihak berbentuk keharusan (imperatif) yang dilandasi wewenang (kekuasaan resmi) oleh suatu tatanan normatif yang dianggap mengikat terhadap pihak lain yang mana harus berbuat atau tidak berbuat menurut cara tertentu. Dengan kata lain, suatu peraturan baru dapat disebut norma hukum apabila dikeluarkan oleh pihak yang berwenang dan mengikat pihak-pihak yang diatur peraturan tersebut.

Norma hukum secara umum dituangkan dalam salah satu dari empat kemungkinan bentuk, yaitu (i) produk pengaturan (*regeling*), (ii) produk penetapan (*beschikking*), (iii) putusan hakim (*vonnis*), (iv) aturan kebijakan (*policy rules*, *beleidregel*). Keempat bentuk hukum tersebut pada umumnya bersifat tertulis berisi norma hukum yang mengakibatkan timbulnya hak dan kewajiban hukum tertentu pada tiap-tiap subyek hukum yang diatur atau ditentukan oleh produk hukum yang bersangkutan.[5] Norma hukum yang pertama, peraturan (*regeling*) adalah aturan hukum yang dibuat oleh cabang kekuasaan legislatif dengan cabang kekuasaan eksekutif bersama-sama dimana prakarsa pengusulan bisa dari eksekutif ataupun

[4] Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, terjemah, Raisul Muttaqien, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, Cetakan Kelima, (Bandung: Nusa Media, 2010), hlm. 40.

[5] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Buku Kompas, 2010), hlm. 33. Lihat rumusan Jimly Asshiddiqie pada tulisan yang lain: "dalam dunia hukum, dikenal adanya tiga bentuk penuangan keputusan norma hukum, yaitu (i) keputusan yang bersifat mengatur (*regeling*) menghasilkan produk peraturan (*regels*), (ii) keputusan hukum yang bersifat menentukan atau menetapkan sesuatu secara administrasi menghasilkan keputusan administrasi negara (*beschikking*), dan (iii) keputusan yang bersifat menghakimi sebagai hasil dari proses peradilan (*adjudication*) menghasilkan putusan (*vonnis*), di samping itu, ada pula yang dinamakan sebagai *beleidregels* atau aturan kebijakan (*policy rules*) yang sering disebut sebagai *quasi*-peraturan, seperti petunjuk pelaksana, surat edaran, instruksi dan sebagainya yang tidak dapat dikategorikan sebagai peraturan tetapi isinya bersifat mengatur juga." Jimly Asshiddiqie, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Cetakan Kedua, (Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2008), hlm. 209.

legislatif (lihat Pasal 5 dan Pasal 20 UUD 1945) ataupun aturan yang dibuat prakarsa cabang kekuasaan eksekutif tanpa campur tangan legislatif sebagai peraturan pelaksanan UU misalnya, peraturan pemerintah (PP), peraturan presiden (Perpres), dan seterusnya sampai pada peraturan tingkat daerah dalam arti materiil. peraturan dalam arti materiil adalah merupakan hukum yang *in abstracto* atau *general norm* yang sifatnya mengikat umum (berlaku umum) dan tugasnya adalah mengatur hal-hal yang bersifat umum (*general*).[6]

Bentuk kedua dari norma hukum ialah Penetapan atau Keputusan Tata Usaha Negara (*beschikking*) merupakan produk hukum yang dikeluarkan pejabat tata usaha negara (pejabat TUN) yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku bersifat kongkrit, individual dan final serta memiliki akibat hukum.[7] Pengertian norma hukum *a quo* telah mengalami pergeseran sejak berlakunya UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU APEM). Pengertian Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) diperluas maknanya menjadi ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan.[8] Rumusan tersebut, menunjukan bahwa adanya perluasan makna obyek sengketa Tata Usaha Negara (obyek sengketa TUN) dalam UU APEM sebagai hukum materiil adminisrasi negara,

[6] SF. Marbun dan Moh. Mahfud, MD, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Cetakan Kelima, (Yogyakarta: Liberty, 2009), hlm. 94.

[7] Pasal 1 angka (9) Ketentuan Umum Undang-Undang No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 160. hlm. 3.

[8] Pasal 1 angka (7) Ketentuan Umum Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 2.

tidak hanya penetapan atau keputusan yang bersifat kongkrit, individual dan final saja tetapi juga segala perbuatan atau tindakan badan atau pejabat pemerintahan dalam bentuk keputusan atau penetapan yang isinya dapat juga berentan umum (*in abstracto*; mengatur umum). Penuangan norma hukum yang ketiga yaitu Putusan Hakim (*vonnis*) yang merupakan keputusan akhir atas hasil pemeriksaan perkara yang berisi tiga kemungkinan amar: mengabulkan, menolak atau tidak dapat menerima permohonan atau gugatan (*niet ontvankelijk verklaard*).

Bentuk norma hukum keempat ialah peraturan kebijakan (*beleidregel; policy rule*).[9] Norma hukum jenis ini dari segi isinya mempunyai sifat-sifat yang mengatur, tetapi karena sifatnya yang sangat teknis, pengaturan demikian tidak dituangkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang resmi. misalnya, surat edaran (*circular*), petunjuk pelaksana (Juklak), petunjuk teknis (Juknis), instruksi-instruksi (seperti instruksi presiden), 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. Bentuk-bentuk peraturan kebijakan ini (*policy rule, beleidregel*), betapapun juga dapat dipandang juga berisi haluan-haluan dari pemerintahan.[10]

---

[9] Istilah yang digunakan dalam tesis ini adalah "peraturan kebijakan". namun, dalam beberapa bagian tesis ini penggunaannya saling silih berganti dengan istilah "peraturan kebijaksanaan", "perundang-undangan semu", "aturan kebijakan", atau "hukum cermin". Ketidakkonsitenan penggunaan istilah pada tesis ini juga karena tidak seragamnya atau terdapat perbedaan pendapat terhadap istilah peraturan kebijakan oleh para ahli hukum yang pendapatnya dikutip. Berkenaan dengan pilihan penggunaan istilah tersebut, lihat lebih jauh pada sub bab teori dan doktrin tesis ini.

[10] Disarikan dari Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi…op,cit,* hlm. 19.

Dalam praktik pemerintahan, peraturan kebijakan (*beleidregel*) semacam ini sangat dibutuhkan, dan bahkan oleh aparat pelaksana di lapangan seringkali lebih ditakuti atau ditaati daripada peraturan perundang-undangan yang isinya sangat umum dan abstrak. Meskipun demikian, karena bentuk penuangannya bukanlah dalam bentuk peraturan yang baku, maka peraturan kebijakan tidak dipandang sebagai peraturan perundang-undangan. Persoalannya ialah bahwa selama ini semua jenis peraturan kebijakan semacam itu biasanya dipahami tidak dapat diganggu gugat atau dipersoalkan di pengadilan.[11] Lalu bagaimana jika bentuk-bentuk peraturan kebijakan tersebut ternyata melanggar norma hukum yang lebih tinggi atau pelaksanaannya melanggar hak asasi manusia? dan berakibat merugikan kepentingan warga negara, sarana hukum apa sebagai tempat warga negara menuntut haknya? apakah melalui upaya administrasi, peradilan administrasi (PTUN), atau melalui *judicial review*? apakah peraturan kebijakan (*beleidregel*) dapat dijadikan obyek pengujian oleh lembaga Peradilan?

Berkenaan dengan hal tersebut, dalam praktik uji materil (*judicial review*) di Mahkamah Agung (MA) selama ini telah banyak norma hukum berbentuk peraturan kebijakan yang sudah diuji. Salah satunya misalnya sengketa hak uji materiil Bupati Kutai Timur, Isran Noor terhadap Surat Edaran Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral pada tanggal 9 Desember 2009.[12] Singkat cerita, MA kemudian menerima dan mengabulkan permohonan keberatan Bupati Kutai Timur Ir. H. Isran Noor M,Si.

[11] *Ibid*, hlm. 34-35.

[12] Disebut salah satunya karena putusan-putusan Mahkamah Agung lainnya lebih jauh dibahas dalam bab hasil penelitian dan pembahasan tesis ini.

terhadap Surat 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 *a quo* antara lain sebagai berikut:

> "Sepanjang sebelum terbitnya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB 2009 dengan ketentuan:
> A. Gubernur dan Bupati/Walikota di seluruh Indonesia agar memperhatikan hal-hal sebagai berikut:
> 1. ……. dst ;
> 2. Menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya Peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB 2009."[13]

Materi SE PPMB di atas, dianggap bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2004 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU PMB) yaitu:

> "Sepanjang menyangkut kewenangan Bupati yang diberikan oleh Undang-Undang ketentuan Pasal 8 ayat (1) huruf b UU PMB 2009 yang tegas menyatakan : Kewenangan Pemerintah Kabupaten/Kota dalam pengelolaan Pertambangan Mineral dan Batubara, antara lain adalah :
> a. …….. dst;
> b. Pemberian IUP dan IPR, pembinaan, penyelesaian konflik masyarakat dan pengawasan usaha pertambangan di wilayah Kabupaten/Kota dan/atau wilayah laut sampai dengan 4 (empat) mil;"
> "Sepanjang menyangkut peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB 2009, ketentuan Pasal 173 ayat (2) UU PMB 2009 yang secara tegas menyatakan: Pada saat undang-undang ini mulai berlaku, semua peraturan perundang-undangan

[13] Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat pertama dan terakhir perkara permohonan keberatan Hak Uji Materiil 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.

yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Undang-Undang ini."[14]

Berdasarkan permohonan tersebut, Majelis Hakim MA mengabulkan sembari 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:

"...Bahwa obyek keberatan Hak Uji Materiil 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 perundang-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*).[15]

Lebih lanjut berdasarkan pertimbangan di atas, Mahkamah Agung kemudian memberikan penegasan sebagai berikut:

"...Bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut terbukti bahwa Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor: 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

[14] *Ibid*, hlm. 3.
[15] *Ibid*, hlm. 8.

yang menjadi obyek keberatan Hak Uji Materiil (vide Bukti P.1), bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi *in casu* Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara."[16]

Putusan MA yang menguji norma SE PPMB *a quo* menimbulkan polemik setidaknya secara teoritis, *id est* apakah Hakim MA telah melakukan suatu penemuan hukum (*rechtsvinding*) guna mengisi ketidaklengkapan atau ketidakjelasan hukum positif ataukah MA malah melakukan suatu kekeliruan interpretasi dan gagal memahami konsep hukum peraturan kebijakan dari segi teori hukum administrasi negara. Mengingat secara yuridis, kewenangan MA dalam Pasal 24 A ayat (1) UUD 1945 *jo*. UU No. 14 Tahun 1985 sebagaimana diubah dengan UU No. 5 tahun 2004 tentang Mahkamah Agung sebetulnya telah ditegaskan bahwa "Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh Undang-Undang."[17]

Berdasarkan tolak ukur yuridis tersebut, MA sebetulnya tidak memiliki wewenang untuk menguji peraturan kebijakan (*beleidregel*). Namun, putusan perkara Nomor: 23 P/HUM/2009 tanggal 9 Desember 2009, menunjukan adanya suatu penafsiran (*interpretatie*) Majelis Hakim MA terhadap pengujian peraturan kebijakan di Indonesia. Penafsiran Hakim MA tidak dapat terlepas dari prinsip hukum bahwa

[16] *Ibid*, hlm. 9.

[17] Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2010), hlm. 39.

Hakim dianggap tahu akan hukumnya dan tidak dapat menolak perkara dengan alasan tidak ada hukumnya atau belum diatur (*ius curia novit*).

Berkenaan dengan hal tersebut, penelitian dalam tesis ini tidak sekedar hanya meneliti Putusan MA di atas dalam artian studi kasus (*study case*). sebab, analisis mengenai putusan MA nomor: 23 P/HUM/2009 telah diteliti dan ditulis oleh beberapa peneliti di Indonesia.[18] Penelitian dalam tesis ini bermaksud menelaah makna normatif[19] dan *ratio legis* (alasan dibalik) pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) di Indonesia. Telaah pengujian peraturan kebijakan, secara konseptual disandarkan dengan asas hukum, baik itu asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) maupun asas hukum lain yang terkait, termasuk juga prinsip *stare decisis* (*precedent*) meskipun dalam sistem hukum Indonesia tidak menganut tradisi *stare decisis et non quieta movera* (sistem *precedent*).[20] Selanjutnya, putusan MA *in casu* pada masa akan datang tidak serta merta diikuti sebagai yurisprudensi. Betapapun, Hakim MA menerima permohonan uji materiil dengan obyek yang sama yakni pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*), kemungkinan diputus berbeda oleh Majelis Hakim MA mungkin saja terjadi. Oleh karena itulah, penting sekali mengangkat tema pengujian pengadilan terhadap peraturan kebijakan, untuk diteliti secara seksama dan mendalam melalui suatu penelitian hukum (*legal research*).

[18] Penelitian terdahulu dan karya ilmiah terkait dapat di lihat lebih lanjut pada bagian Orisinalitas Penelitian.

[19] Normatif dalam pengertian ini adalah norma yang secara etimologis merupakan standar perilaku didasarkan pada prinsip atau asas. norma yang dijabarkan kedalam aturan baik tertulis maupun tidak tertulis. lihat lebih lanjut dalam Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum,* Edisi Revisi, Cetakan Kesembilan, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014), hlm. 42-52.

[20] sistem *precedent* artinya: Dalam persoalan yang sama, putusan pengadilan pada masa yang akan datang harus diputus sama mengikuti putusan yang pernah diputus dimasa lalu.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang tersebut di atas, dirumuskan permasalahan-permasalahan yang akan ditelaah dalam penelitian ini sebagai berikut:

1. Apakah Mahkamah Agung berwenang melakukan uji materiil (*judicial review*) terhadap norma peraturan kebijakan?
2. Bagaimanakah pengujian terhadap norma peraturan kebijakan oleh Pengadilan ditinjau dari optik hukum administrasi negara?
3. Bagaimanakah konsep yang lebih ideal mengenai pengujian norma peraturan kebijakan di Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk menggali secara seksama dan mendalam permasalahan pada rumusan masalah di atas sehingga dapat diketahui jawaban ilmiah antara lain sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui makna normatif pengujian norma peraturan kebijakan (*toetsingrechts*) oleh lembaga Peradilan berdasarkan sistem hukum Indonesia;
2. Memberikan kejelasan teoretik tentang pengujian yang dilakukan Pengadilan terhadap norma peraturan kebijakan;
3. Memberikan tawaran konsep terhadap pengujian peraturan kebijakan di Indonesia.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat baik secara teoritis maupun secara praktis. Manfaat secara teoritis antara lain sebagai sumbangsih pemikiran dibidang Hukum Administrasi Negara (HAN) khususnya kajian tentang diskresi dan peraturan kebijakan. Sejalan dengan itu, secara praktis penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan referensi bagi praktik pemerintahan, kebutuhan praktik hukum serta sebagai sumber pertimbangan ilmiah yang diperlukan untuk mengambil tindakan-tindakan pemerintahan tertentu khususnya penggunaan wewenang diskresi dan peraturan kebijakan. Selain itu, penelitian ini diharapkan juga dapat menjadi bahan perbandingan dalam pengembangan penelitian serupa yang bersifat lanjutan.

E. Orisinalitas Penelitian

Telah disebutkan bahwa penelitian ini tidak hanya menitikberatkan pada putusan Mahkamah Agung Nomor: 23 P/HUM/2009 sebagaimana beberapa penelitian sebelumnya, penelitian ini tidak sekedar menggunakan pendekatan kasus (*case approach*) semata namun lebih dalam dari itu yakni menelaah, menggali dan menemukan makna normatif tentang pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) dengan berbagai pendekatan di antaranya, baik pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), serta pendekatan perbandingan (*comparative approach*) dengan Negara lain. Dari berbagai pendekatan tersebut diharapkan penelitian ini menjadi penelitan hukum yang utuh (komprehensif).

Penelusuran terhadap studi terkait yang pernah atau telah dipublikasikan untuk menentukan orisinalitas penelitian ini, dilakukan dengan cara menelusuri hasil-hasil studi terdahulu (tinjauan kepustakaan) yang sejenis yang telah dilakukan. Akan tetapi, sebetulnya kajian ini bukanlah sesuatu yang baru sama sekali. Selama proses penelitian dan penulisan tesis ini, telah berhasil dihimpun beberapa kajian yang relevan (mengenai diskresi dan peraturan kebijakan) sebagai perbandingan dengan penelitian ini yang dapat dilihat pada daftar Tabel 1 berikut ini:

Tabel 1. Rivew dan Hasil Perbandingan dengan Hasil Kajian Sebelumnya

No	Nama	Perbandingan dengan Kajian Sebelumnya
1	Ihsan Badruni Nasution	Menyusun skripsi tahun 2014 pada program *double degree* Ilmu Hukum Kelembagaan Negara, Fakultas Syariah dan Hukum, Universitas Islam Negeri (UIN) Syarif Hidayatullah Jakarta. menulis tentang: "Pengujian Peraturan Kebijakan (*beleidregels*) di Mahkamah Agung (Studi Putusan Mahkamah Agung Nomor: 23 P/HUM/2009). hasil studi menunjukan Peraturan Kebijakan (*beleidregels*) tidak dapat dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan karena pejabat atau badan yang mengeluarkan Peraturan Kebijakan tidak memiliki kewenangan membuat peraturan. lebih lanjut, peraturan kebijakan hanya dimaksudkan hanya untuk memberikan peluang dan keleluasaan bagaimana pejabat atau badan tata usaha negara menjalankan kewenangan pemerintahan, sehingga pengujian atau uji materiil terhadap peraturan kebijakan bukanlah termasuk dalam ruang lingkup kewenangan Mahkamah Agung akan tetapi mengedepankan asas *ius curia novit* dan adanya kepastian hukum, maka Mahkamah Agung tetap dapat melakukan uji materiil terhadap peraturan kebijakan. Hal itu dimaksudkan agar sengketa uji materiil peraturan kebijakan tidak berada pada wilayah yang tidak jelas (*grey area*).[21]

[21] Ihsan Badruni Nasution, "Pengujian Peraturan Kebijakan (*beleidregels*) di Mahkamah Agung (Studi Putusan Mahkamah Agung Nomor: 23 P/HUM/2009)", 2014, skripsi di Universitas Islam Negeri (UIN) Syarif Hidayatullah Jakarta.

2	Victor Imanuel W. Nalle	Pada Tahun 2013 menulis dalam Jurnal Yudisial Volume 6 nomor 1 April 2013, bertajuk: "Kewenangan Yudikatif Dalam Pengujian Peraturan Kebijakan (Kajian Putusan Nomor 23 P/HUM/2009)." Karya ilmiah ini menyimpulkan bahwa aspek uji material terhadap Peraturan Kebijakan bukan hanya harus dilihat dari pendekatan konseptual tetapi tetap berpegang pada pendekatan perundang-undangan. Pengaturan dalam UU No. 12 Tahun 2011 secara jelas telah menempatkan Peraturan Kebijakan sebagai peraturan kebijakan yang tidak dapat diuji materi oleh Mahkamah Agung. oleh karena itu, secara konseptual maupun yuridis, uji materi Mahkamah Agung terhadap suatu Surat Edaran (Peraturan Kebijakan) tidak dapat dibenarkan. Walaupun uji material peraturan kebijakan tidak dapat dilakukan, tetapi bukan berarti tidak ada perlindungan hukum yang diberikan kepada pihak-pihak yang dirugikan oleh adanya peraturan kebijakan. lebih lanjut apabila terdapat surat edaran (peraturan kebijakan) dari pemerintah yang ditujukan kepada masyarakat umum maka surat edaran tersebut tidak mengikat. Jika pemerintah kemudian memaksakan pelaksanaan surat edaran tersebut kepada masyarakat umum dan pelaksanaannya mengakibatkan kerugian, maka pemerintah dalam hal ini bertanggung gugat atas tindakan pemerintahan tersebut.[22]
3	H. Abdul Latief	Menulis Tesis tahun 1996 dengan judul "Materi Muatan dan Pengujian Secara Materiil Peraturan Kebijaksanaan (*Beleidregel*) Dalam Penyelenggaraan Pemerintah di Daerah: Suatu Studi di Wilayah Kotamadya Daerah Tingkat II Ujung Pandang" yang telah dibukukan tahun 2005 dengan Judul "Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (*beleidregel*) Pada Pemerintahan Daerah" oleh UII Press Yogyakarta. Hasil studi ini berkesimpulan bahwa Keputusan/Peraturan Kepala Daerah dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan dan tugas pembantuan tidak selalu berbentuk peraturan perundang-undangan tetapi juga bersifat Ketetapan dan Peraturan Kebijaksanaan. Keputusan kepala daerah selaku kepala wilayah yang bersumber dari dekonsentrasi tidak bersifat mengatur, tetapi bersifat Peraturan Kebijaksanaan. Dari kajian perundang-undangan dan perbandingan Peraturan Kebijaksanaan tidak dapat di uji materiil oleh MA, namun disatu sisi berdasarkan

[22] Victor Imanuel W. Nalle, "Kewenangan Yudikatif Dalam Pengujian Peraturan Kebijakan (Kajian Putusan Nomor 23 P/HUM/2009)", *Jurnal Yudisial,* Volume 6 nomor 1 april 2013, hlm. 33-47.

		adanya PERMA No. 1 Tahun 1993 dan Pasal 11 ayat (2) UU No. 4 Tahun 2014 tentang MA dapat diuji materiil oleh PTUN dan terakhir di MA. Nomenklatur Keputusan Presiden, Menteri, Gubernur, Bupati/Walikota atau pejabat lainya yang sifatnya mengatur tidak lagi diakui sejak berlakunya UU No. 10 Tahun 2004 Pasal 7 ayat (1) namun dalam praktik masih berlaku dan harus dibaca Peraturan.[23]
4	Tri Cahya Indra Permana	Menulis Tesis tahun 2009 dengan tajuk "Pengujian Keputusan Diskresi oleh Pengadilan Tata Usaha Negara". Kesimpulan tesis ini yaitu: *Pertama*, tindakan/keputusan diskresi dilakukan oleh Pajabat administrasi pemerintahan didalam pelaksanaannya banyak digugat oleh masyarakat melalui PTUN. pada pokoknya ada dua hal: pertama keputusan diskresi terikat yaitu diskresi yang telah ditentukan alternatifnya oleh UU dan kedua, keputusan diskresi bebas yaitu diskresi yang tidak ditentukan alternatifnya oleh UU. *Kedua*, Pejabat Administrasi Pemerintahan yang menerbitkan keputusan diskresi haruslah memiliki kewenangan untuk menerbitkan keputusan diskresi baik kewenangan yang berkaitan dengan cara memperoleh kewenangan yaitu atribusi atau delegasi ataupun kewenangan yang menyangkut wilayah, materi dan waktu. *Ketiga*, Dasar diterbitkannya keputusan diskresi adalah adanya keadaan mendesak yaitu suatu keadaan yang muncul secara tiba-tiba menyangkut kepentingan umum yang harus diselesaikan dengan cepat, dimana untuk menyelesaikan persoalan tersebut, peraturan perundang-undangan belum mengaturnya atau hanya mengatur secara umum dan keadaan tersebut tidak boleh tercipta karena kesalahan tindakan oleh Pejabat Administrasi Pemerintahan yang melakukan diskresi. *Keempat*, kaitannya dengan Pasal 53 ayat (2) huruf a dan b UU No. 5 Tahun 1986 jo UU No. 9 Tahun 2004, maka diskresi yang dapat diuji oleh PTUN barulah sebatas pada keputusan diskresi, sedangkan tindakan faktual diskresi belum dapat diuji karena berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, PTUN belum diberi kewenangan untuk itu, namun prospeknya juga dapat dilakukan terhadap tindakan faktual serta dapat pula memutus mengenai ganti rugi atas kerugian materil sebagai akibat

[23] H. Abdul Latif, "Materi Muatan dan Pengujian Secara Materiil Peraturan Kebijaksanaan (*Beleidregel*) Dalam Penyelenggaraan Pemerintah di Daerah: Suatu Studi di Wilayah Kotamadya Daerah Tingkat II Ujung Pandang" Tesis tahun 1996 yang telah dibukukan dengan judul "*Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidregel) Pada Pemerintahan Daerah*", Cetakan Pertama, (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm. 301-305.

		diterbitkannya keputusan diskresi yang tidak terbatas hanya maksimal sebesar Rp. 5.000.000,- (lima juta rupiah). *Kelima*, Dalam hal peraturan yang berlaku tidak mengatur mengenai sesuatu hal atau peraturan yang berlaku tidak jelas, maka diskresi dapat dilakukan oleh Pejabat administrasi pemerintahan, akan tetapi tetap harus mengacu pada AUPB. Dalam hal ada suatu aturan yang mengatur tentang hal tertentu dan aturan tersebut dapat dilaksanakan, maka tidak boleh dilakukan diskresi, akan tetapi menerapkan aturan yang berlaku. Dalam hal ada suatu aturan yang mengatur tentang hal tertentu, akan tetapi aturan tersebut tidak memungkinkan untuk dilaksanakan, maka diperbolehkan dilakukan diskresi dengan mencari alternatif/upaya lain yang tidak melanggar hukum dan AUPB. *Keenam*, Dalam hal ada suatu aturan yang mengatur tentang hal tertentu, akan tetapi aturan tersebut tidak memungkinkan untuk dilaksanakan, maka pengujian terhadap keputusan diskresi oleh PTUN dilakukan tidak dengan menggunakan peraturan perundang-undangan yang berlaku, melainkan dengan AUPB. *Ketujuh*, Dalam menguji keputusan diskresi terikat, Hakim PTUN dapat memutuskan *reformatio in peius* yaitu diktum putusan yang justru semakin memberatkan Penggugat, sedangkan dalam menguji keputusan diskresi bebas, Hakim PTUN tidak dapat memutuskan *reformatio in peius.*[24]
5	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)", Tahun 1996 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 ektra-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.

[24] Tri Cahya Indra Permana, "Pengujian Keputusan Diskresi oleh Pengadilan Tata Usaha Negara", Tesis di Universitas Diponegoro Semarang, 2009, hlm. 126-128.

		eksistensinya dapat diuji secara *rechmatigheid* maupun *doelmatigheid*. sebaliknya peraturan kebijaksanaan ektra-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*.[25]
6	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 veraantwoordelijkheid*. 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

[25] Marcus Lukman, "Eksistensi Peraturan Kebijaksanaan dalam Bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rancana Pembangunan di Daerah serta Dampaknya terhadap Materi Hukum Tertulis Nasional (Suatu Studi di Provinsi Kalimantan Barat Pembangunan lima tahun III, IV dan V)", Disertasi tahun 1996 di Universitas Padjadjaran Bandung.

		administrasi. Dasar pengujian diskresi bukan *onrechtmatige overheidsdaad* melainkan AUPB terutama asas larangan menyalahgunakan wewenang, larangan sewenang-wenang dan peraturan perundang-undangan.[26]

Dari hasil beberapa kajian yang pernah dilakukan tersebut di atas, apabila dibandingkan dengan kajian yang dilakukan pada penelitian ini, tidak ditemui pengulangan riset dan kesamaan analisis dari berbagai pendekatan penelitian. Penelitian yang dilakukan oleh Ihsan Badruni Nasution dan tulisan Victor Imanuel W. Nalle menitikberatkan pada pendekatan kasus, konseptual dan pendekatan peraturan perundang-undangan terhadap peraturan kebijakan (*beleidregel*).

Penelitian Tri Cahya Indra Permana, lebih bersifat deskriptif-preskriptif analitis yakni menelaah bagaimana keputusan diskresi telah dilaksanakan oleh badan atau pejabat administrasi pemerintahan dan menggambarkan bagaimana pengujian yang dilakukan oleh PTUN. kemudian dianalisis guna menemukan asas-asas hukum baru (futuristik) mengenai hal-hal apa saja yang seharusnya diatur di dalam aturan pemerintah mengenai diskresi pejabat administrasi pemerintahan. Selanjutnya, penelitian H. Abdul Latif dan Marcus Lukman lebih menitikberatkan pada materi muatan, eksistensi, karakteristik dan pengujian materiil peraturan kebijakan (*beleidregel*) dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah. Selain itu juga, perbedaan penelitian ini dengan penelitian yang dilakukan Ridwan terletak pada fokus penelitian, dalam disertasinya, Ridwan menitikberatkan tentang tanggung

[26] Ridwan, "Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia" Disertasi Tahun 2013 yang telah dibukukan, lihat Ridwan, *Diskresi....op,cit*, hlm. 316-317.

jawab dan tanggung gugat pejabat dalam penyelenggaraan pemerintahan, serta tolak ukur kewenangan diskresi (*vrij bevoegdheid*). Sedangkan fokus penelitian ini ialah menelaah dan mengulas wewenang menguji pada lembaga peradilan dan juga tolak ukur pengujian peraturan kebijakan.

Perbedaan penelitian ini tampak dari pendekatan, metodologi dan paradigma[27] yang digunakan untuk menganalisa isu hukum. Perbedaan cara meneropong obyek penelitian dapat saja melahirkan kesimpulan *research* yang berbeda atau malah menguatkan hasil-hasil *research* terdahulu. Oleh karena itu, *sine ira et studio* (dapat dimengerti) penelitian ini merupakan penelitian pengembangan untuk menguji kembali pandangan, argumentasi dan hasil konsepsi dari pertimbangan putusan serta penelitian-penelitian terdahulu. Meskipun demikian, kajian dengan obyek peraturan kebijakan (*beleidregels*) bukanlah suatu penelitian yang baru sama sekali. Tidak pula akan ditemui teori baru apalagi yang orisinil dari tesis ini. Uraian teoritik tesis ini, hanyalah pengulangan kerangka konsep,[28] teori,[29] serta pendapat-pendapat para ahli hukum terdahulu.

---

[27] Paradigma adalah suatu pangkal (an) atau pola berpikir yang akan mensyarati kepahaman interpretatif seseorang secara individual atau sekelompok orang secara kolektif pada seluruh gugus pengetahuan berikut teori-teori yang dikuasainya. Istilah ini berasal muasal dari bahasa Yunani klasik, *paradeigma*, dengan awal pemaknaannya yang filosofik, yang berarti 'pola atau model berpikir'. Lebih jauh lihat Soetandyo Wignjosoebroto, "Tentang Teori, Konsep, dan Paradigma dalam Kajian Tentang Manusia, Masyarakat, dan Hukumnya", https://soetandyo.wordpress.com/2010/09/18/tentang-teori-konsep-dan-paradigma-dalam-kajian-tentang-manusia-masyarakat-dan-hukumnya/, diakses tanggal 27 September 2016.

[28] Konsep ialah tak lain daripada 'kata' yang disebut dalam batasan tertentu yang definitif, atau 'terma' dalam logika atau juga 'istilah' dalam setiap perbincangan keilmuan. Apapun sebutannya dalam berbagai perbincangan, dalam tesis ini, secara umum dapatlah dikatakan per definisi bahwa 'konsep' ialah simbol tertentu yang digunakan sebagai representasi objek yang diketahui dan/atau dialami oleh manusia dalam kehidupan bermasyarakatnya. sebagai simbol bermakna, setiap konsep bermukim di alam *numenon*, ialah alam ide yang imajinatif, sedangkan objek yang diwakili berada di

F. Konsepsi Teoretis

Paradigma tesis ini ialah bahwa dalam konteks negara hukum, setiap tindakan pemerintah wajib dipertanggungjawabkan atau dapat dimintai pertanggungjawaban. Dengan kata lain, tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban atau sebaliknya tanpa wewenang tidak ada pertanggungjawaban (*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid* atau *zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid*).

Pengujian norma peraturan kebijakan (*beleidregel*) oleh lembaga Peradilan merupakan wujud dari implementasi prinsip negara hukum. Meskipun demikian, *judicial review* yang dilakukan MA terhadap Surat Edaran Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral No. 03.E/31/DJB/2009 (SE PPMD) sebagaimana disinggung dalam Sub-bab latar belakang di atas telah menimbulkan polemik teoritik tersendiri, yakni uji materiil terhadap peraturan kebijakan (*beleidregel*) yang *nota bene* (bila diperhatikan) secara seksama bukanlah bentuk dari peraturan perundang-undangan (*regeling*). Titik fokus tesis ini adalah kewenangan lembaga peradilan dalam menguji peraturan kebijakan (*beleidsregel*). Untuk sampai pada hal itu, dalam kajian ini digunakan landasan teori, asas atau prinsip, maupun doktrin atau ajaran yang relevan

---

alam *phenomenon*, ialah alam fakta-aktual yang indrawi. Atau dengan kata lain, *concepts is the buiding blocks of theories*. Lihat lebih jauh dalam Soetandyo Wignjosoebroto, "Tentang Teori...*ibid*, diakses tanggal 27 September 2016. Sedangkan Peter Mahmud Marzuki merumuskan konsep sebagai suatu gagasan yang dapat direalisasikan dalam kerangka berjalannya aktivitas hidup bermasyarakat secara tertib. Lihat dalam Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian...op,cit*, Edisi revisi, hlm. 112.

[29] Teori adalah suatu himpunan konstruksi yang dibangun oleh konsep-konsep yang berada di alam ide imajinatif manusia. Dengan kata lain, suatu konstruksi di alam ide imajinatif manusia tentang realitas-realitas yang ia jumpai dalam pengalaman hidupnya. Teori berasal dari kata *theoria* dalam bahasa Latin yang berarti 'perenungan', yang pada gilirannya berasal dari kata *thea* dalam bahasa Yunani yang berarti 'cara atau hasil pandang'. Lihat lebih jauh dalam Soetandyo Wignjosoebroto, "Tentang Teori...*ibid*, diakses tanggal 27 September 2016.

sebagai pisau analisa untuk menguji isu hukum dalam rumusan masalah. Kerangka konsep yang relevan dengan kajian ini antara lain prinsip-prinsip negara hukum, konsep kewenangan baik dalam artian terikat (*gebonde bevoegheid*) maupun bebas (*vrij bevoegheid*), lalu tentang definisi, ciri-ciri, hakekat, fungsi dan keabsahan dari peraturan kebijakan, kemudian teori kontrol (pengawasan) terhadap pemerintah, kekuasaan kehakiman dan konsep dasar tolak ukur (*toetsingsgrond*) terhadap peraturan kebijakan.

Dalam perkembangan sejarah, negara hukum dianggap sebagai konsep universal, yang pada tataran implementasi memiliki karakteristik beragam karena pengaruh situasi kesejarahan di samping pengaruh falsafah bangsa, ideologi negara dan lain-lain.[30] Setiap negara di dunia mengalami perkembangan perspektif negara hukum dengan cara dan nilai berbeda-beda, hal itu karena dipengaruhi perkembangan situasi yang berbeda pada tiap-tiap negara. Berkenaan dengan itu, menurut Azhary bahwa sesungguhnya negara hukum adalah suatu pengertian yang berkembang dan terwujud sebagai reaksi atas kekacauan di zaman lampau. Karena itu, setiap bangsa memiliki sejarah yang tidak sama, oleh karena itu pengertian dan isi negara hukum dari berbagai bangsa akan berbeda pula.[31] Atas dasar itu secara historis dan praktis, konsep negara hukum muncul dalam berbagai model seperti negara hukum menurut Al-Qur'an dan Sunnah atau nomokrasi Islam, negara hukum menurut konsep Eropa

[30] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 50. lihat juga rumusan senada dalam tulisan lain Ridwan, *Hukum Administrasi di Daerah*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm. 3-6.

[31] Azhary, Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, Cetakan Pertama, (Jakarta: UI Press, 1995), hlm. 49-50.

Kontinental yang dinamakan *rechtsstaat*, negara hukum menurut konsep Anglo-Saxon (*rule of law*), konsep *sosialist legality*, dan konsep negara hukum Pancasila.[32]

Prinsip utama negara hukum ialah adanya asas legalitas, peradilan yang bebas dan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Artinya tindakan para penyelenggara negara harus berdasar atas hukum. Jadi, hukum menjadi dasar kekuasaan. Kekuasaan belaka hanya akan menciptakan diktatorisme dan kesewenang-wenangan. Hukum justru membuat kekuasaan itu menjadi "sah" dengan menunjukan mekanisme penyelenggaraan dan batas-batas suatu tindakan.[33] Hal itu mengakibatkan bahwa pemerintah sendiri harus tunduk pada undang-undang yang ia sendiri membentuknya, maupun kepada hukum yang lebih agung yang harus ia pertegak.[34]

Dalam perspektif negara kesejahteraan, kewenangan besar pemerintah erat kaitannya dengan kewajiban pemerintah melaksanakan fungsi pelayanan (*public service*). Amrah Muslimin mengatakan bahwa tugas negara dalam keseluruhan menurut faham modern sekarang ini dalam suatu negara kesejahteraan (*social service state*) adalah menyelenggarakan kepentingan umum untuk memberikan kemakmuran dan perasaan kesejahteraan yang sebesar-besarnya berdasarkan keadilan dalam suatu negara hukum.[35] Secara filosofi, pandangan ini berangkat dari prinsip bahwa suatu

---

[32] Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum*, dikutip dari Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Edisi Revisi, Cetakan Kesepuluh, (Jakarta: Rajawali Pers, 2014), hlm. 1.

[33] Yusril Ihza Mahendra, *Dinamika Tata Negara Indonesia: Kompilasi Aktual Masalah Konstitusi Dewan Perwakilan dan Sistem Kepartaian*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 90.

[34] R.M. Mac Iver, *The Modern State*, Terjemah, Moertono, Negara Moderen, Cetakan Kedua, (Jakarta: Bina Aksara, 1988), hlm. 237.

[35] Amrah Muslimin, *Beberapa Asas-asas dan Pengertian-pengertian Pokok Tentang Administrasi dan hukum administrasi*, Cetakan Ketiga, (Bandung: Alumni, 1985), hlm. 110.

negara ada karena ada rakyat didalamnya, sehingga pemerintah tidak bisa mengelak dari setiap persoalan yang dihadapi masyarakat. Dengan kata lain, eksistensi atau kehadiran suatu pemerintah ditandai dengan kesiapannya dalam memberi pelayanan terbaik kepada masyarakat.[36]

Perkembangan konsep negara kesejahteraan memberikan konsekuensi meluasnya peranan pemerintah dalam melakukan tugas-tugas penyelenggaraan pemerintahan. Luasnya lapangan tugas pemerintah juga membawa konsekuensi sumber pemberian wewenang pemerintah tidak dapat lagi terbatas hanya pada UUD dan UU tapi juga pada peraturan pelaksanaannya serta kewajiban pemerintah bertindak menggunakan kewenangan diskresi (*discretionary power*) [37] untuk menyelesaikan masalah-masalah penting yang timbul secara faktual dan peraturannya belum ada (*leemten in het recht*), samar-samar (*vage norm*), memberikan pilihan (*choice*) atau terjadi stagnasi pemerintahan.

Berdasarkan perspektif hukum, wewenang mengandung arti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*).[38] 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. Kewajiban dalam

[36] Disarikan dari Miftah Thoha, "Lembaga Birokrasi Dalam Negara", *Jurnal Prisma*, Vol. 33, No. 2, LP3ES, (2014), hlm. 12.

[37] "Pada suatu *freies ermessen* yang luas, administrasi sering beralih untuk memikirkan sendiri norma-norma, cara bagaimana kebebasan itu digunakan, dan yang kadang-kadang diumumkan sebagai kepastian hukum yang lebih luas bagi orang-orang yang mencari keadilan..." Lihat lebih jauh dalam A.D. Belinfante, *Kort Begrip van het Administratief Recht*, terjemah, Boerhanoeddin Soetan Batoeah, *Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Binacipta, 1983), hlm. 72.

[38] Bagir Manan, "Wewenang Provinsi, Kabupaten, dan Kota Dalam Rangka Otonomi Daerah", dikutip dari Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 99.

rangka menjalankan wewenang mengandung arti pertanggungjawaban tindakan secara hukum dan pemberian perlindungan kepada anggota masyarakat terhadap tindakan hukum pemerintahan. Secara teoritik, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diatas diperoleh melalui tiga cara (*drie manieren van bevoegdheidsverkrijging*) yaitu atribusi, delegasi, dan mandat.[39]

Dalam literatur hukum administrasi negara, wewenang mempunyai arti sangat penting karena wewenang merupakan dasar untuk bertindak bagi badan atau pejabat tata usaha negara. wewenang pemerintahan selalu dibatasi isi (materi), waktu dan wilayah. Penggunaan wewenang hakikatnya harus tunduk pada batasan-batasan hukum baik tertulis maupun tidak tertulis (asas-asas umum pemerintahan yang baik). [40] Berdasarkan sifatnya, wewenang pemerintahan dapat dibagi menjadi wewenang terikat, fakultatif, dan bebas. Wewenang pemerintahan yang dilahirkan oleh suatu peraturan dasar itu dapat sedikit banyak bersifat terikat atau bebas. Namun yang dikatakan bebas sepenuhnya itu tidak ada. Sebab wewenang yang bagaimanapun bebasnya selalu dimaksudkan untuk melaksanakan tugas-tugas tertentu. Dengan kata lain, wewenang yang dimiliki badan atau pejabat TUN tidak dapat digunakan selain tujuan dari maksud wewenang itu diberikan. Kebebasan

[39] Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 101. Terkait hal *a quo*, Philipus M. Hadjon menyebutkan bahwa dalam kepustakan hukum administrasi terdapat dua cara utama untuk memperoleh wewenang pemerintahan, yaitu atribusi dan delegasi. Kadang-kadang mandat ditempatkan sebagai cara tersendiri, namun mandat bukan pelimpahan wewenang seperti delegasi. Lihat Philipus M. Hadjon, "Kisi-kisi Hukum Administrasi dalam Konsteks Tindak Pidana Korupsi", dalam Philipus M. Hadjon et. al., *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi*, Cetakan Kedua, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2012). hlm. 2-4.

[40] Disarikan dari S.F. Marbun, *Hukum Administrasi Negara I*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2012), hlm. 93.

wewenang pemerintahan juga mengandung kewajiban, bahwa badan atau pejabat TUN harus selalu menentukan keputusan mana yang terbaik untuk urusan kongkrit yang harus dilaksanakan dengan mempertimbangkan beberapa hal, antara lain: (1) memperhatikan kebijaksanaan-kebijaksanaan yang telah ditempuh; (2) memperhatikan keadaan-keadaan serupa yang pernah diurus; (3) memperhatikan pihak-pihak yang terkait dengan keputusan yang akan diambil dan kepentingan yang hendak dilindungi; (4) memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Diantara wewenang terikat dan bebas tidak dapat ditarik batas-batas mutlak. Kadar keterikatan keputusan tergantung pada ruang kebijaksanaan atau ruang penilaian yang diberikan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan.[41]

Suatu wewenang pemerintahan dikatakan bersifat fakultatif bila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut dapat dilakukan. Sedangkan, wewenang pemerintahan dikatakan terikat bila peraturan dasarnya menentukan isi dari keputusan yang harus diambil secara terperinci. Adapun suatu wewenang pemerintahan dikategorikan bebas bila peraturan dasarnya tidak menentukan secara tepat bagaimana bunyi dari keputusan yang akan dikeluarkan.[42] Terkait hal tersebut akan dipaparkan lebih rinci dalam Bab II kajian ini, terutama pembagian ketiga wewenang tersebut.

H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan kebebasan yang diberikan kepada organ pemerintah akan melahirkan dua macam kebebasan yaitu kebebasan

[41] Disarikan dari N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum...op,cit*, hlm. 34-35.
[42] Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I*, Cetakan Keenam, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1996), hlm. 102.

mengambil kebijakan (*beleidsvrijheid*) atau dikenal juga dgn istilah '*discretionaire bevoegdheid in enge zin*' (kewenangan diskresi dalam arti sempit) dan kebebasan mempertimbangkan (*beoordelingsvrijheid*) atau '*discretionair bevoegdheden in oneigenlijke zin*' (kewenangan diskresi dalam arti luas).[43] Adapun J.B.J.M. ter Berge membagi tiga macam kebebasan yaitu: (1) kebebasan interpretasi (*interpretatievrijheid*): kebebasan yang dimiliki organ pemerintah untuk menafsirkan UU, (2) kebebasan mempertimbangkan (*beoordelingsvrijheid*): ketika UU menampilkan dua alternatif wewenang terhadap syarat-syarat tertentu yang untuk pelaksanaannya dapat dipilih, dan terkahir (3) kebebasan mengambil kebijakan (*beleidsvrijheid*): ketika pembuat UU memberikan wewenang kepada organ pemerintah untuk melakukan inventarisasi dan memperhatikan berbagai kepentingan.[44]

Pada prinsipnya kebebasan pemerintahan yang lazim juga disebut diskresi (*ermessen*) bertujuan untuk mengatasi, menjawab persoalan yang bersifat kongkrit, detail dan faktual, sebab tidak jarang persoalan-persoalan penyelenggaraan pemerintahan muncul pada hal-hal kecil yang faktual (*the devil in the detail*). Meskipun demikian, sebebas apapun wewenang yang diberikan, penggunaannya tidak boleh melanggar batasan-batasan yang ditetapkan paling tidak dengan hukum tidak tertulis terutama larangan penyalahgunaan kewenangan (*verbod de tournament*

[43] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, (Utrecht: Uitgeverij Lemma BV, 1988), hlm. 241-242.

[44] Lihat J.B.J.M. ter Berge lebih jauh dalam Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 135.

de puvoir), larangan sewenang-wenang (*verbod van willekeur*), asas persamaan (*gelijkheidsbeginsel*) dan asas mendengarkan para pihak.

Dalam hukum positif Indonesia, diskresi atau kewenangan bebas pemerintah diartikan sebagai 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. [45] Diberinya kewenangan diskresi (*ermessen*) kepada administrasi negara (pemerintah dalam arti sempit) sejatinya mengandung arti: *pertama*, agar dalam menjalankan tugasnya administrasi negara dapat membuat peraturan sendiri tanpa harus menunggu peraturan dari badan legislatif. *Kedua*, penyerahan dari sebagian wewenang pembuat UU kepada organ pemerintahan.

Kewenangan diskresi (*ermessen*) melekat pada setiap jabatan pemerintahan (*inherent aan het bestuur*), akan tetapi dalam pelaksanaannya bukan berarti menegasikan asas legalitas, melainkan berfungsi menciptakan fleksibilitas dalam penyelenggaraan pemerintahan. Berkenaan dengan hal itu, Ridwan mengatakan sebagai berikut:

> "...Pemberian diskresi kepada organ pemerintah itu bukan berarti menggeser apalagi meniadakan asas legalitas. Diskresi pemerintah berfungsi untuk mendinamisir keberlakuan undang-undang terhadap persoalan faktual yang semakin kompleks...bahwa sesuai dengan sifatnya undang-undang itu merupakan peraturan umum dan abstrak serta hanya menentukan hal-hal pokok sehingga tidak

[45] Lihat Pasal 1 angka (9) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 2.

> dapat menjawab semua masalah, apalagi yang bersifat kongkrit dan detail. Guna menghadapi hal-hal yang bersifat kongkrit dan detail, organ pemerintah dapat membuat dan menggunakan peraturan perundang-undangan atau peraturan kebijakan."[46]

Organ pemerintah atau badan administrasi yang merumuskan diskresinya (*ermessen*) dalam bentuk tertulis pada umumnya akan menjadi peraturan kebijakan. Dikatakan pada umumnya karena tidak selalu tindakan pemerintah atas dasar diskresi itu melahirkan peraturan kebijakan. Dapat saja tindakan pemerintah yang didasarkan pada diskresi (*ermessen*) itu melahirkan peraturan perundang-undangan.[47] ataupun menghasilkan bentuk tindakan-tindakan nyata pemerintah (*feitelijke handelingen*). organ pemerintah diberikan wewenang diskresi guna mendinamisir pelaksanaan UU yang bersifat umum dan abstrak, yang mana tidak selalu mengatur secara tuntas permasalahan yang timbul, lalu menyebabkan kekosongan hukum (*leemten*). Kesemuanya itu dapat dilengkapi dan dijawab oleh peraturan kebijakan (*beleidregel*). Bahkan peraturan kebijakan tidak sekedar mengisi kekosongan hukum dan menjamin fleksibilitas penyelenggaraan pemerintahan belaka, tetapi juga sebagai instrumen pemenuhan hak-hak warga negara guna mewujudkan kesejahteraan sosial di dalam kerangka negara hukum.

Peraturan kebijakan bukanlah berasal dari suatu wewenang pembentuk undang-undang (*wetgever*) dan bila digunakan kriteria formal bukanlah termasuk peraturan perundang-undangan. Terkait hal itu, Indroharto mengatakan bahwa isi muatan peraturan kebijakan merupakan pelaksanaan atau penjabaran kebijaksanaan-

[46] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 142.
[47] *Ibid*, hlm. 6.

kebijaksanaan lebih lanjut dari wewenang diskresioner yang memiliki dan yang harus dilaksanakan oleh para badan atau jabatan TUN sebagai aparat pemerintah, oleh karena itu dinamakan peraturan kebijakan (*beleidsregel*). [48] Dengan demikian, peraturan kebijakan (*beleidregel*) tidak dapat dipandang sebagai bagian dari peraturan perundang-undangan (*algemene verbindende voorschrift*), sekalipun isi muatannya bersifat umum (*algemene strekking*) seperti halnya dengan peraturan perundang-undangan biasa.[49]

N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge mengatakan peraturan kebijakan banyak terdapat dengan berbagai nama seperti pedoman, nota, edaran, dan sebagainya.[50] Di Inggris, peraturan kebijakan yang dikeluarkan oleh departemen pemerintah, pemerintah daerah, dan badan publik lainnya dapat berbentuk "*circulars, codes of practice, official guidelines, et cetera*" [51] (surat edaran, aturan-aturan pelaksana, pedoman-pedoman resmi, dan sebagainya). Adapun di Jerman, peraturan kebijakan dikenal dengan istilah *Verwaltungsvorschriften* dapat berbentuk keputusan *(Erlasse)*, arahan atau pedoman *(Richtlinien),* peraturan pelayanan *(Dienstvorschriften).* [52] Sedangkan, dalam praktik pemerintahan di Indonesia, disebutkan oleh Bagir Manan

[48] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 197.

[49] Indroharto, *Perbuatan Pemerintahan Menurut Hukum Publik Dan Hukum Perdata*, dikutip dari H.M. Laica Marzuki, "Peraturan Kebijaksanaan (*Beleidregel*): Hakikat Serta Fungsinya Selaku Sarana Hukum Pemerintahan", Makalah ini pernah disajikan pada penataran hukum nasional hukum acara dan hukum administrasi negara, yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin tanggal 26 – 31 Agustus 1996 di Ujung Pandang, hlm. 6.

[50] N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum...loc,cit,*.

[51] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional and Administrative Law*, First Published, (London: Cavendish Pubishing Limited, 1995), hlm. 95.

[52] Nigel G. Foster dan Satish Sule, *German Legal System And Law*, (Oxford: University Press, 2000), hlm. 251-252.

bahwa peraturan kebijakan dapat berupa instruksi, surat edaran, petunjuk, pengumuman, atau keputusan-keputusan yang berisi juklak dan juknis.[53]

Pengunaan diskresi dan peraturan kebijakan merupakan *conditio sine quo non* dari suatu negara kesejahteraan. Atau Dengan kata lain, hakikat dari dibentuknya peraturan kebijakan tidak lain sebagai pengaturan operational dan instrumen guna mendinamisir pelaksanaan UU dalam menghadapi persoalan-persoalan kompleks yang dihadapi pemerintahan. Selain itu, peraturan kebijakan berfungsi sebagai sarana hukum pemerintah (*juridische instrumentarium*) dalam rangka fleksibilitas keberlakuan peraturan perundang-undangan untuk mengatasi stagnasi pemerintahan dalam menghadapi persoalan-persoalan faktual yang datang tiba-tiba. Namun, bila penggunaan peraturan kebijakan melanggar hak-hak asasi warga negara atau menyimpang dari tujuan pembentukannya maka tentu akan sangat merugikan. Oleh karena itu, menurut Bagir Manan, sangat perlu untuk menemukan asas-asas yang dapat menjadi kendali bagi peraturan kebijakan. Asas-asas tersebut antara lain asas negara berdasarkan atas hukum, asas perlindungan terhadap masyarakat dan asas-asas umum penyelenggaraan administrasi yang layak. Di luar asas-asas tersebut, peraturan

[53] Bagir Manan, "Asas, Tata Cara dan Teknik Penyusunan Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan", Ceramah di Departemen Pertambangan dan Energi RI, Jakarta, 8 April 1994. hlm. 15. Lihat juga dalam tulisan lain Bagir Manan, "Fungsi dan Materi Peraturan Perundang-undangan", Makalah ini pernah disajikan pada penataran Dosen Pendidikan dan Latihan Kemahiran Hukum BKS-PTN bidang hukum sewilayah barat Fakultas Hukum Universitas Lampung, di Bandar Lampung, tanggal 11 November 1994. hlm. 15.

kebijakan tidak lagi dalam kerangka *freies ermessen*, tetapi dapat menjadi tindakan sewenang-wenang.[54]

Berkenaan dengan hal tersebut, tolak ukur atau dasar pengujian diskresi dan peraturan kebijakan tidak dapat disandarkan pada tolak ukur hukum tertulis (*geschrevenrecht*), karena peraturan kebijakan (*beleidsregel*) sejatinya merupakan pelaksanaan wewenang diskresi (*ermessen*). Terkait hal itu, Philipus M. Hadjon mengatakan bahwa perbuatan kebijakan penguasa tidak termasuk kompetensi pengadilan, kecuali kalau ada unsur '*willekeur'* dan '*detournement de puvoir*'.[55] Atas dasar itulah, tolak ukur pengujian peraturan kebijakan wajib disandarkan pada asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) sebagai *levende beginselen* (prinsip-prinsip yang hidup).

Menurut S.F. Marbun, AUPB secara fungsional dapat digunakan oleh hakim peradilan administrasi untuk menguji suatu keputusan yang dikeluarkan atas dasar kewenangan bebas dan beberapa putusan hakim peradilan administrasi yang di dalam pertimbangan hukumnya mengacu kepada AUPB antara lain: asas persamaan, asas kecermatan dan bertindak hati-hati, asas kepastian hukum, asas bertindak sewenang-wenang, asas penyalahgunaan wewenang, asas kejujuran atau keterbukaan, asas

[54] Bagir Manan, "Peraturan Kebijakan", Makalah ini pernah disampaikan pada penataran dosen Fakultas Hukum seluruh Sumatra, yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, tanggal 5 April 1994. hlm. 20. Adapun menurut Prajudi Atmosudirdjo, oleh karena legislasi-semu merupakan perbuatan hukum, maka legislasi-semu tidak boleh melanggar asas-asas hukum, terutama asas persamaan hukum (*gelijkheidsbeginsel*) dan asas kepastian hukum (*rechtszekerheidbeginsel*). Lihat lebih jauh dalam Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara*, Cetakan Keenam, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983), hlm. 100.

[55] 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, (Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987), hlm. 124.

kepercayaan dan pengharapan, dan lain-lain.[56] Disamping itu, karena di dalam diskresi itu terkandung makna pertimbangan berbagai kepentingan terkait, pilihan, dan pencapaian tujuan, maka keabsahan diskresi dan peraturan kebijakan juga didasarkan pada rasionalitas[57] (*redelijkheid*), efektifitas dan efesiensi (*doeltreffenheid en doelmatigheid*).[58] Suatu peraturan kebijakan (*beleidsregel*) yang berdasar wewenang diskresi (*ermessen*) dikatakan sah atau tidak sah sangat tergantung pada apakah organ pemerintah melampaui wewenang atau tidak? baik dari segi materi, wilayahnya maupun dari segi waktu berlakunya. adapun dikategorikan penyalahgunaan wewenang apabila penggunaan peraturan kebijakan untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang. Sedangkan peraturan kebijakan dikatakan sewenang-wenang bila dalam hal pertimbangannya tidak masuk akal dan tidak dapat diterima oleh nalar publik (*irationality*).

G. Metode Penelitian

Telah dikemukakan pada bab latar belakang, bahwa Penelitian ini adalah Penelitian hukum (*legal research*). Dari sudut pandang lapisan ilmu hukum (dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum), penelitian ini berada pada lapisan dokmatik hukum (*rechtswetenschap* dalam arti luas) yang tugasnya tidak

[56] Putusan PTUN Medan No. 86/F/1992/PTUN-Mdn, Putusan PTUN Medan No.65/G/1992/PTUN-Mdn, Putusan PTUN Palembang No. 16/PTUN/G/PLG.1991, Putusan PTUN Jakarta No. 197/G/1992/IJJ/PTUN-Jkt *et cetera*. Lihat dalam S.F. Marbun, *Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Layak*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2014), hlm. 63-66.

[57] Rasionalitas mengandung arti pengambilan keputusan berdasarkan wewenang diskresi harus didasarkan pada alasan-alasan yang dapat diterima akal sehat. Keputusan harus memuat pertimbangan yang relevan, didasarkan pada *bona fide*, kejujuran dan keterbukaan (*fairness*), diarahkan pada tujuan yang layak, serta terdapat konsistensi.

[58] Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 154-156.

hanya deskripsi, sistematisasi, dan dalam hal tertentu eksplanasi hukum positif tetapi juga adanya teori hukum (*rechtstheorie* dalam arti sempit) yang berfungsi menjelaskan hukum (eksplanasi).[59]

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.[60] Berada pada teori hukum 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 costituendum*), tetapi juga sampai ditemukannya ajaran-ajaran dasarnya (prinsip-prinsip) dengan berdasar kerangka teoritis berupa pendapat atau doktrin hukum. Oleh karena itu, penelitian ini juga dapat disebut sebagai penelitian normatif/doktrinal sehingga tidak diperlukan hipotesis untuk menelaah dan menggali isu hukum terkait permasalahan pengujian peraturan kebijakan, dimana tujuan penelitiannya yaitu mampu memberikan preskripsi mengenai masalah hukum yang diteliti dengan apa yang seyogyanya dilakukan tanpa pembuktian kebenaran hipotesis.[61]

---

[59] Disarikan dari Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum: Langkah-Langkah Legal Problem Solving dan Penyusunan Legal Opinion*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005), hlm. 5-6. Terkait penjelasan ilmu hukum lebih jauh lihat juga Paul Scholten, *De Structuur Der Rechtwetenschap*, terjemah, B. Arief Sidharta, Struktur Ilmu Hukum, Cetakan Pertama, (Bandung: Alumni, 2003), hlm. 35-38.

[60] Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum: Konsep dan Metode*, Cetakan Pertama, (Malang: Setara Press, 2013), hlm. 77.

[61] Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian...op,cit,* Edisi Revisi, hlm. 70.

1. Pendekatan Penelitian

Dalam Penelitian ini, digunakan beberapa pendekatan antara lain, pendekatan undang-undang (*statuta approach*), yakni dilakukan dengan menelaah pelbagai peraturan perundang-undangan yang bersangkut-paut dengan isu hukum dalam permasalahan pada penelitian ini, mengingat dalam problematika dari penemuan hukum, maka interpretasi undang-undang pada gilirannya mewujudkan medan penelitian utama.[62] Terkait hal itu, Sudikno Mertokusumo mengatakan bahwa menafsirkan undang-undang untuk menemukan hukumnya bukan hanya dilakukan hakim saja, tetapi juga oleh ilmuan sarjana hukum.[63]

Pendekatan kedua yang digunakan yaitu pendekatan kasus (*case approach*) yang berbeda atau tidak sama pengertiannya dengan studi kasus (*case study*), telaah terkait Putusan pengadilan yang *in casu* terkait antara lain: *pertama*, Putusan Mahkamah Agung Nomor: 23 P/HUM/2009 tentang perkara permohonan keberatan hak uji materiil Bupati Kutai Timur v. Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral. *Kedua*, Putusan MA No. 42 P/HUM/2012 tentang permohonan uji materiil Front Pembela Islam v. Presiden Republik Indonesia. *Ketiga*, Putusan MA No. 27 P/HUM/2015 tentang permohonan uji materiil oleh ICJR dan kawan-kawan v. Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia. Pendekatan kasus dimaksudkan agar dapat digali *ratio decidendi* atau *reasoning* Hakim hingga bermuara pada putusannya.

[62] Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Wat is Rechtsteorie?*, Terjemah, B. Arief Sidharta, Apakah Teori Hukum Itu?, (Bandung: Laboratorium Hukum Fakultas hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2000), hlm. 103.

[63] Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Cetakan Pertama, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993), hlm. 13.

Pentingnya pendekaan kasus agar penelitian ini tidak hanya suatu usaha "*building castle on the air*" dengan kata lain, hanya menghasilkan hasil riset yang sifatnya teoritis saja, namun juga mempunyai basis praktik (*practically base*) yang dapat dilaksanakan.

Kemudian masuk pada pendekatan konseptual (*conceptual approach*) yakni beranjak dari pandangan-pandangan atau doktrin ahli hukum serta prinsip-prinsip hukum yang terkait dengan isu hukum pada rumusan masalah penelitian ini, dan yang terakhir adalah pendekatan perbandingan (*comparative approach*) pendekatan ini dilakukan dengan membandingkan mekanisme (praktik) pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) di Indonesia dengan negara lain diantaranya Inggris, Belanda dan Jerman untuk diketahui persamaan dan perbedaannya.

2. Objek Penelitian

Sasaran penelitian hukum pada dasarnya adalah hukum atau kaidah (norm). Meneliti pada hakikanya mencari, yang dicari dalam penelitian hukum adalah kaidah, norm atau *das sollen*, bukan peristiwa, perilaku dalam arti fakta atau *das sein*.[64] Soerjono Soekanto menyebutkan penelitian semacam ini dapat dilakukan atas dasar paling sedikit dua titik tolak, yakni taraf sinkronisasi secara vertikal dan secara horisontal.[65] Sebagaimana umumnya penelitian hukum, sasaran penelitian ini adalah norma hukum tentang pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*), yang terkait

[64] Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*, Edisi Revisi, Cetakan kelima, (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2014), hlm. 36-37.

[65] Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan Ketiga, (Jakarta: UI Press, 1986), hlm. 256.

dengan permasalahan hukum pada rumusan masalah *in casu* yakni norma/kaidah tentang kewenangan pengujian peraturan kebijakan oleh badan peradilan, baik yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan maunpun yurisprudensi (putusan pengadilan), asas hukum, doktrin, teori terkait selebihnya.

3. Bahan Hukum

Pada penelitian hukum normatif yang diteliti hanya bahan pustaka atau data sekunder, yang mungkin mencakup bahan hukum primer, sekunder dan tertier.[66] Bahan hukum dalam penelitian ini terbagi antara lain sebagai berikut: Bahan hukum primer yaitu peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan terkait. Bahan hukum sekunder yang digunakan dari berbagai jenis literatur yaitu buku-buku teks, jurnal hukum, berbagai bentuk karya ilmiah (disertasi, tesis, dan skripsi) yang bersangkut-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,[67] untuk memasuki sumber-sumber hukum yang sebenarnya, baik yang formil maupun yang materiil, antara lain yaitu kamus istilah hukum, kamus popular , kamus bahasa asing dan sebagainya,

4. Pengelolaan dan Penyajian Bahan Hukum

Telah disebutkan bahwa penelitian ini adalah penelitian hukum bukan penelitian sosial sehingga penyajian data tidak dilakukan dengan tabulasi, mendeskripsikan secara kualitatif maupun kuantitatif. tetapi, penyusunan kerangka

[66] *Ibid*, hlm. 52.
[67] Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum...op,cit*, hlm. 85.

konseptual mutlak diperlukan.[68] Pengelolaan bahan hukum pada hakikatnya berarti kegiatan untuk mengadakan sistematisasi terhadap bahan-bahan hukum tertulis. Dengan kata lain, mengindentifikasi isu hukum dalam penelitian ini dan mengeliminasi hal-hal yang tidak relevan. Selanjutnya, melakukan telaah permasalahan yang menjadi isu hukum berdasarkan bahan-bahan hukum yang telah dikumpulkan, baik itu dari bahan hukum primer atau sekunder maupun juga yang bersifat tertier untuk ditelaah berdasarkan sistematika dan asas-asas hukumnya guna menemukan norma hukumnya.

5. Analisis atau Pembahasan

Sebagaimana yang telah dijabarkan pada bagian pengelolaan dan penyajian bahan hukum di atas, setelah melakukan telaah sistematika hukumnya, telaah kerangka konseptualnya, kemudian diberikan interpretasi dalam bentuk argumentasi guna menjawab permasalahan pengujian peraturan kebijkan (*beleidregel*) di Indonesia. Selanjutnya, pada setiap isu hukum dalam rumusan masalah ditelaah satu persatu dan setiap isu ditelusuri ketentuan hukum, yurisprudensi, pendapat hukum (doktrin) maupun asas hukum terkait. lalu kemudian menarik 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.[69]

---

[68] Soerjono Soekanto, *Pengantar...op,cit*, hlm. 53.

[69] Sebagai ilmu preskriptif, ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum. Sebagai ilmu terapan, ilmu

BAB II

KEWENANGAN DISKRESI, PERATURAN KEBIJAKAN DAN KONTROL TERHADAP PEMERINTAH DALAM KONTEKS NEGARA HUKUM

A. Konsep Dan Prinsip-Prinsip Negara Hukum

Pemikiran tentang negara dan hukum tercatat telah berlangsung sejak lama dalam jarum jam peradaban manusia. J.J. Von Schmid mengatakan bahwa pemikiran tentang negara dan hukum sudah berkembang sejak abad kelima sebelum masehi. Di mulai dari pendapat Plato setelah sejak zaman dahulu kala cara berfikir mencari bentuk-bentuknya.[70] Keadaan seperti itu berlangsung lebih dari 700 tahun sebelum pemikiran negara dan hukum mendapat angin segar kembali pada zaman *renaissance* (kelahiran kembali).[71]

C.F. Strong mengatakan bahwa negara sebagai suatu masyarakat teritorial dibagi menjadi pemerintah dan yang diperintah (rakyat).[72] Pembagian menjadi dua dari segi kepentingan antara rakyat (warga masyarakat) dan penguasa negara (para pejabat dan petugas negara pada umumnya). Menurut R. Crince le Roy bahwa

---

hukum menetapkan standar prosedur, ketentuan-ketentuan, rambu-rambu dalam melaksanakan aturan hukum. Lihat lebih jauh dalam Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian…op,cit*, Edisi revisi, hlm. 213.

[70] J. J. Von Schmid, *Het Denken over Staat en Recht*, Terjemah, Boentarman, Pemikiran tentang Negara dan Hukum dalam Abad Ke-19, Cetakan Kedua, (Jakarta: PT. Pembangunan, 1961), hlm. 7.

[71] Lebih jauh tentang zaman *renaissance* lihat dalam Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Cetakan Kedua, (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1991), hlm. 29-31. Bandingkan dengan Azhary, *Negara...op,cit*, hlm. 19-30.

[72] C.F. Strong, *Modern Political Constitutions*, Terjemah, Derta Sri Widowatie, Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan Tentang Sejarah dan Bentuk, Cetakan Keenam, (Bandung: Nusa Media, 2011), hlm. 7

hubungan antara kekuatan-kekuatan negara di satu pihak dan yang diperintah dipihak lain bukan merupakan sesuatu yang statis. Pandangan baru tentang kedudukan warganegara sebagai pendukung hak dan kewajiban di dalam negara itu mempunyai pengaruh juga faktor-faktor lainnya yang mana yang bergantung pada tempat dan waktu.[73] Meskipun pemikiran tentang negara hukum sudah berlangsung lama namun, konsep *rechtsstaat* baru berkembang pada negara-negara eropa kontinental yang mencapai puncaknya pada abad ke-19.[74]

Konsepsi ini berkembang seiring dengan berkembangnya gagasan konstitusionalisme (*constitutionalism*),[75]dimana Negara yang menganut gagasan ini dinamakan *constitutional state* atau *rechtsstaat*.[76] E. Utrecht menyebut negara semacam ini sebagai tipe negara penjaga malam (*nachtwachtrstaat; etat gendarme*).[77] Sifat liberal dari *rechtsstaat* bertumpu pada pemikiran dari John Locke, Montesquieu dan Immanuel Kant. sifatnya yang demokratis bertumpu atas pemikiran kenegaraan dari J.J. Rousseau tentang kontrak sosial.[78] Pemikiran Immanuel Kant besar peranannya dalam memberikan bentuk pada konsepsi *rechtsstaat*.

---

[73] R. Crince Le Roy, *De Vierde Macht*, Terjemahan Departemen Hukum Tata Negara UNAIR, Kekuasaan Keempat, (Surabaya: Fakultas Hukum UNAIR, 1976), hlm. 1.

[74] J. J. Von Schmid, *Het Denken...op,cit,* hlm. 23-26.

[75] Lihat lebih jauh dalam R. Crince Le Roy, *De Vierde...op,cit,* hlm. 3-5.

[76] Disarikan dari Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik, Edisi revisi*, Cetakan Keempat, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2010), hlm. 112.

[77] E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Cetakan Keempat, (Surabaya: Pustaka Tirta Mas, 1960), hlm. 21. Bandingkan juga dengan 'negara hukum konsep Anglo Saxon' dalam Azhary, *Negara...op,cit,* hlm. 34-42.

[78] Lebih jauh lihat dalam Philipus M. Hadjon, *Perlindungan...op,cit,* hlm. 74. Lihat pula Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Edisi Kelima, Cetakan Kedua, (Yogyakarta: Liberty, 2005), hlm. 164-166. Bandingkan juga dengan Krisnha D. Darumurti, *Kekuasaan Diskresi Pemerintah: Kajian Mengenai Konsep, Dasar Pengujian, dan Sarana Kontrol*,

Friedrich Julius Stahl[79] menyebutkan unsur-unsur dari *rechtsstaat* dalam arti klasik (*klassiek liberale en democratische rechtsstaat*), yaitu:

1) Perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia;
2) Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak;
3) Pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan (*wetmatigheid van bestuur*);
4) Peradilan administrasi dalam perselisihan.[80]

Ciri khas dari *rechtsstaat* ialah adanya gagasan demokrasi konstitusional atau lazimnya disebut *democratische rechtsstaat*. Demokrasi konstitusional mengandung arti adanya perlindungan terhadap hak asasi manusia yang berpijak pada hukum. Kebebasan warga negara diatur oleh konstitusi atau undang-undang sehingga pengekangan terhadap kebebasan individu harus berdasarkan undang-undang. Kemudian, adanya pembagian kekuasaan baik vertikal maupun horizontal (*machtsverdeling en decentralisatie*) untuk menjamin hak-hak asasi rakyat yang dijamin konstitusi atau undang-undang tersebut. Di samping itu juga, adanya pembatasan kekuasaan pemerintahan oleh peraturan perundang-undangan. dengan kata lain, pemerintahan berdasarkan atas undang-undang (*wetmatigheid van bestuur*) sehingga sering disebut *wettenstaat* (negara undang-undang).

Cetakan Pertama, (Bandung, PT. Citra Adiya Bakti, 2012), hlm. 16-19. Dapat dilihat juga penjelasan E. Utrecht, *Pengantar... loc,cit.*

[79] Lihat lebih jauh pemikiran F. J. Stahl dalam J. J. Von Schmid, *Het Denken...op,cit*, hlm. 125-128.

[80] Miriam Budiardjo, *Dasar...op,cit*, hlm. 113. Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 3. Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 53; Tengok pula penjelasan senada S.F. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, revisi,, Cetakan Ketiga, (Yogyakarta: FH UII Press, 2011), hlm. 9; Bandingkan juga dengan uraian Azhary, *Negara...op,cit*, hlm. 46-48; lihat uraian serupa juga dalam Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit*, hlm. 82.

Dalam sebuah negara *rechtsstaat*, memang administrasi negara memiliki ruang gerak yang terbatas karena hanya menjaga keamanan saja. Dibatasinya peran negara atau hampir tidak adanya ruang mengambil tindakan atas diskresi atau penciptaan norma peraturan kebijakan (*beleidregel*) untuk mengatasi problem konkrit dalam dimensi sosial-ekonomi kehidupan masyarakat. meskipun hampir tidak adanya diskresi di negara *rechtsstaat* klasik, diskresi hanya ditujukan untuk melayani hak-hak individual daripada hak-hak sosial (*algemene belangen*). Akan tetapi prinsip dasar *democratische rechtsstaat* ialah bahwa setiap tindakan pemerintah yang mengekang hak-hak asasi manusia melahirkan hak menuntut untuk menggugat pemerintah di muka hakim (Pengadilan). Perbedaan pokok antara *rechtsstaat* dengan *rule of law* ditemukan pada unsur peradilan administrasi, sebab di negara Anglo-Saxon penekanan terhadap prinsip persamaan dihadapan hukum (*equality before the law*) lebih menonjol sehingga dipandang tidak perlu menyediakan sebuah peradilan khusus untuk pejabat administrasi negara.[81]

Kalau di Eropa Kontinental berkembang konsep Negara hukum (*rechtsstaat*), maka di Negara Anglo-Saxon berkembang konsep yang dinamakan *the rule of law*.[82] Istilah *the rule of law* umumnya dialamatkan pada gagasan negara hukum yang

[81] S.F. Marbun, *Peradilan...op,cit,* hlm. 10.

[82] Donald A. Rumokoy, "Perkembangan Tipe Negara Hukum dan Peranan Hukum Administrasi Negara di Dalamnya", Penyunting S.F. Marbun et. al., *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, Cetakan Kedua, (Yogyakarta: UII Press, 2002), hlm. 8

dikemukakan oleh A.V. Dicey.[83] Konsep *the rule of law* dalam arti klasik oleh A.V. Dicey disebutkan unsur-unsurnya mencakup:

1) Supremasi aturan-aturan hukum (*supremacy of the law*); tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), dalam arti bahwa seseorang hanya boleh dihukum kalau melanggar hukum;
2) Kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum (*equality before the law*). Dalil ini berlaku baik untuk orang biasa, maupun untuk pejabat;
3) Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang (di negara lain oleh undang-undang dasar) serta keputusan-keputusan pengadilan.[84]

Pandangan negara hukum sebagaimana dirumuskan oleh A.V. Dicey tersebut dikenal dengan istilah liberalisme dan dirumuskan dalam dalil "pemerintahan yang paling sedikit adalah yang paling baik" (*the least government is the best government*; *staatsonthouding*). [85] Negara dilarang untuk mencampuri perekonomian maupun bidang kehidupan sosial lainnya. Administrasi negara hanya bertugas mempertahankan prinsip pemisahan negara dari kehidupan sosial-ekonomi masyarakat.[86] Secara historis konsep *the rule of law* berangkat dari akar *comman law* dimana perkembangannya bersifat evolusioner dan bertumpu pada "*judicial*", bukan pada "*administratief*" sebagaimana pada konsep *rechtsstaat*.

Menurut Brian Z. Tamanaha, asas *the rule of law* mengandung konsepsi bahwa "*government official and citizens be bound by and to act consistently with the law"* (pejabat pemerintah dan warga negara terikat oleh dan untuk bertindak secara

[83] Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 55.
[84] Miriam Budiardjo, *loc,cit*.
[85] *Ibid*, hlm. 114.
[86] Parlin M. Mangunsong, "Pembatasan Kekuasaan Melalui Hukum Admnistrasi Negara", Penyunting S.F. Marbun et. al., *Dimensi-dimensi...op,cit*, hlm. 47.

konsisten berdasarkan hukum).[87] Prinsip utamanya ialah *equality before the law*, dimana menghendaki agar prinsip persamaan antara rakyat dan pejabat administrasi negara harus juga tercermin dalam lapangan peradilan. Pemerintah dan rakyat harus sama-sama tunduk kepada hukum dan bersamaan kedudukannya di hadapan hukum.[88] Dengan demikian, apapun sikap-tindak administrasi negara (pemerintah) termasuk juga menerbitkan peraturan kebijakan (*policy rule*; *beleidregel*) atas dasar diskresi dapat diuji oleh peradilan umum (*ordinary court*) dan tunduk pada ketentuan hukum kebiasaan yang berlaku (*ordinary law of the land*).

Pemikiran negara hukum kemudian mengalami perkembangan, dari konsep *rechtsstaat* dan *rule of law* dalam pengertian klasik bergeser menjadi konsep negara hukum modern. Negara hukum modern dikenal dengan berbagai istilah, dinegara eropa kontinental istilah yang lazim digunakan antara lain: *sociale- democratische rechtsstaat/sociale rechtsstaat*, *welvartstaat*, *verzorgingstaat*. Sedangkan di negara *common law*, dikenal dengan istilah *social* (*or new*) *liberalism*,[89] atau *welfare state* (negara kemakmuran). Menurut Ridwan bahwa negara hukum modern yang lahir menjelang perang dunia kedua itu memiliki ciri-ciri sebagai berikut:

1) *Staatsbemoeienis* yakni negara dan pemerintah dapat melakukan intervensi bagi kehidupan warga negara dalam rangka mewujudkan *bestuurszorg* atau kesejahteraan umum;
2) Pemerintah dilekati dengan kewenangan dibidang legislasi atau kewenangan membuat peraturan perundang-undangan, terutama dalam mengurus dan mangatur urusan pemerintahan;

[87] Brian Z. Tamanaha, *A Concise Guide to The Rule of Law*, dikutip dari Krisnha D. Darumurti, *Kekuasaan... op,cit*, hlm. 9.
[88] S.F. Marbun, *loc,cit*.
[89] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 54.

3) Pemerintah terlibat aktif dalam kehidupan ekonomi dan sosial masyarakat;
4) Pemerintah dilekati dengan kewenangan yang luas atau *freies ermessen*, yang kemudian melahirkan peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*).[90]

Dasar filosofi pemikiran negara hukum modern ialah eksistensi negara itu demi masyarakatnya, negara baru bermakna apabila keberadaan negara memberikan manfaat bagi masyarakatnya.[91] Oleh sebab itu, eksisnya negara bukan untuk dirinya tapi untuk masyarakatnya. Konsekuensi dari hal tersebut ialah pemerintah diberi lapangan pekerjaan yang sangat luas. Pemerintah diberi tugas menyelenggaraan kepentingan umum seperti kesehatan rakyat, pengajaran, perumahan, pembagian tanah, dan sebagainya. [92] Berkenaan dengan hal tersebut, Tatiek Sri Djatmiati mengemukakan sebagai berikut:

> "Pelayanan publik dalam kaitan hak sosial dasar warga negara (*social rights*) merupakan *the rights to receive*, hak-hak untuk menerima dari pemerintah seperti hak untuk mendapatkan pendidikan dan pengajaran, hak untuk mendapatkan pekerjaan yang layak bagi kemanusiaan, jaminan hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, jaminan sosial, dsb."[93]

Keterlibatan pemerintah dalam kehidupan rakyatnya membawa konseksuensi diserahinya wewenang diskresioner kepada organ pemerintah. Diskresi pemerintah umumnya dituangkan dalam bentuk peraturan kebijakan (*beleidregel; policy rule*). Namun, acapkali pelaksanaan diskresi pemerintah melanggar hak-hak asasi dan menimbulkan kerugian terhadap warga negara atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, maka dibutuhkan adanya badan peradilan untuk melakukan

[90] Ridwan, *Hukum...op,cit*, hlm. 5; Lihat juga dalam Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 73-77.
[91] Hesti Pustitosari et. al., *Filosofi Pelayanan Publik: Buramnya Wajah Pelayanan Menuju Perubahan Paradigma Pelayanan Publik*, Cetakan Kedua, (Malang: Setara Press, 2012), hlm. 48.
[92] E. Utrecht, *Pengantar...op, cit*, hlm. 22-23.
[93] Tatiek Sri Djatmiati, "Pelayanan Publik dan Tindak Pidana Korupsi", dalam Philipus M. Hadjon et. al., *Hukum...op,cit*, hlm. 26.

pengujian, mengoreksi dan mengawasi agar diskresi pemerintah tetap berada pada batas-batasnya.

Diluar negara-negara barat, pemikiran negara hukum juga telah lama dijalankan oleh negara-negara yang menganut hukum Islam, bahkan jauh sebelum konsep *rechtsstaat* dan *rule of law* dikenal di Eropa. Menurut Muhammad Tahir Azhary, konsep negara hukum dalam dunia Islam dikenal dengan istilah Nomokrasi Islam.[94] Prinsip mendasar dalam Nomokrasi Islam ialah bahwa kekuasaan berasal dan bersumber dari Allah SWT, oleh sebab itu, kekuasaan adalah nikmat, karunia, rahmat, dan juga amanah terhadap pemegang kekuasaan. Apabila kekuasaan tersebut dalam pelaksanaannya menyimpang dari perintah Allah SWT (Al-Qur'an) dan Sunnah Rasulullah (Hadits) maka, kekuasaan tersebut sudah bukan lagi nikmat, karunia, rakhmat, amanah tapi yang terjadi malah mudharat dan laknat Allah SWT. Terkait hal itu, Ahmad Sukardja mengatakan sebagai berikut:

> "Al-Qur'an dan Hadits merupakan sumber utama tak terkecuali fikih siyasah (ketatanegaraan Islam). asas-asas dalam fikih siyasah antara lain asas amanah, asas tanggung jawab (*al-mus-uliyyah*), asas maslahat (*al-mashlahah*), dan asas pengawasan (*al-muhasabah*). Pengawasan (*al-muhasabah*) terdiri dari pengawasan transendental (*al-muhasabah al-ilahiyah*), pengawasan oleh pribadi (*al-muhasabah al-qomariyah*)."[95]

[94] Istilah Nomokrasi Islam diterjemahkan Muhammad Tahir Azhary dari teori Ibnu Khaldun mengenai tipologi negara dan tolak ukur kekuasaan, yang membagi atas dua kelompok, yaitu: (1) Negara dengan ciri kekuasaan alamiah (*mulk tabi'i*), (2) Negara dengan ciri kekuasaan politik (*mulk siyasa*) yang terdiri dari tiga macam, yakni (a) Negara hukum atau Nomokrasi Islam (*siyasa diniyah*), (b) Negara hukum sekuler (*siyasa 'aqliyah*), (c) Negara ala Plato (*siyasa madaniyah*). Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum,* dikutip dari Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 21.

[95] Ahmad Sukardja, *Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara Dalam Perspektif Fikih Siyasah*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hlm. 242.

Prinsip-prinsip umum yang dikenal dalam Nomokrasi Islam antara lain dikemukakan oleh Muhammad Tahir Azhary yaitu: 1) prinsip kekuasaan sebagai amanah; 2) prinsip musyawarah; 3) prinsip keadilan; 4) prinsip persamaan; 5) prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; 6) prinsip keadilan yang bebas; 7) prinsip perdamaian; 8) prinsip kesejahteraan. Dan 9) prinsip ketaatan rakyat.[96] Atas dasar prinsip-prinsip tersebut, pemerintah memiliki ruang lingkup bidang tugas yang sangat luas dan juga berat. Dengan kata lain, pemimpin dalam pemerintahan Islam (*khalifah, Amir, wazir*). memiliki keleluasaan dan kebebasan menggunakan wewenang (*discretionary power*/*ermessen*). Kebebasan pemerintah yang luas tersebut hanya dapat dibatasi apabila bertentangan dengan prinsip-prinsip umum dalam Al-Qur'an dan Hadits.

Dalam konteks pemerintahan di Indonesia, sejak proklamasi kemerdekaan tahun 1945, dan pembentukan konstitusi Republik Indonesia (UUD 1945) di dalam BPUPKI dan PPKI 28 Mei 1945 – 22 Agustus 1945 menunjukan bahwa pemikiran para pendiri bangsa ialah ingin mendirikan sebuah negara hukum. Para pendiri bangsa (*founding fathers*) pada saat itu telah menyadari betul pentingnya sebuah negara berdasarkan atas hukum yang dibangun di atas prinsip-prinsip demokrasi dan keadilan sosial dalam suatu masyarakat indonesia yang bersatu. Secara *expressis verbis* konsep negara hukum dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 bahwa "negara Indonesia adalah negara hukum". Bahkan negara hukum Indonesia ialah negara hukum demokratis yang bertujuan memajukan kesejahteraan umum, keadilan

[96] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 66.

sosial dan lebih jauh lagi mengambil peran dalam perdamaian dunia. Hal tersebut dapat dilacak dengan merujuk pada rumusan pembukaan (*Prembule*/*Mukaddimah*) UUD NRI 1945 alinea keempat khususnya pada frasa berikut ini:

> "...untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia dan kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia."[97]

Menurut Azhary, ciri dan unsur utama dalam negara hukum Indonesia antara lain yaitu:

1) Hukum yang bersumber dari pancasila, berarti hukum yang Berketuhanan Yang Maha Esa, berkeadilan yang adil dan beradab, berpersatuan Indonesia, berkerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan dan berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia;
2) Pemerintah berdasar atas sistem konstitusi;
3) Kedaulatan rakyat atau rakyat yang memegang kedaulatan.[98]

Berdasarkan hal tersebut di atas, *á fortiori* demokrasi pancasila baru dapat hidup apabila negara Indonesia sudah menjadi negara hukum.[99] Dengan demikian, dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum yang merupakan amanat dari pembukaan UUD RI 1945, pemerintah Indonesia tidak dapat menolak untuk

---

[97] Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Undang-undang Dasar...op,cit*, hlm. 4-5.

[98] Disarikan dari Azhary, *Negara...op,cit*, hlm. 121-130. Bandingkan juga rumusan dari Abdul Hakim Garuda Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, 1988), hlm. 12-14.

[99] Mohammad Hatta, "Menuju Negara Hukum", Pidato penerimaan gelar *doctor honoris causa* dari Universitas Indonesia pada tanggal 30 Agustus 1975, (Jakarta: Idayu Press, 1977), hlm. 13-14.

memberikan pelayanan kepada warga negara dengan alasan tidak ada peraturan yang mengaturnya *(iura officialibus consilia*). dengan kata lain, meskipun pada dasarnya setiap tindakan pemerintah itu harus berdasarkan pada asas legalitas, namun tidak setiap urusan warga negara yang dihadapi atau dilayani pemerintah itu telah ada undang-undangnya, maka pemerintah dapat melakukan tindakan atau memberikan pelayanan atas dasar diskresi.[100] Namun, tentu saja tindakan pemerintah tersebut haruslah dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral maupun secara hukum sehingga kewenangannya tetap berada dalam koridor hukum.

B. Pengertian Kewenangan dan Sumber Kewenangan

Prinsip utama dalam setiap negara yang menyatakan dirinya negara hukum tidak lain adalah asas legalitas,[101] asas tersebut mengandung arti setiap tindakan pejabat pemerintahan harus berdasarkan hukum (kewenangan yang diberikan oleh UUD atau UU). secara umum 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

[100] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 90.

[101] Dalam literatur Prancis, asas tersebut dinamakan *'Le principe de la le'galite de l'administration'*; di Jerman dinamakan '*Gezetzmassigkeit der Verwaltung'*; di Inggris asas tersebut dianggap sebagai bagian dari *rule of law*. lihat dalam Indroharto, *Usaha memahami...op,cit,* hlm. 83.; liha pula uraian senada dalam Paulus Effendie Lotulung *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi hukum Terhadap Pemerintah*, Edisi kedua dengan Revisi, Cetakan Pertama, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993), hlm. xix-xx. Asas atau prinsip *a quo* dikenal pula dalam hukum Islam yang bertumpu pada ayat; *ma kaana mu'adzibiina hatta nab'atsa rasuula*; "kami tidak menjatuhkan siksa sebelum kami mengutus seorang Rasul" yang selanjutnya dari ayat ini melahirkan kaidah hukum Islam "*la hukma li af'al al'uqola-i qobla wurud al-nash*" (tidak ada hukum bagi orang berakal sebelum ada ketentuan nash). Lihat dalam Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 91.

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 fundamenten van de rechtsstaat*"[102] (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*"[103] (kekuasaan dari undang-undang). Lydia Jansen mengatakan juga bahwa "*het legaliteitsbeginsel dat de bevoegdheid die bestuursorgaan uitoefenen 'direct of indirect' op een wettelijke grondslag moeten rusten*" [104] (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*.[105] (legalitas berikutnya, pemerintah harus mampu menemukan juga legitimasi. Untuk menguji itu pemerintah harus menemukan keabsahan itu dalam undang-undang). Pendapat tersebut menurut Bagir

[102] L.J.A. Damen, et. al., *Bestuursrecht: Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheiduitoefening, Handhaving*, Tweede druk, (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2005), hlm. 52.

[103] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit*, hlm. 37.

[104] Lydia Jansen, *Bestuursrecht*, Derde druk, (Utrecht: Uitgeverij LEMMA BV, 2004), hlm. 23.

[105] P. de Haan et. al., *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat*, Deel 1, (Den Haag: Kluwer-Deventer, 1986), Deel 1, hlm. 24.

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.[106] Lebih lanjut, Bagir Manan memaparkan sebagai berikut:

> "...sebagai ketentuan tertulis (*written rule*) atau hukum tertulis (*written law*), peraturan perudang-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 menyepat 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."[107]

Perkembangan konsep negara kesejahteraan memberikan konsekuensi meluasnya peranan pemerintah dalam melakukan tugas-tugas penyelenggaraan pemerintahan. Luasnya lapangan tugas pemerintah juga membawa konsekuensi sumber pemberian wewenang pemerintah tidak dapat lagi terbatas hanya pada UUD dan Undang-Undang tapi juga pada peraturan pelaksanaannya serta kewajiban pemerintah bertindak menggunakan kewenangan diskresi (*discretionary power*) [108] untuk menyelesaikan masalah-masalah penting yang timbul secara faktual dan

---

[106] 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.

[107] *Ibid*, hlm. 1-2.

[108] "Pada suatu *freies ermessen* yang luas, administrasi sering beralih untuk memikirkan sendiri norma-norma, cara bagaimana kebebasan itu digunakan, dan yang kadang-kadang diumumkan sebagai kepastian hukum yang lebih luas bagi orang-orang yang mencari keadilan..." Lihat lebih jauh dalam A.D. Belinfante, *Kort Begrip....op,cit*, hlm. 72.

peraturannya belum ada (*leemten in het recht*), samar-samar (*vage norm*), memberikan pilihan (*choice*) atau terjadi stagnasi pemerintahan.

Kewenangan dan wewenang secara harfiah berasal dari kata "wenang" yang berarti hak dan kekuasaan untuk bertindak; kekuasaan membuat keputusan, memerintah, dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang lain.[109] 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.[110] S.F. Marbun 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*.[111] Lebih lanjut, S.F. Marbun memaparkan sebagai berikut:

> "Kewenangan (*authority, gezag*) adalah kekuasaan yang diformalkan baik terhadap segolongan 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 (*rechtsbevoegdheden*),misalnya wewenang menandatangani

[109] Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Pusat Bahasa*, Cetakan Pertama, Edisi Keempat, (Jakarta: PT. Gramedia, 2008), hlm. 1128.

[110] Disarikan dari Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum...op,cit,* hlm. 33.

[111] S.F. Marbun, *Peradilan... op,cit,* hlm. 142. Menurut Philipus M. Hadjon, istilah wewenang atau kewenangan dengan istilah *bevoegdheid* ada sedikit perbedaan karakter hukumnya. Istilah belanda *bevoegdheid* digunakan baik dalam konsep hukum publik atau konsep hukum privat. Dalam hukum Indonesia, istilah kewenangan atau wewenang seharusnya digunakan selalu dalam hukum publik. Lihat Philipus M. Hadjon, "Kisi-kisi Hukum Administrasi dalam Konsteks Tindak Pidana Korupsi", dalam Philipus M. Hadjon et. al., *Hukum...op,cit,* hlm. 10.

suatu surat keputusan oleh seorang pejabat atas nama menteri, sedangkan kewenangannya tetap berada di tangan menteri.[112]

Berdasarkan pandangan tersebut di atas, 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 (*recthsgevolg*). 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 berdsarkan 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.[113]

[112] S.F. Marbun, *Peradilan...ibid*, hlm. 143.

[113] F.A.M. Stroink, *Pemahaman Tentang Dekonsentrasi*, Terjemah, Ateng Syafrudin, Cetakan Pertama, (Bandung: Refika Aditama, 2006), hlm. 24-25.

Wewenang pemerintahan (menurut hukum publik) itu dalam pelaksanaanya disebutkan oleh Indroharto selalu merupakan keseluruhan dari hak-hak 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.[114] 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).[115]

Secara *expressis verbis* wewenang dan kewenangan diatur dalam Pasal 1 angka (5) dan (6) ketentuan umum UU No. 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."[116]

Tampak kelemahan pengertian kewenangan dan wewenang dalam UU *a quo*, karena kewenangan hanya dititikberatkan pada kekuasaan saja dan wewenang hanya

---

[114] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit*, hlm. 69.

[115] Philipus M. Hadjon, "Kisi-kisi Hukum Administrasi dalam Konsteks Tindak Pidana Korupsi", dalam Philipus M. Hadjon et. al., *Hukum...op,cit*, hlm. 11.

[116] Pasal 1 angka (5) dan (6) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 2.

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 tidak berbuat. Dalam hukum, wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*).[117] Dengan kata lain, 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. Kewajiban dalam rangka menjalankan wewenang mengandung arti pertanggungjawaban tindakan secara hukum dan pemberian perlindungan kepada anggota masyarakat terhadap tindakan hukum pemerintahan.

Konsep wewenang pada tesis ini tidak hanya mencakup wewenang untuk membuat keputusan (*besluit*), memberikan izin saja,[118] tapi segala wewenang dalam dalam rangka melaksanakan tugas-tugas pemerintahan, termasuk penggunaan wewenang bebas. Secara teoritik, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diatas diperoleh melalui tiga cara (*drie manieren van bevoegdheidsverkrijging*) yaitu atribusi, delegasi, dan mandat.[119] Selain tiga cara

[117] Bagir Manan, "Wewenang Provinsi, Kabupaten, dan Kota Dalam Rangka Otonomi Daerah", dikutip dari Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 99.

[118] N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum...op,cit*, hlm. 11.

[119] Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 101. Terkait hal *a quo*, Philipus M. Hadjon menyebutkan bahwa dalam kepustakan hukum administrasi terdapat dua cara utama untuk memperoleh wewenang pemerintahan, yaitu atribusi dan delegasi. Kadang-kadang mandat ditempatkan sebagai cara tersendiri, namun mandat bukan pelimpahan wewenang seperti delegasi. Lihat Philipus M. Hadjon, "Kisi-kisi Hukum Administrasi dalam Konsteks Tindak Pidana Korupsi", dalam Philipus M. Hadjon et. al., *Hukum...loc,cit,*.

tersebut, S.F. Marbun juga menambahkan satu cara lagi memperoleh wewenang yakni derivatif.[120]

1. Atribusi

Secara harfiah, istilah atribusi berasal dari bahasa belanda yaitu *attributie*, dalam kamus istilah hukum, *attributie* berarti pembagian (kekuasaan), *attributie van rechtsmacht*; pembagian kekuasan kepada berbagai instansi (*absolute competentie*) sebagai lawan dari *distributie van rechtsmacht*,[121] juga berarti peruntukan wewenang hukum; *attributie bij de wet* (peruntukan oleh undang-undang) atau suatu wewenang yang belum ada akan diadakan.[122]

Terkait hal itu, Lydia Jansen manyatakan "*een bestuursorgaan zijn bevoegheid rechtstreeks uit de Grondwet of uit een wet haalt, spreken we van attributie*.[123] (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*

[120] Derivatif adalah penyerahan atau pelimpahan kewenangan dari suatu badan atau seseorang pejabat kepada badan atau pejabat lain, baik seluruhnya ataupun sebagian. Penyerahan atau pelimpahan kewenangan derivatif dilakukan berdasarkan adanya kewenangan atributif. Penyerahan atau pelimpahan wewenang derivatif dapat dilakukan dengan cara delegasi atau mandat. Lihat S.F. Marbun, *Hukum Administrasi I...op,cit,* hlm. 75.

[121] N.E. Algra, et. al, *Andreae's: Rechtsgeleerd Handwoordenboek*, Terjemah, Saleh Adiwinata et. al, Kamus Istilah Hukum, Fockema Andreae: Belanda-Indonesia, Cetakan Pertama, (Jakarta: Binacipta, 1983), hlm. 36. Lihat kutipan senada dalam S.F. Marbun, *Hukum Administrasi I...ibid*, hlm. 70.

[122] N.E. Algra, et. al, *ibid*, hlm. 92.

[123] Lydia Jansen, *Bestuursrecht...loc,cit,*.

voorschrift"[124] (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*"[125] (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 bestuursorgan...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 schept een (nieuw) bestuursbevoegdheid en kent die toe aan een (bestaand, of voor die gelengenheid nieuw geschapen) overheidsorgan. de wetgevers die tot attributie van bestuursbevoegdheden competen zijn, kunnen originaire wetgevers of gedelegeerde wetgevers zijn*." [126] (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).

---

[124] L.J.A. Damen, et. al., *Bestuursrecht...op,cit*, hlm. 160.

[125] F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het Bestuursrecht*, Derde druk, (Kluwer: Deventer, 2003), hlm. 68-69.

[126] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken..op,cit*, hlm. 56-57.

Berkenaan dengan *original legislator* dan *delegated legislator* pada konteks Indonesia, Indroharto 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"[127]

Philipus M. Hadjon mengatakan 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.[128] Dalam hukum positif Indonesia, menurut Ridwan, pemberian wewenang atribusi itu dengan 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.[129] ...dalam hal atribusi, penerima wewenang dapat menciptakan wewenang baru atau memperluas wewenang yang sudah ada, dengan tanggung jawab intern dan ekstern pelaksanaan wewenang yang diatribusikan sepenuhnya berada pada penerima wewenang."[130]

---

[127] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 91.

[128] Philipus M. Hadjon et. al., *Pengantar...op,cit*, hlm. 130.

[129] Lihat lebih jauh dalam Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 116-117. Lihat juga uraian senada Philipus M. Hadjon, "Kisi-kisi Hukum Administrasi dalam Konsteks Tindak Pidana Korupsi", dalam Philipus M. Hadjon et. al., *Hukum...op,cit*, hlm. 12.

[130] Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 105.

Dalam UU APEM, atribusi diartikan sebagai pemberian kewenangan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan oleh UUD atau UU.[131] Lebih lanjut, ditentukan bahwa badan dan/atau pejabat pemerintahan memperoleh wewenang melalui atribusi 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.[132] Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa atribusi ialah pemmberian kewenangan yang bersumber dari UUD atau UU kepada organ pemerintahan baik yang telah ada atau baru dibentuk, di tingkat pusat maupun di tingkat daerah yang berkedudukan sebagai *delegated legislator*, yang mana dapat menciptakan wewenang baru atau memperluas wewenang yang sudah ada dengan tanggung jawab sepenuhnya berada pada penerima atribusi. Selain itu, karena atribusi wewenang bersumber dari peraturan perundang-undangan, maka, secara implisit mengandung legitimasi demokratis (secara formal) dari rakyat melalui wakilnya di Parlemen.

[131] Lihat Pasal 1 angka (22) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 3.

[132] Lihat Pasal 12 ayat (1), (2) dan (3) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 8.

2. Delegasi

Istilah delegasi berasal dari bahasa latin *delegare* yang artinya melimpahkan.[133] Dalam bahasa Inggris disebut *delegation* yang berarti perutusan, delegasi, atau penyerahan. *Government delegation*; perutusan pemerintah, *delegation of authority*; penyerahan kekuasaan.[134] Menurut *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*"[135] (suatu pemindahan wewenang dari salah satu cabang pemerintah kepada cabang pemerintah lainnya atau badan administrasi). Di Belanda dikenal dengan istilah *delegatie* yang berarti 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.[136] 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.*"[137] (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

[133] Philipus M. Hadjon, *Hukum Administrasi dan Good Governance*, dikutip dari Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 117.

[134] John M. Echols dan Hassan Shadily, *An English-Indonesian Dictionary*, direvisi dan diedit oleh John U. Wolff et. al., Kamus Inggris-Indonesia, Cetakan Kesepuluh (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2007), hlm. 172.

[135] Bryan A. Garner, et. al, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition (St. Paul: Thomson Reuters, 2014), hlm. 519.

[136] N.E. Algra, et. al, *Fockema...op,cit*. hlm. 91.

[137] F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken...op,cit*, hlm. 69-70.

delegasi. Perbedaan dengan wewenang atribusi adalah bukan pemberian wewenang kepada organ lain, melainkan pelimpahan wewenang).

Hal senada juga dikemukakan oleh Lydia Janssen bahwa "*een bestuursorgaan zijn eigen geattribueerde bestuursbevoegdheid overdraagt aan een ander bestuursorgaan, die deze bevoegdheid dan zelfstandig en onder eigen verantwoordelijkheid gaat uitoefenen.*"[138] (organ pemerintah menyerahkan wewenang pemerintahan kepada organ pemerintah lain, yang wewenang ini dijalankan secara mandiri dan tanggung jawab berada pada pihak pelaksana). H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt mengartikan delegasi sebagai "*overdracht van een bevoegdheid van het ene bestuursorgaan aan een ander...de 'toekenner' van de bevoegdheid* {*delegans*} *en de 'ontvanger' ervan* {*delegataris*}"[139] (pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintah kepada organ pemerintahan lainnya...pemberi limpahan wewenang disebut delegans dan penerima limpahan wewenang disebut delegataris). Esensi dari delegasi oleh L.J.A. Damen dan kawan-kawan disebutkan sebagai berikut:

> "*Delegatie is het door een bestuursorgaan* {*de delegans*} *overdragen van een—al bestaande—bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander* {*de delegataris*}*, die deze bevoegdheid op eigen naam en onder eigen veranwoordelijkheid gaat uitoefenen...essentieel voor delegatie is dat het bestuursorgaan dat de overgedragen bevoegdheid gaat uitoefenen {de delegataris}, voor die uitoefening een eigen juridische verantwoordelijkheid draagt.*"[140] (delegasi adalah ketika suatu organ pemerintahan {pemberi delegasi} melimpahkan suatu wewenang—yang telah ada yakni—kewenangan untuk mengambil keputusan kepada organ pemerintah lain {penerima delegasi}, yang menggunakan wewenang tersebut atas nama sendiri dan bertanggung jawab atas pelaksanaannya…esensi dari delegasi adalah organ pemerintah yang

[138] Lydia Jansen, *Bestuursrecht...op,cit,* hlm. 24.
[139] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,*.hlm. 56.
[140] L.J.A. Damen, et. al., *Bestuursrecht...op,cit,* hlm. 168.

melaksanakan limpahan wewenang {penerima delegasi}, bertanggung jawab secara hukum atas pelaksanaan wewenang tersebut)

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 (delegataris).[141] Senada dengan hal itu, 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."[142]

Philipus M. Hadjon dengan merujuk pendapat J.B.J.M. ten Berge 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;

[141] Ridwan HR, *Hukum...loc,cit.*
[142] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 91.

e. Adanya peraturan kebijakan (*beleidregel*) untuk memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.[143]

Dalam UU APEM, delegasi 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 gugat beralih sepenuhnya kepada penerima delegasi.[144] Pendelegasian kewenangan ditetapkan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. lebih lanjut, 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 (PP), peraturan presiden (Perpres), dan/atau peraturan daerah (Perda), (3) merupakan wewenang pelimpahan atau sebelumnya telah ada.

Kewenangan yang didelegasikan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan tidak dapat didelegasikan lebih lanjut, kecuali ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan (*delegatus non potest delegare*) yakni dapat mensubdelegasikan tindakan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan lain dengan ketentuan: (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. Badan pemerintahan yang memberikan delegasi dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah diberikan

[143] Philipus M. Hadjon, "Kisi-kisi Hukum Administrasi dalam Konsteks Tindak Pidana Korupsi", dalam Philipus M. Hadjon et. al., *Hukum...op,cit*, hlm. 13.

[144] Lihat Pasal 1 angka (23) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 3.

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 ketidakefektifan penyelenggaraan pemerintahan. Badan dan/atau pejabat pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi, tanggung jawab kewenangan berada pada penerima delegasi. [145]

3. Mandat

Kata mandat berasal dari bahasa latin *mandatum* yang mengandung arti melimpahkan, mempercayakan atau memerintahkan.[146] Mandat dalam kamus istilah hukum disebut *mandaat*; *opdracht* artinya perintah—imperatief mandat di dalam pergaulan hukum, baik pemberian kuasa (*lastgeving*) maupun kuasa penuh (*volmacht*). *Mandaat van beschikkinsbevoegdheid*; 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. [147] 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*

[145] Lihat Pasal 13 ayat (1) sampai (7) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 8-9.

[146] S.F. Marbun, *Hukum Administrasi I...op,cit*, hlm. 82.

[147] N.E. Algra, et. al, *Fockema...op,cit*. hlm. 285-286.

verantwoordelijk voor de krachtens mandaat genomen besluiten. juridisch gesproken is de mandataris niet een ander dan de mandans."[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).

Menurut 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.*"[149] (mandat adalah pelimpahan dari organ pemerintahan kepada organ pemerintahan dibawahnya, suatu wewenang untuk dilaksanakan. penggunaan wewenang ini atas nama organ pemerintahan pemberi mandat {mandans} dan tanggung jawabnya juga berada padanya). Pendapat senada juga dikemukakan oleh L.J.A. Damen dan kawan-kawan bahwa "*een bestuursorgaan een ander machtigt om in zijn naam en onder zijn juridische verantwoordelijkheid de aan het bestuursorgaan toekomende bevoegdheid uit te oefenen*"[150] (organ pemerintah memberikan perintah kepada organ dibawahnya dan ia bertanggung jawab secara hukum terhadap pelaksanaan perintah tersebut). Dengan kata lain, mandat ialah "*een bestuursorgaan laat zijn bevoegdheid namens hem uitoefenen door een ander*."[151] (ketika organ pemerintah memerintahkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain

[148] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken..op,cit*, hlm. 66.
[149] Lydia Jansen, *Bestuursrecht...op,cit*, hlm. 24-25.
[150] L.J.A. Damen, et. al., *Bestuursrecht...op,cit*, Deel 1, hlm. 168.
[151] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken..op,cit*, hlm. 56.

atas namanya). Pemberi (*toekenner*) mandat disebut sebagai mandans dan penerima (*ontvanger*) disebut mandataris.

F.R. Bohtlink menyatakan bila mandat itu meliputi seluruh tugas pekerjaan, maka disebut *substitutie*; *subtituut* (pengganti) dibawah pemegang jabatan boleh mewakili seluruh pekerjaan.[152] Bila pada atribusi terjadi pemberian wewenang dan pada delegasi terjadi pelimpahan atau pemindahan wewenang yang telah ada. Sebaliknya pada mandat oleh 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 Irjennya, di mana Menteri (mandans) menugaskan Dirjen atau Sekjennya (mandataris) untuk atas nama menteri melakukan suatu tindakan hukum dan mengambil serta mengeluarkan keputusan-keputusan TUN tertentu."[153]

Berkenaan dengan hal tersebut, Ridwan menegaskan bahwa pada mandat, penerima mandat (mandataris) hanya bertindak untuk dan atas nama pemberi mandat, tanggung jawab akhir keputusan yang diambil mandataris tetap berada pada mandans. Dengan kata lain, pada atribusi, dibagikan atau diciptakan suatu wewenang, pada delegasi dilimpahkan suatu wewenang, pada mandat tidak ada penciptaan atau pelimpahan wewenang. Ciri pokok mandat adalah suatu bentuk perwakilan, Mandataris berbuat atas nama yang diwakili. Berdasarkan pandangan para sarjana tersebut, dapat disimpulkan ciri-ciri umum dari mandat antara lain: (1) suatu perintah

[152] F.R. Bohtlink, *Her Leerstuk der Vertegenwoordiging, en zijn Toepassing op Ambtsdragers in Nederland en in Indonesie*, dikutip dari S.F. Marbun, *Hukum Administrasi I...op,cit,* hlm. 83.

[153] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 92.

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.

Dalam UU APEM, per definisi mandat adalah pelimpahan kewenangan dari badan dan/atau pejabat pemerintahan yang lebih tinggi kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan yang lebih rendah dengan tanggung jawab dan tanggung gugat tetap berada pada pemberi mandat.[154] Badan 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.

Badan pemerintahan dapat memberikan mandat kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan lain yang menjadi bawahannya, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan dan badan dan/atau pejabat pemerintahan yang menerima mandat harus menyebutkan atas nama badan dan/atau pejabat Pemerintahan yang memberikan mandat. Meskipun demikian, badan dan/atau pejabat

[154] Lihat Pasal 1 angka (23) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 3.

pemerintahan yang memberikan mandat dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah diberikan melalui mandat, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam hal pelaksanaan wewenang berdasarkan mandat menimbulkan ketidakefektifan penyelenggaraan pemerintahan, Badan dan/atau pejabat pemerintahan yang memberikan mandat dapat menarik kembali wewenang yang telah dimandatkan. Badan dan/atau pejabat pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui mandat tidak berwenang mengambil keputusan dan/atau tindakan yang bersifat strategis yang berdampak pada perubahan status hukum pada aspek organisasi, kepegawaian, dan alokasi anggaran. Tanggung jawab badan dan/atau pejabat pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui mandat tetap berada pada pemberi mandat (mandans).[155] Secara garis besar perbedaan antara atribusi, delegasi, dan mandat (*verschillen tussen attributie, delegatie en mandaat*) dapat dilihat dalam tabel berikut:

Tabel 2. Perbedaan antara atribusi, delegasi dan mandat

No	Atribusi {*attributie*}	Delegasi {*delegatie*}	Mandat {*mandaat*}
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

[155] Lihat Pasal 13 ayat (1) sampai (8) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 9.

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)

4. Perbedaan Kewenangan Terikat, Fakultatif dan Kewenangan Bebas

Dalam literatur hukum administrasi negara, wewenang mempunyai arti sangat penting karena wewenang merupakan dasar untuk bertindak bagi badan atau pejabat tata usaha negara. wewenang pemerintahan selalu dibatasi isi (materi), waktu dan wilayah. Penggunaan wewenang hakikatnya harus tunduk pada batasan-batasan hukum baik tertulis maupun tidak tertulis (asas-asas umum pemerintahan yang baik).[156] Terkait hal itu, Indroharto menulis sebagai berikut:

> "Wewenang pemerintahan menurut sifatnya selalu terikat kepada suatu masa waktu tertentu, tidak berlaku untuk selama-lamanya. Selain itu baik pemberian wewenang, maupun sifat serta luasnya wewenang pemerintahan serta

[156] Disarikan dari S.F. Marbun, *Hukum Administrasi I...op,cit,* hlm. 93.

pelaksanaannya dari suatu wewenang selalu tunduk pada batas-batas yang diadakan oleh hukum. Mengenai pemberian wewenang maupun pencabutannya, terdapat batasan-batasan hukum yang tertulis maupun tidak tertulis. Demikian juga mengenai pelaksanaan suatu wewenang pemerintahan, ia selalu tunduk pada batasan-batasan hukum tertulis maupun yang tidak tertulis, dalam hal ini asas-asas umum pemerintahan yang baik."[157]

Berdasarkan sifatnya, wewenang pemerintahan dapat dibagi menjadi wewenang terikat, fakultatif, dan bebas. Terutama dalam kaitannya dengan kewenangan pembuatan dan penerbitan keputusan-keputusan (*beschikkingen*) oleh organ pemerintah, sehingga dikenal ada keputusan yang bersifat terikat dan bebas.[158] Berkenaan dengan hal tersebut, H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt mengemukakan sebagai berikut:

"*De onderscheiding tussen vrije en gebonden beschikkingen loopt dwars door die tussen de begunstigende en belastende constitutieve beschikkingen heen: de puur rechtvastellende beschikkingen zijn daarentegen alle als gebonden beschikkingen te beschouwen. een beschikking heet gebonden, voor zover de wettelijke regeling waarop de beschikking rust, deze dicteert; ze is vrij voor zover de wettelijke regeling het bestuursorgan vrij laat in de vraag hoe, misschien zelfs of beschikt zal worden. ligt aan de beschikking geen wettelijke regeling ten gronslag*."[159] (perbedaan antara keputusan bebas dan keputusan terikat dapat ditelusuri diantaranya sejauh keputusan itu konstitutif menguntungkan dan merugikan: suatu keputusan murni merugikan disisi lain untuk mempertimbangkan semua keputusan terkait. Keputusan disebut terikat, bilamana suatu peraturan perundang-undangan sebagai tempat keputusan bersandar, menentukan isi keputusan secara rinci; keputusan adalah bebas sepanjang dimungkinkan peraturan perundang-undangan kepada organ pemerintahan dalam bagaimana merumuskannya, hal itu mungkin atau dapat saja terjadi bila merumuskan keputusan tidak ada dasar tolak ukur yang tegas dalam aturan perundang-undangan).

Wewenang pemerintahan yang dilahirkan oleh suatu peraturan dasar itu dapat sedikit banyak bersifat terikat atau bebas. Namun yang dikatakan bebas sepenuhnya

[157] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 96.
[158] Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 107.
[159] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit*, hlm. 240.

itu tidak ada. Sebab wewenang yang bagaimanapun bebasnya selalu dimaksudkan untuk melaksanakan tugas-tugas tertentu. Dengan kata lain, wewenang yang dimiliki badan atau pejabat TUN tidak dapat digunakan selain tujuan dari maksud wewenang itu diberikan. Kebebasan wewenang pemerintahan juga mengandung kewajiban, bahwa badan atau pejabat TUN harus selalu menentukan keputusan mana yang terbaik untuk urusan kongkrit yang harus dilaksanakan dengan mempertimbangkan beberapa hal, antara lain: (1) memperhatikan kebijaksanaan-kebijaksanaan yang telah ditempuh; (2) memperhatikan keadaan-keadaan serupa yang pernah diurus; (3) memperhatikan pihak-pihak yang terkait dengan keputusan yang akan diambil dan kepentingan yang hendak dilindungi; (4) memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Menurut N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge bahwa keputusan disebut terikat sejauh peraturan perundang-undangan yang mendasari keputusan mengaminkannya dan keputusan itu bersifat bebas sejauh peraturan perundang-undangan memberi kebebasan kepada organ pemerintahan mengenai pertanyaan bagaimana, barangkali malah, apakah akan memberi keputusan. Diantara wewenang terikat dan bebas tidak dapat ditarik batas-batas mutlak. Kadar keterikatan keputusan tergantung pada ruang kebijaksanaan atau ruang penilaian yang diberikan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan.[160] Hal senada juga dikemukakan oleh Indroharto bahwa dalam kenyataannya, wewenang untuk menentukan isi dari putusan atau pengaturan

[160] Disarikan dari N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum...op,cit*, hlm. 34-35.

ataupun rencana sebagai penerapan wewenang pemerintahan itu lebih lanjut tidak pernah bersifat terikat.[161] Lebih lanjut sebagai berikut:

> "Kebebasan untuk menentukan kebijaksanaan yang sedang kita bicarakan ini selalu berarti suatu kebebasan yang relatif menurut undang-undang. Artinya peraturan dasarnya tidak menentukan secara tepat bagaimana bunyi dari keputusan yang akan dikeluarkan itu. Namun hal itu tidak boleh diartikan, bahwa penggunaan wewenang demikian dapat dilakukan dengan bebas tanpa berlakunya sesuatu norma hukum yang harus ditaati. bagaimanapun bebasnya sifat wewenang pemerintahan yang dirumuskan dalam peraturan dasarnya, disitu juga tetap harus dapat berlaku paling tidak norma-norma hukum yang tidak tertulis yang disebut asas-asas umum pemerintahan yang baik".[162]

Kewenangan bebas yang dimiliki pemerintah tidak berarti dalam menjalankan wewenangnya, pemerintah bebas tanpa ada batasan hukum. Mengenai hal itu, H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt menyebutkan sebagai berikut:

> "*...Bestuurorganen bij het heteren van hun bevoedheden altijd gebonden blijven aan de algemene rechtsnormen die voortvloeien uit algemene wet bestuursrecht en het ongeschreven recht—ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur*".[163] (organ pemerintah dalam menggunakan kewenangan-kewenangannya selalu tetap terikat pada norma-norma hukum umum yang berasal dari undang-undang hukum administrasi umum dan norma hukum tidak tertulis—asas-asas pemerintahan yang baik yang tidak tertulis).

Dengan demikian, wewenang pemerintahan dikatakan bersifat fakultatif bila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut dapat dilakukan. Dengan kata lain, badan atau jabatan TUN tidak wajib menerapkan wewenangnya. Badan atau jabatan TUN sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat dilakukan apabila hal-hal atau keadaan-

---

[161] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 101.

[162] *Ibid*, hlm. 102. Bandingkan dengan Patuan Sinada, "Hubungan antara Kekuasaan dengan *Pouvoir Disretionnaire* dalam Penyelenggaraan Pemerintahan", Penyunting S.F. Marbun et. al., *Dimensi-dimensi...op,cit*, hlm. 78-79.

[163] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken..op,cit*, hlm. 172.

keadaan tertentu terpenuhi. Suatu wewenang bersifat fakultatif atau tidak sangat bergantung pada ketentuan norma hukum yang mendasarinya.[164] Sedangkan, wewenang pemerintahan dikatakan terikat bila peraturan dasarnya menentukan isi dari keputusan yang harus diambil secara terperinci. Badan atau jabatan TUN tidak dapat berbuat lain daripada menjalankan secara harfiah apa yang tertulis dalam ketentuan dasarnya.[165] Selanjutnya, suatu wewenang pemerintahan dikategorikan bebas bila peraturan dasarnya tidak menentukan secara tepat bagaimana bunyi dari keputusan yang akan dikeluarkan.[166] Dengan kata lain, badan atau pejabat TUN diberikan ruang kebebasan untuk menentukan sendiri tindakan apa yang akan diambilnya.[167]

Berkenaan dengan wewenang bebas pemerintah, H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan kebebasan yang diberikan kepada organ pemerintah melahirkan dua macam kebebasan yaitu kebebasan mengambil kebijakan (*beleidsvrijheid*) dan kebebasan mempertimbangkan (*beoordelingsvrijheid*). Uraianya lebih lanjut sebagai berikut:

> *"...een discretionaire bevoegheid in inge zin (beleidsvrijheid) indien een wettelijke regeling bepaalt dat een bestuursorgaan een bepaalde maatregel 'kan' nemen: dat het daartoe wel bevoegd maar niet verplicht is. discretionaire bevoegheidheden in oneigenlijke zin (beoordelingsvrijheid) kunnen we aanemen waar de wet de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de condities die moeten zijn vervuld voordat een bestuursmaatregel mag worden genomen, aan het bestuursorgaan overlaat. Dan kan uitdrukkelijk gebeuren, zoals met de formule*

[164] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 99-100. Lihat juga uraian senada dalam S.F. Marbun, *Hukum Administrasi I...op,cit,* hlm. 93-94. Tengok pula dalam Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum...op,cit,* hlm. 78.

[165] Indroharto , *ibid*, hlm. 100-101. Lihat juga S.F. Marbun, ...*ibid,* hlm. 94.

[166] *Ibid*, hlm. 102.

[167] S.F. Marbun, *Hukum Administrasi I...op,cit,* hlm. 94.

'indien naar zijn oordeel...het geval is'; maar het kan ook impliciet gebeuren, het kan de onuitgesproken bedoeling van de wetgever zijn."[168] (kewenangan diskresi dalam arti sempit {kebebasan mengambil kebijakan} jika undang-undang mengatur bahwa suatu organ pemerintah memiliki beberapa kemungkinan ukuran tertentu dalam mengambil keputusan; bahwa untuk tujuan itu organ pemerintah harus memiliki wewenang tetapi bisa saja tidak. Kewenangan diskresi dalam arti luas {kebebasan mempertimbangkan} bisa diterima dimana undang-undang memberikan rambu kepatuhan hubungannya dengan kondisi yang harus dipenuhi sebelum suatu tindakan dapat diambil oleh organ pemerintah. Hal ini dapat dilakukan secara eksplisit, seperti dengan rumus "jika ia menganggap bahwa...kasus"; tetapi juga bisa dilakukan secara implisit, mungkin maksud legislator yang tak tersurat).

Mengenai kebebasan mempertimbangkan atau melakukan penilaian (*beoordelingsvrijheid*) ini ada dua pola oleh Indroharto dikemukakan yaitu:

a) Secara obyektif, dimana UU dalam merumuskan norma wewenang yang diberikan itu dengan samar-samar karena perumusan secara tegas tidak mungkin diberikan, seperti rumusan: "bertingkah laku sebagai abdi negara yang baik", "dengan itikad baik", dan sebagainya.
b) Secara subyektif, dimana UU menyerahkan kepada badan atau jabatan TUN untuk menentukan sendiri apa yang harus dilakukan dalam menghadapi persoalan kongkrit tertentu yang harus diurus. Sudah tentu dengan memperhatikan syarat-syarat yang berlaku. Misalnya rumusan seperti: "menteri dapat" apabila di pandang perlu oleh..." dan sebagainya. [169]

Berbeda dengan van Wijk, J.B.J.M. ter Berge membagi tiga macam kebebasan (*een drietal vrijheid*), yakni:

"pertama, kebebasan interpretasi (*interpretatievrijheid*): kebebasan yang dimiliki organ pemerintah untuk menafsirkan UU, *kedua*, kebebasan mempertimbangkan (*beoordelingsvrijheid*), terjadi ketika UU menampilkan dua alternatif wewenang terhadap syarat-syarat tertentu yang untuk pelaksanaannya dapat dipilih, *ketiga*, kebebasan mengambil kebijakan (*beleidsvrijheid*), dapat terjadi ketika pembuat UU memberikan wewenang kepada organ pemerintah untuk melakukan inventarisasi dan memperhatikan berbagai kepentingan."[170]

---

[168] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...*, hlm. 241-246.
[169] Disarikan dari Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit*, hlm. 98-99..
[170] Lihat uraian J.B.J.M. ter Berge lebih jauh dalam Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 135-137.

Dalam kenyataannya, jarang sekali ada yang bersifat terikat sama sekali. Di satu sisi, batas (*marge*) kebebasan itu sedikit banyak sukar diperhitungkan, di sisi lainnya, kebebasan memberikan kemungkinan diadakan penyusuaian dengan kekhususan dari hal atau keadaan faktual yang dihadapi.[171] Berdasarkan pandangan tersebut, menunjukkan bahwa bentuk-bentuk kebebasan tersebut esensinya bertujuan untuk mengatasi, menjawab persoalan yang bersifat kongkrit, detail dan faktual. Meskipun demikian, seleluasa apapun wewenang yang diberikan, penggunaannya tidak boleh melanggar batasan-batasan yang ditetapkan paling tidak dengan hukum tidak tertulis terutama larangan penyalahgunaan kewenangan (*verbod de tournament de puvoir*), larangan sewenang-wenang (*verbod van willekeur*), asas persamaan (*gelijkheidsbeginsel*) dan asas mendengarkan para pihak.

C. Diskresi Pemerintah dan Peraturan Kebijakan

1. Pengertian Diskresi Pemerintah

Secara harfiah, diskresi berarti kebebasan mengambil keputusan sendiri dalam setiap situasi yang dihadapi. [172] Dalam kepustakan bahasa Inggris disebut *discretionary* yang berarti kebebasan untuk menentukan atau memilih, terserah kepada kebijaksanaan seseorang; *discretionary power to act*: kebebasan untuk bertindak.[173] Di belanda disebut *discretionair* yang berarti menurut kebijaksanaan, sebagai kata sifat: menurut wewenang atau kekuasaan yang tidak terikat atau tidak

[171] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 101.
[172] Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa...op,cit,* hlm. 237.
[173] John M. Echols dan Hassan Shadily, *An English-Indonesian...op,cit,* hlm. 36.

seluruhnya terikat pada ketentuan undang-undang.[174] Menurut *Black's Law Dictionary* bahwa *administrative discretion* diartikan sebagai "*a public official's or agency's power to exercise judgment in the discharge of its duties*"[175] (kewenangan badan atau jabatan publik untuk melakukan penilaian dalam melaksanakan tugasnya). AP Le Sueur dan JW Herberg mengatakan "*diskretion means, essentially, making a choice between two or more options*."[176] (diskresi, secara mendasar berarti membuat pilihan antara dua atau beberapa opsi). Dengan begitu esensi dari suatu diskresi pemerintah secara harfiah sebenarnya ialah kebebasan menentukan di antara pilihan-pilihan dalam pengambilan kebijakan pemerintahan.

Dalam hukum positif Indonesia, rumusan diskresi secara *expressis verbis* tertuang dalam Pasal 1 angka (9) UU APEM yang menyebutkan sebagai berikut:

> "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".[177]

Dari rumusan tersebut ditemukan bahwa ruang lingkup diskresi tidak hanya terbatas pada keputusan pemerintahan (*beschikking*), tetapi juga pada tindakan-tindakan lainnya dari organ pemerintah (bukan dalam arti keputusan tertulis), guna menjalankan tugas penyelenggaraan pemerintahan untuk mewujudkan tujuan negara sebagaimana diamanatkan UUD. Menurut Ridwan, diskresi adalah pertimbangan

---

[174] N.E. Algra, et. al, *Fockema...op,cit*, hlm. 98.
[175] Bryan A. Garner, et. al, *Black's Law...op,cit,*hlm. 565.
[176] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 211.
[177] Pasal 1 angka (9) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 2.

sendiri, wewenang untuk melakukan tindakan berdasarkan kebijakan sendiri, pertimbangan seorang pejabat publik dalam melaksanakan tugasnya, dan kekuasaan seseorang untuk mengambil pilihan melakukan atau tidak melakukan tindakan.[178]

Berkenaan dengan proses penyelenggaran pemerintahan, Martina Künnecke mengatakan "*in administrative decision-making process the concept of discretion is an importen tool to reach just decision. It offers an important degree of flexibility.*"[179] (dalam proses pengambilan suatu keputusan administratif, konsep diskresi merupakan perkakas penting untuk membuat suatu keputusan. Itu menunjukkan pentingnya tingkat keluwesan). Karena itu, diskresi sepenuhnya hanya dapat dijalankan oleh organ atau pejabat pemerintahan (administrasi negara) dengan mendasarkan pada pertimbangan yang seksama. Terkait hal itu, Kenneth Culp Davis mengemukakan "*a public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction*".[180] (pejabat publik memiliki wewenang diskresi sepanjang kewenangannya memberikan kebebasan untuk membuat pilihan diantara kemungkinan mengambil tindakan atau tidak mengambil tindakan). Lebih lanjut, Kenneth Culp Davis sebagaimana dikutip Michael Allen dan Brian Thompson menyatakan bahwa:

> "*Every governmental and legal system in world history has involved both rules and discretion. No government has ever been a government of laws and not of men in the sense of eliminating all discretionary power...elimination of all*

[178] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 125.

[179] Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law*: *An Anglo-German Comparison*, First Published, (New York: Spinger, 2007), hlm. 74.

[180] Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Text*, Third Edition, (ST. Paul, Minn: West Publishing Co, 1972), hlm. 91.

discretionary power is both impossible and undesirable. The sensible goal is development of a proper balance between rule and discretion."[181] (setiap sistem pemerintahan dan sistem hukum sepanjang sejarah dunia selalu melibatkan peraturan hukum dan diskresi. Tidak ada pemerintahan yang hanya berdasarkan peraturan hukum dan tidak ada pemerintahan yang hanya berdasarkan pada orang semata dalam arti menghilangkan semua kekuasaan diskresi...penghilangan semua kekuasaaan diskresi adalah mustahil dan tidak dikehendaki. sasaran yang paling bijak adalah membangun keseimbangan antara peraturan hukum dan diskresi).

Diskresi juga dikenal dengan istilah lain yakni *freies ermessen* yang berasal dari kata *frei* artinya bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. Kata *freies* artinya orang yang bebas, tidak terikat, dan merdeka, sedangkan *ermessen* yang berarti mempertimbangkan, menilai, menduga atau penilaian, dan keputusan. [182] Pada perkembangannya istilah *ermessen* yang oleh beberapa penulis Indonesia diawali dengan kata *freies* seperti di atas sesungguhnya tidak tepat sebab di dalam hukum administrasi Jerman menurut Ridwan dengan merujuk pendapat L. Prakke dan C.A.J.M. Kortmann mengatakan berikut ini:

"Ketika *ermessen* diberikan kepada organ pemerintah, ini tidak berarti organ itu 'bebas' dalam menentukan hubungan hukum dengan pihak swasta. Dengan demikian, ungkapan '*freies ermessen*' yang pernah berlaku dalam literatur dan yurisprudensi Jerman telah ketinggalan zaman. Lebih tepat dikatakan '*ermessen* yang sesuai dengan kewajiban' atau '*ermessen* yang terikat pada aturan hukum'. Jika organ pemerintah tidak melaksanakan kewajiban yang berasal dari *ermessen* yang terikat secara hukum, hal itu disebut penyimpangan *ermessen*." [183]

Secara historis, sejak mengemukanya konsep negara kesejahteraan maka, sejak saat itulah lapangan pekerjaan pemerintah lama-kelaman makin luas. Upaya responsif

---

[181] Michael Allen dan Brian Thompson, *Case and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Seventh Edition, (New York: Oxford University Press Inc, 2002), hlm. 212.

[182] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 124. Lihat juga S.F. Marbun, *Peradilan...op,cit*, hlm. 186. Lihat uraian senada juga dalam Ridwan HR, *Hukum...op,cit,* hlm. 169.

[183] L. Prakke dan C.A.J.M. Kortmann, et. al., *Het Bestuursrecht van de Landen der Europese*, dikutip dari Ridwan, *Diskresi...ibid*, hlm. 7.

negara terhadap kehidupan sosial bertujuan untuk menyelenggaraan kesejahteraan dan kepentingan umum (*bestuurzorg*). Berkenaan dengan itu, E. Utrecht menyebutkan sebagai berikut:

> "...Diberinya tugas "*bestuurzorg*" kepada pemerintah maka, administrasi negara membutuhkan suatu kemerdekaan. Kemerdekaan yang diperlukan administrasi negara ini menjadi konsekuensi turut sertanya pemerintah dalam kehidupan sosial, dikenal dengan nama "*freies ermessen*" (bahasa Jerman),"*pouvoir discretionnaire*" (bahasa Prancis).[184]

Diberinya *ermessen* kepada administrasi negara (pemerintah dalam arti sempit) sejatinya mengandung arti: *pertama*, agar dalam menjalankan tugasnya administrasi negara dapat membuat peraturan sendiri tanpa harus menunggu peraturan dari badan legislatif. *Kedua*, penyerahan dari sebagian wewenang pembuat UU kepada organ pemerintahan. berkenaan dengan hal itu, Ridwan mengemukakan sebagai berikut:

> "Pemberian wewenang legislasi kepada pemerintah untuk menyelenggarakan kepentingan umum (*bestuurszorg*), seiring dengan tuntutan negara kesejahteraan, tidak akan berjalan secara efektif dan efisien jika pemerintah hanya menunggu peraturan dari lembaga legislatif...prinsip yang berlaku dalam setiap pelaksanan tugas dan fungsi pemerintahan adalah legalitas (*legaliteitbeginsel*), yakni setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan peraturan perundang-undangan. akan tetapi prinsip itu bukan tanpa masalah. sebab sering terjadi kesenjangan antara perubahan masyarakat yang cepat dengan peraturan perundang-undangan tertentu. Seringkali pemerintah dituntut untuk memberikan pelayanan terhadap masyarakat, sementara peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar tindakan pemerintah tersebut tidak atau belum ada."[185]

Di Amerika Serikat, sebagaimana diuraikan oleh Kenneth Culp Davis bahwa "*Congress may and does lawfully delegate legislative power to administrative agencies, and it may and does lawfully delegate to such agencies the much more*

[184] Disarikan dari E. Utrecht, *Pengantar...op,cit*, hlm. 24. Lihat juga uraian senada dalam Bachsan Mustafa, *Pokok-pokok...op,cit*, hlm. 40-42.

[185] Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm. 62 & 80.

dangerous power to make law and to exercise discretion in case involving identified parties." [186] (kongres atau parlemen dapat secara sah melimpahkan kewenangan membuat perundang-undangan kepada badan administrasi, dan kongres dapat secara sah melimpahkan kepada badan seperti itu lebih banyak kewenangan berisiko tinggi untuk membentuk peraturan perundang-undangan dan untuk menggunakan diskresi dalam kasus yang melibatkan pihak-pihak terkait). Diserahinya wewenang legislasi kepada administrasi negara lebih banyaknya didorong oleh perkembangan baik teoritik maupun praktik yang menurut Bagir Manan secara garis besar antara lain:

a) Paham pembagian kekuasaan (*distribution of power*) dimana fungsi pembentukan peraturan perundang-undangan tidak harus terpisah dari fungsi penyelenggaraan pemerintahan.
b) Paham yang memberikan kekuasaan pada negara atau pemerintah untuk mencampuri perikehidupan masyarakat, administrasi negara memerlukan wewenang untuk mengatur tanpa mengabaikan asas-asas negara berdasarkan hukum dan asas-asas umum pemerintah yang layak.
c) Untuk menunjang perubahan masyarakat yang berjalan makin cepat dan kompleks diperlukan percepatan pembentukan hukum. Administrasi negara sebagai penyelenggara pemerintahan senantiasa berhadapan dan menemukan secara konkret kebutuhan hukum baru yang diperlukan. Hal ini mendorong, administrasi berperan lebih besar dalam pembantukan peraturan perundang-undangan.
d) Berkembangnya berbagai jenis peraturan perundang-undangan, badan legislatif tidak membentuk segala jenis peraturan perundang-undangan melainkan terbatas pada UU dan UUD. Jenis-jenis lain dibuat oleh administrasi negara.[187]

Selain alasan tersebut, masih terdapat berbagai alasan lain seperti prosedur, fleksibilitas, yang kesemuanya makin menguatkan kedudukan administrasi negara dalam pembentukan peraturan perundang-undangan baik sebagai kekuasaan sendiri

[186] Kenneth Culp Davis, *Administrative...op,cit*, hlm. 26.
[187] Lihat lebih jauh dalam Bagir Manan, "Peranan Hukum...*op,cit*", hlm. 7-9.

maupun sebagai kekuasaan bersama (*shared power*) dengan kekuasaan legislatif.[188] Sedikit berbeda dengan Bagir Manan, Indroharto mengatakan pemberian kewenangan pembentukan norma hukum kepada administrasi negara karena ada tiga sebab, yaitu:

a) Karena keseluruhan hukum TUN itu demikian luasnya, sehingga tidak mungkin bagi pembuat UU untuk mengatur seluruhnya dalam UU formal;
b) Norma-norma hukum TUN itu harus selalu disesuaikan dengan tiap perubahan-perubahan keadaan yang terjadi sehubungan dengan kemajuan dan perkembangan teknologi yang tidak mungkin selalu diikuti oleh pembuat UU dengan mengaturnya dalam UU formal;
c) Di samping itu tiap kali diperlukan pengaturan lebih lanjut hal itu selalu berkaitan dengan penilaian-penilaian dari segi teknis yang sangat mendetail, sehingga tidak sewajarnya harus diminta pembuat UU yang harus mengaturnya. Akan lebih cepat dilakukan dengan pengeluaran peraturan-peraturan atau keputusan-keputusan TUN yang lebih rendah tingkatannya, seperti Keppres, Peraturan Menteri, dan sebagainya.[189]

Pembentukan norma hukum oleh administrasi negara memberikan manfaat dan kegunaan dalam hal penentuan dan penetapan norma-norma hukum oleh badan administrasi negara. Selain itu, dapat dilakukan perbedaan-perbedaan perlakuan atau penerapan norma hukum dalam situasi khusus tertentu yang dialami langsung masyarakat ketimbang harus menunggu pembuatan norma hukum oleh pembuat undang-undang. Hal tersebut menunjukan bahwa doktrin tanpa pendelegasian wewenang telah usang dan tak sesuai lagi dengan realitas pemerintahan dewasa ini (*the non-delegation doctrine has failed*). Terkait hal itu, Kenneth Culp Davis menyebutkan sebagai berikut:

> "*...The non-delegation doctrine does not prevent delegation of legilative power. It does not prevent delegation of power to make law and to exercise discretion in individual cases. And it does not even assure meaningful legislative standards...the*

[188] *Ibid*, hlm. 9.
[189] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 154.

original objective of preventing the delegation of legislative power and the later objective of requiring every delegation to the accompanied by meaningful statutory standards had to fail, should have failed, and did fail."[190] (doktrin tanpa pendelegasian tidak menghalangi pendelegasian wewenang legislatif. Ia tidak menghalangi pendelegasian wewenang untuk membuat aturan dan menjalankan diskresi dalam kasus-kasus tertentu. Dan hal itu tidak jadi jaminan berarti standar pembentuk peraturan perundang-undangan tujuan original dari mencegah pendelegasian wewenang legislatif dan kemudian tujuan yang memerlukan setiap delegasi disertai oleh standar aturan yang berarti telah gagal, harus telah gagal, dan melakukan kegagalan).

Di dalam teori hukum administrasi negara, pelaksanaan wewenang tersebut dilakukan bersandar pada asas kebebasan bertindak (*beleidsvrijheid* atau *beoordelingsvrijheid*) atau lazim disebut *freies ermessen.*[191] Atas dasar itu, badan administrasi negara dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan secara faktual diberikan keleluasaan bertindak atau diserahi wewenang-wewenang diskresioner yang lebih besar maka, wewenang diskresi melekat pada jabatan pemerintahan (*inherent aan het bestuur*). Meskipun begitu, apabila dilihat dari bentuknya yang tertulis, hukum administrasi yang berupa peraturan perundang-undangan tetap merupakan komponen utama sistem peraturan perundang-undangan.[192] Dengan kata lain, pelaksanaan wewenang diskresi juga bukan berarti menegasikan asas legalitas, melainkan berfungsi menciptakan fleksibilitas dalam penyelenggaraan pemerintahan. Berkenaan dengan hal itu, Ridwan menulis sebagai berikut:

"...Pemberian diskresi kepada organ pemerintah itu bukan berarti menggeser apalagi meniadakan asas legalitas. Diskresi pemerintah berfungsi untuk mendinamisir keberlakuan undang-undang terhadap persoalan faktual yang semakin kompleks...bahwa sesuai dengan sifatnya undang-undang itu merupakan

[190] Kenneth Culp Davis, *Administrative...op,cit*, hlm. 27 & 34.
[191] Bagir Manan, "Peraturan..."*op,cit*, hlm. 12.
[192] Bagir Manan, "Peranan Hukum..."*op,cit*, hlm. 15.

peraturan umum dan abstrak serta hanya menentukan hal-hal pokok sehingga tidak dapat menjawab semua masalah, apalagi yang bersifat kongkrit dan detail. Guna menghadapi hal-hal yang bersifat kongkrit dan detail, organ pemerintah dapat membuat dan menggunakan peraturan perundang-undangan atau peraturan kebijakan."[193]

Persoalan sebenarnya yang dihadapi pemerintah sering berada pada hal-hal yang detail (*the devil in the detail*) yang secara faktual sedikit banyak dapat menghambat jalannya penyelenggaraan pemerintahan, oleh karena itu, organ pemerintah diberikan wewenang diskresi guna mendinamisir pelaksanaan UU yang bersifat umum dan abstrak sehingga tidak akan selalu mengatur secara tuntas permasalahan yang timbul dan menyebabkan kekosongan hukum (*leemten*) yang kesemuanya itu dapat diisi dan dijawab melalui peraturan kebijakan (*beleidregel*). Bahkan peraturan kebijakan tidak sekedar mengisi kekosongan hukum dan menjamin fleksibilitas penyelenggaraan pemerintahan belaka tetapi sebagai juga instrumen pemenuhan hak-hak warga negara untuk mewujudkan kesejahteraan sosial di dalam kerangka negara hukum.

2. Pengertian, Ciri dan Unsur Peraturan Kebijakan

Telah disebutkan bahwa organ atau jabatan pemerintah dalam menjalankan tugasnya dilekati wewenang legislasi (*delegated legislation*), [194] baik berupa mengeluarkan produk hukum peraturan (*regeling*), keputusan (*beschikking*) maupun peraturan kebijkan (*beleidsregel*). Sebagaimana telah disinggung pula bahwa

[193] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 142.

[194] Kewenangan legislasi atau pendelegasian kekuasaan kepada organ pemerintah untuk membuat dan menerapkan instrumen hukum, dikenal juga dengan berbagai istilah yaitu: *delegatie van de wetgeving*, *instrument legislation*, *terugtred van de wetgever* (langkah mundur pembuat undang-undang), *secondary legislation*, peraturan delegasian, dan *subordinate legislation etc*. *Ibid,* hlm. 131.

wewenang legislasi pemerintah selain bersandar pada peraturan perundang-undangan (asas legalitas), didasarkan juga pada diskresi pemerintah (*ermessen*). Menurut Philipus M. Hadjon, produk semacam peraturan kebijkasanaan ini tidak terlepas dari kaitan penggunaan *freies ermessen*.[195] Badan atau organ administrasi yang merumuskan diskresinya (*ermessen*) dalam bentuk tertulis pada umumnya akan menjadi peraturan kebijakan. Dikatakan pada umumnya karena tidak selalu tindakan pemerintah atas dasar diskresi itu melahirkan peraturan kebijakan. Dapat saja tindakan pemerintah yang didasarkan pada diskresi (*ermessen*) itu melahirkan peraturan perundang-undangan.[196] ataupun menghasilkan bentuk tindakan-tindakan nyata pemerintah (*feitelijke handelingen*).

Secara historis, peraturan kebijakan pada mulanya tidak dianggap sebagai sebuah produk hukum pemerintahan. Terkait 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*)."[197]

---

[195] Philipus M. Hadjon et. al., *Pengantar...op,cit,* hlm. 152.

[196] Lihat lebih jauh dalam Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 6 & 143-144.

[197] H.M. Laica Marzuki, "Peraturan Kebijaksanaan (*Beleidregel*): Hakikat Serta Fungsinya Selaku Sarana Hukum Pemerintahan", Makalah ini pernah disajikan pada penataran hukum nasional hukum acara dan hukum administrasi negara, yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin tanggal 26 – 31 Agustus 1996 di Ujung Pandang, hlm. 1.

Dalam literatur hukum Belanda, istilah peraturan kebijakan dikenal dengan berbagai macam sebutan, *eerder werd het door* (pertama kali dikemukakan oleh) J. Mannoury tahun 1960 dengan istilah *spiegelrecht* (hukum cermin), J. van der Hoeven tahun 1965 menyebutnya dengan istilah *pseudo-wetgeving* (perundang-undangan semu), [198] lalu 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*.[199]

Pada tahun yang sama, kelompok kerja (*startwerkgroep*) *wet ARB* (*wet algemene regels van bestuursrecht*) dalam rancangannya juga menggunakan istilah *beleidregel*. [200] Di Jerman Barat (sebelum bersatu dengan Jerman Timur) pada mulanya peraturan kebijakan digunakan istilah *verwaltungverordnungen* sebagai lawan *rechtsverordnungen* yang akhirnya dinamakan *verwaltunvorscriften*. [201] Sedangkan, dalam literatur negara-negara *common law*, peraturan kebijakan dikenal dengan istilah *administrative rules* (peraturan administratif), atau *policy rule* [202]

---

[198] P. de Haan et. al., *Bestuursrecht....op,cit*, Deel 1, hlm. 219. Lihat juga uraian senada dalam H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,* hlm. 278-279. Tengok pula Bagir Manan, "Peraturan..."*loc,cit,*. Menurut kamus istilah hukum, *pseudo-wetgeving* diartikan sebagai pengeluaran peraturan oleh suatu badan pemerintah yang berdasarkan ketentuan undang-undang, tidak jelas mempunyai wewenang untuk itu, karena menurut ukuran formal (*formele criteria*) tidak dapat dihitung sebagai suatu bentuk perundang-undangan, sedang menurut fungsinya sangat erat pertaliannya dengan perundang-undangan. lihat N.E. Algra, et. al, *Fockema...op,cit*, hlm. 427.

[199] .M. Laica Marzuki, "Peraturan Kebijaksanaan...*op,cit*, hlm. 1-2.

[200] J.H van Kreveld, *Beleidregels in het Recht*, dikutip dari H.M. Laica Marzuki, "Peraturan Kebijaksanaan...*ibid*, hlm. 2.

[201] Mascus Lukman, *Eksistensi Peraturan...op,cit*, Disertasi, 1996, hlm. 181.

[202] Dikalangan para ahli hukum di Indonesia, terdapat perbedaan penamaan istilah "*beleidregel*" dan "*policy rule*" dalam padanan bahasa Indonesia, misalnya Bagir Manan menafsirkan secara gramatikal "*beleidregel*" dengan istilah "ketentuan kebijakan", dasar argumentasinya bahwa dalam

(peraturan kebijakan) atau *quasi-legislation*[203] (perundang-undangan semu). Dan di zaman penjajahan Hindia Belanda pun sudah dikenal juga yaitu apa yang oleh Logemann disebut *administrative regelingen.*[204]

Dalam pemerintahan Islam, diskresi dikenal dengan istilah *ijtihad* (kebebasan bertindak atau mengambil keputusan menurut pendapat sendiri). Diskresi atau *ijtihad* telah dipraktekkan pemerintahan Islam masa Nabi Muhammad SAW jauh sebelum lahirnya konsep diskresi di Eropa seperti yang dikenal sekarang ini. dalam sebuah kisah sekitar Tahun 603-639 Masehi ketika Mu'az bin Jabal akan diutus oleh Rasulullah Nabi Muhammad SAW ke negeri Yaman untuk menjadi gubernur sekaligus menjadi hakim, yakni sebagai berikut:

> "Rasulullah SAW bertanya: "*Wahai Mu'az bagaimana atau dengan apakah engkau akan memecahkan persoalan agama*? Mu'az menjawab, "*Aku akan merujuk kepada kitab Allah*". Lebih lanjut Rasulullah SAW bertanya: "*Andaikan kamu tidak mendapatkan jawabannya dalam kitab Allah*? Mu'az menjawab, "*Aku akan mencari jawabannya di dalam sunnah Rasulullah*". Lalu Rasulullah SAW bertanya lagi, "*Andaikan kamu juga tidak menemukan jawabannya di dalam sunnah Rasulullah*? Dengan tegas Mu'az menjawab, "*Aku akan berijtihad dengan pendapatku sendiri*". Mendengar jawaban tersebut, wajah Rasulullah SAW tampak cerah seraya berkata "*Segala puji bagi Allah yang telah memberi petunjuk kepada utusan Rasul-Nya*".[205]

---

bahasa Indonesia, kata "*regel*" atau "*rule*" barangkali lebih tepat padanannya kata "ketentuan" daripada "peraturan". lihat lebih lanjut dalam Bagir Manan, "Peraturan..."*op,cit*, hlm. 13. Jimly Asshiddiqie menafsirkan *policy rule* sebagai aturan kebijakan, dengan argumentasi bahwa *policy rule* tersebut istilah yang dipakai hanya *rule* (aturan), bukan *regulation* (peraturan) ataupun *legislation* (perundang-undangan), sehingga lebih tepat disebut aturan kebijakan daripada peraturan kebijakan. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Pokok-pokok…op,cit,* hlm. 263-264.

[203] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 95.

[204] A. Hamid S. Attamimi, "Hukum tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan (Hukum Tata Pengaturan)", Pidato Purna Bakti Guru Besar Tetap, diselenggarakan pada hari Senin tanggal 20 September 1993 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, hlm. 10-11.

[205] Muhammad Alim, "Pengujian Konstitusional Dalam Al-Quran", *Majalah Hukum Varia Peradilan*, November 2008, hlm. 32.

Berdasarkan kisah tersebut di atas, tampak bahwa *ijtihad* (diskresi) oleh pemimpin diperlukan untuk mengatasi dan menyelesaikan persoalan-persoalan kongkrit yang dihadapi umat. Diskresi atau *ijtihad* dalam penyelenggaraan pemerintahan Islam dapat dibatalkan apabila pada pelaksanaannya malah mendatangkan mudharat serta bertentangan dengan prinsip-prinsip agama Islam (Al-Qur'an dan Hadits). Esensi dari hal tersebut ialah setiap tindakan pemerintah wajib dipertanggungjawabkan baik dihadapan hakim, umat maupun dihadapan Allah SWT.

Agar terhindar dari suatu *circulus vitiosus* (pembicaraan yang tak berujung pangkal) terhadap perbedaan penyebutan peraturan kebijakan di atas, istilah yang digunakan pada kajian ini ialah peraturan kebijakan sebagai padanan dari istilah *beleidregel* dan *policy rule* dengan dasar argumentasi yaitu: *pertama*, bahwa padanan bahasa Belanda *beleid* dalam bahasa Indonesia ialah kebijakan, berbeda dengan kata kebijaksanan yang di Belanda dikenal dengan istilah *wijsheid*. dan kata *regel* padanannya adalah peraturan. selanjutnya padanan kata bahasa inggris *policy* ialah kebijakan dalam bahasa Indonesia, berbeda dengan *wisdom* yang artinya kebijaksanaan, sedangkan kata *rule* artinya peraturan. Oleh karena itu, padanan dari istilah *beleidregel* (Belanda) dan *policy rule* (Inggris) dalam bahasa Indonesia ialah peraturan kebijakan. *Kedua*, praktiknya di negeri Belanda, penggunaan istilah *pseudo-wetgeving* ternyata tidak diambil alih oleh yurisprudensi di negara belanda. ada kesan istilah tersebut sangat mengarah kepada pikiran penetapan dan pelaksanaan peraturan yang tidak sah. Para hakim administrasi negara dan mahkota (*de Kroon*) lebih sering menggunakan istilah; *een bekendmaking van het te voeren beleid*,

beleidregels, *beleidslijnen*, *het-beleid*, atau lebih mudahnya *regels* daripada *pseudo-wetgeving*. istilah *beleidregels* dan *beleidslijnen* ternyata lebih banyak digunakan oleh sarjana hukum di Negeri Belanda.[206]

Pengertian peraturan kebijakan (*beleidregels; policy rule*) tidak dapat dirujuk pada hukum positif di Indonesia karena memang tidak akan ditemui, baik dalam UU No. 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan maupun dalam UU no. 30 tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU APEM). Ketiadaan perumusan pengertian peraturan kebijakan dalam kerangka hukum positif, telah cukup menjelaskan bahwa peraturan kebijakan (*beleidregel*) bukanlah isu hukum yang menarik dan cukup penting bagi pembentuk UU di Indonesia.

Dalam ketentuan Pasal 1 angka (9) UU APEM hanya merumuskan pengertian diskresi padahal, konsep diskresi sebenarnya bermakna lebih luas daripada peraturan kebijakan. Diskresi merupakan *genus* dari peraturan kebijakan dan sebaliknya peraturan kebijakan adalah *species* dari diskresi. Adanya peraturan kebijakan karena adanya diskresi sebelumnya atau peraturan kebijakan lahir akibat penggunaan wewenang diskresi. Dengan kata lain, eksisnya wewenang diskresi tidak bergantung pada peraturan kebijakan melainkan sebaliknya. Sebagaimana pernah disinggung di atas bahwa kewenangan diskresi tidak hanya melahirkan peraturan kebijakan, dapat saja menghasilkan bentuk-bentuk tindakan nyata pemerintah (*feitelijke handelingen*)

[206] Salah satunya J.H Van Kreveld memilih istilah '*beleiregels'* dalam disertasi dengan judul *Beleidregels in het Recht*. Lihat dalam Mascus Lukman,...*loc,cit,*.

ataupun peraturan perundang-undangan.[207] Sebagai *species* dari *ermessen* maka lapangan keberlakukan peraturan kebijakan ialah di bidang '*bestuur*" (*bestuurgebied*) serta batasnya pun berada dalam kerangka hukum.[208]

Telah disebutkan bahwa peraturan kebijakan bukanlah berasal dari suatu wewenang pembentuk undang-undang (*wetgever*) dan bila digunakan kriteria formal bukanlah termasuk peraturan perundang-undangan. Indroharto mengatakan bahwa isi muatan peraturan kebijakan merupakan pelaksanaan atau penjabaran kebijaksanaan-kebijaksanaan lebih lanjut dari wewenang diskresioner yang memiliki dan yang harus dilaksanakan oleh para badan atau jabatan TUN sebagai aparat pemerintah, oleh karena itu dinamakan peraturan kebijakan (*beleidregel*).[209] Berkenaan dengan kemunculan peraturan kebijakan, Ridwan mengatakan tampak kemunculan peraturan kebijakan disebabkan karena beberapa kemungkinan yaitu:

> "Pertimbangan berbagai kemungkinan (*de afweging van belangen*), ketiadaan peraturan perundang-undangan (*geen wettelijke voorschriften bestaan*), penemuan fakta-fakta (*vasstelling van feiten*), penjelasan peraturan perundang-undangan (*de uitleg van wettelijke voorshriften*), dan interpretasi terhadap undang-undang (*wetinterpretatie*)."[210]

---

[207] Kewenangan diskresi dapat dapat saja melahirkan peraturan perundang-undangan, misalnya: pejabat menteri atas dasar wewenang diskresi yang dimiliki kemudian menerbitkan suatu peraturan menteri, dan sebagainya. Atau dapat juga melahirkan *feitelijk handelingen* (tindakan nyata) misalnya dalam *bestuursdwang* (paksaan pemerintah) dalam kasus pembongkaran bangunan akibat tidak mengantongi Izin Mendirikan Bangunan (IMB), *ad infinitum*.

[208] H.M. Laica Marzuki, "Peraturan Kebijaksanaan...*op,cit*, hlm. 8.

[209] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 197.

[210] Lebih lanjut, Ridwan merumuskan bahwa peraturan kebijakan itu berkenaan dengan hal-hal berikut ini:

1) Undang-undang yang bersifat umum, abstrak, dan tidak dapat mengatur semua hal terutama peristiwa kongkrit yang terjadi sehingga perlu memberikan wewenang kepada organ pemerintah untuk menyelesaikan peristiwa kongkrit tersebut;
2) Pelayanan terhadap warga negara oleh organ pemerintah;
3) Penggunaan wewenang pemerintahan, khususnya wewenang diskresi;

Sebagaimana lazimnya sebuah konsep hukum, suatu peraturan kebijakan akan selalu terkandung unsur-unsur (elemen). H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan bahwa secara esensial peraturan kebijakan selalu berkenaan dengan (*essentieel is, dat er sprake is van*):

(a) *een bestuursorgaan met in casu uitsluitend de bevoegheid tot het verrichten van bestuurshandelingen;* (organ atau jabatan pemerintahan, dalam hal ini hanya menggunakan wewenangnya untuk melaksanakan tindakan-tindakan administratif)
(b) *een bestuursbevoegheid die niet volstrekt gebonden is;* (kewenangan pemerintahan itu tidaklah benar-benar terikat)
(c) *algemene regels, te hanteren bij de uitoefening van de bevoegdheid.* [211] (peraturan umum, digunakan untuk melaksanakan wewenang).

P. de Haan dan kawan-kawan dengan merujuk pendapat J.H van Kreveld menyebutkan bahwa dalam peraturan kebijakan terdapat empat elemen (*vier elementen*) antara lain sebagai berikut:

(a) *een algemene regel*; (peraturan umum)
(b) *omtrent de uitoefening van een bestuursbevoegheid jegens de burger*; (berkaitan dengan pelaksanaan kewenangan pemerintahan terhadap warga negara)
(c) *vastgesteld door een bestuursinstantie die de bevoegheid daartoe niet uitdrukkelijk aan de Grondwet of formele wet ontleent, doch impliciet aan de bestuursbevoegheid zelf en;* (Dirumuskan oleh instansi pemerintah yang wewenangnya tidak secara tegas diatur dalam UUD atau UU, tetapi secara implisit wewenang pemerintahan melekat pada jabatannya)
(d) *welke in beginsel is ingevolge de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.*[212] (pada prinsipnya penjabaran dari asas-asas umum pemerintahan yang baik)

---

4) Pertimbangan berbagai kepentingan, penentuan fakta, atau penafsiran undang-undang, dan di dalamnya terdapat pilihan yang dapat diambil oleh organ pemerintah. lihat Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 146 & 150

[211] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,* hlm. 278.

[212] P. de Haan et. al., *Bestuursrecht...op,cit*, Deel 1, hlm. 220.

Berkenaan dengan hal tersebut, H.M. Laica Marzuki merumuskan adanya tiga komponen utama dari peraturan kebijakan, yakni:

(a) Komponen subjektum: peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) dibuat oleh badan atau pejabat tata usaha negara sebagai perwujudan penggunaan *freies ermessen* (*discretionary power*) dalam bentuk tertulis yang diumumkan keluar lalu mengikat para warga.
(b) Komponen materi: isi peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) memuat aturan umum (*algemene regel*) tersendiri yang melampaui cakupan kaidah (*materialsphere*) peraturan perundang-undangan yang dibuatkan peraturan operasional.
(c) Komponen kewenangan (*bevoegdheid*): badan atau pejabat tata usaha negara yang membuat peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) tidak memiliki kewenangan perundang-undangan (*geen bevoegdheid tot wetgeving*) namun-secara tidak langsung mengikat para warga sebagaimana halnya dengan kaidah-kaidah '*juridische regels*'.[213]

Secara umum, gambaran tentang ciri-ciri peraturan kebijakan disebutkan oleh Bagir Manan dan A. Hamid S. Attamimi pada Tabel 3 sebagai berikut:[214]

Bagir Manan	**Dasar Kewenangan Pembentukan**: Asas kebebasan bertindak (*beleidsvrijheid,beoordelingsvrijheid* atau *freies Ermessen*)
	Tujuan/Keperluan: menjamin ketaat-asasan tindakan administrasi negara berdasarkan peraturan perundang-undangan dan asas kebebasan bertindak yang bertalian dengan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak, antara lain; asas kesamaan, asas kepastian hukum dan asas dapat dipercaya.
	Kekuatan mengikat & kategori: tidak langsung mengikat secara hukum, tetapi mengandung relevansi hukum.
	Adressat: utamanya kepada badan atau pejabat administrasi negara, secara tidak langsung akan dapat mengenai masyarakat umum.
	Bentuknya: peraturan, keputusan, surat edaran, instruksi dan pengumuman yang tertulis
	Pengujian: tidak dapat di uji secara "*wetmatigheid*" lebih diarahkan pada "*doelmatigheid*" dengan batu uji "asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak"
S.	**Dasar Kewenangan Pembentukan**: Dalam rangka penyelenggaraan kewenangan pemerintah yang bebas (*vrij*) & bukan kewenangan perundang-undangan. Kewenangan pengaturan bersifat publik merupakan fungsi eksekutif (pemerintahan dalam arti sempit).
	Tujuan/Keperluan: memberi petunjuk umum mengenai bagaimana instansi pemerintah

[213] H.M. Laica Marzuki,"Peraturan Kebijaksanaan...*op,cit*, hlm.5

[214] Diperoleh dari Marcus Lukman, *Eksistensi Peraturan...op,cit*, Disertasi, 1996, hlm. 146-147.

	akan menyelenggarakan kewenangan pemerintahan yang bebas.
	Kekuatan mengikat & kategori: bersifat umum dan abstrak, berlaku keluar kepada masyarakat umum yang bersangkutan (*jegens de burger*).
	Adressat: Instansi Pemerintah dan warga masyarakat
	Bentuknya: tertulis mengandung materi muatan yang berhubungan dengan kewenangan membentuk keputusan-keputusan dalam arti "*beschikkingen*" kewenangan bertindak dalam bidang hukum privat, dan kewenangan membuat rencana-rencana (*planner*).
	Pengujian: bukan peraturan perundang-undangan.

(Sumber: Data diperoleh dari Marcus Lukman, hlm. 146-147)

Berkenaan dengan pendapat kedua ahli hukum Indonesia tersebut, Marcus Lukman mengatakan bahwa keduanya masih belum menyentuh soal-soal yang berkaitan dengan karekteristik *beoordelingsvrijheid* (kebebasan mempertimbangkan) dan tipe *beleidsregels* (peraturan kebijakan) sehingga keduanya sampai pada kesimpulan *beleidregels* bukan merupakan peraturan perundang-undangan, dengan mengacu pada konsep *beleidregels* tersebut yang disesuaikan dengan kondisi negara hukum indonesia yang berdasarkan pancasila dan UUD 1945, lebih lanjut, Marcus berpandangan bahwa peraturan kebijakan dalam sistem hukum nasional Indonesia secara makro memiliki ciri-ciri umum dan tipe sebagai berikut:

Tabel 4: Peraturan Kebijakan menurut pandangan Marcus Lukman[215]

No	CIRI-CIRI UMUM
1.	**Dasar kewenangan pembentukan**: a. kebebasan mempertimbangkan intra-legal yang bersumber pada peraturan perundang-undangan, dapat melahirkan: (1) peraturan kebijaksanaan intra-legal; (2) peraturan kebijaksanaan kontra-legal. kedua tipe peraturan kebijaksanaan ini memiliki derajat sebagai peraturan perundang-undangan. keabsahannya. dapat diuji berdasarkan norma-norma dan asas-asas yang berlaku bagi pengujian peraturan perundang-undangan, serta berdasarkan asas doelmatigheid dan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak.

[215] *Ibid*, hlm. 148-149

	b. kebebasan mempertimbangkan ekstra-legal, tidak diatur secara tegas oleh peraturan perundang-undangan, tetapi dimungkinkan berdasarkan; konvensi ketatanegaraan, kebiasaan administrasi, asas doelmatigheid, dan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak. dapat melahirkan; (1) peraturan kebijaksanaan ekstra-legal; dan (2) peraturan kebijaksanaan kontra-legal. kedua jenis peraturan perundang-undangan. keabsahannya hanya dapat diuji semata-mata berdasarkan; konvensi ketatanegaraan, kebiasaan administrasi, asas doelmatigheid, dan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak.
2.	**Subyek yang berwenang**: pejabat atau badan tata usaha negara di tingkat pusat dan daerah
3.	**Tujuan/keperluan**: memberikan aturan-aturan, pedoman-pedoman atau petunjuk-petunjuk secara umum maupun teknis administratif, kepada aparat pelaksana di lingkungan administrasi negara.
4.	**Kekuatan mengikat**: dapat bersifat umum abstrak, umum kongkret dan kongkret umum secara langsung maupun tidak langsung, intern maupun ekstern.
5.	**Adressat**: administrasi negara dan warga masysrakat.
6.	**Bentuknya**: peraturan, Keputusan, Surat Keputusan Bersama, Instruksi, Surat Edaran, dan Surat-Surat Resmi.

Berdasarkan pendapat para sarjana di atas, konstruksi konsep peraturan kebijakan di Indonesia, dapat disimpulkan memiliki beberapa ciri yang menjadi tolak ukur antara lain: *Pertama*, peraturan kebijakan isinya (materi) mengatur dan mengikat warga negara tetapi bentuknya tidak selalu dituangkan dalam bentuk peraturan tertentu yang bersifat resmi. *Kedua*, subyek yang berwenang membuat peraturan kebijakan ialah badan pemerintahan atau pejabat TUN atas dasar wewenang diskresi dan keberlakukannya berada pada bidang '*bestuur*' (*bestuurgebied*). *Ketiga*, Merupakan produk dari tindakan tata usaha Negara yang bertujuan berlaku keluar dalam wujud tertulis (*naar buiten gedracht schricftelijk beleid*) dan selalu dituangkan dalam bentuk tertulis. *Keempat*, hanya berfungsi sebagai bagian dari operasional penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan, mengatasi persoalan konkret yang dihadapi, karenanya tidak dapat mengubah ataupun menyimpangi peraturan perundang-undangan. *kelima*, berlandaskan diskresi atau *ermessen*: pejabat TUN

memiliki keleluasaan dalam memilih tentang kebijakan yang dibuatnya. dan hanya menyelesaikan persoalan penting dan mendesak yang muncul secara tiba-tiba, dimana aturan hukum tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan atau adanya stagnasi pemerintahan. *Keenam*, tindakan organ pemerintah harus dapat dipertanggungjawabkan baik secara hukum maupun moral. Dengan begitu dapat diuji terutama dengan asas larangan penyalahgunaan wewenang, asas larangan tindakan sewenang-wenang dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) lainnya.

a. Hakikat Peraturan Kebijakan

Telah menjadi suatu *communis opinio doctorum* (kesepahaman pendapat para ahli) bahwa dalam sebuah negara kesejahteraan, pemerintah dituntut harus responsif terhadap perkembangan-perkembangan keadaan. Untuk mengatasi keadaan yang dapat berubah sewaktu-waktu maka, organ pemerintah dilekati wewenang diskresi. Karena itulah, *sine ira et studio* (bisa dimengerti) kebutuhan akan diskresi dan peraturan kebijakan tidak dapat dielakkan. Dengan kata lain, pengunaan diskresi dan peraturan kebijakan merupakan *conditio sine quo non* dari suatu negara kesejahteraan. Begitu pentingnya wewenang diskresi dan peraturan kebijakan dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan itu sampai Bernard Schwartz mengatakan "*discretion is at heart of agency power*"[216] (diskresi adalah jantung dari kekuasaan organ pemerintah). Bahkan lebih jauh Kenneth Culp Davis menyebutkan

[216] Bernard Schwartz, *Administrative Law*, dikutip dari Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 153.

"*discretionary action is the lifeblood of the administrative process*" [217] (tindakan diskresi sebagai sumber kehidupan dari proses administratif).

H.M. Laica Marzuki mengatakan bahwa peraturan kebijakan (*beleiregel*) adalah produk pejabat TUN atas dasar penggunaan *ermessen*. Peraturan kebijakan dibentuk sehubungan dengan pengaturan operasional atau penjabaran peraturan perundang-undangan (*algemene verbindende voorscrift*).[218] Dengan begitu peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan dan kehadirannya dimaksudkan untuk mendinamisir implementasi suatu UU yang sesuai dengan sifatnya bersifat umum dan abstrak sehingga tidak mampu menjawab semua persoalan yang dihadapi organ pemerintah. Sehubungan dengan itu, Philipus M. Hadjon mengemukakan sebagai berikut:

> "...Suatu peraturan kebijakan pada hakekatnya merupakan produk dari perbuatan tata usaha negara yang bertujuan "*naar buiten gebracht scriftelijk beleid* (menampakan keluar suatu kebijakan tertulis." namun, tanpa disertai kewenangan perbuatan peraturan dari badan atau pejabat tata usaha negara yang menciptakan peraturan kebijaksanaan tersebut, yang pada kenyataannya telah merupakan bagian dari kegiatan pemerintahan (*besturen*) dewasa ini."[219]

Hal senada juga dikemukakan N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge bahwa peraturan kebijakan adalah pemberitahuan tertulis mengenai cara pemerintahan akan menggunakan wewenangnya. Lebih lengkapnya sebagai berikut:

---

[217] Kenneth Culp Davis, *Administrative...op,cit*, hlm. 88.

[218] H.M. Laica Marzuki, "Peraturan Kebijaksanaan...*op,cit*, hlm. 3. A.D Belinfante menyebutkan bahwa apabila suatu administrasi diberikan keleluasaan dalam menangani pelaksanaan oleh undang-undang (*ermessen*), maka badan tersebut akan menciptakan peraturan-peraturan dan kadang-kadang mengumumkannya, yang menggambarkan mengenai penggunakan kebebasan yang diberikan tersebut. "peraturan-peraturan tersebut bukan merupakan peraturan perundang-undangan dalam pengertian peraturan-peraturan umum yang mengikat berdasarkan pada undang-undang dasar" lihat A.D. Belinfante, *Kort Begrip...op,cit*, hlm. 82.

[219] Philipus M. Hadjon et. al., *Pengantar...op,cit*, hlm. 152.

> "Dari segi sifat materinya perundangan semu hanya bisa timbul bila wewenang-wewenang pemerintahan tidak terikat secara mutlak...satu konsekuensi penting dari hal ini ialah bahwa warga tidak dapat diikat oleh aturan-aturan kebijaksanaan. Namun, organ pelaksana memang mengikat diri sendiri...jika pemerintahan telah menyusun aturan-aturan kebijaksanaan untuk suatu bidang tertentu, namun ingin mengubah kebijaksanaannya, ia pada dasarnya hanya dapat melakukannya setelah pengumuman perubahan kebijaksanaan."[220]

Berdasarkan pandangan para sarjana hukum di atas, dapat dikemukakan beberapa hal tentang hakikat peraturan kebijakan, yaitu: *pertama*, peraturan kebijakan merupakan produk hukum yang dikeluarkan oleh pejabat TUN berdasarkan wewenang bebas (*diskresi; ermessen*) dalam lapangan pemerintahan (*bestuursgebied*) yang dituangkan dalam bentuk tertulis (*scriftelijk*) serta mengikat secara tidak langsung kepada masyarakat. *Kedua*, peraturan kebijakan dibentuk sebagai pengaturan operational dan instrumen guna mendinamisir pelaksanaan undang-undang dalam menghadapi persoalan-persoalan kompleks yang dihadapi pemerintahan. *Ketiga*, materi atau isi yang diatur dalam peraturan kebijakan bersifat umum tapi tidak dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan.

b. Fungsi Peraturan Kebijakan

Menurut Indroharto bahwa peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) tidak dapat dipandang sebagai bagian dari peraturan perundang-undangan (*algemene verbindende voorschrift*) sekalipun isi muatannya merupakan yang bersifat umum (*algemene strekking*) seperti halnya dengan peraturan perundang-undangan biasa.[221] Alasan

[220] N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum...op,cit*, hlm. 20-21.
[221] Indroharto, *Perbuatan Pemerintahan Menurut Hukum Publik Dan Hukum Perdata*, dikutip dari H.M. Laica Marzuki, "Peraturan Kebijaksanaan...*op,cit*, hlm. 6.

mengapa peraturan kebijakan merupakan instrumen penting dalam penyelenggaraan pemerintahan disebutkan oleh Ridwan berikut ini:

> "Sebenarnya penyelenggaraan urusan pemerintahan dalam suatu negara hukum itu bersendikan pada peraturan perundang-undangan sesuai dengan prinsip yang dianut dalam suatu negara hukum yaitu asas legalitas, akan tetapi karena peraturan perundang-undangan sebagai hukum tertulis itu mengandung kekurangan dan kelemahan, karena itu keberadaan peraturan kebijakan menempati posisi penting terutama dalam negara hukum modern."[222]

Hal senada juga dikemukakan H.M. Laica Marzuki bahwa peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) tidak lain dari perwujudan *freies ermessen* dalam bentuk tertulis (*scriftelijk*), maka peraturan kebijaksanaan harus diamati dari sudut pandang kebebasan pemerintah (*vrij bestuur*) negara kesejahteraan modern. Lebih lengkap sebagai berikut:

> "Fungsi peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) tetap sebagai bagian pengaturan operasional, tidak mengubah peraturan perundang-undangan menjadi kaidah substantif baru...peraturan kebijaksanaan (*beleidregel*) adalah sarana hukum (*juridische instrumentarium*) tata usaha negara yang bertujuan mendinamisir keberlakuan peraturan perundang-undangan (*algemene verbindende voorschrift*)."[223]

Sehubungan dengan pandangan tersebut, Marcus Lukman menyebutkan peraturan kebijakan berfungsi secara tepatguna dan berdayaguna, antara lain:

(1) Tepatguna dan berdayaguna sebagai sarana pengaturan yang melengkapi, menyermpurnakan, dan mengisi kekurangan-kekurangan yang ada pada peraturan perundang-undangan;
(2) Tepatguna dan berdayaguna sebagai sarana pengaturan bagi keadaan vakum peraturan perundang-undangan;
(3) Tepatguna dan berdayaguna sebagai sarana pengaturan bagi kepentingan-kepentingan yang belum terakomodasi secara patut, layak, benar, dan adil dalam peraturan perundang-undangan;

---

[222] Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 182-183.
[223] H.M. Laica Marzuki, "Peraturan Kebijaksanaan...*op,cit*, hlm. 8-9.

(4) Tepatguna dan berdayaguna sebagai sarana pengaturan untuk mengatasi kondisi peraturan perundang-undangan yang sudah ketinggalan zaman;
(5) Tepatguna dan berdayaguna bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan fungsi administrasi di bidang pemerintahan dan pembangunan yang bersifat cepat berubah atau memerlukan pembaharuan sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi."[224]

Dari pandangan para sarjana hukum tersebut, dapat dirumuskan secara garis besar fungsi peraturan kebijakan ialah sebagai sarana hukum pemerintah (*juridische instrumentarium*) dalam rangka fleksibilitas keberlakuan peraturan perundang-undangan untuk mengatasi stagnasi pemerintahan dalam menghadapi persoalan-persoalan faktual yang datang tiba-tiba.

c. Persamaan dan Perbedaan Peraturan Kebijakan dengan Peraturan Perundang-undangan

Telah disinggung di atas bahwa peraturan kebijakan bersumber dari wewenang diskresi (*ermessen*), karena itu, Peraturan Kebijakan memiliki karakter yang berbeda dengan Peraturan Perundang-undangan. A. Hamid Attamimi menyebutkan beberapa persamaan antara Peraturan Kebijakan dengan Peraturan Perundang-undangan pada tabel berikut ini:

Tabel 4: Perbedaan Peraturan Kebijakan dengan Peraturan Perundang-undangan[225]

No	Persamaan	Perbedaan
1	Mengikat secara umum '*algemeen binden*' karena masyarakat yang terkena itu tidak dapat berbuat lain kecuali mengikutinya	Peraturan perundang-undangan bersumber pada fungsi legislatif dan eksekutif negara yang memang diperlukan bagi penyelenggaraan kebijakan pemerintahan yang 'terikat' (*gebonden beleid*) sedangkan peraturan kebijakan bersumber hanya pada

[224] Marcus Lukman, *Eksistensi Peraturan...op,cit*, Disertasi, 1996, hlm. 444-445.
[225] A. Hamid S. Attamimi, "Hukum tentang...*op,cit*, hlm. 4-16.

		fungsi eksekutif negara dalam bidang penyelenggaraan kebijakan pemerintahan yang tidak terikat (*vrijbeleid*)
2	Kewenangan pengaturan bersumber dari wewenang yang bersifat umum dan publik	Meskipun bersifat publik tetapi sumber wewenang peraturan perundang-undangan berasal dari aturan tertulis di atasnya (UU atau UUD), sedangkan peraturan kebijakan bersumber pada wewenang diskresi
3	Dari bentuk dan formatnya acapkali sama lengkap dengan pembukaan berupa konsideran 'menimbang' dan dasar hukum 'mengingat', batang tubuh yang berupa pasal-pasal, bagian-bagian, bab-bab serta penutup	Namun, bentuk dan formatnya juga kerapkali berbeda, peraturan kebijakan kadang tampil dengan bentuk seperti nota dinas, surat edaran, juklak, juknis, pengumuman dan sebagainya. Bahkan juga tampil dalam petunjuk lisan (kepada bawahan) yang memang tidak mempunyai bentuk dan format
4	Kebutuhan negara hukum modern: selama masih ada campur tangan negara dalam kehidupan masyarakat maka regulasi (peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan) masih akan terus ada, terus dibentuk, terus diubah, disempurnakan, dicabut dan dibentuk lagi yang baru	-

(Sumber: Data diperoleh dari A. Hamid S. Attamimi, hlm. 4-16)

Selain perbedaan yang dikemukakan oleh A. Hamid S. Attamimi di atas, perbedaan antara peraturan kebijakan dengan peraturan perundang-undangan juga terletak pada sanksi. Menurut Ridwan bahwa sanksi dalam peraturan perundang-undangan dan pada peraturan kebejaksanaan dibedakan antara lain: sanksi pidana dan sanksi pemaksa yang jelas mengurangi dan membatasi hak-hak asasi warga negara dan penduduk hanya dapat dituangkan dalam undang-undang yang pembentukannya harus dilakukan dengan persetujuan rakyat atau dengan persetujuan wakil-wakilnya. Peraturan perundang-undangan yang lebih rendah lainnya hanya dapat mencantumkan sanksi pidana bagi pelanggaran ketentuan apabila hal itu secara tegas diatribusikan oleh undang-undang. Peraturan kebijaksanaan hanya dapat

mencantumkan sanksi administratif bagi pelanggaran ketentuan-ketentuannya.[226] Dari persamaan dan perbedaan di atas, menunjukan bahwa peraturan kebijakan walaupun memiliki kesamaan dengan peraturan kebijakan tetapi juga mempunyai perbedaan yang prinsip sehingga dalam pengujian peraturan kebijakan tidaklah dapat dipersamakan sebagaimana menguji peraturan perundang-undangan.

d. Bentuk-bentuk Peraturan Kebijakan

Dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan (*bestuurspraktijk*) di negara Belanda, menurut J.H. Van Kreveld terdapat jenis aturan hukum administrasi dengan berbagai sebutan, antara lain: *beleidslijnen* (garis-garis kebijakan), *het beleid* (kebijakan), *voorschriften* (peraturan-peraturan), *richtlijnen* (pedoman-pedoman), *regelingen* (petunjuk-petunjuk), *circulaires* (edaran-edaran), *resoluties* (resolusi-resolusi), *annschrijvingen* (instruksi-instruksi), *beleisnota's* (nota kebijakan), *reglementen (ministeriele)* (peraturan-peraturan menteri), *beschikkingen* (keputusan-keputusan), dan *bekenmakingen* (pengumuman-pengumuman).[227] N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge menyebutkan peraturan kebijakan banyak terdapat dengan berbagai nama seperti pedoman, nota, edaran, dan sebagainya.[228] Di Inggris, peraturan kebijakan yang dikeluarkan oleh departemen pemerintah, pemerintah daerah, dan badan publik lainnya dapat berbentuk "*circulars, codes of practice, official*

[226] Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit*, hlm. 87-88.
[227] J.H. Van Kreveld, *Beleidregels in het Recht*, dikutip dari Marcus Lukman, *Eksistensi Peraturan...op,cit*, Disertasi, 1996, hlm. 181.
[228] N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum...loc,cit,*.

guidelines, et cetera"[229] (surat edaran, aturan-aturan pelaksana, pedoman-pedoman resmi, dan sebagainya).

Marcus Lukman mengemukakan bahwa pembentukan peraturan kebijakan dapat dicermati dari tanda pengenal umum *beleidregels* antara lain, ialah:

1) Pembentukan *beleidregels* tidak didasarkan pada ketentuan yang tegas-tegas diperintahkan oleh undang-undang dasar atau undang-undang;
2) Pembentukan *beleidregels* dapat tertulis dan tidak tertulis yang bersumber pada kewenangan bebas bertindak instansi pemerintah, atau perundang-undangan yang bersifat umum yang memberikan ruang kebijaksanaan kepada pejabat atau badan tata usaha untuk atas inisiatif sendiri mengambil tindakan hukum publik yang bersifat mengatur maupun menetapkan,
3) Redaksi atau isi peraturan bersifat fleksibel dan umum tanpa menjelaskan kepada warga masyarakat tentang cara-cara bagaimana atau menurut prosedur apa yang seharusnya dilakukan oleh instansi pemerintah dalam melaksanakan kewenangan bebasnya terhadap warga masyarakat pada situasi yang ditentukan (dikenai) suatu peraturan.[230]

Lebih lanjut, Marcus mengatakan bahwa terlihat redaksi yuridis peraturan kebijaksanaan di negara Belanda ada yang dibentuk mengikuti format peraturan perundang-undangan biasa, dan diumumkan secara resmi dalam berita berkala pemerintah, walaupun di dalam konsiderannya tidak menunjuk kepada undang-undang yang memberikan wewenang pembentukannya kepada badan pemerintah yang bersangkutan. dapat pula ditentukan sendiri format yuridisnya oleh pejabat atau badan tata usaha negara yang memiliki ruang pertimbangan atau ruang kebijaksanaan untuk itu.[231] Berkenaan dengan hal tersebut, H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt menulis bahwa bentuk peraturan kebijakan secara garis besar antara lain:

---

[229] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 95.
[230] Marcus Lukman, *Eksistensi Peraturan...op,cit*, Disertasi, 1996, hlm. 183.
[231] *Ibid*, hlm. 184-185.

"*er komen twee hoofdvormen van pseudowetgeving voor: algemene regels voor de uitoefening van bestuursbevoegheden door de pseudowetgever zelf, en regels voor het beleid dat ondergeschikten van de pseudowetgever moeten voeren.*"[232] (Ada dua bentuk utama dari perundang-undangan semu {baca: peraturan kebijakan} yaitu: peraturan kebijakan yang dibuat dan berlaku pagi pembuat peraturan kebijakan itu sendiri, dan peraturan kebijakan yang dibuat dan berlaku bagi jabatan pemerintahan yang menjadi bawahan pembuat peraturan kebijakan).

Sedangkan, dalam praktik pemerintahan di Indonesia, disebutkan oleh Bagir Manan bahwa peraturan kebijakan dapat berupa instruksi, surat edaran, petunjuk, pengumuman, atau keputusan-keputusan yang berisi juklak dan juknis.[233] Hal senada juga dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie berikut ini:

"...Dalam praktik di Indonesia, aturan-aturan kebijaksanaan itu dapat dibuat dalam bentuk-bentuk, seperti: (i) surat edaran (*circular*), (ii) surat perintah atau instruksi, (iii) pedoman kerja atau *manual*, (iv) petunjuk pelaksana (juklak), (v) petunjuk teknis (juknis), (vi) buku panduan atau "*guide*" (*guidance*), (vii) kerangka acuan, *term of reference* (*TOR*), desain kerja atau desain proyek (*project design*)."[234]

Perumusan peraturan kebijakan yang dibuat oleh organ pemerintah yang berwenang dengan berbagai bentuk sejatinya mangandung kewajiban bagi organ atau jabatan pemerintah agar menggunakan wewenangnya dengan efektif, efisien dan tepat. Peraturan kebijakan dalam praktek menjelma dalam bermacam-macam bentuk keputusan, instruksi, pengumuman, surat edaran, bahkan sering ditemui peraturan kebijakan berbentuk peraturan. Namun, secara substantif berbagai bentuk peraturan

[232] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,* hlm. 279.

[233] Bagir Manan, "Asas, Tata Cara dan Teknik Penyusunan Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan", Ceramah di Departemen Pertambangan dan Energi RI, Jakarta, 8 April 1994. hlm. 15. Lihat juga dalam tulisan lain Bagir Manan, "Fungsi dan Materi Peraturan Perundang-undangan", Makalah ini pernah disajikan pada penataran Dosen Pendidikan dan Latihan Kemahiran Hukum BKS-PTN bidang hukum sewilayah barat Fakultas Hukum Universitas Lampung, di Bandar Lampung, tanggal 11 November 1994. hlm. 15.

[234] Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang di Indonesia*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006), hlm. 393.

kebijakan tersebut di atas dapat berisi pedoman, petunjuk pelaksanaan, petunjuk teknis, atau berupa peraturan-peraturan umum lainnya. Jadi sebenarnya tidak ada peraturan kebijakan yang berbentuk pedoman, juklak atau juknis. pedoman, juklak atau juknis berkenaan substansinya, bukan berkenaan dengan bentuknya. Bentuknya sendiri dapat berupa peraturan dan bentuk-bentuk lainnya.[235] Dengan demikian, rumusan tersebut menunjukkan bahwa karakter peraturan kebijakan dan kaitannya dengan tolak ukur pengujian tidak dapat hanya dilihat dari bentuk formilnya, namun harus dilihat dari isinya (materiil). Ada peraturan kebijakan yang berbentuk keputusan atau ketetapan, ada juga berbentuk peraturan dan tidak menutup kemungkinan dalam bentuk instruksi, surat edaran, pengumuman (maklumat) dan lain sebagainya.

3. Keabsahan Peraturan Kebijakan

Telah dikemukakan di atas, bahwa peraturan kebijakan bukanlah perundang-undangan walaupun menunjukan sifat sebagai peraturan perundang-undangan. Peraturan kebijakan dibentuk berdasarkan suatu wewenang yang lazim disebut sebagai kewenangan legislasi pemerintahan. Hampir semua UU memberikan wewenang kepada organ pemerintahan untuk membuat peraturan pelaksanaan atau peraturan hukum yang bersifat administrasi dalam rangka hubungan hukum dengan warga negara (*delegated legislation*).[236] Menurut Bagir Manan, sebagai "peraturan" yang bukan peraturan perundang-undangan, peraturan kebijakan tidak secara

[235] Disarikan dari Bagir Manan, "Peraturan..."*op,cit,* hlm. 15 & 19.
[236] Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit,* hlm. 62-63.

langsung mengikat secara umum, tetapi mengandung relevansi hukum. Lebih lanjut, dikemukakan sebagai berikut:

> "...Peraturan kebijakan pada dasarnya ditujukan kepada badan atau pejabat administrasi negara sendiri. Jadi yang pertama-tama melaksanakan ketentuan yang termuat dalam peraturan kebijakan adalah badan atau pejabat administrasi negara. Meskipun demikian, ketentuan tersebut secara tidak langsung akan dapat mengenai masyarakat umum. Suatu juklak pelaksanaan tender hanya berisi ketentuan mengenai tata cara administrasi negara menyelenggarakan tender. Tetapi ketentuan-ketentuan tersebut secara tidak langsung akan mengenai calon peserta tender."[237]

Pendapat berbeda dikemukakan oleh Marcus Lukman bahwa mengherankan bilamana *beleidregel* dipandang bukan sebagai peraturan hukum yang sah mengikat dalam lalu lintas hukum yang mengatur hubugan hukum antara penguasa (pemerintah) dengan warga masyarakat justru *beleidregel* mempunyai efek yuridis yang sama kekuatannya dengan peraturan perundang-undangan murni.[238] Kekuatan mengikat peraturan kebijakan sangat bergantung pada tipe dari peraturan kebijakan itu sendiri. Terdapat tiga tipe *beleidregel* berdasarkan tiga macam kebebasan mempertimbangkan (*beoordelingsvrijheid*) yaitu:

(a) *binnen-wettelijke beoordelingsvrijheid* (kebebasan mempetimbangkan intra-legal) yang melahirkan *binnen-wettelijke beleidregels* (peraturan kebijaksanaan intra-legal) adalah "*beoordelingsvrijheid*" (kebebasan mempetimbangkan) yang memiliki landasan UU yang jelas. pembuat UU secara cukup bijaksana memberikan kebebasan mempertimbangkan (bertindak) yang leluasa kepada badan-badan pemerintah untuk membuat aturan pelaksanaan yang bersifat teknis maupun administratif bagi kelancaran pelaksana tugasnya dan pelayanan umum kepada masyarakat. jenis aturan pelaksanaan tersebut tidak ditentukan secara tegas oleh pembentuk UU. akan tetapi mengandung prinsip adanya kewenangan mengatur dan mengambil keputusan dalam rangka pelaksanaan tugas pelayanan umum kepada masyarakat. *beoordelingsvrijheid* diberikan mengingat

[237] Bagir Manan, "Peraturan..."*op,cit*, hlm. 14-15.
[238] Marcus Lukman, "Eksistensi Peraturan..."*op,cit*, hlm. 196.

keterbatasan pembentuk UU untuk mengatur secara detail hal-hal yang bersifat teknis dan administratif, serta adanya kebutuhan-kebutuhan baru yang sewaktu-waktu dapat timbul dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan.

(b) *binnen-wettelijke beoordelingsvrijheid* (kebebasan mempertimbangkan intra-legal) yang melahirkan *buiten-wettelijke beleidregels* (peraturan kebijaksanaan ekstra-legal). Tipe ini sepenuhnya berada diluar konteks UU. alasan pembenarnya terletak pada "asas *doelmatigheid*", "kebiasaan administrasi" dan "asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak". terhadap "*buiten-wettelijke beleidregels*" yang dikeluarkan atas dasar "*buiten-wettelijke beoordelingsvrijheid*" tidak dapat diuji secara "*wetmatigheid*" melainkan pada "asas *doelmatigheid*", kebiasaan administrasi dan asas-asas umum penyelenggaran pemerintahan yang layak"

(c) *tegen-wettelijke beoordelingsvrijheid* (kebebasan mempertimbangkan kontra-legal) yang melahirkan *tegen-wettelijke beleidregels* (peraturan kebijaksanaan kontra-legal): mengandung unsur "kebebasan" pejabat administrasi negara untuk "menyimpangi" UU. kondisi ini dimungkingkan dan banyak terjadi dengan dua yakni, *pertama*, *tegen-wettelijke beoordelingsvrijheid* yang berdasar pada "*binnen-wettelijke beoordelingsvrijheid*" (kebebasan mempertimbangkan intra-legal): pemerintah berwenang untuk mengatur hal-hal yang tidak secara eksplisit diatur oleh pembentuk UU. kewenangan tersebut berfungsi untuk melengkapi kekurangan-kekurangan atau sifat kaku dari isi UU. *Kedua*, *tegen-wettelijke beoordelingsvrijheid* (kebebasan mempertimbangkan kontra-legal) yang berdasar pada "*tegen-wettelijke bestuursbevoegdheid*" (wewenang pemerintahan kontra-legal): memiliki kadar kebebasan yang sangat luas dan hanya dapat diuji berdasarkan "asas *doelmatigheid*" dan "asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak". demikian pula terhadap "*beleidregels*" yang dihasilkannya.[239]

Ketika situasi tidak lagi dalam keadaan *cateris paribus* atau peraturan perundang-undangan tidak lagi bisa menjawab persoalan yang dihadapi maka diskresi mengambil alih dan pelaksanaannya dapat melahirkan salah satu diantara kebaikan atau kelaliman, keadilan atau ketidakadilan, masuk akal {dapat diterima} atau sewenang-wenang. Hal tersebut menunjukkan bahwa diskresi adalah jantung dari kekuasaan pemerintah. Akan tetapi, menurut Bernard Schwartz bahwa "*absolute discretion is a ruthless master. It is more destructive of freedom than any of man's*

[239] *Ibid*, hlm. 190-196.

other interventions"[240] (diskresi tanpa batas merupakan sosok yang kejam. Ia lebih menghancurkan kebebasan dibandingkan intervensi seseorang atas pihak lain). Terkait hal itu, Ridwan menyebutkan sebagai berikut:

> "...Diskresi dan peraturan kebijakan yang mengarah pada penyimpangan dan kesewenang-wenangan adalah penggunaan diskresi yang tidak sah, sedangkan diskresi dan peraturan kebijakan yang mengarah pada penyelenggaraan pemerintahan yang efektif dan efisien serta tidak bertentangan dengan norma hukum merupakan penggunaan diskresi yang sah. Atas dasar itu, diperlukan norma agar penggunaan diskresi dan peraturan kebijakan itu mengarah pada penyelenggaraan pemerintahan yang efektif dan efisien."[241]

Untuk menghindari peraturan kebijakan melampaui batas-batas kebebasan bertindak dan merusak tatanan hukum yang berlaku, sangat perlu untuk menemukan asas-asas yang dapat menjadi kendali bagi peraturan kebijakan. Asas-asas tersebut antara lain asas-asas negara berdasarkan atas hukum, asas perlindungan terhadap masyarakat dan asas-asas umum penyelenggaraan administrasi yang layak. Di luar asas-asas tersebut, peraturan kebijakan tidak lagi dalam kerangka *freies ermessen*, tetapi dapat menjadi tindakan sewenang-wenang.[242]

Menurut Ridwan, dengan bersandarkan pada norma-norma penggunaan diskresi dan peraturan kebijakan dalam sistem *common law* yang menggunakan pendekatan *ultra vires* dan sistem *civil law* yang menggunakan pendekatan *rechtmatigheid* dan *doelmatigheid*, dapat disebutkan bahwa keabsahan diskresi dan peraturan kebijakan dalam sistem *common law* adalah legalitas dan rasionalitas, yang mencakup

---

[240] Bernard Schwartz, *Administrative Law*, dikutip dari Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 152.

[241] Ridwan, *Diskresi...ibid*, hlm. 153-154.

[242] Bagir Manan, "Peraturan..."*op,cit*, hlm. 20. Menurut Prajudi Atmosudirdjo, oleh karena legislasi-semu merupakan perbuatan hukum, maka legislasi-semu tidak boleh melanggar asas-asas hukum, terutama asas persamaan hukum (*gelijkheidsbeginsel*) dan asas kepastian hukum (*rechtszekerheidbeginsel*). Lihat lebih jauh dalam Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum...op,cit*, hlm. 100.

pertimbangan yang relevan, tujuan yang layak, kejujuran dan keterbukaan, serta konsistensi. Sedangkan dalam sistem *civil law*, diskresi dianggap memiliki keabsahan jika tidak bertentangan dengan hukum tertulis (*gescrheven recht*) dan hukum tidak tertulis (*ongescrheven recht*), yakni asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen behoorlijk bestuur*). Disamping itu, karena di dalam diskresi itu terkandung makna pertimbangan berbagai kepentingan terkait, pilihan, dan pencapaian tujuan, maka keabsahan diskresi dan peraturan kebijakan juga didasarkan pada prinsip rasionalitas (*redelijkheid*), efektifitas dan efesiensi (*doeltreffenheid en doelmatigheid*).[243]

4. Dasar-dasar pengujian Diskresi dan Peraturan Kebijakan

Diskresi atau peraturan kebijakan hanya dapat dianggap tidak sah, menyimpang dari batas pemberian "*ermessen*" dan merusak tatanan hukum yang berlaku apabila terlebih dahulu disandarkan pada tolak ukur tertentu atau dasar-dasar pengujiannya (*toetsingsgrond*). Telah dikemukakan bahwa penggunaan diskresi dan peraturan kebijakan umumnya dapat di ukur dengan menggunakan pendekatan *ultra vires* dalam sistem *common law* dan pendekatan *rechtmatigheid* dan *doelmatigheid* dalam sistem *civil law*. Terkait dengan tolak ukur pengujian tindakan pemerintah dengan pendekata doktrin *ultra vires*. AP Le Sueur dan JW Herberg menulis sebagai berikut:

> "*The courts' power to review publik law decisions is traditionally explained by the ultra vires doctrine. This states that a body exercising statutory powers cannot act outside the powers conferred upon it, either expressly or impliedly, by statute. If the body acts outside its powers, then it goes beyond its jurisdiction, and its*

[243] Disarikan dari Ridwan, *Diskresi...ibid*, hlm. 154-156.

decision may be reviewed for jurisdictional error."[244] (kekuasaan pengadilan untuk menguji keputusan hukum publik secara tradisonal dijelaskan oleh doktrin *ultra vires*. Doktrin ini menyatakan suatu badan yang dibentuk berdasarkan kekuasaan dari undang-undang tidak dapat bertindak diluar kekuasaan yang telah diberikan itu kepadanya. Baik secara tegas tertulis atau secara tersirat, oleh undang-undang. Bila suatu badan bertindak diluar kekuasaannya, maka ia telah melampaui yuridiksinya, dan keputusannya dapat diuji atas dasar kesalahan yurisdiksi).

Doktrin *ultra vires* sering dipersamakan dengan *excess of discretion* (diskresi yang berlebihan).[245] Roger Douglas dan Melinda Jones mengatakan "*the doctrine of ultra vires requires that administrative action not exceed the limit of the grant of power"* (doktrin *ultra vires* menghendaki tindakan administrasi itu tidak melampaui batas kekuasaan atau wewenang yang diberikan). Lebih lanjut, dikatakan sebagai berikut:

"*...Administrative officers and bodies must act in an appropriate manner in the exercise of their power, or their action could be challenged as ultra vires in the extended sense of the term. decisions must be made for proper purposes; decision-makers must take account of relevant considerations and not take into account irrelevant considerations; decisions must be reasonable, certain, and based on evidence; discretion must be exercised where it is given, not fettered by external constraints.*" [246] (pejabat dan badan administrasi harus bertindak sesuai dalam menjalankan kewenangan mereka, atau tindakan mereka dapat dinilai sebagai *ultra vires* dalam arti luas. Kebijakan harus dibuat untuk tujuan yang layak; pembuat kebijakan harus memperhitungkan 'pertimbangan yang relevan' dan tidak memperhitungkan 'pertimbangan yang tidak relevan; kebijakan harus masuk akal, pasti, dan berdasarkan bukti-bukti; diskresi harus dilaksanakan pada tempatnya diberikan, tidak terikat pada batasan eksternal)

Dalam perkembangannya, doktrin *ultra vires* dalam artian klasik tersebut, mendapat kritik dengan argumen bahwa "*the theory is artificial in its reliance on 'presumed' parliamentary intention* (teori ini adalah bukan arti yang sebenarnya

[244] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 205.
[245] Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 37.
[246] Roger Douglas dan Melinda Jones, *Administrative Law; Commentary and Materials*, Third Edition, (Sydney: The Federation Press, 1999), hlm. 51.

dalam ketergantungan pada sesuatu yang ‘dianggap’ maksud dari lembaga legislatif), *it fails to explain the power of the court to review for ‘error of law on the face of the record’* (doktrin ultra vires gagal menjelaskan kewenangan pengadilan menguji terhadap ‘kekeliruan peraturan hukum yang telah jelas terlihat’), *It fails to explain judicial review of prerogative powers* (doktrin ultra vires gagal menjelaskan pengujian oleh badan peradilan terhadap kewenangan prerogatif), *it is inconsistent with the court’ discretion to refuse to grant a remedy* (doktrin ultra vires tidak konsisten dengan keleluasaan pengadilan untuk menolak meberikan perlindungan hukum). Lalu kemudian, melahirkan teori baru dalam pendekatan *judicial review* yaitu:

> “*...the courts no longer need to resort to the fiction of ‘jurisdiction error’ to strike down a defective decision; they do not need to pretend that parliament did not ‘intend’ to allow the decision-maker to act as it did. Instead, the courts have the power to strike down errors of law* {*whether due to failure to give a fair hearing, irrationality, or whatever*}*...the court’ own self-asserted constitutional right to interfence when they detect abuse of power, judicial review has, it is said, outgrown the need to rely upon fictions like the ultra vires doctrine.*” [247] (Pengadilan tidak lagi perlu untuk menggunakan fiksi ‘kesalahan yurisdiksi’ untuk menjatuhkan keputusan yang tidak tepat; pengadilan tidak perlu berlaku seakan-akan parlemen yang tidak menginginkan untuk mengizinkan pembuat keputusan bertindak seperti itu. Sebaliknya, pengadilan memiliki kewenangan untuk menyatakan adanya kekeliruan pada peraturan hukum {apakah karena kegagalan pembuat keputusan memberikan pemeriksaan yang adil dari pihak yang terkena keputusan, tidak masuk akal, atau apapun}...pengadilan sendiri dengan wewenang konstitusionalnya untuk mengintervensi {menguji} ketika pengadilan menemukan adanya penyalahgunaan wewenang, *judicial review* memiliki, atau dapat dikatakan untuk dapat mengatasi hal tersebut pengadilan tidak cukup hanya bersandarkan pada fiksi seperti doktrin *ultra vires*)

[247] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 202-203. Lihat juga uraian berdasarkan kasus dalam Michael Allen dan Brian Thompson, *Case and Materials...op,cit*, hlm. 576-650.

Namun, bukan berarti doktrin *ultra vires* sama sekali dihilangkan (*its not dead or buried*), doktrin ini masih tetap sangat berpengaruh (*still influential*) dalam sistem hukum '*common law*'. Dari doktrin *ultra vires* dapat dijabarkan tentang tolak ukur yang mendasari pengadilan menyatakan keputusan organ pemerintah tidak sah, batal, tidak mengikat. Tolak ukur atau dasar-dasar pengujian terdiri dari tiga dasar pokok:[248]

(1) Illegality (ketidaksahan; ilegalitas)
In essence, this is the principle that 'a decision-maker must understand correctly the law that regulates his decision-making and must give effect to it'. Under this head may also be included the requirements that a decision-maker must not fetter his discretion {by deciding how exercise it in advance of the decision}, nor unlawfully delegate his discretion {by giving the power of decision to another person}. (pada pokoknya, ini adalah prinsip bahwa pembuat keputusan harus mengerti betul aturan yang mengatur pembuatan keputusannya dan harus memberikan pengaruh terhadap tersebut. dibawah tema utama ini dapat juga termasuk syarat bahwa pembuat keputusan tidak harus bergantung pada kebijaksanaannya {dengan memutuskan bagaimana menjalankan itu dalam mencapai tujuan dari keputusan} maupun pelimpahan diskesi yang tidak sah {dengan memberikan kewenangan membuat keputusan kepada pihak lain}

(2) Procedural impropriety (penyimpangan prosedur)
This cover those heads of review which specify procedural standards to which public decision-makers must adhere. These include: (ini mencakup hal utama dari penilaian yang menentukan standar prosedur yang harus dipenuhi oleh pembuat keputusan publik. Ini termasuk:)
(a) the duty to give a fair hearing to a person affected by a decision; (kewajiban untuk memberikan kesempatan mendengarkan kepada seseorang yang di akibatkan oleh suatu putusan).
(b) the duty not to be affected by bias; (kewajiban untuk tidak dipengaruhi oleh prasangka)
(c) the obligation not to disappoint a legitimate expectation. (kewajiban untuk tidak dikecewakan dari pengharapan yang sah).

(3) Irrationality (irasionalitas)
This includes what sometimes known as wednesbury unreasobleness. to a limited extent, this ground ventures into principles of 'substantive' review–ie

[248] Dalam literatur, dasar-dasar pengujian sering ditemui dengan berbagai macam istilah dan berbagai macam bentuk. Pembagian di atas, mengikuti perumusan dari Hakim Lord Diplock dalam '*GCHQ case*' (*R v Minister for the Civil Service ex p Council of Civil Service Unions 1985*).

into the merits of the decision.[249] (ini mencakup apa yang sering dipahami sebagai '*wednesbury unreasobleness*'. pada batas tertentu, dasar pengujian ini diasumsikan masuk kedalam prinsip dari pengujian 'substantif'–yaitu termasuk kepatutan dari keputusan).

Martina Künnecke mengatakan "*the first ground for judicial review is illegality...the doctrine of ultra vires permits the courts to quash decisions made by administrative bodies which they have no power to make*.[250] (dasar pertama untuk pengujian oleh pengadilan adalah ilegalitas {ketidaksahan}...doktrin *ultra vires* mempersilahkan pengadilan membatalkan keputusan yang dibuat oleh badan administrasi yang tidak berwenang untuk membuatnya). Ide dasar dibalik tolak ukur ilegalitas (*illegality*) oleh AP Le Sueur dan JW Herberg secara sederhana dicontohkan: Jika pembuat keputusan diberikan kewenangan untuk memilih antara opsi (a), (b), and (c), ia bertindak tidak sah bila ia memilih opsi (d).[251] Namun, dalam praktiknya tidak mudah menentukan ilegalitas (ketidaksahan) suatu keputusan administrasi sehingga ketika suatu keabsahan suatu keputusan atau tindakan administrasi, akan menghasilkan perbedaan-perbedaan pertimbangan yang mendasari kesimpulan pengadilan bahwa organ pemerintah telah bertindak tidak sah.

Dalam perkembangannya melalui proses peradilan di Inggris, suatu keputusan atau tindakan pemerintah dikatakan ilegal (ketidaksahan), bila dasarnya antara lain: *relevant and irrevant consideration* (pertimbangan relevan dan tidak relevan), *improper purpose* (menyimpang dari tujuan), *fettering of discretion* (ketergantungan

[249] AP Le Sueur dan JW Herberg , *ibid*, hlm. 205.
[250] Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 32.
[251] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 207.

kepada diskresi), *delegation of discretion* (pelimpahan diskresi).[252] Sedangkan *procedural impropriety* (penyimpangan prosedur) dibagi dalam tiga kategori: *fair hearing* (pemeriksaan yang wajar), *the rule againt bias* (prinsip terhadap bias), *the doctrine of legitimate expectation* (doktrin tentang harapan yang sah).[253]

Berkenaan dengan *unreasonableness*, Martina Künnecke mengatakan "*unreasonable is sometimes described as extreme behaviour, such as acting in bad faith, taking inappropriate considerations into account or strickly acting*

[252] *Relevant and irrelevant consideration: failing to take into account a relevant consideration and taking into account an irrelevant consideration, adopting an improper purpose, fettering discretion: while it is legitimate for decision-makers to adopt policies to help them take decisions, it is unlawful for anyone exercising a discretion to apply a policy rigidly, delegation of discretion: a decision-maker must exercise a discretion conferred on it unless authorised to delegate that discretion to another. It must exercise that discretion in substance as well as in form; in other words, it must not act under dictation from another body* (pertimbangan yang relevan dan pertimbangan yang tidak relevan: kegagalan memperhitungkan suatu pertimbangan yang relevan dan memperhitungkan pertimbangan yang tidak relevan, mengikuti tujuan yang tidak benar, kebijaksanaan yang mengikat: sementara itu adalah sah untuk pengambil keputusan untuk mengadopsi kebijakan untuk membantu mereka mengambil keputusan, itu bertentangan dengan hukum untuk siapapun yang menggunakan diskresi untuk menerapkan kebijakan yang rijit, pendeledasian wewenang diskresi: pembuat keputusan harus menggunakan diskresi untuk berbuat terhadap yang menjadi tugasnya kecuali kalau diizinkan untuk menyerahkan wewenang diskresi kepada yang lain. Itu harus menggunakan diskresi sebaik mungkin substansinya sebagimana bentuknya; dengan kata lain, itu tidak harus bertindak berdasar perintah (dikte) dari badan lainnya. Lihat AP Le Sueur dan JW Herberg...*ibid*, hlm. 208-221.

[253] *Fair hearing: upon what fairness requires in any given set of circumtances*, *the rule againt bias: the decision-maker in fact had an interest in the decision which he reached, either financially or otherwise 'actual bias' or even if there is no proof of actual bias, that the facts...disclose a 'real danger' of bias...means a danger which more than a minimal risk, if less than a probability, the doctrine of legitimate: if such a legitimate exists, then general principles of fairness will ordinary mean that a decision-maker cannot disappoint the expectation – at least without offering the applicant a hearing 'a procedural expectation' and sometimes {it appears} even then 'substantive protection'* (kesempatan mendengarkan para pihak: pada apa kewajaran mengharuskan pemberian bukti-bukti, prinsip terhadap bias: pembuat kebijakan sebenarnya memiliki kepentingan terhadap kebijakan yang ia buat, baik secara finansial atau paling tidak 'bias yang nyata' atau bahkan jika tidak ada bukti bias yang nyata, bahwa fakta-fakta mengungkapkan 'bahaya nyata dari bias'…bermakna bahaya yang lebih dari sekedar resiko minimal, jika kurang dari kemungkinan, doktrin legitimasi: jika adanya suatu legitimasi, maka prinsip umum tentang kewajaran biasanya akan berarti bahwa pembuat kebijakan tidak mengecewakan suatu harapan–setidaknya tanpa menawarkan pemohon forum *hearing* (kesempatan mendengarkan para pihak) '*a procedural expectation*' dan terkadang {tampaknya} bahkan sampai '*substantive protection*'. AP Le Sueur dan JW Herberg*...ibid*, hlm. 223-253.

irrationally" [254] (tidak masuk akal atau irasionalitas seringkali tampak sebagai perilaku ekstrim, seperti bertindak dengan itikad buruk, memperhitungkan pertimbangan yang tidak pantas, atau teguh bertindak tidak rasional). Dalam praktek seringkali istilah *irrationality*; *unreasonableness* digunakan silih berganti dengan istilah *wednesbury unreasobleness*,[255] Lord Diplock menyebutkan sebagai berikut:

> "*..a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.*"[256] (suatu kebijakan yang sangat tidak masuk akal bertentangan dengan logika atau standar moral yang telah diterima umum bahwa tidak ada orang berakal tidak akan berpikir tentang pertanyaan sampai pada pengambilan keputusan tersebut).

Dengan demikian, dapat disebutkan bahwa tolak ukur atau dasar pengujian tindakan pemerintah dalam *sistem common law*, mencakupi tiga batu uji utama yaitu tindakan melanggar hukum oleh pejabat (*illegality*), atau menyimpangi prosedur (*procedural impropriety*), alasan atau motif sebagai dasar pertimbangan dikeluarkannya kebijakan tidak masuk akal (*irrationality*).

Dalam sistem *civil law*, tolak ukur atau dasar pengujian tindakan pemerintah selain disandarkan pada pendekatan *rechtmatigheid* dan *doelmatigheid*. H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt menyebutkan ada empat dasar pengujian (*de vier beroepsgronden*):

(a) *strijd met algemeen verbindend voorscrhrift* {*strijd met het geschreven*} (bertentangan dengan peraturan perudang-undangan atau bertentangan dengan hukum tertulis);

---

[254] Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 93-94.

[255] *Wednesbury unreasobleness: the decision is so unreasonable that no reasonable decision-maker could ever have come to it* (suatu keputusan sangat tidak masuk akal yang tidak ada alasan layak dari pembuat keputusan dalam membuatnya). *ibid*, hlm. 281.

[256] *Ibid,.*

(b) *het administratieve orgaan bij het geven van de beschikking van zijn bevoegheid kennelijk tot een ander doel gebruik heeft gemaakt dan tot de doeleinden, waartoe die bevoegdheid gegeven is* (organ administrasi dalam merumuskan keputusan berdasarkan kewenangannya untuk tujuan lain sebagaimana maksud wewenang itu diberikan);
(c) *het administratieve orgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking heeft kunnen komen* (organ administrasi dalam merumuskan keputusan tidak mempertimbangkan kepentingan-kepentingan terkait yang terkena keputusan tersebut);
(d) *strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur*.[257] (bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik yang menjadi kesadaran hukum umum yang hidup).

Tolak ukur pertama berkenaan pertentangan dengan hukum tertulis, sedangkan tolak ukur kedua sampai empat berkenaan pertentangan dengan hukum tidak tertulis. Mengenai tolak ukur atau dasar pengujian diskresi dan peraturan kebijakan tidak dapat disandarkan pada tolak ukur hukum tertulis (*geschrevenrecht*), karena penggunaan peraturan kebijakan (*beleidregel*) esensinya merupakan pelaksanaan wewenang diskresi (*ermessen*) yang *nota bene* tidak diatur atau diatur namun tidak lengkap/tidak jelas, atau juga terdapat pilihan-pilihan dalam peraturan perundang-undangan. Terkait hal itu, Philipus M. Hadjon mengatakan bahwa perbuatan kebijakan penguasa tidak termasuk kompetensi pengadilan, kecuali kalau ada unsur '*willekeur'* dan '*detournement de puvoir*'.[258] Atas dasar itulah, tolak ukur pengujian peraturan kebijakan wajib disandarkan pada asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) sebagai *levende beginselen* (prinsip-prinsip yang hidup).

Secara yuridis, AUPB sebagian telah diatur dalam UU APEM yang tujuannya tidak lain sebagai acuan penggunaan wewenang bagi pejabat pemerintahan dalam

[257] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,* hlm. 378.
[258] Philipus M. Hadjon, *Perlindungan...op,cit,* hlm. 124.

mengeluarkan keputusan atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan.[259] Menurut S.F. Marbun, AUPB secara fungsional dapat digunakan oleh hakim peradilan administrasi untuk menguji suatu keputusan yang dikeluarkan atas dasar kewenangan bebas dan beberapa putusan hakim peradilan administrasi yang di dalam pertimbangan hukumnya mengacu kepada AUPB antara lain: asas persamaan, asas kecermatan dan bertindak hati-hati, asas kepastian hukum, asas bertindak sewenang-wenang, asas penyalahgunaan wewenang, asas kejujuran atau keterbukaan, asas kepercayaan dan pengharapan, dan lain-lain.[260] Tolak ukur penggunaan diskresi dalam UU APEM dikategorikan menjadi tiga yakni melampaui wewenang, memcampuradukkan wewenang, sewenang-wenang, lihat Tabel berikut ini:

Tabel 5. Kategori tolak ukur penggunaan diskresi menurut UU APEM.[261]

No	Melampaui Wewenang	Memcampuradukkan Wewenang	Sewenang-wenang
1.	melampaui batas waktu berlakunya wewenang yang diberikan peraturan perundang-undangan	Menggunakan diskresi tidak sesuai dengan tujuan wewenang yang diberikan.	dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang

[259] Asas-asas umum pemerintahan yang baik yang selanjutnya disingkat AUPB adalah prinsip yang digunakan sebagai acuan penggunaan wewenang bagi pejabat pemerintahan dalam mengeluarkan keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan (Pasal 1 angka 17). AUPB yang tertuang dalam UU APEM meliputi asas: a. kepastian hukum; b. kemanfaatan; c. ketidakberpihakan; d. kecermatan; e. tidak menyalahgunakan kewenangan; f. keterbukaan; g. kepentingan umum; dan h. pelayanan yang baik. Dan juga asas-asas umum lainnya di luar AUPB sebagaimana dimaksud tersebut, dapat diterapkan sepanjang dijadikan dasar penilaian hakim yang tertuang dalam putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap (Pasal 10 ayat 1 dan 2). Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif tanggal 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 3 & 7.-

[260] Putusan PTUN Medan No. 86/F/1992/PTUN-Mdn, Putusan PTUN Medan No.65/G/1992/PTUN-Mdn, Putusan PTUN Palembang No. 16/PTUN/G/PLG.1991, Putusan PTUN Jakarta No. 197/G/1992/IJJ/PTUN-Jkt dan seterusnya. Lihat dalam S.F. Marbun, *Asas-Asas Umum...op,cit,* hlm. 63-66.

[261] Lihat Pasal 30-32 Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif tanggal 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 14-15.

2.	melampaui batas wilayah berlakunya wewenang yang diberikan peraturan perundang-undangan	tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 (dengan kata lain: bertentangan dengan peraturan perundang-undangan)	-
3.	tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26,[262] Pasal 27,[263] dan Pasal 28.[264] (bertentangan dengan peraturan perundang-undangan)	Bertentangan dengan AUPB	-
	akibat hukum		
	tidak sah	dapat dibatalkan	tidak sah

Berdasarkan pembagian tolak ukur atau dasar pengujian diskresi pada tabel di atas, tampak bahwa setiap pelaksanaan wewenang diskresi termasuk didalamnya penggunaan instrumen peraturan kebijakan dikualifikasi melampaui wewenang (*beyond authority*) yang berakibat hukum tidak sah, apabila melampaui batas waktu dan/atau wilayah serta bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

[262] (1). Tidak menguraikan maksud, tujuan, substansi, dampak administrasi dan keuangan penggunaan diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran. dan tidak mendapat persetujuan dari atasan setelah lewat 5 (lima) hari sejak berkas permohonan persetujuan diterima atasan.

(2). Tidak menguraikan maksud, tujuan, substansi, dampak administrasi, serta keuangan penggunaan diskresi dalam hal perundang-undangan memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap/tidak jelas serta berakibat hukum membebani keuangan negara. Dan tidak mendapat persetujuan dari atasan setelah lewat 5 (lima) hari sejak permohonan persetujuan diterima atasan.

[263] (1). Tidak menguraikan maksud, tujuan, substansi, dampak administrasi yang berpotensi mengubah pembebanan keuangan negara penggunaan diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam dan tidak menyampaikan pemberitahuan lisan atau tertulis dalam waktu 5 hari kerja sebelum penggunaan diskresi.

(2). Tidak menguraikan maksud, tuj uan, substansi, dampak administrasi yang berpotensi mengubah pembebanan keuangan negara pengunaan diskresi karena adanya stagnasi pemerintahan dan tidak menyampaikan pemberitahuan lisan atau tertulis paling lama 5 (lima) hari kerja sebelum penggunaan diskresi.

[264] (1). Tidak menguraikan maksud, tujuan, substansi, dampak yang ditimbulkan penggunaan diskresi menimbulkan keresahan masyarakat dan tidak menyampaikan laporan tertulis kepada atasan paling lama 5 (lima) hari kerja sejak setelah penggunaan diskresi.

(2). Tidak menguraikan maksud, tujuan, substansi, dampak yang ditimbulkan pengunaan diskresi karena adanya stagnasi pemerintahan yang terjadi dalam keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam dan tidak menyampaikan laporan tertulis kepada atasan paling lama 5 (lima) hari kerja sejak setelah penggunaan diskresi.

Sedangkan, penggunaan instrumen peraturan kebijakan dikatakan memcampuradukkan wewenang yang berakibat hukum dapat dibatalkan, apabila penggunaannya tidak sesuai dengan tujuan wewenang itu yang diberikan dan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Adapun penggunaan peraturan kebijakan dapat dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang (*willekeur*) dan berakibat hukum tidak sah, apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang. Dengan demikian, rumusan tolak ukur *a quo* belum menyentuh pada ciri dan elemennya, serta masih kaburnya batas perbedaan antara tindakan melampaui wewenang dan sewenang-wenang. Karena itu, rumusan yuridis *a quo* tak bisa berdiri sendiri, perlu juga didukung oleh pendapat ahli (doktrin).

a. Melampaui Wewenang

Melampaui wewenang (*beyond authority*) sesungguhnya sudah tercakup dalam konsep *onbevoegheid* (tindakan yang melanggar wewenang; tindakan tanpa dasar wewenang), karena melampaui wewenang itu pada esensinya tidak berwenang.[265] Menurut kamus istilah hukum, *onbevoegd* berarti tidak berwenang, *onbevoegheid* atau *inhabiliteit* berarti ketidakwenangan; kekurangan relatif dari beberapa syarat, dari beberapa sifat (*kwaliteit*) sebagai kebalikan dari ketidakcakapan hukum (*onbekwaamheid*). [266] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan "*een bevoegdheidsgebrek is sprake als een orgaan de gepretendeerde bevoegdheid niet*

[265] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 174-175.
[266] N.E. Algra, et. al, *Fockema...op,cit*, hlm. 339.

heeft" [267] (suatu cacat wewenang terjadi ketika organ pemerintah melaksanakan tindakan tanpa adanya wewenang). Terkait hal itu, E. Utrecht dengan merujuk pendapat Van der Wel, menulis sebagai berikut:

> "Bilamana alat (jabatan) yang membuat suatu ketetapan dengan terang kelihatan tidak berkuasa membuatnya, maka ketetapan itu menjadi batal mutlak. Jadi ketetapan itu dianggap tidak pernah ada dan pembatalan ketetapan tersebut berlaku surut sampai waktu sebelum ketetapan itu dikeluarkan."[268]

Terdapat tiga kemungkinan tidak berwenang (*onbevoegheid*), *pertama*, tidak berwenang dari segi materi (*onbevoegheid ratione materie*) "*de zaak, waarop de betrokken beschikking betrikking heeft, moet naar haar aard tot de bevoegdheid van het beschikkende orgaan behoren*" (pokok yang menjadi ketetapan yang bersangkutan, menurut sifatnya, harus termasuk kewenangan organ pemerintah yang membuat ketetapan itu). *Kedua*, tidak berwenang dari segi wilayah (*onbevoegheid ratione loci*) atau organ pemerintah bertindak melampaui batas wilayah berlaku wewenangnya yang diberikan peraturan perundang-undangan. *ketiga*, tidak berwenang dari segi waktu (*onbevoegheid ratione temporis*), atau dengan kata lain, organ pemerintah dapat juga salah mengira mengenai batas waktu berlaku (*tijdtermijn*) suatu kompetensi yang diberikan kepadanya. [269] Dengan demikian, tampak bahwa setiap tindakan organ pemerintah itu sah atau tidak sah sangat tergantung apakah organ pemerintah melampaui wewenang atau tidak, baik dari segi materi, wilayahnya maupun dari segi waktu berlakunya.

---

[267] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,* hlm. 540.
[268] E. Utrecht, *Pengantar...op,cit*, hlm. 84.
[269] Disarikan dari E. Utrecht, *ibid*, hlm. 85-86. Lihat juga Ridwan , *Diskresi...loc,cit*. Lihat pula dalam tulisannya lain Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 384-385.

b. Penyalahgunaan Wewenang

Penyalahgunaan wewenang lahir dari suatu doktrin hukum administrasi negara yaitu *detournement de pouvoir*. Istilah ini kemudian dikenal dalam literatur hukum berbahasa Inggris sebagai *misuse of power* atau *abuse of power*. Dalam *Black's Law Dictionary, abuse of power* diartikan "*the misuse or improper exercise of one's authority; esp., the exercise of a statutorily or otherwise duly conferred authority in a way that is tortious unlawful, or outside its proper scope*"[270] (penyalahgunaan atau penyimpangan penggunaan suatu wewenang; terutama, pelaksanaan peraturan perundang-undangan atau sebaliknya patut dinilai wewenang dijalankan dengan cara melanggat hukum, atau diluar ruang lingkup yang tepat).

Menurut kamus istilah hukum, *detournement de pouvoir* berarti penyalahgunaan kekuasaan oleh alat negara atau dengan kata lain, alat negara menggunakan wewenang yang diserahkan kepadanya untuk tujuan lain daripada tujuan yang telah ditentukan.[271] Secara historis, Konsep ini muncul pertama kali di Perancis dan menjadi dasar pengujian lembaga peradilan administrasi negara terhadap suatu tindakan pemerintahan.[272] Lembaga peradilan pertama yang menggunakannya sebagai alat uji adalah *Conseil d'Etat* (Mahkamah Agung khusus peradilan administrasi negara di Perancis) pada tahun 1945 dan dianggap sebagai asas umum yang merupakan bagian dari '*de principes generaux du droit*'. kemudian diikuti oleh

[270] Bryan A. Garner, et. al, *Black's Law...op,cit,*hlm. 12.
[271] N.E. Algra, et. al, *Fockema...op,cit*, hlm. 95.
[272] Disarikan dari H. Yulius, "Menyelisik Makna Penyalahgunaan Wewenang dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan ditinjau dari optik Hermeneutika Hukum", *Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXXI No. 360*, November 2015, hlm. 7.

negara-negara lain dengan berbagai macam variasinya. Di Belanda, penyalahgunaan wewenang memegang peranan untuk mengajukan tuntutan terhadap pemerintah. Pada saat ini, *Conseil d'Etat* telah mengembangkan konsep *detournement de pouvoir* menjadi tiga kategori:

(1) Ketika tindakan pejabat pemerintahan tersebut benar-benar diambil tanpa didasari kepentingan publik (*when the administrative act is completely taken without the public interest in mind*).
(2) Ketika tindakan pejabat pemerintahan diambil atas dasar kepentingan umum, tetapi diskresi yang dilakukannya itu tidak sesuai tujuan dari peraturan dasarnya (*when the administrative act is taken in the basis of the public interest but the discretion which the administration exercise in doing so was not conferred bay law for that purpose*).
(3) Dalam kasus yang bersifat prosedural, pejabat pemerintahan bertindak menyimpang ketika menerapkan suatu norma dalam peraturan, yang prosedurnya sesuai ketentuan yang ada, tetapi tujuannya lain dari apa yang ada dalam peraturan tersebut (*in cases of detournement de procedure where the administration, concealing the real content of the act under a false appearance, follows a procedure reserved by law for other purpose*).[273]

Berkenaan dengan larangan penyalahgunaan wewenang, H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan "*een door de gegeven bevoegdheid mag uitsluitend worden gebruikt voor het doel wartoe de wetgever haar aan het bestuursorgaan heeft gegeven*" [274] (suatu pemberian wewenang harus digunakan khusus untuk tujuan sebagaimana yang diberikan oleh pembentuk undang-undang terhadap organ pemerintahan). J.M. de Meij/I.C. van der Vlies berbendapat bahwa "*een bestuursorgaan de verplichting op de bevoegdheden die de wet hem toekent in overeenstemming met het doel en de strekking van de wet te gebruiken. Zij mogen niet*

[273] *Ibid*, hlm. 8.
[274] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,* hlm. 116.

voor een ander doel worden gebruikt."[275] (suatu organ pemerintah berkewajiban menggunakan wewenangnya sesuai dengan tujuan dan maksud diberikan wewenang tersebut. Mereka tidak dapat digunakan untuk tujuan lain).

Hal senada juga dikemukakan P. De Haan dan kawan-kawan bahwa "*een bestuursbevoegdheid niet voor een ander doel mag worden gebruik dan waarvoor zij is verleend...en het verbod detournement de pouvoir is een oud en algemeen aanvard beginsel*"[276] (suatu wewenang pemerintah diberikan tidak digunakan untuk tujuan lain. dan larangan penyalahgunaan wewenang ialah suatu prinsip klasik dan universal). Asas larangan penyalahgunaan wewenang oleh F.C.M.A. Michiels disebut sebagai *verbod van misbruik van bevoegdheid* (larangan penyalahgunaan wewenang), yakni "*een orgaan zal zijn besluit messtal wel zo in de righting van hetgeen wel is toegestaan weten te motieveren (of maskeren) dat misbruik van bevoegdheid niet of moeilijk aantoonbaar is*"[277] (suatu organ pemerintah yang akan membuat keputusan yang baik berdasarkan pengaturan motivasi (atau alasan) yang tanpa menyalahgunakan wewenang atau hal itu sukar dibuktikan). Parameter untuk menguji penyalahgunaan wewenang yaitu asas spesialitas. Asas ini mengandung arti bahwa suatu wewenang diserahkan kepada organ pemerintah untuk tujuan tertentu sehingga dalam pelaksanaan wewenang organ pemerintah tidak boleh menyimpang dari

[275] J.M. de Meij/I.C. van der Vlies, *Inleideing tot het Staatsrecht en het Bestuursrecht*, Negende druk, (Kluwer: Deventer, 2004), hlm. 177.
[276] P. de Haan et. al., *Bestuursrecht....op,cit*, Deel 1, hlm. 76.
[277] F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken...op,cit*, hlm. 126.

tujuannya. Terkait asas spesialitas, L.J.A. Damen dan kawan-kawan mengemukakan sebagai berikut:

> "*...die bepaling volgt dat bevoegdheden met 'een speciaal doel' worden toegekend: zij mogen niet worden aangewend ter behartiging van het algemeen belang, maar slechts ter behartiging van het specifieke algemene belang, met het oog waarop de bevoegdheid* {*en tak*} *aan het bestuursorgaan wordt toegekend...het specialiteitsbeginsel is verankerd in rechtsstatelijke beginselen ter bescherming van de vrijheid van de individuele burger, maar in praktijk ondervindt de burger door de 'verkokering' die met het specialiteitsbeginsel verband houdt, vaak problemen die hij als een beperking van zijn vrijheid zal ervaren.* "[278] (Ketentuan bahwa setiap wewenang diberikan dengan tujuan tertentu: wewenang tidak boleh digunakan untuk membela kepentingan publik umumnya, tetapi hanya untuk melindungi kepentingan publik tertentu dengan perpektif ketika wewenang {dan tugas} organ pemerintahan diberikan...asas spesialitas bersandar pada prinsip-prinsip hukum untuk melindungi kebebasan individu warga negara, tetapi dalam praktik pengalaman warga negara 'dikategorikan' terkait dengan prinsip spesialitas. Sering masalah yang dia alami sebagai pembatasan kebebasannya).

Secara yuridis, larangan penyalahgunaan wewenang dalam UU APEM meliputi larangan melampaui wewenang, larangan mencampuradukkan wewenang, dan larangan bertindak sewenang-wenang. organ pemerintahan dikategorikan melampaui wewenang apabila tindakannya yang dilakukan melampaui masa jabatan atau batas waktu berlakunya wewenang, melampaui batas wilayah berlakunya wewenang dan/atau bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. sedangkan organ pemerintahan dikategorikan mencampuradukkan wewenang apabila tindakan yang dilakukan di luar cakupan bidang atau materi wewenang yang diberikan dan/atau bertentangan dengan tujuan wewenang yang diberikan. Kemudian, organ pemerintahan dikategorikan bertindak sewenang-wenang apabila tindakan yang

[278] L.J.A. Damen, et. al., *Bestuursrecht...op,cit,* hlm. 57-59.

ilakukan tanpa dasar kewenangan dan/atau bertentangan dengan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.[279]

Rumusan tersebut sebenarnya secara konseptual membingungkan dengan dua alasan yaitu: *pertama*, dalam teori hukum administrasi, konsep melampaui wewenang (*beyond authority*) mempunyai perbedaan dengan konsep penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) dan konsep tindakan sewenang-wenang (*willekeur*), karena itu tolak ukur untuk melakukan pengujian berbeda, melampaui wewenang di uji dengan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*), sedangkan penyalahgunaan wewenang di uji dengan asas spesialitas (*specialiteitsbeginsel*) yang sejatinya melihat pada aspek *doelmatigheid*. Sedangkan batu uji untuk mengukur tindakan sewenang-wenang tidak lain ialah asas rasionalitas sehingga muncul pertanyaan bagaimana mungkin tiga konsep dengan tolak ukur atau dasar pengujiannya berbeda sama sekali digabungkan (disatukan) dalam rumusan penyalahgunaan wewenang tersebut di atas.

Rumusan penyalahgunaan wewenang tersebut bukan hanya tidak memadai tetapi juga berpotensi menimbulkan persoalaan dalam praktek di bidang hukum administrasi kedepan. *Kedua*, konsep mencampuradukkan wewenang dirumuskan sebagai tindakan yang dilakukan di luar cakupan bidang atau materi wewenang yang diberikan dan atau bertentangan dengan tujuan wewenang yang diberikan. Padahal secara konseptual tindakan diluar cakupan bidang atau materi wewenang (*onbevoegheid ratione materie*) merupakan bagian dari konsep *onbevoegdheid* (tidak

[279] Lihat Pasal 17 dan Pasal 18 Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif tanggal 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 10-11.

berwenang) yang didalamnya melingkupi juga melampaui wewenang. Sedangkan mencampuradukkan wewenang sebenarnya tercakup dalam penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*), sebab penyalahgunaan wewenang esensinya ialah menggunakan wewenang untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang.

Atas dasar itulah maka rumusan penyalahgunaan wewenang dalam UU APEM tidak berkesesuaian dengan ketentuan pasal 53 ayat (2) huruf (b) UU PTUN yang berbunyi "badan atau pejabat tata usaha negara pada waktu mengeluarkan keputusan telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut".[280] Kemudian, pada penjelasan Pasal *a quo* dinyatakan sebagai berikut:

> "Setiap penentuan norma-norma hukum di dalam tiap peraturan itu tentu dengan tujuan dan maksud tertentu. Oleh karena itu, penerapan ketentuan tersebut harus selalu sesuai dengan tujuan dan maksud khusus diadakkannya peraturan yang bersangkutan. Dengan demikian, peraturan yang bersangkutan tidak dibenarkan untuk diterapkan guna mencapai hal-hal yang di luar maksud tersebut. Dengan begitu wewenang materiil badan atau pejabat TUN yang yang bersangkutan dalam mengeluarkan KTUN juga terbatas pada ruang lingkup maksud bidang khusus yang telah ditentukan dalam peraturan dasarnya."[281]

Namun, pada perkembangannya rumusan Pasal 53 ayat (2) huruf (b) *a quo* dirubah redaksinya sehingga berbunyi "keputusan tata usaha negara yang digugat itu

[280] Lihat Pasal 53 angka (2) huruf (b) Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Desember 1986, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1986 Nomor 77. hlm. 12.

[281] Lihat Penjelasan Pasal 53 ayat (2) huruf (b) Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3344. hlm. 16.

bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik."[282] Dan penjelasan Pasal *a quo*, tidak lagi ditemukan dalam penjelasan UU PTUN perubahan kedua (UU No. 9 Tahun 2004),[283] melainkan diklasifikasikan menjadi bagian atau salah satu dari prinsip-prinsip dalam Asas-asas umum pemerintahan yang baik. prinsip-prinsip tersebut pada hakikatnya ditujukan sebagai dasar pengujian KTUN.

Penyalahgunaan wewenang selalu berkaitan dengan entitas yang namanya 'jabatan'. Pejabat sebagai pengampu 'jabatan' mempunyai tanggung jawab hukum dalam melaksanakan wewenangnya. Sebagai pemegang otoritas, tidak jarang wewenang tersebut disalahgunakan.[284] Terkait hal itu, Ridwan mengatakan sebagai berikut:

> "Penyalahgunaan wewenang hanya mungkin dilakukan oleh mereka yang memperoleh wewenang atas dasar atribusi dan delegasi. Dalam hal mandat, pihak yang mungkin menyalahgunakan wewenang adalah *mandans* (pemberi tugas) dan bukan mandataris (pelaksana tugas). Pihak yang diberi dan yang menyalahgunakan wewenang adalah pihak yang dibebani tanggung jawab hukum."[285]

Dengan kata lain, pihak yang dapat menyalahgunakan wewenang hanyalah pihak yang memiliki wewenang yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan dan bukan sebaliknya, yakni pihak yang tidak memiliki wewenang. Logika sederhanannya ialah bagaimana mungkin pelaksana tugas (mandataris)

[282] Lihat Pasal 53 ayat (2) huruf (b) Undang-Undang No. 9 Tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif tanggal 29 Maret 2004, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 35. hlm. 19.

[283] Lihat Penjelasan Pasal 53 ayat (2) huruf (b) Undang-Undang No. 9 Tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4380. hlm. 10.

[284] H. Yulius, "Menyelisik...*op,cit*, hlm. 11. Dalam praktik, penyalahgunaan wewenang mengalami perkembangan melalui putusan-putusan pengadilan dan beberapa telah menjadi Yurisprudensi Mahkamah Agung, antara lain Putusan MA RI No. 1340 K/Pid/1992, Putusan Nomor 977K/PID/2004, Putusan Nomor 979 K/PID/2004, Putusan Nomor 742 K/PID/2007 dan lain-lain.

[285] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 181.

menyalahgunakan wewenang sedangkan wewenang itu sendiri tidak ada padanya dan membawa konsekuensi terhadap pertanggungjawabannya sehingga berlakulah prinsip tanpa wewenang tidak ada pertanggungjawaban (*zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid*) atau sebaliknya tanpa kewenangan tidak ada pertanggungjawaban (*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid*).

c. Sewenang-wenang

Konsep sewenang-wenang dalam kamus istilah hukum disebut *willekeur* yang berarti tidak mempertimbangkan kepentingan yang terpaut dalam peraturan yang wajar.[286] Dalam bahasa Inggris sewenang-wenang disebut *arbitrary* yang berarti sewenang-wenang, berubah-ubah, *arbitrary decision*: keputusan yang sewenang-wenang.[287] *Arbitrary* dalam *Black's Law Dictionary* diartikan "*depending on individual discretion; of, relating to, or involving a determination made without consideration of or regard for facts, cirtumstances, fixed rules, or procedures*"[288] (tergantung pada kebijaksanaan masing-masing; atau berkaitan dengan, atau Melibatkan penentuan dibuat tanpa pertimbangan atau memperhatikan fakta, Keadaan, aturan yang tetap, atau prosedur). Berkenaan dengan hal itu, H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan sebagai berikut:

> "*Willekeur is de gangbare aanduiding geworden voor afwezigheid van belangenafweging of voor een zo on redelijke belangenafweging dat gesproken moet worden van een volstrekt onaanvaarbaar beleid. De wettelijke omschrijving van willekeur als beroepsgrond luidt 'dat het administrative orgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking heeft kunnen*

[286] N.E. Algra, et. al., *Fockema...op,cit,* hlm. 689.
[287] John M. Echols dan Hassan Shadily, *An English-Indonesian...op,cit,* hlm. 36.
[288] Bryan A. Garner, et. al, *Black's Law...op,cit,*hlm. 125.

komen." [289] (Sewenang-wenang telah menjadi istilah umum untuk ketiadaan kepentingan atau untuk pertimbangan kepentingan yang wajar harus dibicarakan tentang suatu kebijakan yang tidak dapat diterima. tindakan sewenang-wenang dipotret dari sudut pandang hukum sebagai tolak ukur profesionalitas yang berbunyi "bahwa badan administrasi tidak cukup mempertimbangkan segala kepentingan yang terkait secara wajar dalam merumuskan suatu keputusan).

Pendapat senada dikemukakan oleh P. De Haan dan kawan-kawan bahwa "*het bestuur bij afweging van in de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot de bestreden beslissing heeft kunnen komen*" [290] (pemerintah tidak mempertimbangkan kepentingan-kepentingan yang saling bertolak belakang sebagai alasan dalam merumuskan suatu keputusan). Dengan kata lain, larangan tindakan sewenang-wenang merupakan '*werkt als noodrem*' (sebagai rem darurat untuk mengontrol tindakan pemerintah). Unsur tindakan *willekeur* secara singkat disebutkan oleh Lydia Janssen "*er is sprake van willekeur als het bestuursorgaan, alle belangen afwegend, in redelijkheid niet tot een bepaald besluit had kunnen komen*"[291] (adanya tindakan sewenang-wenang oleh organ pemerintah, karena tidak menimbang semua kepentingan dalam merumuskan suatu keputusan).

Rumusan *willekeur* yang diikuti sampai sekarang menurut Indroharto yakni tidak dilakukannya perbuatan menimbang-nimbang terhadap semua kepentingan yang terkait dengan keputusan yang dikeluarkan atau telah dilakukan perbuatan menimbang-nimbang tersebut yang sedemikian tidak masuk akal, sehingga mengakibatkan dikeluarkannya keputusan yang sama sekali tidak bisa diterima atau

[289] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,* hlm. 125.
[290] P. de Haan et. al., *Bestuursrecht....op,cit*, Deel 1, hlm. 75.
[291] Lydia Jansen, *Bestuursrecht...op,cit*, hlm. 65.

dibenarkan.[292] Menurut Ridwan konsep sewenang-wenang pada sebagian besar kasus berkenaan dengan pertimbangan akal sehat, maka unsur sewenang-wenang itu diuji dengan asas rasionalitas atau kepantasan (*redelijk*). Selanjutnya, konsep sewenang-wenang itu mencakup pula pertimbangan yang tidak relevan, *mala fide* atau tidak jujur, tanpa arah yang jelas, mengandung unsur penipuan, dan inkonsistensi, yang semuanya hanya dapat diuji dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB).[293]

Pelaksanaan wewenang diskresi oleh organ pemerintah dalam bentuk penggunaan peraturan kebijakan (*beleidregel*) harus dihormati oleh hakim atau pengadilan sebelum melakukan pengujian. Senyampang terdapat peraturan kebijakan sebagai pelaksana wewenang diskresi yang bermasalah, lalu diproses secara internal pemerintah, hakim tidak dapat langsung mencampuri. hakim atau pengadilan baru dapat mencampuri atas dasar mekanisme permohonan dalam peradilan administrasi (PTUN) apabila hasil proses internal telah selesai dan dirasa tetap berlawanan dengan hukum. Bentuk pengujian terhadap kebijaksanaan yang mandiri ini dinamakan pengujian marginal (*marginale toetsing*) terhadap kebijaksanaan penguasa. Terkait hal itu, Indroharto mengemukakan sebagai berikut:

> "...Pada pengujian secara marginal itu, penentuan apakah suatu kebijaksanaan itu tepat, adil dan sebagainya diserahkan kepada instansi yang bersangkutan. Baru kalau apa yang diputuskan itu tidak dianggap baik baik menurut hukum. Maka barulah hakim turun tangan. Dapat diumpamakan seperti orang yang sedang

[292] Indroharto, *Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, dalam Paulus Effendie Lotulung, *Himpunan Makalah Azas-azas Umum Pemerintahan Yang Baik* (*A.A.U.P.B*), Cetakan Pertama, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1994), hlm. 166.

[293] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 187-188.

memegang timbangan. Di mangkok kiri maupun kanan di situ diletakkan segala kepentingan yang pro dan kontra yang terkait dalam keputusan yang akan diambil. Kalau semua kepentingan terkait sudah ikut ditimbang dan timbangan itu menurut pendapat penguasa yang bersangkutan dinyatakan miring ke kiri atau ke kanan dan sesuai dengan itu penguasa mengambil keputusannya. Maka hakim tidak bisa berbuat apa-apa. Tetapi kalau ternyata ada satu atau dua kepentingan yang terkait tidak ikut ditimbang, maka disitu dapat dikatakan penguasa tersebut telah berbuat *willekeurig* dalam mengambil keputusan tersebut. Dalam hal ini dianggap penguasa tersebut telah tidak melakukan penimbangan terhadap semua kepentingan yang terkait yang saling bertentangan itu. Kepentingan-kepentingan yang terkait yang saling bertantangan itu. Kepentingan-kepentingan tersebut meliputi baik kepentingan pihak pemohon, pihak ketiga yang akan diuntungkan atau dirugikan, maupun kepentingan masyarakat umum sendiri atau kepentingan-kepentingan yang harus dibela oleh penguasa sendiri sebagai tugasnya."[294]

Berdasarkan pandangan para ahli tersebut, dapat dikemukakan bahwa tindakan sewenang-wenang merupakan tindakan organ pemerintah yang tidak masuk akal (irasional), tidak relevan, berubah-ubah, dan tidak mempertimbangan kepentingan-kepentingan terkait dalam mengambil suatu kebijakan yang dapat di uji melalui *marginal toetsing* (pengujian marginal) dengan parameter asas rasionalitas. Sudah barang tentu untuk menguji diskresi dan peraturan kebijakan ialah melalui lembaga peradilan.

D. Kekuasaan Kehakiman Dan Kontrol Terhadap Pemerintah

1. Bentuk-Bentuk Kontrol Terhadap Pemerintah

Perjalanan sejarah Negara Republik Indonesia telah memberikan catatan penting yang harus digaris bawahi yakni kekuasaan yang berada di tangan penguasa sebaik apapun pribadi, moral dan integritasnya, bila tidak selalu di awasi akan bermuara pada penyalahgunaan, sebab sifat kekuasaan yang selalu memiliki

[294] Indroharto, *Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, dalam Paulus Effendie Lotulung, *Himpunan...op,cit,* hlm. 167-168.

kecenderungan disalahgunakan, kekuasaan yang mutlak pasti disalahgunakan (*power tends to corrupt, but absolute power corrupts absolutely*).[295] Menurut A.D. Belinfante wewenang besar yang dijalankan oleh organ pemerintah berdasarkan perintah yang sah dimana-mana menimbulkan panggilan untuk mengadakan pengawasan terhadap administrasi dan untuk memberikan perlindungan bagi rakyat.[296]

Dalam kepustakaan bahasa Inggris pengawasan dapat diidentifikasi dengan istilah *supervise; supervision, control,* dan *checking*,[297] Menurut *Black's Law Dictionary* bahwa *supervision* adalah "*the series of acts involved in managing, directing, or overseeing persons or projects*"[298] (serangkaian tindakan-tindakan termasuk didalamnya mengelola, mengarahkan, atau mengawasi orang-orang atau pekerjaan). Di Belanda dikenal dengan istilah *toezicht* yang berarti pengawasan atas badan-badan hukum publik bawahan, bersifat preventif dengan pengesahan atas keputusan-keputusan, peraturan-peraturan *et cetera*, atau bersifat represif dengan pembatalan keputusan-keputusan karena bertentangan dengan undang-undang atau kepentingan umum.[299] Menurut Sjachran Basah bahwa perlindungan hukum yang diberikan merupakan *conditio sine qua non* dalam menegakkan hukum, dan

[295] S.F. Marbun, *Hukum Administrasi Negara II*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2013), hlm. 1.
[296] A.D. Belinfante, *Kort begrip....op,cit,* hlm. 106.
[297] John M. Echols dan Hassan Shadily, *An English-Indonesian...op,cit,* hlm. 36.
[298] Bryan A. Garner, et. al, *Black's Law...op,cit,*hlm. 1667.
[299] N.E. Algra, et. al., *Fockema...op,cit,* hlm. 572.

sebaliknya penegakan hukum merupakan *conditio sine qua non* pula untuk merealisasikan fungsi hukum itu sendiri.[300]

Kontrol atau pengawasan terhadap penguasa atau pemerintah dalam perspektif hukum tentunya berbeda dengan pengawasan dalam perspektif ilmu administrasi negara atau ilmu manajemen. Terkait hal itu, Ridwan menyebutkan sebagai berikut:

> "...Pengawasan dalam hal ini dimaksudkan sebagai proses pemantauan, pemeriksaan, dan penilaian yang dilakukan oleh badan atau lembaga yang berwenang terhadap tindakan hukum yang dilakukan oleh administrasi dengan maksud untuk mencegah terjadinya pelanggaran hukum dan/atau pelanggaran hak-hak warga.[301]

Dari perspektif hukum administrasi, penegakan hukum ditempuh melalui pengawasan dan penerapan sanksi. Sebagai bagian penegakan hukum, pengawasan adalah langkah preventif untuk memaksakan kepatuhan, sedangkan penerapan sanksi merupakan langkah represif untuk memaksakan kepatuhan warga negara terhadap norma hukum yang dibuat oleh pemerintah.[302] Berkenaan dengan hal tersebut, Muchsan menulis berikut ini:

> "...Pengawasan terhadap perbuatan pemerintah dapat dilakukan oleh aparat pemerintah atau aparat lain di luar tubuh eksekutif secara fungsional. Dapat pula dilakukan oleh kekuasaan kehakiman. Secara skematis pengawasan ini dapat dibedakan dalam dua jenis, yakni *pertama*, Pengawasan administrasi yang berbentuk pengawasan melekat dan pengawasan fungsional, *kedua*, pengawasan oleh kekuasaan kehakiman baik secara keperdataan maupun secara administratif."[303]

---

[300] Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum terhadap Sikap-Tindak Administrasi Negara*, Cetakan Kedua, (Bandung: Alumni, 1992), hlm. 12.

[301] Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit,* hlm. 126.

[302] Ridwan, *Hukum Administrasi...op,cit,* hlm. 122.

[303] Muchsan, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Cetakan Keempat, (Yogyakarta: Liberty, 2007), hlm. 39

Pengawasan dalam bentuk atau jenis yang pertama disebut juga pengawasan *intern* sedangkan pengawasan oleh kekuasaan kehakiman disebut pengawasan *ekstern*.[304] Dengan kata lain, pengawasan itu dilihat dari segi waktu dan kedudukan organ. Selain itu, dilihat segi sifatnya atau ada juga pengawasan segi hukum (*rechtmatigheid*) yang dimaksudkan untuk menilai pertimbangan yang bersifat hukumnya (*legalitas*) dan segi kemanfaatan (*doelmatigheid*) yakni untuk menilai perbuatan pemerintah dari segi kemanfaatannya.[305]

Fungsi pengawasan ialah untuk menilai apakah pelaksanaan tugas dan pekerjaan itu telah dilakukan sesuai dengan norma hukum yang berlaku, dan apakah pencapaian tujuan yang telah ditetapkan itu tercapai tanpa melanggar norma hukum yang berlaku.[306] Pengawasan dalam arti kontrol terhadap pemerintah dimaksudkan supaya pemerintah terikat pada hukum yang berlaku dan bertindak konsisten sesuai dengannya dapat terjadi baik *ex ante* (sebelum) yang fungsinya preventif maupun *ex post* (sesudah) yang fungsinya represif. [307] Tujuan dari pengawasan agar penyelenggaraan pemerintahan dilaksanakan dengan baik, bukan mencari-cari kesalahan dan untuk memberikan perlindungan bagi warga negara. Dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah, pengawasan terhadap pemerintahan daerah bertujuan supaya proses kegiatan yang ditujukan untuk menjamin agar pemerintahan daerah berjalan secara efisien dan efektif sesuai dengan rencana dan ketentuan

[304] Pengawasan *ekstern* dan *intern* dapat dilihat lebih jauh dalam Diana Halim Koentjoro, "Arti, Cara dan Fungsi Pengawasan Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Ditinjau dari Optik H.A.N", Penyunting S.F. Marbun et. al., *Dimensi-dimensi...op,cit*, hlm. 268-271.

[305] Disarikan dari Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit*, hlm. 127.

[306] *Ibid*, hlm. 126.

[307] Krisnha D. Darumurti, *Kekuasaan... op,cit*, hlm. 10

peraturan perundang-undangan.[308] Sebagaimana pernah disinggung di atas, baik secara teoritik dan praktik, bentuk pengawasan dapat dibedakan dari beberapa segi, yakni dari segi kedudukan badan atau organ, segi waktu, dan dari segi sifat pengawasan. Bentuk-bentuk pengawasan tersebut antara lain sebagai berikut:

a. Pengawasan Internal (*intern*) Dan Eksternal (*Ekstern*)

Telah dikemukakan di atas bahwa pengawasan internal merupakan pengawasan yang dilakukan oleh organ atau badan dalam ruang lingkup eksekutif. Dengan kata lain, pengawasan yang dilakukan oleh suatu badan yang secara organisatoris atau struktural merupakan bagian dari lingkungan pemerintah sendiri.[309] Terkait hal itu, Paulus Effendie Lotulung mengatakan sebagai berikut:

> "...Pengawasan/kontrol *intern* dapat digolongkan dalam jenis kontrol teknis-administratif atau juga lazim pula disebut sebagai suatu bentuk "*built-in control*", sedangkan pengawasan/kontrol *ekstern* yang tidak hanya dalam arti *judicial kontrol* (kontrol yang dilakukan oleh badan-badan peradilan) tetapi juga oleh organ atau lembaga-lembaga yang secara organisatoris/struktural berada di luar pemerintah dalam arti eksekutif, misalnya: kontrol keuangan yang dilakukan oleh Badan Pemeriksa Keuangan, kontrol sosial yang dilakukan oleh masyarakat melalui mass-media, kontrol politis yang pada umumnya dilakukan oleh lembaga perwakilan rakyat dalam bentuk "*hearing*" ataupun hak bertanya para anggotanya.[310]

Sehubungan dengan kontrol atau pengawasan terhadap tindakan diskresi Kenneth Culp Davis menyatakan sebagai berikut:

---

[308] Lihat Pasal 1 angka (4) Peraturan Pemerintah 79 Tahun 2005 Tentang Pedoman Pembinaan dan Pengawasan Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, berlaku efektif tanggal 30 Desember 2005, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 165. hlm. 2.

[309] S.F. Marbun, *Hukum Administrasi II...op,cit,* hlm. 3.

[310] Disarikan dari Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit,* hlm. xvi. Bandingkan juga dengan Parlin M. Mangunsong, "Pembatasan Kekuasaan Melalui Hukum Admnistrasi Negara", Penyunting, S.F. Marbun et. al., *Dimensi...op,cit*, hlm. 53-54.

"*One way to protect against arbitrary exercise of discretionary power is to have one officer check another. The most usual checking authority is a superior of the officer who acts initially, who in turn may be checked by his superior. But checking may also be effective when it is by a colleague on the same level, by one or more subordinates, by legislators to whom interested parties petition, by legislative committees or their staff, by an official critic known as an ombudsman, by private organizations, by the press, by an administrative applellate tribunal, or by a reviewing court."*[311] (Satu cara untuk melindungi rakyat dari kekuasaan diskresi yang sewenang-wenang adalah harus ada lembaga yang mengawasi lembaga lainnya. yang paling sering melakukan pengawasan adalah atasan pejabat pemerintahan langsung, yang pada gilirannya dapat diperiksa oleh atasannya. Tetapi pengawasan juga dapat efektif ketika dilakukan oleh badan/organ pemerintah yang selevel, dengan satu atau lebih bawahan, oleh anggota legislatif yang mendapat permohonan/permintaan baik oleh komite legislatif atau staff-nya, oleh para kritikus resmi yang dikenal sebagai ombudsman, oleh organisasi swasta, oleh pers, oleh peradilan banding administratif, atau oleh peradilan peninjau).

Pengawasan atau kontrol internal dikenal juga dengan istilah *administrative review* yang berarti pengujian yang dilakukan oleh badan atau pejabat administrasi negara. Menurut Bagir Manan kewenangan semacam ini dapat dijumpai misalnya kewenangan menteri dalam negeri atau gubernur untuk membatalkan peraturan daerah. Hal semacam ini terdapat pula pada kewenangan atasan untuk membatalkan keputusan bawahannya. Pengujian ini dapat disebut pengujian administratif (*administrative review*).[312]

Pengaturan tentang pengawasan internal di dalam hukum positif Indonesia tertuang dalam berbagai peraturan perundang-undangan sektoral, pada tesis *in casu*, dapat dikemukakan misalnya dalam UU APEM, pengawasan terhadap larangan penyalahgunaan wewenang dilakukan melalui pengawasan intern pemerintah. Hasil

[311] Kenneth Culp Davis, *Administrative...op,cit*, hlm. 107.

[312] Bagir Manan, "Pengujian Yustisial Peraturan Perundang-undangan dan Perbuatan Administrasi Negara di Indonesia", Makalah ini pernah di bawakan pada kuliah umum jurusan hukum tata negara tanggal 19 Februari 1994 di Fakultas Hukum Atmajaya Yogyakarta, hlm. 3.

pengawasan aparat pengawasan intern pemerintah dapat berupa: (1) tidak terdapat kesalahan; (1) terdapat kesalahan administratif; atau (3) terdapat kesalahan administratif yang menimbulkan kerugian keuangan negara. Jika hasil pengawasan aparat intern pemerintah berupa terdapat kesalahan administratif, dilakukan tindak lanjut dalam bentuk penyempurnaan administrasi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. apabila hasilnya berupa terdapat kesalahan administratif yang menimbulkan kerugian keuangan negara, dilakukan pengembalian kerugian keuangan negara paling lama sepuluh hari kerja terhitung sejak diputuskan dan diterbitkannya hasil pengawasan. Pengembalian kerugian negara dibebankan kepada badan pemerintahan, apabila kesalahan administratif terjadi bukan karena adanya unsur penyalahgunaan wewenang.[313] Namun, Pengembalian kerugian dibebankan kepada pejabat pemerintahan bila kesalahan administratif terjadi karena adanya unsur penyalahgunaan wewenang.[314]

Dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah, secara yuridis menegaskan bahwa pengawasan umum [315] pemerintah pusat terhadap penyelenggaraan

[313] Pasal 20 ayat (5) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif tanggal 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 11.

[314] Pasal 20 ayat (6) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif tanggal 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 11.

[315] "Yang dimaksud dengan "pengawasan umum" adalah pengawasan terhadap pembagian urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah provinsi atau kabupaten/kota, kelembagaan daerah, kepegawaian pada perangkat daerah, keuangan daerah, pembangunan daerah, pelayanan publik di daerah, kerja sama daerah, kebijakan daerah, gubenur dan DPRD provinsi, dan bentuk pembinaan lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Sedangkan, "Yang dimaksud dengan "pengawasan teknis" adalah pengawasan terhadap teknis pelaksanaan substansi urusan pemerintahan yang diserahkan kepada daerah provinsi sesuai dengan kewenangan kementerian/lembaga pemerintah nonkementerian masing masing atau yang diserahkan kepada daerah kabupaten/kota." Lihat penjelasan

pemerintahan daerah lebih lanjut pada tingkat Provinsi dilakukan oleh Menteri.[316]Pengawasan teknis dilaksanakan oleh Menteri teknis dan kepala lembaga pemerintah nonkementerian terhadap penyelenggaraan pemerintahan daerah provinsi sesuai dengan bidang tugas masing-masing dan berkoordinasi dengan Menteri.[317] Pengawasan *in casu* dilaksanakan oleh aparat pengawas internal pemerintah sesuai dengan fungsi dan kewenangannya.[318] Aparat pengawas internal pemerintah yang dimaksud adalah inspektorat jenderal kementerian, unit pengawasan lembaga pemerintah nonkementerian, inspektorat provinsi, dan inspektorat kabupaten/kota.[319]

Pasal 377 ayat (1), (2) dan Pasal 378 ayat (1), (2) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5587.

[316] Lihat Pasal 377 ayat (1) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244.

[317] Pasal 377 ayat (2) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244.

[318] Pasal 377 ayat (3) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244.

[319] Lihat Pasal 1 angka (46) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244. Lebih lanjut, pada tingkat Provinsi, jabatan gubernur yang bertindak selaku wakil pemerintah pusat melakukan pembinaan dan pengawasan terhadap penyelenggaraan pemerintahan daerah kabupaten/kota (Pasal 373 ayat 2). Dalam melaksanakan pengawasan umum dan teknis, gubernur sebagai wakil pemerintah pusat dibantu oleh perangkat gubernur sebagai wakil pemerintah pusat (Pasal 378 ayat 2). Bila gubernur belum mampu melakukan pengawasan, gubernur sebagai wakil pemerintah pusat dapat meminta bantuan untuk melaksanakan pengawasan kepada pemerintah pusat (Pasal 378 ayat 3). Sedangkan sebagai kepala daerah, Gubernur berkewajiban melaksanakan pembinaan dan pengawasan terhadap Perangkat Daerah provinsi (Pasal 379 ayat 1). Pelaksanaan tugas *a quo* Gubernur dibantu oleh inspektorat provinsi (Pasal 379 ayat 2). Jabatan gubernur sebagai wakil pemerintah pusat juga bertugas melaksanakan pengawasan terhadap penyelenggaraan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah kabupaten/kota dan tugas pembantuan oleh Daerah kabupaten/kota (Pasal 91 ayat (1), diantaranya mengoordinasikan pembinaan dan pengawasan penyelenggaraan tugas pembantuan di daerah kabupaten/kota dan melakukan pengawasan terhadap Perda kabupaten/kota (Pasal 91 ayat 2 huruf a dan e).

Kemudian pada daerah kabupaten/kota, Bupati/walikota sebagai kepala daerah, berkewajiban melaksanakan pembinaan dan pengawasan terhadap Perangkat Daerah kabupaten/kota (Pasal 380 ayat 1). Dalam menjalankan tugasnya Bupati/walikota dibantu oleh inspektorat kabupaten/kota (Pasal 380 ayat 2). Selain pejabat inspektorat juga, dalam bidang pengawasan, wakil kepala daerah, dimana pada daerah provinsi ialah Wakil gubernur. Wakil bupati/wakil walikota pada kabupaten/kota bertugas membantu kepala daerah dalam mengoordinasikan kegiatan Perangkat Daerah dan menindaklanjuti

Dalam bidang pengelolaan keuangan daerah, pengawasan dilakukan oleh kepala daerah bertindak selaku kepala daerah. Kepala daerah adalah pemegang kekuasaan pengelolaan keuangan daerah dan mewakili pemerintah daerah dalam kepemilikan kekayaan daerah yang dipisahkan.[320] Dalam melaksanakan kekuasaan itu, kepala daerah melimpahkan sebagian atau seluruh kekuasaannya yang berupa perencanaan, pelaksanaan, penatausahaan, pelaporan dan pertanggungjawaban, serta pengawasan keuangan daerah kepada pejabat perangkat daerah.[321] Dengan kata lain, perangkat daerah juga melaksanakan pengelolaan keuangan didalamnya termasuk juga pengawasan. Pengawasan pemerintahan berkaitan erat dengan manajemen pelayanan publik. *á fortiori,* Pemerintah daerah wajib membangun manajemen pelayanan publik dengan mengacu pada asas-asas pelayanan publik.[322] Manajemen pelayanan publik yang baik diantaranya meliputi juga pengawasan internal. [323] Pengawasan internal (*intern*) dimaksudkan juga agar dalam penyelenggaraan kekuasaan terhindar dari segala bentuk penyalahgunaan wewenang.

---

laporan dan/atau temuan hasil pengawasan aparat pengawasan (Pasal 66 ayat 1 huruf a angka 2). Disamping itu, pengawasan juga dilaksanakan pada pembentukan dan pemekaran daerah baru. Pasal 42 ayat (1) UU PEMDA menegaskan bahwa Pemerintah Pusat melakukan pembinaan, pengawasan, dan evaluasi terhadap Daerah Persiapan selama masa Daerah Persiapan (Pasal 42 ayat 1).

[320] Lihat Pasal 248 ayat (1) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244.

[321] Pasal 248 ayat (2) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244.

[322] Lihat Pasal 345 ayat (1) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244.

[323] Pasal 345 ayat (2) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244.

Pengawasan eksternal (*ekstern*) dalam hukum positif Indonesia misalnya, antara lain, pengawasan oleh lembaga Ombudsman yang diatur tersendiri oleh UU No. 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman RI, atau PPATK, BPK, DPR, DPD dan DPRD dengan UU MD3, BPKP, *et cetera*. Selain itu, Nampak jelas bahwa pada pembentukan daerah otonomi baru, selain pemerintah pusat (eksekutif), lembaga DPR dan DPD juga melakukan pengawasan terhadap daerah persiapan.[324] Bahkan, pemerintah pusat (eksekutif) wajib menyampaikan perkembangan pembinaan, pengawasan, dan evaluasi terhadap daerah persiapan kepada DPR dan DPD.[325]

Dalam hal penyelenggaraan pemerintahan di daerah provinsi dan kabupaten atau kota misalnya, DPRD selain menjalankan fungsi legislasi dan anggaran, juga menjalankan fungsi pengawasan terhadap pelaksanaan peraturan daerah, peraturan gubernur, peraturan bupati dan peraturan walikota, serta pelaksanaan peraturan perundang-undangan lain yang terkait dengan penyelenggaraan pemerintahan daerah termasuk juga pelaksana APBD. Dengan demikian, sistem pengawasan baik itu internal (*intern*) atau eksternal (*ekstern*) dalam penyelenggaraan pemerintahan di pusat maupun di daerah pada dasarnya bertujuan memberikan perlindungan hukum baik bagi warga masyarakat maupun bagi badan atau organ pemerintahan itu sendiri.

[324] Lihat Pasal 42 ayat (2) dan (3) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244, hlm. 31.

[325] Pasal 42 ayat (4) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244, hlm. 31. Lihat juga Pasal 52 ayat (4) Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244, hlm. 36.

b. Pengawasan Preventif (*á priori*) Dan Represif (*á posteriori*)

Bentuk pengawasan pemerintahan bila ditinjau dari segi waktu dibagi menjadi dua yaitu pengawasan preventif (*á priori*) dan pengawasan represif (*á posteriori*). Menurut S.F. Marbun, pengawasan yang bersifat preventif (*á priori*) adalah pengawasan yang sebelum dilaksanakannya suatu tindakan dengan maksud agar tidak terjadi kekeliruan, sedangkan pengawasan bersifat represif (*á posteriori*) adalah pengawasan yang dilakukan setelah dikeluarkannya suatu keputusan atau suatu tindakan atau perbuatan pemerintah.[326] Dengan kata lain, pengawasan terhadap pemerintah dapat dilakukan sebelum dikeluarkannya atau sesudah dikeluarkannya suatu produk hukum pemerintah.

Pengawasan preventif (*preventief teozicht*) dikemukakan oleh Ridwan dapat berbentuk pengesahan atau persetujuan (*goedkeuring of toestemming*), keterbukaan pemerintah, dan peran serta warga negara.[327] Pengesahan atau persetujuan dilakukan oleh organ pemerintahah yang lebih tinggi terhadap suatu keputusan atau peraturan organ pemerintah yang lebih rendah. Hal tersebut dapat juga disebut hak placet (*recht van placet*) yakni hak yang diberikan kepada organ pemerintahan yang lebih tinggi untuk membatalkan atau mengukuhkan suatu keputusan atau peraturan pejabat pemerintah yang lebih rendah sebelum keputusan atau peraturan itu diberlakukan. Lazimnya dijalankan pada negara yang menganut sistem desentralisasi. Terkait hal itu, P. De Haan dan kawan-kawan mengatakan sebagai berikut:

---

[326] S.F. Marbun, *Hukum Administrasi II...op,cit,* hlm. 4.

[327] Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit,* hlm. 128-141. Lihat pula Ridwan, *Hukum...op,cit,* hlm. 135-137. Lihat juga penjelasan serupa dalam tulisan lain Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 276-291.

"*...geodkeuring wordt dan meestal niet als een daad van medewetgeving, doch enkel als een recht van placet (fiat) gezien. bevendien is vernietiging van alle verordenigen krachtens de genoemde wetten mogelijk wegens strijd met een hogere regeling of algemeen belang*." [328] (Persetujuan adalah biasanya tidak termasuk sebagai sebuah tindakan pembuat perundang-undangan, tetapi hanya sebagai tindakan menegakan 'hak placet'. Selain itu adalah pembatalan berlakunya segala bentuk peraturan perundang-undangan tersebut yang bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi atau kepentingan umum)

Pemberian kewenangan legislasi kepada pemerintah selalu dibarengi dengan mekanisme pengesahan atau persetujuan (*goedkeuring of toestemming*), penundaan (*schorsing*), dan pembatalan (*vernietiging*). Pembatalan dilakukan baik oleh dan atau melalui organ pemerintahan yang lebih tinggi yang diberi wewenang mengesahkan, menunda, dan membatalkan maupun oleh Mahkamah Agung melalui *judicial review*. [329] Mengenai pengesahan atau persetujuan, disebutkan oleh Bagir Manan bahwa pengesahan atau persetujuan diperlukan karena:

a) Pengesahan merupakan perwujudan pengawasan (*toezich*). Pengawasan itu sendiri merupakan salah satu sendi sistem penyelenggaraan pemerintahan berotonomi. Tiada sistem penyelenggaraan pemerintahan berotonomi tanpa pengawasan;
b) Pengesahan merupakan perwujudan hak placet yaitu hak yang ada pada satuan atau pejabat yang lebih tinggi tingkatannya untuk mencegah atau mengukuhkan agar suatu keputusan satuan yang lebih rendah tingkatannya mempunyai kekuatan mengikat;
c) Pengesahan dapat juga dipandang sebagai tindak lanjut dalam pembuatan peraturan daerah atau keputusan lain yan memerluka pengesahan;
d) Pengesahan merupakan cara melakukan pemeriksaan (*checking*), dalam rangka mempertahankan peraturan prundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya, kepentingan pemerintahan daerah lain yang mungkin terkena (baik langsung maupun tidak langsung) dan lain sebagainya.[330]

---

[328] P. de Haan et. al., *Bestuursrecht...op,cit*, Deel 1, hlm. 213
[329] Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit*, hlm. 130.
[330] Bagir Manan, *Suatu Teknik Pembuatan Peraturan Perundang-undangan Tingkat Daerah*, dikutip dari Ridwan, *Hukum... op,cit*, hlm. 136-137.

Bentuk pengawasan preventif yang kedua yaitu keterbukaan pemerintah yang sangat berkaitan erat dengan asas demokrasi. Dengan kata lain, adanya jalinan fungsional antara kedaulatan hukum dan kedaulatan rakyat. [331] Keterbukaan pemerintah tercermin dari setiap keputusan atau peraturan wajib mengandung aspirasi dan kepentingan rakyat. Pemerintah dituntut untuk membicarakan urusan publik bersama rakyat (*zegen met burger*), bukan memberikan instruksi terhadap rakyat (*instrueren tegen burger*). Dalam negara hukum demokrasi, keterbukaan itu merupakan jaminan (*waarborg*) yang seharusnya ada atau sebagai *conditio sine qua non*, bukan sesuatu yang muncul secara kebetulan (*toevallig*).[332] Dengan kata lain, rakyat sebagai pemegang kedaulatan wajib dilibatkan dalam proses penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan. Secara historis prinsip keterbukaan tersebut berkembang dari prinisip *fair play* yakni prinsip dimana pejabat administrasi negara memberikan kesempatan yang seluas-luasnya kepada warga masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar dan adil, bahkan sekaligus berkesempatan memberikan respon atas suatu informasi yang kurang jelas atau tidak benar, sehingga dapat memberi kesempatan yang luas untuk menuntut kebenaran dan keadilan.[333] Dalam penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf (h) UU APEM dirumuskan sebagai berikut:

> "Yang dimaksud dengan "asas keterbukaan" adalah asas yang melayani masyarakat untuk mendapatkan akses dan memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak

[331] Budi Ispriyarso, "Hubungan Fungsional Antara Kedaulatan Rakyat dan Kedaulatan Hukum Terhadap Perkembangan Hukum Administrasi Negara", Penyunting S.F. Marbun et. al., *Dimensi-dimensi...op,cit*, hlm. 33

[332] Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit*, hlm. 133.

[333] S.F. Marbun, *Peradilan...op,cit*, hlm. 403.

diskriminatif dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara."[334]

Menurut P. De Haan dan kawan-kawan bahwa keterbukaan di satu sisi meletakan kewajiban bagi pemerintah untuk memberikan informasi, dan disi lain memberikan hak bagi warga negara untuk memperoleh informasi. Keterbukaan untuk memperoleh informasi ini meliputi keterbukaan sidang atau pertemuan (*openbaarheid van vergadering*), keterbukaan prosedural (*openbaarheid van procedures*), dan keterbukaan mengakses dokumen (*openbaarheid van register*).[335]

Bentuk pengawasan preventif yang ketiga ialah peran serta warga negara (*inspraak*) yang merupakan kelanjutan dari keterbukaan pemerintah. Terkait hal itu, Ridwan menyebutkan sebagai berikut:

"Dalam hal keterbukaan, hanyalah memberikan kemungkinan kepada warga negara untuk mengetahui secara bersama-sama dan ikut terlibat memikirkan tentang kebijakan dan tindakan-tindakan pemerintahan, sementara pada *inspraak* itu dimaksudkan agar warga negara terlibat secara sungguh-sungguh

---

[334] Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf (h) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601, hlm. 40.

[335] P. De Haan et. al., *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat*, Deel 2, dikutip dari Ridwan, *Tiga Dimensi....op,cit*, hlm. 134-135. Lihat juga Tujuan keterbukaan informasi publik dari penyelenggaraan negara dalam Pasal 3 UU No. 14 Tahun 2008 tentang keterbukaan informasi publik (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 61), antara lain, yaitu:

a) Menjamin hak warga negara untuk mengetahui rencana pembuatan kebijakan publik, program kebijakan publik, dan proses pengambilan keputusan publik, serta alasan pengambilan suatu keputusan publik;
b) Mendorong partisipasi masyarakat dalam proses pengambilan kebijakan publik;
c) Meningkat peran aktif masyarakat dalam pengambilan kebijakan publik dan pengelolaan badan publik yang baik;
d) Mewujudkan penyelenggaraan negara yang baik, yaitu yang transpara, efektif dan efisien, akuntabel serta dapat dipertanggungjawabkan;
e) Mengetahui alasan kebijakan publiik yang mempengruhi hajat hidup orang banyak;
f) Mengembangkan ilmu pengetahuan dan mencerdaskan kehidupan bangsa; dan/atau
g) Meningkatkan pengelolaan dan pelayanan informasi di lingkungan badan publik untuk menghasilkan layanan informasi yang berkualitas.

mempengaruhi (turut memikirkan dan membicarakan) terhadap kebijakan dan tindakan-tindakan yang akan diambil oleh pemerintah."[336]

Keterbukaan dan peran serta memiliki peranan penting dalam sebuah negara hukum demokrasi. Keterbukaan dan peran serta juga dapat juga dikatakan sebagai sarana perlindungan masyarakat dalam arti preventif. Mekanisme keterbukaan penyelenggaraan pemerintahan tidak bisa dilepaskan dari mekanisme peran serta warga negara (*inspraak*). Sebaliknya mekanisme *inspraak* juga menyaratkan adanya keterbukaan pemerintah, keduanya merupakan variabel yang saling mendukung satu sama lain.

Sedangkan pengawasan represif adalah pengawasan yang dilakukan sesudah dikeluarkannya keputusan/ketetapan pemerintah, sehingga bersifat korektif dan memulihkan suatu tindakan yang keliru. Disebut juga sebagai pengawasan *a posteriori.* [337] Menurut R.J.H.M. Huisman bahwa pengawasan represif dilakukan setelah suatu keputusan atau peraturan perundang-undangan diberlakukan. [338] Pengawasan *a quo* bertujuan untuk memberikan koreksi terhadap suatu tindakan yang keliru dan sekaligus memulihkannya, misalnya koreksi oleh badan peradilan (*judicial control*) terhadap perbuatan pemerintah yang keliru. [339] Pengawasan represif juga merupakan kebalikan dari pengawasan preventif, bila pengawasan preventif sifatnya mencegah terjadinya sengketa, sedangkan pengawasan represif sifatnya

[336] Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit,* hlm. 139.

[337] Diana Halim Koentjoro, "Arti, Cara dan Fungsi Pengawasan Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Ditinjau dari Optik H.A.N", Penyunting S.F. Marbun et. al., *Dimensi...op,cit,* hlm. 172.

[338] R.J.H.M. Huisman, *Algemeen Bestuursrecht*, dikutip dari Ridwan, *Hukum...op,cit,* hlm. 137

[339] S.F. Marbun, *Hukum Administrasi II...op,cit,* hlm. 4. Bandingkan dengan Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit,* hlm. xvii.

menyelesaikan sengketa karena koreksi terhadap tindakan pemerintah yang keliru. Dengan kata lain, perlindungan hukum selalu dilaksanakan setelah timbulnya akibat hukum dari tindakan pemerintahan yang merugikan dan membatasi atau juga melanggar hak asasi manusia.

Menurut Ridwan bahwa dalam melaksanakan tindakan hukum di bidang publik pemerintah akan membuat dan menggunakan instrumen hukum yang berupa peraturan perundang-undangan (*regeling*), peraturan kebijakan (*beleidsregel*), dan keputusan-keputusan (*beschikkingen*) dengan akibat hukum yang berbeda-beda. Berkenaan dengan itu, lebih lanjut Ridwan menjelaskan sebagai berikut:

> "Perbuatan pemerintah di bidang *regeling* itu bersifat kolektif atau tertuju pada hak-hak kolektif, sedangkan perbuatan pemerintah di bidang *beschiking* itu bersifat individual atau tertuju pada hak-hak individu tertentu. Adapun perbuatan pemerintah dengan instrumen peraturan kebijakan, akibat hukum atau kekuatan mengikatnya ada yang mengenai warga negara (*ekstern*) dan ada pula hanya berlaku dalam lingkungan administrasi (*intern*), tergantung jenis dari peraturan kebijakan yang bersangkutan...Dengan adanya perbuatan pemerintah beserta instrumen hukum yang digunakan berbeda-beda seperti itu, maka sarana perlindungan hukum dan alat uji (*toetsingcriterium*) serta dasar pengujiannya (*toetsingsgrond*) pun berbeda-beda."[340]

Tindakan pemerintah dalam bentuk peraturan perundang-undangan (*regeling*), mengikat setiap orang (*addresat*-nya umum), sedangkan tindakan dalam bentuk keputusan atau ketetapan (*beschikking*) mengikat kepada hanya individu dan menimbulkan kerugian juga kepada individu yang dituju. Bila tindakan hukum pemerintah dituangkan dalam bentuk peraturan kebijakan (*beleidregel*) *addresat*-nya bisa berlaku kepada warga negara dan bisa juga hanya berlaku kepada internal

[340] Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit,* hlm. 142.

administrasi. Oleh karena itu, sarana dan dasar pengujiannya (*toetsingsgrond*) juga berbeda.

Secara teoritik dan praktik, sarana pengawasan atau kontrol terhadap tindakan pemerintah berbentuk peraturan perundang-undangan (*regeling*) dapat ditempuh melalui sarana *judicial review* oleh Mahkamah Agung. Selain itu juga, pengawasan represif terhadap peraturan perundang-undangan daerah dapat dilakukan oleh organ pemerintah melalui penundaan dan pembatalan.[341] Dasar pengujiannya dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan kepentingan umum. Kemudian, pengujian tindakan pemerintah berupa keputusan/ketetapan (*beschikking*) dapat ditempuh melalui dua sarana yaitu upaya administratif (*administratief beroep*) dan peradilan tata usaha negara/administrasi (*administratieve rechtspraak*). Sedangkan tindakan hukum pemerintah dituangkan dalam bentuk peraturan kebijakan (*beleidregel*) batu ujinya secara *rechtsmatigheid* (baik secara *wetmatigheid* atau *doelmatigheid*), tetapi sarana atau wadah pengujiannya sampai sekarang masih menimbulkan persoalan. Meskipun begitu, bukan berarti tidak dapat diuji karena pada prinsipnya dalam suatu negara hukum, setiap pemberian kewenangan selalu dilengkapi dengan sistem kontrol dan dapat diuji. Dengan kata lain, setiap kesalahan atau kekeliruan yang menimbulkan kerugian bagi warga, upaya hukumnya selalu bermuara ke pengadilan. Terkait hal itu, Sjachran Basah menyebutkan sebagai berikut:

[341] Lihat lebih jauh "penundaan dan pembatalan" dalam Ridwan, *Hukum....op,cit*, hlm. 38-42.

> "Pengawasan represif terhadap sikap atau tindakan pemerintah sejatinya merupakan upaya perlindungan hukum baik terhadap warga negara maupun terhadap administrasi negara. Perlindungan terhadap warga diberikan bilamana sikap-tindak administrasi negara itu menimbulkan kerugian terhadapnya. Sedangkan perlindungan administrasi negara itu sendiri, dilakukan terhadap sikap-tindaknya dengan baik dan benar menurut hukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Dengan perkataan lain, melindungi administrasi negara dari perbuatan yang salah menurut hukum."[342]

Di dalam negara kesejahteraan (*welfare state*), kondisi seperti itu juga dapat diartikan sebagai upaya (cara) untuk lebih menyelaraskan sikap-tindak administrasi negara dengan pencapaian tujuan (kesejahteraan umum) serta dengan nilai-nilai kemanusiaan dari anggota masyarakat.[343]

c. Pengawasan Dari Segi Hukum

Telah disebutkan di atas, bila ditinjau dari segi sifat kontrol terhadap obyek yang diawasi, dikenal pula pengawasan atau kontrol dari segi hukum. Dengan kata lain, pengawasan dimaksudkan untuk mengawasi sikap-tindak pemerintah dari sisi hukum. Pengawasan dari segi hukum merupakan penilaian tentang sah atau tidaknya suatu perbuatan pemerintah yang menimbulkan akibat hukum. Pengawasan terhadap perbuatan pemerintah merupakan pengawasan dari segi *rechtmatigheid*, jadi bukan hanya dari segi *wetmatigheid*-nya saja.[344] Lebih lanjut, Diana Halim Koentjoro dengan merujuk pendapat Indroharto menulis sebagai berikut:

> "Hakim hanya berwenang menilai segi hukumnya dari kepentingan-kepentingan yang saling berbenturan. Dengan kata lain, hakim mengadakan pengawasan/*control* terbatas terhadap perbuatan pemerintah mengenai aspek-

[342] Sjachran Basah, *Perlindungan...op,cit*, hlm. 7-8.

[343] Parlin M. Mangunsong, "Pembatasan Kekuasaan Melalui Hukum Admnistrasi Negara", Penyunting S.F. Marbun et. al., *Dimensi...op,cit*, hlm. 55.

[344] Diana Halim Koentjoro, "Arti, Cara dan Fungsi Pengawasan Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Ditinjau dari Optik H.A.N", Penyunting S.F. Marbun et. al., *Dimensi...op,cit*, hlm. 173.

aspek hukumnya. Artinya mengadakan pengawasan apakah pada penentuan tentang kepentingan umum oleh pemerintah itu tidak mengurangi hak-hak individu yang adil secara seimbang."[345]

Hal senada juga dikemukakan oleh S. F. Marbun sebagai berikut:

"Pengawasan bersifat *rechtmatigheid* atau segi legalitas adalah pengawasan yang dilakukan dengan cara menilai atau menguji segi hukum (*rechtmatigheidtoetsing*) suatu perbuatan pemerintah, apakah perbuatan itu benar atau sah menurut hukum ataukah tidak. Pengujian demikian ini dilakukan oleh hakim melalui pengadilan. Tugas ini dilakukan pengadilan sebagai lembaga kontrol terhadap tindakan pemerintah dalam rangka memberikan perlindungan hukum (*law protection*) terhadap rakyat."[346]

Berbeda dengan pendapat di atas, Paulus Effendie Lotulung membedakan antara kontrol dari segi hukum (*rechtsmatigheid*) dan kontrol dari segi kemanfaatan atau tujuan (*doelmatigheid*) berikut ini:

"Kontrol yang dilakukan oleh badan peradilan (*judicial control*) pada prinsipnya hanya menitikberatkan pada segi legalitas, yaitu kontrol segi hukum, sedangkan suatu kontrol teknis administratif *intern* dalam lingkungan pemerintah sendiri (*built-in-contol*) bersifat selain penilaian legalitas (*rechtmatigheidtoetsing*) juga dan bahkan lebih menitikberatkan pada segi penilaian kemanfaatan (*doelmatigheidtoetsing*) dari tindakan yang bersangkutan. Dengan demikian, suatu kontrol yang dilakukan oleh badan peradilan itu dalam hukum administrasi mempunyai ciri-ciri: *pertama*, *ekstern* karena dilakukan oleh suatu badan atau lembaga diluar pemerintahan. *kedua*, a *posteriori*, karena selalu dilakukan sesudah terjadi perbuatan yang dikontrol. *ketiga*, legalitas karena hanya menilai dari segi hukum saja."[347]

Dalam hal pengawasan atau kontrol terhadap kewenangan diskresi Philipus M. Hadjon mengemukakan sebagai berikut:

"Kekuasaan bebas (*discretionary power, discretinaire bevoegheid*) yang semula seakan-akan tidak terjamah oleh '*rechtmatigheidstoetsing'* sudah lama ditinggalkan. Kriteria umum (*juridische criteria*) yang digunakan untuk menilai

[345] *Ibid*, hlm. 173-174.
[346] S.F. Marbun, *Hukum Administrasi II...op,cit,* hlm. 5.
[347] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa....op,cit,* hlm. xvii-xviii.

> segi *rechtmatigheid* kekuasaan bebas itu di Belanda disebut '*algemene beginselen van behoorlijk bestuur'*, di Prancis disebut '*principes generaux du droit publique'*, di Belgia disebut '*algemene rechtbeginselen'* dan di Jerman termasuk lingkungan '*verfassungspinzipien'*. Di Belanda usaha untuk menempatkan kekuasaan bebas di bawah '*rechtmatigheidcontrole*' mula-mula dirintis oleh komisi De Monchy (1950) dan disusul komisi van der Grinten. Kedua komisi tersebut mengetengahkan '*behoorlijkheid'* sebagai sarana untuk menguji segi '*rechtmatigheid'* penggunaan kekuasaan bebas."[348]

Kebebasan bertindak pemerintah (*ermessen; pouvoir discretionaire*) bila tidak ditontrol akan tergelincir kearah perbuatan menyalahgunakan kewenangan (*willekeur; a bus de droit*), melampaui wewenang (*ultravires*), perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige overheidsdaad*), yang bermuara pada pelanggaran hak-hak asasi manusia. Oleh karena itu, diperlukan suatu sistem pengawasan dalam penyelenggaraan pemerintahan guna memberikan perlindungan hukum baik bagi warga masyarakat maupun bagi badan atau pejabat tata usaha itu sendiri.[349]

Pengawasan atau kontrol terhadap pelaksanaan wewenang diskresi atau penggunaan peraturan kebijakan (*beleidregel*) dapat dirumuskan memiliki ciri-ciri umum; *pertama*, kontrol *intern* dan *ekstern*, artinya dapat dilakukan oleh lembaga atau badan yang secara organisatoris termasuk lingkungan pemerintah sendiri dan badan yang secara organisatoris diluar lingkungan pemerintah yakni badan peradilan; *kedua*, *a-posteriori* atau *represif* karena dilakukan setelah peraturan kebijakan (*beleidregel*) dikeluarkannya pemerintah, sebab mustahil untuk mengontrol peraturan kebijakan dalam arti *a priori* atau *preventif,* karena peraturan kebijakan di buat ketika

[348] Philipus M. Hadjon, "Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (*Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur*)", dalam Paulus Effendie Lotulung, *Himpunan...op,cit,* hlm. 105.
[349] S.F. Marbun, *Hukum Administrasi II...op,cit,* hlm. 1-2.

pemerintah menghadapi situasi kongkrit yang *emergency* dan aturan hukumnya belum ada, samar-samar, atau memberikan pilihan. Dengan kata lain, tidak diantisipasi sebelumnya; *ketiga, rechtmatigheid* dan *doelmatigheid* yang mengandung arti penilaian dilakukan dari segi pertimbangan hukum dan kemanfaatannya. Prasyarat untuk menjalankan kontrol segi hukum seperti itu ialah adanya kekuasaan kehakiman (lembaga yudikatif) yang benar-benar mandiri dan terpisah dari kekuasaan pemerintah.[350]

2. Kekuasaan Kehakiman di Indonesia

Salah satu prinsip pokok negara hukum adalah adanya jaminan penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka, bebas dari pengaruh kekuasaan lainnya untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Selain itu juga, kekuasaan kehakiman yang merdeka adalah juga syarat yang tak terpisahkan (*indispensible*) bagi negara Indonesia sebagai sebuah negara dengan sistem konstitusional dan berkedaulatan rakyat.[351]

Kekuasaan kehakiman di Indonesia secara *expressis verbis* tertuang dalam Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi "kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan

[350] Benny K. Harman, *Konfigurasi Politik dan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Cetakan Pertama, (Jakarta: ELSAM, 1997), hlm. 9.

[351] Bagir Manan, "Kekuasaan Kehakiman di Indonesia Sejak Kembali ke UUD 1945", dikutip dari Benny K. Harman, *Ibid*, hlm. 10.

hukum dan keadilan."[352] Pengaturan lebih lanjut diatur dalam Pasal 1 angka (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan:

> "Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia."[353]

Kekuasaan yang merdeka mengandung makna bahwa badan peradilan atau hakim merupakan salah satu organ negara yang dalam menjalankan fungsinya terbebas dari intervensi organ negara lainnya. Berkenaan dengan hal itu, Philipus M. Hadjon mengatakan:

> "Ciri khas yang paling pokok dari kedudukan para hakim adalah ketidaktergantungan (kebebasan) mereka. Tidak ada badan negara satu pun, maupun pembuat undang-undang atau suatu badan pemerintah, yang berwenang untuk memberikan petunjuk-petunjuk kepada seorang hakim dalam suatu perkara yang kongkrit atau mempengaruhinya secara berlainan."[354]

Pelaku kekuasaan kehakiman di Indonesia dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung (MA) dan Badan Peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan Peradilan Umum, lingkungan Peradilan Agama, lingkungan Peradilan Militer, lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.[355] Dengan kata lain, MA merupakan pengadilan negara tertinggi dari

---

[352] Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar....op,cit*, hlm. 38.

[353] Lihat Pasal 1 angka (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157. hlm. 2.

[354] Philipus M. Hadjon et. al., *Pengantar...op,cit*, hlm. 289.

[355] Lihat Pasal 18 Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, hlm. 8.

badan peradilan yang berada di dalam keempat lingkungan peradilan.[356] Disamping itu, eksis juga sebuah Mahkamah Konstitusi yang tugas dan wewenangnya diatur dalam UUD dan juga undang-undang tersendiri.

a. Kompetensi dan Pembagian lingkungan Peradilan "Umum" dan "Khusus"

Menurut Sjachran Basah, istilah pengadilan dan peradilan apabila dilihat dari sudut bentuk katanya, berasal dari kata dasar 'adil' yang mendapat beberapa imbuhan (*affix*), secara sekaligus (*simulfix*) berupa awalan (*prefix*): 'pe' dan 'per', serta akhiran (*suffix*): 'an'.[357] Penggunaan istilah pengadilan dan peradilan tersebut pada kalangan ilmuan atau para sarjana hukum terdapat perbedaan pendapat. Ada yang membedakan antara istilah pengadilan dan peradilan, dan ada juga yang menyamakan penggunaan kedua istilah tersebut. Lebih lanjut, Sjachran mengatakan bahwa penggunaan istilah pengadilan ditujukan kepada badan atau wadah yang memberikan peradilan, sedangkan peradilan menunjuk kepada proses untuk memberikan keadilan di dalam rangka menegakkan hukum (*het rechtspreken*).[358] Pendapat berbeda dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo yang menyatakan bahwa pada dasarnya peradilan selalu bertalian dengan pengadilan. Pengadilan bukanlah semata-mata badan saja, akan

[356] Lihat Pasal 20 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, hlm. 8.

[357] Sjachran Basah, *Eksistensi...op,cit*, hlm. 22. Lihat juga rumusan senada dalam S.F. Marbun, *Peradilan...op,cit*, hlm. 49.

[358] *Ibid*, hlm. 23-24. R. Subekti dan Tjitrosoedibio secara garis besar menyebutkan bahwa pengadilan (*rechtsbank; court*) menunjuk pada badan sedangkan peradilan (*rechtspraak; judiciary*) menunjuk kepada fungsinya. Rochmat Soemitro malah membedaan antara pradilan, pengadilan dan badan peradilan. Titik berat dari peradilan tertuju kepada prosesnya, pengadilan kepada cara, sedangkan badan peradilan tertuju kepada badan, dewan, hakim atau instansi pemerintah. Lihat juga S.F. Marbun, *Peradilan...ibid*, hlm. 50-51.

tetapi juga terkait pengertian yang abstrak, yaitu memberikan keadilan.[359] Istilah yang pergunakan dalam kajian ini ialah peradilan untuk menunjuk pada rangkaian proses untuk mencari, menemukan dan menegakan hukum dan keadilan. Sedangkan istilah pengadilan dipergunakan dalam maksud sebagai wadah, badan atau lembaga yang bertugas menjalankan proses peradilan.

Dalam menyelenggarakan proses peradilan, pengadilan dilekati kekuasaan lazim dikenal dengan istilah kompetensi. Secara harfiah kompetensi diartikan sebagai kewenangan, kekuasaan resmi atau juga hak. Kompetensi berasal dari bahasa latin '*competentia*" yang berarti "*het geen aan iemand toekomt*" (apa yang menjadi wewenang seseorang). Kamus istilah hukum menyamakan "*competentie*" dengan "*bevoegdheid*" yang keduanya berarti wewenang. Bila dikaitkan dengan badan yang menjalankan kekuasaan kehakiman sehingga badan itu menjadi "*competere*".[360] *á fortiori*, Sjachran Basah menyebutkan bahwa kompetensi merupakan pemberian kekuasaan, kewenangan atau hak kepada badan dan/atau pengadilan yang melakukan peradilan. [361]

Dalam Kompetensi tercakup dua bentuk yaitu kompetensi absolut dan kompetensi relatif. Kuntjoro Purbopranoto menggunakan silih berganti istilah atribusi dan kompetensi absolut dengan makna yang sama.[362] Menurut kamus istilah hukum bahwa *absolute bevoegdheid* atau *absolute competentie* menunjuk pengadilan mana

[359] *Ibid*, hlm. 22-23. Lihat S.F. Marbun,...*ibid*. hlm. 51.
[360] N.E. Algra, et. al, Kamus Istilah...*op,cit*, hlm. 51.
[361] Sjachran Basah, *Eksistensi...op,cit,* hlm. 65.
[362] Disarikan dari Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Cetakan Keempat, (Bandung: Alumni, 1985), hlm. 93-94.

yang berhak menangani suatu perkara sedangkan *relatieve bevoegdheid* atau *relatieve competentie* menentukan pengadilan yang mana menurut pembagian wilayah kekuasaannya berhak menangani suatu perkara.[363] Sjachran Basah berpendapat *absolute competentie* (*attributie van rechtsmacht*) berkaitan dengan pemberian wewenang yang bersifat bulat (absolut) mengenai materinya, dan *relatieve bevoegdheid* (*distributie van rechtsmacht*) berkaitan dengan pembagian wewenang yang bersifat terperinci (relatif) diantara badan-badan yang sejenis mengenai wilayah hukum.[364] Hal senada juga dikemukakan oleh S.F. Marbun yang mengartikan kompetensi relatif sebagai kewenangan pengadilan untuk mengadili suatu perkara sesuai dengan wilayah hukumnya, sedangkan kompetensi absolut adalah kewenangan pengadilan sesuai dengan obyek atau materi atau pokok sengketanya.[365]

Selain itu, di kalangan para sarjana hukum terdapat juga perbedaan penyebutan istilah pembagian kompetensi tersebut. Diantaranya Wirjono Prodjodikoro menyebut bahwa dalam kompetensi tercakup dua hal yaitu *attributie* (pemberian/absolut) dan *distributie* (pembagian/relatif). Dari kompetensi atribusi (*attributie*) juga dapat dibedakan menjadi dua ialah secara "bertingkat dua" dan "berjejeran".[366] Sedangkan Sjachran Basah menggunakan istilah atribusi *vertikal* untuk bertingkat dua dan atribusi *horizontal* untuk berjejeran. Atribusi *horizontal* yaitu wewenang yang

[363] N.E. Algra, et. al...*loc,cit*.

[364] Kompetensi absolut oleh R. Subekti dan R. Tjitrosoedibio diberi arti uraian tentang kekuasaan atau wewenang sesuatu jenis pengadilan. Sedangkan kompetensi relatif atau nisbi ialah menetapkan pembagian kekuasaan diantaranya badan-badan pengadilan dari satu jenis. Sjachran Basah, *Eksistensi...op,cit,* hlm. 67-69.

[365] S.F. Marbun, *Peradilan...op,cit*, hlm. 239.

[366] Sjachran Basah, *Eksistensi...op,cit,* hlm. 66.

bersifat bulat dan melekat dari satu jenis pengadilan terhadap jenis pengadilan lainnya yang mempunyai kedudukan sederajat atau setingkat. Atribusi *vertikal* diartikan wewenang yang bersifat bulat dan melekat dari suatu jenis pengadilan terhadap jenis pengadilan lainnya, yang secara berjenjang atau hirarkhis mempunyai kedudukan lebih tinggi.[367] Merujuk pendapat para sarjana tersebut, pembagian kompetensi pengadilan dalam tesis ini menggunakan istilah "kompetensi absolut" mengenai segi obyek atau materinya dan "kompetensi relatif" mengenai wilayah atau yurisdiksi pengadilannya. Sedangkan mengenai istilah pembagian pada atribusi (kompetensi absolut) menggunakan istilah yang sama menurut pendapat Sjachran Basah yakni atribusi *vertikal* dan *horizontal*.

Sistem peradilan di Indonesia mengenal pembagian pengadilan khusus disamping pengadilan umum dalam menjalankan fungsi peradilan. Philipus M. Hadjon mengatakan bahwa:

> "...kecuali peradilan umum, ketiga lingkungan peradilan yang lain merupakan peradilan khusus, artinya hanya mengadili perkara-perkara tertentu atau mengenai golongan tertentu saja. Dalam pada itu peradilan umum adalah peradilan bagi rakyat pada umumnya, dan yang mengenai baik perkara perdata maupun perkara pidana.[368]

Berkenaan dengan pengadilan khusus diatur dalam Pasal 1 angka (8) UU 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman *jo*. Pasal 1 angka (5) UU No. 49 tahun 2009 tentang Peradilan Umum yang menyebutkan:

> "Pengadilan khusus ialah pengadilan yang mempunyai kewenangan untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara tertentu yang hanya dapat dibentuk

[367] *Ibid*, hlm. 68-69.
[368] Philipus M. Hadjon et. al., *Pengantar...op,cit*, hlm. 297.

dalam salah satu lingkungan badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung yang diatur dalam undang-undang.[369]

Dasar diadakan pengkhususan pengadilan karena adanya diferensiasi atau spesialisasi di lingkungan peradilan umum.[370] Perbedaan antara istilah ‘umum’ dan ‘khusus’ terletak pada obyek perkara yang menjadi kompetensinya, istilah ‘umum’ berarti lembaga peradilan yang mengadili perkara-perkara bidang perdata dan pidana. Sedangkan istilah ‘khusus’ berarti lembaga peradilan yang mengadili perkara-perkara bidang tertentu diluar bidang perdata dan pidana, misalnya peradilan niaga, hak asasi manusia, pengadilan perikanan, atau peradilan pajak.

Dengan demikian, selain peradilan umum yang mengadili perkara-perkara bidang perdata dan pidana terdapat juga lingkungan peradilan lain, yakni peradilan agama yang mengadili perkara antara orang-orang yang beragama Islam, peradilan tata usaha negara yang menyelesaikan sengketa TUN, dan peradilan militer yang memutus perkara tindak pidana militer, karena itu ketiga lingkungan peradilan tersebut bukanlah peradilan khusus melainkan badan peradilan negara dibawah MA

[369] Lihat Pasal 1 angka (8) dan Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, hlm. 3. Dan juga Pasal 1 angka (5) Undang-Undang No. 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum, disahkan dan berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 158. hlm. 3.

[370] Yang dimaksud dengan “diadakan pengkhususan pengadilan” ialah adanya diferensiasi/ spesialisasi di lingkungan peradilan umum dimana dapat dibentuk pengadilan khusus, misalnya pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial, pengadilan perikanan yang berada di lingkungan peradilan umum, sedangkan yang dimaksud dengan "yang diatur dengan undang-undang" adalah susunan, kekuasaan, dan hukum acaranya. Lihat penjelasan Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang No. 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5077, hlm. 3. Selain itu, pengadilan pajak yang berada di lingkungan peradilan tata usaha negara. Lihat penjelasan pasal 27 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076, hlm. 8.

yang mengadili perkara dalam bidang agama, PTUN, militer. Kemudian, Peradilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan. Selain pengadilan negara juga, terdapat sistem penyelesaian sengketa berdasarkan yurisdiksi khusus (*specific jurisdiction*) atau disebut sebagai peradilan semu yang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan.[371]

b. Makna Dan Cakupan *Judicial Review* Serta Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara

1) Makna dan Cakupan *Judicial Review*

Secara umum pengujian peraturan perundang-undangan dapat dilakukan oleh baik itu lembaga yudisial, lembaga legislatif maupun lembaga eksekutif sendiri. Ni'matul Huda dengan merujuk pendapat Bagir Manan menulis bahwa ada tiga kategori besar pengujian peraturan perundang-undangan yaitu pengujian oleh badan peradilan (*judicial review*) atau dalam bahasa Belanda '*toetsingsrecht'*, pengujian oleh badan yang bersifat politik (*political review*), dan pengujian oleh pejabat atau badan administrasi negara (*administrative review*).[372] Dengan kata lain, *political review* sejatinya ialah *legislative review*. Sedangkan *administrative review* dapat bermakna *executive review* apabila obyek yang diuji adalah peraturan perundang-undangan dan juga dapat bermakna pembatalan atau pencabutan atas dasar asas

[371] Lebih jauh terkait "sistem penyelesaian sengketa berdasarkan yurisdiksi khusus (*specific jurisdiction*)" lihat dalam Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata: Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, Cetakan Keempat, (Jakarta: Sinar Grafindo, 2006), hlm. 183-189.

[372] Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm. 73.

contrarius actus terhadap keputusan atau ketetapan (*beschikking*) yang telah diterbitkannya.

Berkenaan dengan hak menguji hakim, Bagir Manan dengan merujuk pendapat Kleintjes mengatakan bahwa bagi badan peradilan atau hakim. Pengujian merupakan sesuatu yang melekat pada fungsi peradilan atau hakim tanpa memerlukan lagi ketentuan khusus yang mengatur hal itu. Dengan kata lain, hak menguji melekat pada tugas-tugas hakim. Setiap hakim mempunyai kekuasaan untuk setidak-tidaknya menolak menerapkan suatu peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau bertentangan dengan asas-asas hukum yang berlaku.[373] Dengan begitu pengadilan atau hakim tidak perlu menunggu aturan tetapi hakim wajib menguji suatu peraturan perundang-undangan dan perbuatan administrasi negara bila memang bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi atau asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB).

Hakikat dari *judicial review* berkaitan dengan pemikiran bahwa konstitusi sebagai '*consituent act*' atas dasar '*constituent power*'. Dengan kata lain, '*constituent power*' mendahului konstitusi (*consituent act*), dan konstitusi mendahului organ pemerintah yang dibentuk berdasarkan konstitusi yang melahirkan hirarki hukum (*hierarchy of law*). Karena itu konstitusi bukanlah produk legislasi yang biasa (*ordinary legislative act*). berkenaan hal itu, Jimly Asshiddiqie mengemukakan sebagai berikut:

[373] Bagir Manan, "Pengujian Yustisial...*op,cit*, hlm. 2 & 15.

> "...Konstitusi merupakan hukum yang lebih tinggi atau bahkan paling tinggi serta paling fundamental sifatnya, karena konstitusi itu sendiri merupakan sumber legitimasi atau landasan otorisasi bentuk-bentuk hukum atau peraturan perundang-undangan lainnya. Sesuai dengan prinsip hukum yang berlaku universal, maka agar peraturan-peraturan yang tingkatanya dibawah UUD dapat berlaku dan diberlakukan, peraturan-peraturan itu tidak boleh bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi tersebut. Atas dasar logika demikian Mahkamah Agung Amerika Serikat menganggap dirinya memiliki kewenangan untuk menafsirkan dan menguji materi muatan produk legislatif (*judicial review*) terhadap materi konstitusi, meskipun konstitusi Amerika tidak secara eksplisit memberikan kewenangan demikian kepada Mahkamah Agung."[374]

Pada pokoknya semua upaya hukum dilakukan melalui lembaga peradilan termasuk ke dalam pengertian *judicial review* (pengujian melalui pengadilan) dalam arti yang luas. *Judicial review* itu tidak lain merupakan upaya untuk melakukan *toetsing*, *review*, penilaian kembali, peninjauan kembali, atau pengujian kembali atas norma hukum yang tertuang dalam segala bentuk. *Judicial review* merupakan mekanisme untuk pengendalian dan kontrol norma hukum oleh lembaga peradilan (*norms control mechanism*).[375] Dengan kata lain, konsepsi *judicial review* dalam arti luas itu mencakup semua jenis upaya hukum untuk mengontrol norma hukum oleh lembaga peradilan. Meskipun demikian, menurut Jimly Asshiddiqie dalam pengertian yang sempit atau lebih teknis dan spesifik di Indonesia, yang dimaksud dengan perkataan *judicial review* tidak lain merupakan upaya hukum untuk menilai atau tindakan pengadilan untuk menguji peraturan perundang-undangan, baik dari segi materinya atau pun pembentukannya.

---

[374] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Edisi revisi, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hlm. 18-19.

[375] Disarikan dari Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi…op,cit*, hlm. 42.

Berkenaan klasifikasi antara uji materil (*materiile toetsing*) dan uji formil (*formele toetsing*) dikaitkan dengan perbedaan pengertian antara UU dalam arti materiil (*wet in materiile zin*) serta UU dalam arti formal (*wet in formele zin*). Dalam hubungan ini, *judicial review* itu dipahami hanya dalam pengertian pengujian peraturan perundang-undangan. Jika pengujian itu ditujukan untuk menilai materi, isi atau substansi peraturan itu, maka pengujian demikian dinamakan pengujian material (*materiale toetsing*). jika yang dipersoalkan bukan soal materinya, melainkan soal lain seperti bentuk, format dan prosedur pembentukannya, maka pengujian demikian disebut pengujian formal (*formele toetsing*). [376] Atas dasar pandangan tersebut, pangkal tolak tesis ini ialah *judicial review* dalam arti sempit atau dengan kata lain, penilaian, peninjauan dan pengujian oleh hakim terhadap atau tindakan pengadilan untuk menguji peraturan perundang-undangan baik dari segi materi maupun segi format pembentukannya.

2) Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN)

Secara historis menurut A.D. Belinfante bahwa rakyat berhak atas perlindungan hukum dalam bentuk banding terhadap tindakan hukum administrasi dari penguasa adalah berasal dari Perancis, yaitu dari zamannya revolusi Perancis. Ada dua macam pandangan pokok yang bercampur-baur dalam hal ini, di satu pihak adalah bahwa ‘administrasi harus sesuai dengan undang-undang’ dan dilain pihak adalah ‘otonomi hukum administrasi’.[377] Paska revolusi di Perancis, korps Hakim pada saat itu tidak

[376] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi…op,cit*, hlm. 42-43
[377] Lihat lebih jauh dalam A.D. Belinfante, *Kort Begrip...op,cit*, hlm. 107.

begitu mendapat kepercayaan karena dianggap sebagai pendukung orde lama (tatanan hukum era kekuasaan raja yang absolut). Para hakim dan ahli hukum saat itu sesuai dengan sifat bidangnya dianggap memiliki sikap yang konservatif (tidak revolusioner), cenderung takut, sukar menerima begitu saja perubahan-perubahan dan hukum yang baru.[378] Mengingat korps hakim yang tidak mudah diganti begitu saja dan adanya ketakutan pada para hakim akan mengabaikan begitu saja undang-undang baru yang dibuat oleh "*assemblee nastionale*" yang dapat mengakibatkan para wakil rakyat akan dibuat tidak berdaya. Dengan kata lain, penguasa saat itu ingin mempertahankan administrasi dari campur tangan kekuasaan kehakiman.

Konsekuensi dari pemikiran tersebut mengandung arti bahwa tidak ada tuntutan penguasa dalam fungsinya yang dapat diajukan di hadapan hakim biasa. Hakim biasa tidak memiliki wewenang melakukan penilaian terhadap tindakan administrasi yang bertentangan dengan hukum. Tindakan demikian dijalankan oleh korps administrasi sendiri untuk menilai apakah suatu persoalan terhadap pemerintah merupakan suatu perbuatan yang menghambat jalannya pemerintahan.[379] Berkenaan dengan itu, Paulus Effendie Lotulung mengemukakan sebagai berikut:

> "Segala sengketa di bidang pemerintahan harus diperiksa dan diputus oleh pimpinan pemerintahan yang berada di tangan konsul Napoleon Bonaparte pada waktu itu. Pada waktu itu juga telah dibentuk *conseil d'etat* sebagai dewan penasihat negara, yang antara lain juga diberi tugas memberi nasihat dan menyusun konsep atau rancangan putusan dari sengketa-sengketa bidang pemerintahan itu, yang pada prakteknya ditangani oleh "*section du contentieux*" (seksi persengketaan). Prosedur demikian ini berjalan terus sehingga tahun 1872,

[378] Azhary, *Negara...op,cit,* hlm. 103-105. Lihat juga uraian senada pada Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit,* hlm. xxi.

[379] A.D. Belinfante, *Kort Begrip...op,cit,* hlm. 108-109.

> dan baru sesudah itu hingga sekarang *conseil d'etat* berhak memutus atas nama sendiri dan tidak atas nama kepala negara, hingga disebut sebagai badan peradilan administrasi tingkat tertinggi dan kemudian berkembang terus hingga mencapai bentuk dan struktur organisasi peradilan administrasi yang ada sekarang."[380]

Perkembangan pemikiran membawa akibat adanya otonomi dari hukum administrasi terhadap hukum perdata sehingga melahirkan sistem "*duality of jurisdiction*" di Perancis yakni adanya hierarki peradilan administrasi yang berpuncak di *Conseil d'Etat* dan adanya hierarki peradilan umum yang berpuncak pada *Cour de Cassation* (Mahkamah Agung). Sebagaimana pernah disinggung di atas bahwa sengketa yang timbul kemungkinan tidak hanya antara rakyat dengan pemerintah, namun terjadi antara sesama instansi pemerintah. Oleh sebab itu, adanya peradilan administrasi bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum bagi warga masyarakat terhadap sikap tindak pemerintah yang melanggar hak asasi dalam lapangan administrasi negara dan juga memberikan perlindungan hukum yang sama kepada pejabat administrasi negara yang bertindak benar dan sesuai dengan hukum.

Dalam sistem peradilan di Indonesia, lingkungan peradilan yang mengatur sengketa Administrasi atau tata usaha negara ialah Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN). Menurut Ridwan peradilan administrasi dipandang sebagai peradilan khusus dalam arti peradilan yang hanya diberi kewenangan menyelesaikan sengketa yang muncul di bidang administrasi dan kepegawaian atau sengketa yang terjadi antara pejabat administrasi dengan seseorang atau badan hukum perdata sebagai akibat

[380] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit,* hlm. xxi-xxii.

dikeluarkannya atau tidak dikeluarkannya keputusan.[381] Sebagai pengadilan khusus, PTUN berpuncak pada Mahkamah Agung atau dengan kata lain, MA sebagai lembaga tingkat kasasinya (*Cour de Cassation*). Dengan demikian, Peradilan administrasi di Indonesia tidak mengikuti konsep *Conseil d'Etat* seperti di Perancis, akan tetapi peradilan administrasi masih tetap dalam lingkungan Mahkamah Agung sehingga sistem peradilan di Indonesia tidak mengenal "*duality of jurisdiction*".

Meskipun demikian, di Indonesia disamping adanya PTUN (peradilan administrasi), pengadilan umum juga tetap dapat mengadili sengketa antara pemerintah atau pejabat dengan warga negara yakni dalam perkara perbuatan melawan hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*). terkait dengan hal itu, Philipus M. Hadjon menyebutkan sebagai berikut:

> "...Pikiran-pikiran yang mempermasalahkan apakah negara dapat digugat di muka pengadilan adalah pikiran-pikiran yang dilatarbelakangi oleh konsep *rechtsstaat* karena konsep itu menghendaki adanya badan khusus yang menangani sengketa antara pemerintah dan rakyat (sengketa administrasi). sebaliknya konsep *the rule of law* yang dipelopori oleh Albert Venn Dicey tidak mempermasalahkannya karena konsep itu dengan mendasarkan pada prinsip "*equality*" menghendaki adanya satu jenis peradilan dan penundukan yang sama (baik pemerintah maupun rakyat) terhadap peradilan yang sama."[382]

Namun sebenarnya, wewenang pengadilan umum dalam mengadili sengketa pemerintah dengan warga negara atas dasar diskresi secara konseptual keliru. Berkenaan dengan hal itu, Ridwan mengatakan berikut ini:

> "...Konsep *onrectmatige overheidsdaad* secara khusus diterapkan terhadap tindakan pemerintah dibidang perdata dan diuji dengan norma hukum perdata.

[381] Ridwan, *Tiga Dimensi...op,cit,* hlm. 146. Lihat juga Sjachran Basah, *Eksistensi...op,cit*, hlm. 31-45.

[382] Philipus M. Hadjon, *Perlindungan...op,cit*, hlm. 107.

> Dengan demikian, gugatan terhadap diskresi atau peraturan kebijakan atas dasar *onrectmatige overheidsdaad* tidak tepat. Telah jelas bahwa diskresi itu dilekatkan pada jabatan pemerintahan (*inherent aan het bestuur*) dan digunakan oleh pejabat pemerintah dalam rangka menjalankan urusan pemerintahan. Diskresi digunakan ketika urusan pemerintahan itu belum ada pengaturannya (*leemten in het recht*), terdapat norma samar (*vage norm*), atau norma terbuka (*open texture*), atau karena di dalamnya ada pilihan yang dapat diambil oleh organ pemerintah dalam melaksanakan tugas-tugasnya. Diskresi digunakan dalam penyelenggaraan tugas-tugas publik dan karenanya diterapkan norma-norma hukum publik, khususnya hukum administrasi."[383]

Secara yuridis, sengketa TUN diatur dalam Pasal 1 angka (4) UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara *jo*. Pasal 1 angka (10) UU No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua UU No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara (selanjutnya disebut UU PTUN) yang rumusannya sebagai berikut:

> "Sengketa yang timbul dalam bidang Tata Usaha Negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat Tata Usaha Negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya Keputusan Tata Usaha Negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku."[384]

Berdasarkan ketentuan pasal tersebut, tampak bahwa obyek sengketa TUN ialah Keputusan Tata Usaha Negara (*beschikking*) yang dikeluarkan pejabat TUN yang bersifat kongkrit, individual dan final serta memiliki akibat hukum. Lalu pada

---

[383] Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 173.

[384] Lihat Pasal 1 angka (4) Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Desember 1986, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1986 Nomor 77. *jo*. Pasal 1 angka (10) Undang-Undang No. 51 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 160. istilah "sengketa" yang dimaksud disini mempunyai arti khusus sesuai dengan fungsi peradilan TUN yaitu menilai perbedaan pendapat mengenai penerapan hukum badan atau pejabat TUN dalam mengambil keputusan pada dasarnya mengemban kepentingan umum dan masyarakat, tetapi dalam hal atau kasus tertentu dapat saja keputusan itu dirasakan mengakibatkan kerugian bagi orang atan badan hukum perdata tertentu; dalam asas hukum TUN kepada yang bersangkutan harus diberikan kesempatan untuk mengajukan gugatan pengadilan. Lihat Penjelasan Pasal 1 angka (4) Undang-undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3344.

penjelasan umum UU PTUN disebutkan juga bahwa sengketa TUN lainnya yang menurut undang-undang tidak menjadi wewenang PTUN, diselesaikan oleh Peradilan Umum.[385]

Dalam perkembangannya, terutama sejak berlakunya UU APEM, pengertian obyek sengketa TUN mengalami pergeseran atau perluasan makna. Pengertian KTUN dalam UU APEM diartikan sebagai ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan dan atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan.[386] Berdasarkan rumusan tersebut, dapat dimaknai bahwa obyek sengketa TUN tidak lagi hanya penetapan atau keputusan yang bersifat kongkrit, individual dan final saja tetapi juga segala keputusan atau penetapan pemerintah yang isi atau materinya dapat saja bersifat umum (*in abstracto*). Dengan begitu terjadi perluasan kompetensi absolut PTUN yang sebelum hanya menguji KTUN yang bersifat kongkrit, individual dan final saja menjadi berwenang menguji ketetapan atau tindakan pejabat TUN lainnya dalam penyelenggaraan pemerintahan termasuk juga norma peraturan kebijakan (*beleidsregel*). Berkenaan hal tersebut, Ridwan mengemukakan bahwa:

> "...perlu dipikirkan mengenai perluasan kompetensi absolut PTUN, tidak hanya diberikan wewenang untuk menyelesaikan sengketa akibat dikeluarkan atau tidak dikeluarkan KTUN tetapi menyelesaikan sengketa tindakan pemerintah di bidang publik, termasuk tindakan pemerintah yang didasarkan pada diskresi dan dituangkan dalam bentuk peraturan kebijakan."[387]

---

[385] Penjelasan Umum Undang-undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3344.

[386] Pasal 1 angka (7) Ketentuan Umum Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 Oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292.

[387] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 213.

Dalam praktik seringkali keputusan yang bersifat umum bisa berbentuk keputusan bersama, rencana (*het plan*) pemerintah maupun peraturan kebijakan (*beleidregel*). Namun terkait hal itu, Bagir Manan berpandangan sebagai berikut:

> "...Bahwa hingga kini tidak ada suatu badan yang diberi wewenang menyelesaikan sengketa yang bersumber pada suatu Peraturan Kebijakan. Dalam praktik, keberatan terhadap peraturan kebijakan yang menimbulkan kerugian digugat atas perbuatan melawan hukum."[388]

Sine ira et studio (dapat dimengerti) bahwa belum adanya pengadilan yang dapat menguji peraturan kebijakan (*beleidregel*) didasarkan pada adagium *de rechter mag niet op de stoel van de administratie gaan zitten*. (hakim tidak boleh duduk di atas kursi administrasi) yang terkait erat dengan prinsip pemisahan kekuasaan (*machtenscheiding of machtenverding*) dalam negara hukum (*rechtsstaat*) yang sedikit banyak dipengaruhi oleh pemikiran *separation of power* dari Montesquieu. Pada perkembangannya, pemikiran tentang pemisahan kekuasaan tersebut sudah tidak dapat dipertahankan lagi, dengan alasan yang oleh Ridwan disebutkan sebagai berikut:

> "Semakin besarnya intervensi pemerintah dalam kehidupan warga negara, peluang terjadinya benturan kepentingan antara pemerintah dengan warga negara, termasuk ketika pemerintah membuat kebijakan-kebijakan, semakin besar pula.[389] Prinsip pemisahan kekuasaan secara ketat tidak dapat lagi kompatibel dengan realita perkembangan kehidupan kenegaraan dewasa ini. Hal itu terbukti bahwa sebagian besar negara yang ada di dunia ini termasuk Indonesia telah membentuk Mahkamah Konstitusi yang diberi wewenang menguji (*judicial review*) 'hasil karya' lembaga legislatif."[390]

---

[388] Bagir Manan, "Masa Depan Peradilan Tata Usaha Negara", dikutip dari Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 21.

[389] *Ibid*, hlm. 22.

[390] Ridwan HR, *Hukum...op,cit*, hlm. 279.

Dalam praktik, sesungguhnya pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) selain telah dilakukan melalui uji materiil di MA, pengujian peraturan kebijakan juga telah melalui PTUN (peradilan administrasi), antara lain sebagai contoh dapat dikemukakan perkara pemberhentian tidak dengan hormat 4 (empat) orang pegawai perusahaan daerah Bank Perkreditan Rakyat Bank Pasar di Kabupaten Kebumen,[391] lalu perkara pembebastugasan pegawai BKK dari Jabatan Bagian Dana BKK Buaran Kabupaten Pekalongan,[392] kemudian, perkara pemberhentian dengan hormat kepala Desa Trangkil, Kecamatan Trangkil, Kabupaten Pati,[393] dan juga kasus pemberhentian tidak dengan hormat pegawai negeri sipil karena melakukan suatu tindak pidana di Kabupaten Klaten.[394]

Keempat kasus kongkrit di atas telah diputus dan berkekuatan hukum tetap. Hal tersebut menunjukan bahwa PTUN (peradilan administrasi) juga telah melakukan pengujian (*marginal toetsing*) terhadap keputusan tata usaha negara yang berdasarkan kewenangan diskresioner. Dengan demikian, tampak bahwa pada praktiknya pengujian peraturan kebijakan sebagai penggunaan wewenang diskresi dalam bentuk tertulis telah memiliki preseden tidak hanya melalui jalur uji materiil (*judicial review*) namun juga dengan pengujian marginal (*marginal toetsing*) di PTUN.

---

[391] Lihat Putusan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Surabaya Nomor. 77/B/2009/PT.TUN.SBY, 78/B/2009/PT.TUN.SBY, Putusan No. 79/B/2009/PT.TUN.SBY, Putusan No. 80/B/2009/PT.TUN.SBY masing-masing di putus pada tanggal 10 Agustus 2009.

[392] Putusan PT.TUN Surabaya Nomor. 07/B/2009/PT.TUN.SBY tanggal 2 Maret 2009.

[393] Putusan PT.TUN Surabaya Nomor. 21/B/2009/PT.TUN.SBY tanggal 16 April 2009.

[394] Putusan PTUN Semarang Nomor. 20/G/2009/PTUN.SMG tanggal 3 Juni 2009. Lihat lebih jauh tentang telaah keempat kasus *a quo* dalam Tri Cahya Indra Permana, "Pengujian Keputusan...*op,cit*, Tesis di Universitas Diponegoro Semarang, 2009, hlm. 72-87.

BAB III

PENGUJIAN NORMA PERATURAN KEBIJAKAN DALAM PERSPEKTIF HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

A. Makna Normatif Kewenangan Pengadilan Melakukan Uji Materiil Terhadap Norma Peraturan Kebijakan

Telah dikemukan pada Bab I bahwa istilah pengadilan menunjuk pada badan, organ atau lembaga peradilan yang memiliki kompetensi memeriksa dan memutus sengketa. Dalam kapasitasnya itu pengadilan terikat dengan prinsip atau asas bahwa karena Hakim dianggap tahu akan hukumnya dan tidak dapat menolak perkara dengan alasan tidak ada hukumnya atau belum diatur (*ius curia novit*). Prinsip tersebut merupakan prinsip hukum umum yang dituangkan dalam bentuk peraturan kongkrit *id est* Pasal 10 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: "pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya."[395]

Merujuk pada prinsip tersebut, pengadilan wajib menerima dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya dengan tidak menutup usaha perdamaian dalam

[395] Lihat Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, hlm. 5.

perkara perdata.[396] Namun, apakah dengan cukup bersandar pada asas *a quo* pengadilan atau badan peradilan dapat melakukan uji materiil terhadap produk peraturan kebijakan (*beleidregel*) dalam ranah hukum publik? Hak menguji melekat pada tugas-tugas hakim. Setiap hakim mempunyai kekuasaan untuk setidak-tidaknya menolak menerapkan suatu peraturan perundang-undangan atau perbuatan administrasi negara yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau bertentangan dengan asas-asas hukum yang berlaku.[397] Dengan begitu pengadilan atau hakim tidak perlu menunggu aturan tetapi hakim wajib menguji suatu peraturan perundang-undangan dan perbuatan administrasi negara bila memang bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi atau asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB). Sehubungan dengan itu, H. Abdul Latief mengatakan bahwa kebutuhan akan pengujian peraturan kebijakan didasarkan pada dua alasan yaitu:

(1) Alasan praktis: didorong oleh kebutuhan baik untuk kebutuhan pemerintah maupun untuk masyarakat. Bagi masyarakat mengharapkan akan adanya suatu jaminan perlindungan hukum dari sikap tindak badan atau pejabat pemerintah. sebaliknya, bagi badan atau pejabat pemerintah merupakan pembatasan atau dasar untuk tidak bertindak secara bebas membentuk peraturan kebijaksanaan yang dapat bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan hukum tidak tertulis.
(2) Alasan teoritis: didorong oleh perkembangan hukum administrasi, yaitu khususnya konsep *besluit* (keputusan) mendapat suatu pengertian baru yang cukup luas dan merupakan instrumen utama dalam penyelenggaraan

[396] Lihat Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, hlm. 5.

[397] Bagir Manan, "Pengujian Yustisial...*op,cit*, hlm. 2 & 15.

pemerintahan suatu negara hukum. Oleh karena itu pengujian secara materiil peraturan kebijaksanaan mutlak untuk dilakukan oleh lembaga peradilan.[398]

Pandangan di atas paling tidak memiliki dua kelemahan secara teoritis antara lain, *pertama*, dikatakan terdapat dua parameter untuk menguji peraturan kebijakan (*beleidregel*) yakni peraturan perundang-undangan (asas legalitas) dan hukum tidak tertulis, padahal peraturan kebijakan didasarkan penggunaan wewenang diskresi (*ermessen*) yang melekat pada setiap jabatan pemerintahan untuk menyelesaikan persoalan mendesak yang muncul tiba-tiba, yang mana aturan hukum tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Oleh karena itu peraturan kebijakan tidak dapat di uji menggunakan peraturan tertulis (asas legalitas) melainkan hanya dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) terutama asas larangan penyalahgunaan wewenang (*verbod detournement de puvoir*), asas larangan tindakan sewenang-wenang (*verbod van willekeur*) dan AUPB yang lain selebihnya. *Kedua*, peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan, Betapapun sama-sama mengikat umum sehingga terhadap peraturan kebijakan tidak dapat dilakukan uji materiil melainkan hanya dengan pengujian secara marginal (*marginal toetsing*) oleh badan peradilan.

Secara yuridis, pelaku kekuasaan pengadilan di Indonesia dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung (MA) dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan Peradilan Umum, lingkungan Peradilan Agama, lingkungan Peradilan Militer, lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah

[398] H. Abdul Latif, *Hukum...op,cit*, hlm. 239.

Konstitusi.[399] Dengan kata lain, MA merupakan pengadilan negara tertinggi dari badan peradilan yang berada di dalam keempat lingkungan peradilan.[400] Disamping itu, eksis juga sebuah Mahkamah Konstitusi yang tugas dan wewenangnya diatur dalam UUD dan juga UU tersendiri. Oleh karena itu, MK dan MA memiliki kedudukan yang sejajar dan/atau tidak saling membawahi dalam peran sebagai aktor kekuasaan kehakiman di Indonesia.

Kewenangan Mahkamah Agung dalam melakukan pengujian peraturan perundang-undangan diatur dalam Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 Amandemen Keempat menyatakan bahwa "Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang."[401] Kewenangan *a quo* diatur lebih lanjut didalam Pasal 20 Ayat (2) huruf b UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yaitu: "Mahkamah Agung berwenang: (b) menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang"[402] Ketentuan senada juga diatur didalam Pasal 9 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan yaitu: "dalam hal suatu peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang diduga bertentangan dengan undang-

[399] Lihat Pasal 18 Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, hlm. 8.

[400] Lihat Pasal 20 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, hlm. 8.

[401] Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar...op,cit*, hlm. 39.

[402] Pasal 20 ayat (2) huruf (b) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, hlm. 8.

undang, pengujiannya dilakukan oleh Mahkamah Agung." [403] kemudian didalam ketentuan Pasal 31 ayat (1) dan (2) UU No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung lebih menegaskan mengenai kewenangan uji materil tersebut sebagai berikut:

(1) Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang;
(2) Mahkamah Agung menyatakan tidak sah peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau pembentukannya tidak memenuhi ketentuan yang berlaku.
(3) Putusan mengenai tidak sahnya peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat diambil baik berhubungan dengan pemeriksaan pada tingkat kasasi maupun berdasarkan permohonan langsung pada Mahkamah Agung.
(4) Peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
(5) Putusan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) wajib dimuat dalam berita negara Republik Indonesia dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak putusan diucapkan. [404]

Penjabaran teknis norma tentang hak uji materiil diatur lebih lanjut didalam ketentuan Pasal 1 Ayat 1 peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2011 tentang hak uji materiil sebagai berikut: "hak uji materiil adalah hak Mahkamah Agung untuk menilai materi muatan peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap perundang-undangan tingkat lebih tinggi". [405] Adapun mengenai tatacara permohonan *a quo* telah diatur didalam ketentuan Pasal 2 Ayat (1) dan Ayat (2)

[403] Pasal 9 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, berlaku efektif 12 agustus 2011, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82. hlm. 8.

[404] Pasal 31 ayat (1) sampai ayat (5) Undang-Undang No. 5 Tahun 2004 tentang perubahan atas UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, berlaku efektif 15 Januari 2004, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 9, hlm. 9.

[405] Pasal 1 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2011 Tentang Hak Uji Materiil, Di tetapkan Tanggal 30 Mei 2011, hlm. 2.

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil adalah sebagai berikut :

> "Pasal 2 ayat 1 dirumuskan:
> a. Permohonan Keberatan diajukan kepada Mahamah Agung dengan cara: Langsung ke Mahkamah Agung; atau
> b. Melalui Pengadilan Negeri yang membawahi wilayah hukum tempat kedudukan Pemohon".
>
> Pasal 2 Ayat 2 menyebutkan bahwa: permohonan keberatan diajukan terhadap suatu peraturan yang diduga bertentangan dengan suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi."[406]

Berkenaan dengan obyek yang diuji oleh Mahkamah Agung yakni peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang. Pasal 7 ayat (1) huruf d sampai huruf g UU No. 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan mengatur yaitu: (d) Peraturan Pemerintah, (e) Peraturan Presiden, (f) Peraturan Daerah Provinsi, dan (g) Peraturan Daerah Kabupaten atau Kota.[407] Disamping itu, lebih lanjut Pasal 8 ayat (1) dan (2) menegaskan sebagai berikut:

> "Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) 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,[408] 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. Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui

[406] Pasal 2 ayat (1) dan (2) Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2011 Tentang Hak Uji Materiil, Di tetapkan Tanggal 30 Mei 2011, hlm. 3.

[407] Lihat Pasal 7 ayat (1) huruf (d) sampai (g) UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, berlaku efektif 12 agustus 2011, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82. hlm. 7.

[408] Yang dimaksud dengan "Peraturan Menteri" adalah peraturan yang ditetapkan oleh menteri berdasarkan materi muatan dalam rangka penyelenggaraan urusan tertentu dalam pemerintahan. Lihat penjelasan Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234. hlm. 9.

keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan."[409]

Merujuk pada ketentuan-ketentuan yuridis tersebut di atas, maka tampak bahwa Pengadilan atau Mahkamah Agung hanyalah berwenang melakukan uji materiil terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dan tidak lain daripada itu. Atau dengan kata lain, secara gramatikal frasa "peraturan perundang-undangan" merupakan 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. Produk peraturan perundang-undangan dapat disebut juga peraturan dalam arti materiil yang berarti hukum yang *in abstracto* atau *general norm* yang sifatnya mengikat umum (berlaku umum) dan tugasnya adalah mengatur hal-hal yang bersifat umum (*general*). Dengan demikian, *á contrario* dapat diartikan bahwa keputusan/perbuatan pemerintah termasuk juga peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan sehingga tidak dapat diuji oleh Mahkamah Agung.

Secara sistematis bahwa ketentuan Pasal 24A ayat (1) UUD yang menegaskan pada anak kalimat "...menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang" *jo.* Pasal 20 Ayat (2) huruf b UU No. 48 Tahun 2009 sepanjang frasa "...menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap

[409] Lihat Pasal 8 ayat (1) dan (2) UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, berlaku efektif 12 agustus 2011, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82. hlm. 7. Yang dimaksud dengan "berdasarkan kewenangan" adalah penyelenggaraan urusan tertentu pemerintahan sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan. Lihat penjelasan Pasal 8 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234. hlm. 9.

undang-undang" *jis.* Pasal 31 ayat (1) dan (2) UU No. 5 Tahun 2004 sepanjang frasa "...Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dan menyatakan tidak sah peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau pembentukannya tidak memenuhi ketentuan yang berlaku", Pasal 7 ayat (1) huruf d sampai huruf g dan Pasal 8 ayat (1) dan (2) UU No. 12 Tahun 2011 sebagaimana disebutkan di atas. Kemudian Pasal 1 Ayat 1 Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2011 sepanjang berbunyi "...hak Mahkamah Agung untuk menilai materi muatan Peraturan Perundang-undangan dibawah Undang-Undang terhadap Perundang-undangan tingkat lebih tinggi".

Norma hukum *a quo* sebagai satu kesatuan dari suatu sistem peraturan yang mana masing-masing ketentuan tidak dilihat sebagai peraturan yang berdiri sendiri tetapi bagian dari suatu sistem, *á fortiori* menunjukan bahwa hak menguji peraturan perundang-undangan oleh MA merupakan atribusi wewenang yang bersifat asli diperoleh dari UUD dan UU terkait. Wewenang atribusi melekat kepada MA selaku institusi dan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di Indonesia untuk mengontrol pelaku kekuasaan lainnya. Kewenangan atribusi MA ialah menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU dan menyatakan tidak sah peraturan perundang-undangan dibawah UU atas dasar bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau pembentukannya tidak memenuhi ketentuan yang berlaku. Dengan kata lain, MA berwenang melakukan pengujian

materiil atas materi muatan (*materiile toetsing*) sekaligus melakukan pengujian formil atas pembentukannya (*formele toetsing*). Dengan demikian, secara atibutif MA tidak berwenang menguji baik materiil dan formilnya produk hukum keputusan (*beschikking*) atau peraturan kebijakan (*beleidregel*) maupun perbuatan hukum pemerintah lainya dipusat ataupun didaerah yang bukan produk peraturan perundang-undangan.

Sengketa TUN secara *expressis verbis* diatur dalam Pasal 1 angka (4) UU No. 5 Tahun 1986 *jo*. Pasal 1 angka (10) UU No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU PTUN) yang berbunyi sebagai berikut:

> "Sengketa yang timbul dalam bidang Tata Usaha Negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat TUN, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya Keputusan Tata Usaha Negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku."[410]

Ketentuan *a quo* dihubungkan dengan ketentuan Pasal 1 ayat (9) UU No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua UU No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara yang berbunyi "Keputusan Tata Usaha Negara adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berisi

[410] Lihat Pasal 1 angka (4) Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Desember 1986, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1986 Nomor 77. *jo*. Pasal 1 angka (10) Undang-Undang No. 51 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 160. istilah "sengketa" yang dimaksud disini mempunyai arti khusus sesuai dengan fungsi peradilan TUN yaitu menilai perbedaan pendapat mengenai penerapan hukum badan atau pejabat TUN dalam mengambil keputusan pada dasarnya mengemban kepentingan umum dan masyarakat, tetapi dalam hal atau kasus tertentu dapat saja keputusan itu dirasakan mengakibatkan kerugian bagi orang atan badan hukum perdata tertentu; dalam asas hukum TUN kepada yang bersangkutan harus diberikan kesempatan untuk mengajukan gugatan pengadilan. Lihat Penjelasan Pasal 1 angka (4) Undang-undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3344. hlm. 4.

tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata".[411] Kemudian dikaitkan dengan Pasal 1 angka (7) UU No. 30 Tahun 2014 tentang administrasi pemerintahan (UU APEM) yang menyatakan "keputusan tata usaha negara atau keputusan administrasi negara yang selanjutnya disebut keputusan adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan dan atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan."[412]

Lebih lanjut Pasal 2 huruf (b) UU No. 9 Tahun 2004 tentang perubahan atas UU No. 5 Tahun 1986 tentang PTUN menyatakan "Tidak termasuk dalam pengertian Keputusan Tata Usaha Negara menurut Undang-Undang ini: (b) Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan pengaturan yang bersifat umum".[413] *jo*. Pasal 30, Pasal 31, dan Pasal 32 UU APEM tentang penggunaan diskresi yang melampaui, mencampuradukkan dan/atau bertindak sewenang-wenang. *jo*. Pasal 55 ayat (3) UU APEM yang menyatakan secara garis besar bahwa setiap keputusan termasuk juga keputusan diskresi (peraturan kebijakan) harus diberi alasan pertimbangan yuridis,

[411] Lihat Pasal 1 angka (9) Undang-Undang No. 51 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 160. hlm. 4.

[412] Lihat Pasal 1 angka (7) Ketentuan Umum Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 Oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 3.

[413] Pasal 2 huruf (b) Undang-Undang No. 9 Tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Maret 2004, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 35. hlm. 3. Yang dimaksud dengan "pengaturan yang bersifat umum" adalah pengaturan yang memuat norma-norma hukum yang dituangkan dalam peraturan yang kekuatan berlakunya mengikat setiap orang. Lihat penjelasan Pasal 2 huruf (b) Undang-Undang No. 9 Tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4380. hlm. 2.

sosiologis, dan filosofis yang menjadi dasar penetapan keputusan atau dengan penjelasan terperinci (artinya: penjelasan yang menguraikan alasan penetapan keputusan sampai ke hal yang bersifat detail dan jelas).[414]

Berdasarkan hal tersebut, interpretasi secara sistematis tampak bahwa tujuan dari ketentuan-ketentuan *a quo* tidak lain untuk melindungi kepentingan perorangan atau badan hukum perdata akibat dikeluarkan keputusan atau ketetapan tertulis oleh organ pemerintahan. Oleh karena itu, keputusan atau tindakan pemerintah atas dasar wewenang diskresi (peraturan kebijakan) tunduk pada kaidah-kaidah syarat pemberian alasan suatu KTUN dan bila keputusan diskresi *per se* melampaui wewenang, penyalahgunaan wewenang atau sewenang-wenang maka akibat hukumnya tidak sah dan batal demi hukum. Mekanisme dibatalkannya keputusan termasuk keputusan diskresi didasarkan asas *contrarius actus*, yaitu dilakukan oleh pejabat pemerintahan yang menetapkan keputusan atau oleh atasan pejabat yang menetapkan keputusan setelah melewati upaya administratif atau juga atas perintah pengadilan melalui pengujian di PTUN.

Interpretasi secara ekstensif, tampak bahwa dengan meluasnya makna obyek sengketa TUN dari penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh pejabat TUN bersifat

[414] Pasal 55 ayat (3) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 Oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 23. Ayat (1) Yang dimaksud dengan "pertimbangan yuridis" adalah landasan yang menjadi dasar pertimbangan hukum kewenangan dan dasar hukum substansi. Yang dimaksud dengan "pertimbangan sosiologis" adalah landasan yang menjadi dasar manfaat bagi masyarakat. Yang dimaksud dengan "pertimbangan filosofis" adalah landasan yang menjadi dasar kesesuaian dengan tujuan penetapan Keputusan. Ayat (2) yang dimaksud dengan "penjelasan terperinci" adalah penjelasan yang menguraikan alasan penetapan Keputusan sampai ke hal yang bersifat detail dan jelas. Lihat penjelasan Pasal 55 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601, hlm. 51.

“konkret, individual, dan final” menjadi sekedar “ketetapan tertulis” yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintahan menunjukan bahwa tidak hanya sekedar keputusan atau ketetapan yang bersifat konkret, individual, dan final melainkan segala keputusan atau ketetapan tertulis yang berasal dari pejabat pemerintahan dapat menjadi obyek sengketa TUN termasuk juga keputusan diskresi (peraturan kebijakan) yang sebaliknya bersifat umum. Oleh karena itu, bergeser atau meluasnya ruang lingkup obyek sengketa TUN maka meluas pula kompetensi absolut PTUN. Dengan demikian, sifat KTUN tidak lagi limitatif hanya “bersifat konkret, individual, dan final” sehingga PTUN dapat melakukan pengujian terhadap segala ketetapan tertulis pejabat TUN lainnya dalam penyelenggaraan pemerintahan termasuk juga peraturan kebijakan (*beleidregel*).

Dalam praktiknya MA telah berulangkali melakukan uji materiil terhadap produk hukum berbentuk peraturan kebijakan (*beleidregel*). MA pernah menguji peraturan kebijakan (*beleidregel*) dalam format surat edaran, keputusan maupun dalam format peraturan. berikut ini dikemukakan tiga perkara hak uji materiil yang pernah diputus oleh MA:

1. **Uji Materiil Surat Edaran Dirjen Mineral Batubara dan Panas Bumi No. 03.E/31/DJB/2009.**

Perkara uji materiil ini bermula pada tanggal 30 Januari 2009 diterbitkan Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor : 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 (SE PPMB). Akibat diterbitkan Surat Edaran *a quo* Bupati Kutai Timur yang pada waktu itu dijabat Ir. H. Isran Noor, M.Si., merasa keberatan lalu mengajukan permohonan uji materiil kepada MA tertanggal 22 Juli 2009 yang diterima di kepaniteraan MA pada tanggal 27 Juli 2009 dan diregister dengan Nomor : 23 P/HUM/2009. Bupati Kutai Timur dalam permohonannya berkeberatan dengan Materi SE PPMB *a quo* yang berbunyi sebagai berikut:

> "Sepanjang sebelum terbitnya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB 2009 dengan ketentuan:
> A. Gubernur dan Bupati/Walikota di seluruh Indonesia agar memperhatikan hal-hal sebagai berikut:
> 3. ……. dst ;
> 4. Menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya Peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB 2009."[415]

Materi SE PPMB di atas dianggap bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2004 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU PMB) yaitu:

> "Sepanjang menyangkut kewenangan Bupati yang diberikan oleh Undang-Undang ketentuan Pasal 8 ayat (1) huruf b UU PMB 2009 yang tegas menyatakan : Kewenangan Pemerintah Kabupaten/Kota dalam pengelolaan Pertambangan Mineral dan Batubara, antara lain adalah :
> c. …….. dst;
> d. Pemberian IUP dan IPR, pembinaan, penyelesaian konflik masyarakat dan pengawasan usaha pertambangan di wilayah Kabupaten/Kota dan/atau wilayah laut sampai dengan 4 (empat) mil;"
> "Sepanjang menyangkut peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB 2009, ketentuan Pasal 173 ayat (2) UU PMB 2009 yang secara tegas menyatakan: Pada saat undang-undang ini mulai berlaku, semua peraturan perundang-undangan yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 11 Tahun

[415] Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat pertama dan terakhir perkara permohonan keberatan Hak Uji Materiil dalam *Bupati Kutai Timur (Ir. H. Isran Noor M,Si) v. Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral*, Nomor 23 P/HUM/2009. hlm. 2.

1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Undang-Undang ini."[416]

Substansi dari permohonan keberatan *in casu* SE PPMB sebagai pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009, khususnya materi muatan bagian A butir 2 Surat Edaran tersebut tidak sah dengan alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, *id est* UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Selain itu, bentuk dan atau pembentukan SE PPMB *a quo* tidak memenuhi ketentuan yang berlaku, *id est* Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan sehingga SE PPMB tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.[417]

Berdasarkan *petitum* permohonan tersebut, Majelis Hakim MA menyatakan dalam pertimbangan hukumnya bahwa SE PPMB tersebut bertentangan dengan ketentuan yang berlaku dan lebih tinggi yakni 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. Terkait obyek sengketa, MA dalam pertimbangan hukumnya menyatakan:

*"...*Bahwa obyek keberatan Hak Uji Materiil 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-

[416] *Ibid*, hlm. 3.
[417] *Ibid*, hlm. 6.

Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, akan tetapi berdasarkan penjelasan Pasal 7 tersebut dapat digolongkan sebagai bentuk perundang-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*).[418]

Lebih lanjut, berdasarkan pertimbangan di atas MA kemudian memberikan penegasan sebagai berikut:

"...Bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut terbukti bahwa Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor: 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 yang menjadi obyek keberatan Hak Uji Materiil (*vide* Bukti P.1), bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi *in casu* Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara."[419]

MA kemudian menjatuhkan putusan dengan diktum antara lain: mengabulkan permohonan keberatan Hak Uji Materiil dari Bupati Kutai Timur selaku pemohon, menyatakan SE PPMB *a quo* bertentangan dengan ketentuan yang berlaku dan lebih tinggi yaitu Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009, dan karenanya tidak sah dan tidak berlaku umum serta memerintahkan kepada Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral RI untuk membatalkan dan mencabut SE PPMB tersebut.

Merujuk pada *ratio decidendi* MA di atas, tampak jelas bahwa MA mengklasifikasikan Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor: 03.E/31/DJB/2009 tanggal 30 Januari 2009, tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara Sebelum Terbitnya Peraturan Pemerintah Sebagai Pelaksanaan Undang-Undang

[418] *Ibid*, hlm. 8.
[419] *Ibid*, hlm. 9.

Nomor 4 Tahun 2009 (SE PPMB) sebagai peraturan perundang-undangan sehingga tunduk pada asas *lex superior derogat legi inferiori*. Penafsiran MA tersebut *mutatis mutandis* bersandar pada penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan. Penjelasan Pasal 7 ayat (4) *a quo* menyatakan sebagai berikut:

> "Jenis peraturan perundang-undangan selain dalam ketentuan ini, antara lain, peraturan yang dikeluarkan oleh Majelis Dewan Perwakilan Rakyat, Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Bank Indonesia, Menteri, Kepala Badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh undang-undang atau pemerintah atas Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat."[420]

Berdasarkan penjelasan Pasal 7 ayat (4) di atas, menunjukan bahwa tidak ada penjelasan logis yang menerangkan produk 'Surat Edaran' merupakan bagian dari peraturan perundang-undangan. Nomenklatur yang digunakan dalam penjelasan Pasal 7 ayat (4) adalah 'peraturan' dalam arti *regeling, id est* secara materiil diartikan juga aturan hukum yang *in abstracto* atau *general norm* yang sifatnya mengikat umum (berlaku umum) dan tugasnya adalah mengatur hal-hal yang bersifat umum (*general*). Sedangkan nomerklatur 'Surat Edaran' adalah bentuk atau format dari norma peraturan kebijakan, *id est* secara materiil merupakan suatu produk pejabat TUN atas dasar penggunaan wewenang diskresi (*ermessen*). Terkait hal itu, Ridwan mengatakan bahwa berdasarkan hukum administrasi, Surat Edaran (*circulaire*)

[420] Lihat Penjelasan Pasal 7 ayat (4) Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4389, hlm. 19.

tergolong sebagai peraturan kebijakan (*beleidregel*), yakni jenis peraturan yang kewenangan pembuatannya ada pada pemerintah atas dasar *discretionary power*.[421]

Dalam Permenpan No. 80 tahun 2012 tentang Pedoman Tata Naskah Dinas Instansi Pemerintah disebutkan bahwa 'Surat Edaran' sebagai naskah dinas yang memuat pemberitahuan tentang hal tertentu yang dianggap penting dan mendesak.[422] Hakikat peraturan kebijakan (*beleidregel*) dibentuk sebagai pengaturan operasional atau penjabaran peraturan perundang-undangan (*algemene verbindende voorscrift*) dan kehadirannya dimaksudkan untuk mendinamisir implementasi suatu undang-undang. Dengan demikian, peraturan kebijakan bukanlah dan tidak bisa disamakan dengan peraturan perundang-undangan meskipun materi atau isi yang diatur dalam peraturan kebijakan bersifat umum dan mengikat umum.

Menujuk pada unsur-unsur (elemen) peraturan perundang-undangan secara *expressis verbis* antara lain: (1) peraturan tertulis; (2) memuat norma hukum; (3) mengikat secara umum; (4) dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang; (5) prosedur pembentukannya berdasarkan peraturan perundang-undangan. Sedangkan elemen peraturan kebijakan secara konseptual dapat disebutkan antara lain: (1) produk pejabat TUN berbentuk tertulis; (2) memuat norma hukum dalam bidang pemerintahan '*berstuursgebied'*; (3) dapat mengikat langsung atau tidak langsung secara umum; (4) dibentuk oleh Badan atau Pejabat TUN

[421] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 202.

[422] Lihat lampiran Peraturan Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi Republik Indonesia No. 80 Tahun 2012 Tentang Pedoman Tata Naskah Dinas Instansi Pemerintah, berlaku efektif 9 Januari 2013, Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2013 Nomor 69, hlm. 14.

berdasarkan wewenang diskresi (*ermessen*) yang melekat pada jabatannya. Atas dasar perbedaan unsur-unsur tersebut tampak bahwa peraturan perundang-undangan sangat jelas perbedaannya dengan peraturan kebijakan.

Dari segi sumber wewenangnya, peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan sama-sama bersumber pada wewenang atribusi ataupun wewenang delegasi, namun perbedaannya bila wewenang melalui atribusi atau delegasi terhadap pembentukan peraturan perundang-undangan dapat dilacak atau secara eksplisit (tersurat) dalam UUD, UU formil ataupun pada peraturan perundang-undangan lainnya sebagai rujukan kewenangannya. Sedangkan dalam pembentukan peraturan kebijakan bersumber dari wewenang diskresi (*ermessen*) baik melalui atribusi maupun delegasi yang melekat pada jabatannya (*inherent aan het bestuur*). Diskresi hakikatnya ialah wewenang bebas (*vrij bevoegheid*) sehingga sangat nyatalah perbedaan antara ‘peraturan perundang-undangan’ dengan ‘peraturan kebijakan’. Penafsiran MA *in casu* hanya bersandar pada penjelasan ketentuan Pasal 7 ayat (4) tidak secara jelas dan logis menyatakan SE PPMB yang *nota bene* peraturan kebijakan (*beleidregel*) dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan. dengan demikian, *ratio decidendi* MA tersebut di atas yang menafsirkan SE PPMB dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan adalah tidak tepat bahkan tidak logis sehingga sampai pada kesimpulan bahwa MA dapat melakukan uji materiil terhadap SE PPMB tersebut.

2. Uji Materiil Keputusan Presiden RI No. 3 Tahun 1997, tentang Pengawasan Dan Pengendalian Minuman Beralkohol

Perkara ini di awali dengan diajukannya permohonan uji materiil oleh organisasi masyarakat Forum Pembela Islam (FPI) dengan surat permohonannya tertanggal 10 Oktober 2012 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Agung pada tanggal 10 Oktober 2012 dan didaftar dibawah Register Nomor: 42 P/HUM/2012. Pada perkara *in casu* FPI mengajukan permohonan keberatan hak uji materiil terhadap Keputusan Presiden R.I. No. 3 Tahun 1997 tentang Pengawasan dan Pengendalian Minuman Beralkohol (Keppres PPMB). Pokok alasan keberatan permohonan uji materiil yang diajukan FPI antara lain:

> "Bahwa dalam ketentuan Pasal 3 Ayat 1 Keppres No. 3 Tahun 1997 telah membuat klasifikasi minuman beralkohol dalam 3 (tiga) jenis yaitu: Produksi minuman beralkohol hasil industri di dalam negeri dan berasal dari impor, dikelompokkan dalam golongan-golongan sebagai berikut: (a) Minuman beralkohol golongan A adalah minuman beralkohol dengan kadar ethanol (C2H5OH) 1% (satu persen) sampai dengan 5% (lima persen); (b) Minuman beralkohol golongan B adalah minuman beralkohol dengan kadar ethanol (C2H5OH) lebih dari 5% (lima persen) sampai dengan 20% (dua puluh persen); (c) Minuman beralkohol golongan C adalah minuman beralkohol dengan kadar ethanol (C2H5OH) 20% (dua puluh persen) sampai dengan 55% (lima puluh persen)."[423]

Akibat dari pengaturan dan penggolongan jenis-jenis alkohol tersebut, oleh FPI selaku pihak pemohon mendalilkan secara filosofis bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila sebagaimana termaktub dalam pembukaan UUD khususnya alenia ke-4 sebagai ideologi negara, antara lain berikut:

[423] Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat pertama dan terakhir perkara permohonan keberatan Hak Uji Materiil dalam *Front Pembela Islam v. Presiden Republik Indonesia*, No. 42 P/HUM/2012. hlm. 19.

> "Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/ Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Bahwa kemudian hal tersebut ditegaskan pada Batang Tubuh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yaitu ketentuan Pasal 29 Ayat (1) Amandemen Ke-4 (empat) menyatakan: 'Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa', Bahwa sebagai Negara yang berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa maka substansi atau muatan Keppres No. 3 Tahun 1997 yang mengatur produksi dan klasifikasi jenis minuman beralkohol sangat bertentangan dengan nilai-nilai religi yang hidup dan terkandung didalam Pancasila dan UUD Tahun 1945 karena tidak satupun dari Agama yang ada di Indonesia membolehkan atau menghalalkan minuman beralkohol jenis apapun...maka oleh karena isi muatan (substansi) dari Keppres No. 3 Tahun 1997 bertentangan dengan Pancasila dan UUD Tahun 1945 maka sudah seharusnya dicabut dan dinyatakan tidak berlaku."[424]

Pemohon juga mendalilkan Keppres PPMB secara sosiologis bertentangan dengan peraturan perundang-undangan terkait *in casu* Undang-Undang No. 8 tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen, antara lain sebagai berikut:

> "Pasal 5 Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 1997 lokasi peredaran minuman beralkohol huruf (b) yakni Tempat tertentu lainnya sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilarang berdekatan dengan tempat peribadatan, sekolah, rumah sakit, atau lokasi tertentu lainnya yang ditetapkan oleh Bupati/Walikotamadya Kepala Daerah Tingkat II dan Gubernur Kepala Daerah Khusus Ibukota Jakarta untuk Daerah Khusus Ibukota Jakarta"[425]

Ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan Pasal 2 UU No. 8 tahun 1999, khususnya tidak adanya jaminan kepastian hukum dalam melindungi konsumen.

[424] *Ibid*, hlm. 19-20.
[425] *Ibid*, hlm. 22.

Kemudian, secara ekonomis FPI selaku pemohon mendalilkan pada pokoknya berikut ini:

> "...Minuman Beralkohol Atau Minuman Keras (MIRAS) adalah bukan termasuk pangan sebagaimana yang dimaksud didalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 1996 Tentang Pangan, karena mengandung ethanol yang secara kimia telah dibuktikan sangat berbahaya (tidak aman, tidak bermutu, dan tidak bergizi) bagi kesehatan dan nyawa jika dikonsumsi oleh manusia;
> Bahwa selain itu, dampak dari konsumsi minuman beralkohol atau minuman keras (miras) juga menyebabkan terjadinya kriminalitas baik pencurian, perampokan, penganiayaan, pemerkosaan, serta pembunuhan;
> Bahwa dengan demikian, maka Proses Produksi, Distribusi, dan Konsumsi Minuman Beralkohol Atau Minuman Keras (Miras) Tidak Dapat Memenuhi Terselenggaranya Suatu Sistem Pangan Yang Memberikan Perlindungan Bagi Kepentingan Kesehatan Serta Tidak Dapat Meningkatkan Kemakmuran Dan Kesejahteraan Rakyat Indonesia."[426]

Atas dasar itu FPI dalam permohonannya meminta MA membatalkan dan mencabut Keppres PPMB *a quo* karena pertimbangan pembentukkanya secara nyata tidak dapat menyelenggarakan ketentraman dan ketertiban kehidupan masyarakat Indonesia. Selain itu juga dianggap tidak dapat memenuhi terselenggaranya suatu sistem pangan yang memberikan perlindungan bagi kepentingan kesehatan serta tidak dapat meningkatkan kemakmuran dan kesejahteraan rakyat Indonesia. Dengan demikian, Keppres PPMB dinilai bertentangan dengan Pasal 1 ayat (1) dan (4) UU No. 7 Tahun 1996 Tentang Pangan. Adapun MA setelah menerima jawaban dari termohon yang diterima tanggal 4 Juni 2013. MA kemudian memberikan penilaian antara lain sebagai berikut:

> "Bahwa obyek permohonan *a quo* meskipun berbentuk keputusan tetapi memuat norma-norma yang bersifat mengatur (regulasi) mengenai pengawasan dan pengendalian minuman beralkohol dan merupakan peraturan perundang-undangan

[426] *Ibid*, hlm. 24-25.

> di bawah undang-undang, sehingga Mahkamah Agung berwenang untuk melakukan pengujian atas obyek permohonan *a quo* sesuai Pasal 31 A ayat (1) Undang-Undang 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung."[427]

Lebih lanjut, MA dalam pertimbangan hukumnya kemudian menegaskan yang antara sebagai berikut:

> "Bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut terbukti bahwa Keputusan Presiden RI Nomor 3 Tahun 1997, tentang Pengawasan dan Pengendalian Minuman Beralkohol telah bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi yaitu Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009, tentang Kesehatan, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1996 tentang Pangan, sehingga harus dibatalkan, dan oleh karenanya permohonan keberatan hak uji materiil dari Pemohon harus dikabulkan, dan peraturan yang menjadi obyek dalam perkara uji materiil *a quo* harus dinyatakan tidak sah sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum."[428]

Berdasarkan pertimbangan di atas, MA kemudian memberikan penegasan dalam diktum putusannya bahwa Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 3 Tahun 1997 tentang Pengawasan dan Pengendalian Minuman Beralkohol tidak sah dan tidak mempunyai kekuatan hukum dan memerintahkan kepada Presiden Republik Indonesia untuk mencabut Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengawasan dan Pengendalian Minuman Beralkohol.[429]

Merujuk pada *ratio decidendi* MA di atas, tampak jelas bahwa Keputusan Presiden oleh MA dikategorikan sebagai obyek uji materiil dengan dasar bahwa Keputusan Presiden *a quo* mengandung norma-norma yang bersifat mengatur. Tidak ada penjelasan logis oleh MA selain itu yang menerangkan produk keputusan

[427] *Ibid*, hlm. 49.
[428] *Ibid*, hlm. 56.
[429] *Ibid*, hlm. 56-57.

presiden merupakan bentuk peraturan perundang-undangan dibawah UU. Dalam Bab penutup Pasal 100 UU No. 12 Tahun 2011, menyebutkan sebagai berikut:

> "Semua Keputusan Presiden, Keputusan Menteri, Keputusan Gubernur, Keputusan Bupati/Walikota, atau keputusan pejabat lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 yang sifatnya mengatur, yang sudah ada sebelum Undang-undang ini berlaku, harus dimaknai sebagai peraturan, sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-undang ini."[430]

Berdasarkan ketentuan *a quo*, Keppres PPMB dapat dimaknai sebagai peraturan (*regeling*) tapi dengan syarat sepanjang tidak bertentangan dengan UU No. 12 Tahun 2011, tapi apakah demikian? Bila mengacu pada unsur-unsur peraturan perundang-undangan di dalam Pasal 1 angka (2) UU No. 12 Tahun 2011 antara lain: (1) peraturan tertulis; (2) memuat norma hukum; (3) mengikat secara umum; (4) dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang; (5) prosedur pembentukannya berdasarkan peraturan perundang-undangan sehingga keputusan presiden bukanlah bentuk dari peraturan perundang-undangan atau dengan kata lain, tidak dapat dimaknai sebagai peraturan perundang-undangan, meskipun dalam hal teknik penyusunan suatu produk keputusan secara *mutatis mutandis* mengikut teknik penyusunan yang diatur dalam UU No. 12 Tahun 2011.[431]

Menurut Hamid A. Attamimi bahwa Keputusan Presiden dapat mengandung norma hukum yang rentangnya luas, dari norma hukum yang umum-abstrak sampai kepada norma hukum yang individual-kongkrit, karena itu keputusan presiden dalam

[430] Pasal 100 UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, berlaku efektif 12 agustus 2011, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82. hlm. 49.

[431] Lihat Pasal 97 UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, berlaku efektif 12 agustus 2011, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82. hlm. 48.

perkembangannya merupakan ‘wadah’ bagi menampung aneka ragam peraturan dan keputusan, seperti:

a. Peraturan perundang-undangan yang delegasian (*gedelegeerde wettelijke regels*);
b. Peraturan yang menyelenggarakan kebijakan pemerintahan yang ‘tidak terikat’ (*beleidregels*);
c. Keputusan administratif yang berentan umum (*besluiten van algemene strekking*);
d. Keputusan administratif ditujukan kepada orang/orang-orang tertentu, yang disebut keputusan tata usaha negara (*besluiten gericht tot bepaalde-persoon/personen* atau *beschikkingen*).[432]

Pandangan tersebut sejatinya tidak seluruhnya relevan lagi dengan perkembangan terutama sejak lahirnya UU APEM. Salah satu dasar filosofis UU APEM yaitu “menjadi landasan hukum yang dibutuhkan guna mendasari keputusan dan atau tindakan pejabat pemerintahan”. Sedangkan, Keputusan diartikan sebagai ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan dan atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan.”[433] Lebih lanjut, suatu keputusan wajib diberi alasan yuridis, sosiologis, maupun filosofis. Namun, hal itu tidak diperlukan bila keputusan tersebut diikuti dengan penjelasan terperinci. Hal tersebut berlaku juga terhadap “keputusan diskresi”.[434] Di dalam UU APEM tidak dijelaskan secara jelas per definisi apa itu keputusan diskresi? Tetapi pengertian diskresi sendiri dalam UU APEM secara *expressis verbis* dimaknai sebagai keputusan dan/atau Tindakan yang

[432] A. Hamid S. Attamimi, “Hukum tentang...*op,cit*, hlm. 15.

[433] Pasal 1 angka (7) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 Oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 3.

[434] Pasal 55 ayat (1) – (3) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 Oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 44.

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.[435]

Dari rumusan tersebut, bila dikaitkan dengan Keppres PPMB tampak jelas bahwa Keppres *a quo* merupakan produk hukum tertulis pejabat TUN, memuat norma hukum dalam bidang pemerintahan, berlaku umum, mengikat dan berdampak langsung terhadap masyarakat, serta berdasarkan wewenang bebas (diskresi) yang melekat pada jabatannya. Dengan demikian Keppres PPMB *a quo* dengan sifatnya mengatur sejatinya bukanlah peraturan perundang-undangan melainkan suatu format (bentuk) dari peraturan kebijakan (*beleidregel*). Oleh karena itu, *ratio decidendi* MA dalam perkara *a quo* yang menafsirkan Keppres PPMB dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan sehingga berkesimpulan MA dapat melakukan uji materiil terhadap Keppres PPMB tidaklah tepat.

3. Uji Materiil Surat Edaran Mahkamah Agung No. 7 Tahun 2014 tentang Permohonan Pengajuan Peninjauan Kembali Terhadap Perkara Pidana

Pengujian Surat Edaran Mahkamah Agung No. 7 Tahun 2014 (SE PPPK) berawal dari permohonan keberatan uji materiil yang diajukan oleh Perkumpulan Masyarakat Pembaharuan Peradilan Pidana atau *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) dan kawan-kawan terhadap Surat Edaran Mahkamah Agung No. 7 Tahun

[435] Pasal 1 angka (9) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 Oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 3.

2014 tentang Permohonan Pengajuan Peninjauan Kembali Terhadap Perkara Pidana (SEMA No. 7 Tahun 2014). Permohonan *a quo* diterima kepaniteraan MA tanggal 20 April 2015 dan diregister dengan No. 27 P/HUM/2015. ICJR dan kawan-kawan sebagai pemohon menyampaikan alasan-alasan diantaranya sebagai berikut:

> "Bahwa keberadaan SEMA Nomor 7 Tahun 2014, telah sangat mengganggu dan menghambat aktivitas Pemohon Keberatan. Berlakunya peraturan *a quo* telah merugikan hak-hak Pemohon Keberatan untuk berperan secara kelembagaan dalam memastikan tegaknya hukum yang berkeadilan dan perjuangan untuk tegaknya penghormatan terhadap Hak Asasi Manusia yang merupakan mandat dari UUD 1945. Bahwa dengan demikian, berlakunya SEMA Nomor 7 Tahun 2014 baik secara konkrit dan faktual maupun potensial merugikan hak-hak Pemohon Keberatan. Keberadaan peraturan *a quo*, baik secara langsung maupun tidak langsung, telah merugikan berbagai macam usaha yang telah dilakukan secara terus-menerus dalam rangka menjalankan tugas dan peranan dari Pemohon Keberatan;"[436]

Lebih lanjut, menurut pemohon bahwa pertimbangan pembatasan pengajuan permohonan peninjauan kembali pada SEMA No. 7 Tahun 2014 tidak lain ialah agar terciptanya suatu kepatian hukum dan ketentuan pembatasan pengajuan permohonan PK hanya boleh satu kali sebagaimana diatur Pasal 24 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman *jo*. Pasal 66 ayat (1) UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan UU No. 5 tahun 2004. Pemohon juga mendalilkan bahwa MA telah keliru memahami Putusan MK No. 34/PUU-XI/2013. Dengan kata lain, Putusan MK *a quo* seharusnya tidak dimaknai sebagai semata-mata sebagai dasar terpidana untuk mengajukan permohonan peninjauan kembali lebih dari satu kali namun merupakan jaminan dari negara bagi

[436] 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. hlm. 20.

setiap orang untuk mengakses keadilan dengan mengajukan bukti baru yang belum pernah ditemukan pada saat persidangan.

Materi SE PPPK di atas oleh pemohon dianggap bertentangan dengan Pasal 6 ayat (1) huruf (i), Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan mengenai Asas kepastian hukum pada suatu peraturan perundang-undangan. selain itu SE PPPK dianggap bertentangan dengan asas kejelasan tujuan, asas kejelasan rumusan dan asas keadilan pada peraturan perundang-undangan yang diamanatkan melalui Pasal 5 huruf (a), (f) dan Pasal 6 ayat (1) huruf (g) UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan. Kemudian SE PPPK juga dianggap bertentangan dengan Pasal 8 ayat (1) dan (2) serta Pasal 10 ayat (1) huruf (a), (d) UU No. 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan. Atas dasar itu, meskipun hak akses terhadap keadilan yang dijamin UUD 1945 dapat dilakukan pembatasan, namun berdasarkan putusan MK No. 5/PUU-VIII/2010, pembatasan tersebut harus memenuhi dua kriteria persyaratan, yakni: (i) pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan dalam rangka penegakan hukum, dan (ii) Pembatasan tersebut diatur berdasarkan undang-undang.[437] ICJR dan kawan-kawan sebagai pemohon juga menyatakan sebagai berikut:

> "Bahwa dengan dibatasinya pengajuan permohonan peninjauan kembali oleh terpidana dan diinstruksikkannya Pengadilan Tingkat Banding dan Pertama untuk tidak menerima permohonan peninjauan kembali lebih dari satu kali oleh SEMA Nomor 7 Tahun 2014, merupakan perampasan terhadap Hak Asasi Manusia untuk mengajukan permohonan dalam perkara pidana, serta diadili melalui proses

[437] *Ibid*, hlm. 44.

peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang objektif oleh Hakim yang jujur dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar telah dirampas...maka dapat disimpulkan bahwa SEMA Nomor 7 Tahun 2014 bertentangan dengan Pasal 17 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2009 tentang Hak Asasi Manusia."[438]

Berdasarkan permohonan tersebut, Majelis Hakim MA menyatakan dalam pertimbangan hukumnya (*ratio decidendi*) sebagai berikut:

"...bahwa Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2014 tanggal 31 Desember 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana (obyek hak uji materiil *a quo*) ditujukan kepada ketua pengadilan tingkat banding dan ketua pengadilan tingkat pertama merupakan bentuk edaran dari pimpinan Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud oleh H.P. Panggabean tersebut diatur dan bukan bentuk peraturan sebagai peraturan Mahkamah Agung, sehingga SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tersebut tidak termasuk peraturan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, sehingga SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tersebut tidak termasuk obyek hak uji materiil."[439]

Kemudian atas dasar itu, MA menegaskan bahwa SE PPPK bukanlah obyek uji materiil karena tidak termasuk peraturan perundang-undangan, antara lain:

"Bahwa tidak ada pemberian delegasi mengenai pengaturan lebih lanjut tentang Peninjauan Kembali yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi maupun dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XI/2013 mengenai pengajuan tentang Peninjauan Kembali, sehingga obyek pengujian hak uji materiil berupa Surat Edaran Mahkamah Agung tersebut tidak termasuk peraturan perundang-undangan yang dapat diuji Mahkamah Agung atau menjadi obyek keberatan pengujian hak uji materiil pada Mahkamah Agung Republik Indonesia...oleh karena SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana (obyek hak uji materiil) tidak termasuk peraturan perundang-undangan yang dapat diuji Mahkamah Agung, maka permohonan hak uji materiil *a quo* haruslah dinyatakan tidak dapat diterima (*niet onvankelijke verklaard*)."[440]

[438] *Ibid*, hlm. 47.
[439] *Ibid*, hlm. 57.
[440] *Ibid*,.

Dengan dasar pertimbangan tersebut, MA kemudian dalam diktum putusannya tidak menerima permohonan keberatan uji materiil yang diajukan oleh ICJR dan kawan-kawan. Pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) MA tersebut bertolak belakang (kontrakdiktif) dengan Putusan MA yang terdahulu *in casu* putusan MA No. 23 P/HUM/2009. Hal tersebut menunjukan bahwa *ratio decidendi* MA tidak logis dan tidak konsisten.

Ada beberapa kelemahan dalam putusan *a quo* antara lain: *pertama*, pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) dalam putusan MA No. 23 P/HUM/2009 menyatakan bahwa meskipun Surat Edaran 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 perundang-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*), atas dasar itu MA kemudian menggolongkan surat edaran sebagai peraturan perundang-undangan. padahal sebagaimana telah diketahui secara teori surat edaran merupakan salah satu bentuk peraturan kebijakan (*beleidregel*). Namun, *ratio decidendi* dalam perkara *in casu* Putusan MA No. 27 P/HUM/2015, MA bersikap sebaliknya dengan menyatakan surat edaran bukanlah peraturan perundang-undangan sehingga bukanlah obyek hak uji materiil yang dapat diuji oleh MA. Penafsiran MA tersebut menunjukan tidak konsistennya *ratio decidendi* MA dalam suatu putusan yang obyeknya serupa.

Kedua, ruang lingkup urusan pemerintahan dalam Pasal 4 ayat (1) UU APEM menyebutkan bahwa tidak hanya penyelenggaraan fungsi pemerintahan dalam lingkup lembaga eksekutif namun melingkupi juga penyelenggaraan fungsi pemerintahan pada lembaga legislatif, yudikatif ataupun badan atau pejabat pemerintahan lainnya berdasarkan UUD atau UU. Fungsi pemerintahan yang dimaksud mencakup tentang hak dan kewajiban pejabat pemerintahan, kewenangan pemerintahan, diskresi, penyelenggaraan administrasi pemerintahan, prosedur administrasi pemerintahan, keputusan pemerintahan, upaya administratif, pembinaan dan pengembangan administrasi pemerintahan, dan sanksi administratif..[441] Merujuk pada norma *a quo* tampak bahwa begitu luasnya lapangan '*besturen*' (fungsi pemerintah) yang membawa konsekuensi melekatnya wewenang, termasuk wewenang diskresi dalam pelaksanaan fungsi pemerintahan di lingkungan yudikatif. Hal tersebut dapat dilihat secara nyata dalam berbagai macam bentuk peraturan kebijakan (*beleidregel*) termasuk SEMA No. 7 Tahun 2014. Dengan demikian, surat edaran yang dikeluarkan MA merupakan instrumen hukum sebagai pelaksanaan fungsi pemerintahan dalam lingkungan lembaga yudikatif.

Adapun di dalam Pasal 28 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman telah ditegaskan bahwa "susunan, kekuasaan, dan hukum acara Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 (Peradilan Umum, Peradilan Agama, PTUN, Peradilan

[441] Lihat Pasal 4 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif tanggal 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 7-8.

Militer) diatur dalam undang-undang".[442] Bersandar pada norma tersebut, dapat disebutkan bahwa pengaturan tentang hukum acara di MA dan peradilan dibawahnya hanya boleh diatur melalui UU, bukan dengan Surat Edaran atau bentuk produk administrasi lainnya sehingga SEMA No. 7 Tahun 2014 *a quo* yang mengatur tentang mekanisme beracara tentang pembatasan peninjauan kembali jelas bertentangan dengan ketentuan Pasal 28 UU kekuasaan kehakiman. Oleh karena itu, menerbitkan Surat edaran untuk tujuan pengaturan hukum acara ialah keliru dan tidak tepat.

Ketiga, di dalam pertimbangan hukumnya (*ratio decidendi*), MA menyebutkan bahwa tidak ada pemberian delegasi mengenai pengaturan lebih lanjut tentang Peninjauan Kembali (PK) yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi maupun dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XI/2013 sehingga obyek pengujian hak uji materiil berupa Surat Edaran Mahkamah Agung tersebut tidak termasuk peraturan perundang-undangan yang dapat diuji oleh MA. Padahal ketentuan Pasal 28 UU kekuasaan kehakiman di atas jelas menegaskan bahwa pengaturan hukum acara hanya dapat di atur dengan produk hukum UU, bukan dengan surat edaran atau produk administrasi lainnya. Kemudian, pada prinsipnya wewenang pembentukan surat edaran ialah penggunaan wewenang diskresi yang melekat pada jabatannya (*inherent aan het bestuur*) dalam hal menjalankan fungsi pemerintahan, bukan menjalankan fungsi peradilan sehingga alasan MA yang menyatakan 'tidak ada pemberian delegasi' secara hukum fatal dan tidak logis.

[442] Lihat Pasal 28 Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, hlm. 7.

Berdasarkan uraian dari pendekatan tiga kasus (*case approach*) di atas, menunjukan bahwa *ratio decidendi* Mahkamah Agung dalam perkara-perkara uji materiil terhadap norma peraturan kebijakan (*beleidregel*) tampak berbeda-beda, tidak ada penjelasan logis dan saling kontradiktif antara putusan satu dengan yang lain, padahal obyek uji materiilnya serupa. Pada putusan Nomor : 23 P/HUM/2009 tentang uji materiil Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor : 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 (SE PPMB), *ratio decidendi* MA menyatakan bahwa surat edaran merupakan bagian dari peraturan perundang-undangan. padahal, dari segi teori jelas unsur-unsur peraturan perundang-undangan berbeda dengan peraturan kebijakan (*beleidregel*). Penafsiran MA *in casu* yang hanya bersandar pada penjelasan ketentuan Pasal 7 ayat (4) *a quo* tidak secara jelas dan logis menyatakan surat edaran (SE PPMB) yang *nota bene* adalah salah satu bentuk dari norma peraturan kebijakan (*beleidregel*) sehingga dapat digolongkan sebagai peraturan perundang-undangan. penafsiran MA *in casu* secara teoretik keliru dan sangat fatal.

Di dalam putusan No. 42 P/HUM/2012 tentang permohonan keberatan hak uji materiil terhadap Keputusan Presiden R.I. No. 3 Tahun 1997 tentang Pengawasan dan Pengendalian Minuman Beralkohol (Kepres PPMB). MA dalam pertimbangan hukumnya menyatakan bahwa Keputusan Presiden dikategorikan sebagai obyek uji materiil dengan dasar bahwa Keputusan Presiden *a quo* mengandung norma-norma

yang bersifat mengatur. Tidak ada penjelasan logis selain itu oleh MA yang menerangkan produk keputusan presiden merupakan bentuk peraturan perundang-undangan dibawah UU. Padahal keputusan presiden merupakan produk hukum tertulis pejabat TUN yang memuat norma hukum dalam bidang pemerintahan, berlaku umum, mengikat dan berdampak langsung terhadap masyarakat, serta berdasarkan wewenang bebas (diskresi) yang melekat pada jabatannya, sehingga Keppres PPMB bukanlah peraturan perundang-undangan meskipun sifatnya mengatur, tetapi Keppres PPMB *a quo* ialah suatu wujud dari peraturan kebijakan (*beleidregel*). Oleh karena itu, *ratio decidendi* MA dalam perkara *a quo* yang menafsirkan Keppres PPMB sebagai peraturan perundang-undangan tidaklah tepat.

Adapun dalam putusan No. 27 P/HUM/2015 tentang uji materiil terhadap Surat Edaran Mahkamah Agung No. 7 Tahun 2014 tentang Permohonan Pengajuan Peninjauan Kembali Terhadap Perkara Pidana (SEMA No. 7 Tahun 2014). *Ratio decidendi* MA menyebutkan bahwa surat edaran bukanlah peraturan perundang-undangan sehingga tidak termasuk merupakan obyek hak uji materiil yang dapat diuji oleh MA. pertimbangan hukum MA tersebut bertolak belakang (konstradiktif) dengan *ratio decidendi* dalam putusan No. 23 P/HUM/2009 meskipun obyek pengujiannya serupa yakni surat edaran yang *nota bene* adalah bentuk dari norma peraturan kebijakan (*beleidregel*). Berdasarkan uraian tersebut, tampak jelas bahwa peraturan kebijakan (*beleidregel*) dari segi normatif bukanlah peraturan perundang-undangan sehingga Mahkamah Agung (MA) tidaklah berwenang mengujinya dalam perkara uji

materiil atau dengan kata lain, MA telah keliru menafsirkan peraturan kebijakan sebagai obyek uji materiil.

B. Kewenangan Pengadilan Menguji Norma Peraturan Kebijakan Di Tinjau Dari Optik Hukum Administrasi Negara

1. Prinsip Pengujian Diskresi dan Peraturan Kebijakan

Telah dikemukakan dalam Bab Pendahuluan bahwa dalam penelitian ini digunakan perspektif hukum administrasi negara. Perspektif tersebut digunakan dimaksudkan sebagai kerangka teoretik untuk menganalisis hukum positif berlaku. Bila merujuk pada perspektif (optik) hukum administrasi negara, sebagaimana pernah disebutkan dimuka bahwa dalam suatu negara hukum setiap tindakan pemerintah wajib dipertanggungjawabkan atau dapat dimintai pertanggungjawaban. Dengan kata lain, tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban atau sebaliknya tanpa wewenang tidak ada pertanggungjawaban (*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid* atau *zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid*).

Prinsip utama dalam negara hukum ialah adanya asas legalitas, artinya tindakan para penyelenggara negara harus berdasar atas hukum. Dengan kata lain, hukum menjadi dasar kekuasaan. Hal itu membawa konsekuensi bahwa pemerintah sendiri harus tunduk pada undang-undang yang ia sendiri membentuknya, maupun kepada hukum yang lebih agung (konstitusi). Di dalam pembukaan konstitusi Republik Indonesia (UUD 1945) sebagaimana telah disebutkan di muka menunjukkan bahwa disamping sebagai negara hukum, Indonesia juga sebagai negara kesejahteraan,

dimana pemerintah Indonesia dituntut untuk mewujudkan kesejahteraan umum bagi seluruh rakyat Indonesia.

Dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum yang merupakan amanat dari pembukaan UUD RI 1945, pemerintah Indonesia tidak dapat menolak untuk memberikan pelayanan kepada warga negara dengan alasan tidak ada peraturan yang mengaturnya *(iura officialibus consilia*). dengan kata lain, meskipun pada dasarnya setiap tindakan pemerintah itu harus berdasarkan pada asas legalitas, namun tidak setiap urusan warga negara yang dihadapi atau dilayani pemerintah itu telah ada undang-undangnya, maka pemerintah dapat melakukan tindakan atau memberikan pelayanan atas dasar diskresi.[443]

Kewajiban pemerintah melaksanakan fungsi pelayanan (*public service*) mengakibatkan diserahinya kewenangan yang luas kepada *bestuur* (jabatan pemerintah) termasuk kewenangan bebas (diskresi). Terkait hal itu, Amrah Muslimin mengatakan bahwa tugas negara dalam keseluruhan menurut faham modern sekarang ini dalam suatu negara kesejahteraan (*social service state*) adalah menyelenggarakan kepentingan umum untuk memberikan kemakmuran dan perasaan kesejahteraan yang sebesar-besarnya berdasarkan keadilan dalam suatu negara hukum.[444] Dengan kata lain, eksistensi atau kehadiran suatu pemerintah ditandai dengan kesiapannya dalam memberi pelayanan terbaik kepada masyarakat.[445]

---

[443] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 90.
[444] Amrah Muslimin, *Beberapa...op,cit*, hlm. 110.
[445] Miftah Thoha, "Lembaga...*op,cit*, hlm. 12.

Kewenangan yang luas yang dimiliki oleh '*bestuur'* pemerintah bertujuan untuk mengatasi, menjawab persoalan yang bersifat kongkrit dan faktual, sebab tidak jarang persoalan-persoalan penyelenggaraan pemerintahan muncul pada persoalan faktual yang tidak terduga sebelumnya. Meluasnya peranan pemerintah dalam melakukan tugas-tugas penyelenggaraan pemerintahan mengakibatkan sumber pemberian wewenang pemerintah tidak dapat lagi terbatas hanya pada UUD dan UU, tetapi juga bertindak berdasarkan kewenangan diskresi (*discretionary power*) untuk menyelesaikan masalah-masalah penting yang timbul secara faktual dan peraturannya belum ada (*leemten in het recht*), samar-samar (*vage norm*), memberikan pilihan (*choice*) atau terjadi stagnasi pemerintahan.

Pelaksanaan kewenangan pemerintah yang luas tersebut mengandung arti bahwa pertanggungjawaban tindakan secara hukum dan pemberian perlindungan kepada anggota masyarakat terhadap tindakan hukum pemerintahan. Dalam perspektif hukum administrasi, wewenang merupakan dasar untuk bertindak bagi badan atau pejabat pemerintah (TUN). Oleh karena itu, wewenang pemerintahan selalu dibatasi isi (materi), waktu dan wilayah dan penggunaan wewenang termasuk wewenang bebas (diskresi) hakikatnya harus tunduk pada batasan-batasan hukum baik tertulis maupun tidak tertulis (AUPB). Sebebas apapun wewenang yang diberikan, penggunaannya tidak boleh melanggar batasan-batasan yang ditetapkan paling tidak dengan hukum tidak tertulis terutama larangan penyalahgunaan kewenangan (*verbod de tournament de puvoir*), larangan sewenang-wenang (*verbod*

van willekeur), asas persamaan (*gelijkheidsbeginsel*) dan asas mendengarkan para pihak.

Dalam hukum positif Indonesia, kewenangan bebas (diskresi) atau lazim juga disebut *ermessen* yang dijalankan pejabat pemerintahan tidak lain 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.[446] Hal tersebut menunjukkan bahwa wujud kewenangan diskresi (*ermessen*) tidak hanya terbatas pada keputusan pemerintahan (*beschikking*), tetapi juga pada tindakan-tindakan lainnya dari organ pemerintah (misalnya: *feitelijke handelingen*) guna menjalankan tugas penyelenggaraan pemerintahan untuk mewujudkan tujuan negara sebagaimana diamanatkan konstitusi (UUD 1945).

Kewenangan diskresi (*ermessen*) melekat pada setiap jabatan pemerintahan (*inherent aan het bestuur*), akan tetapi dalam pelaksanaannya bukan berarti menegasikan asas legalitas, melainkan berfungsi menciptakan fleksibilitas dalam penyelenggaraan pemerintahan. Diskresi (*ermessen*) yang dirumuskan dalam bentuk tertulis umumnya akan menjadi peraturan kebijakan (*beleidregel*) yang dapat berupa surat edaran, instruksi, keputusan, bahkan ada yang menggunakan nomenklatur peraturan. Oleh karena itu, untuk mengukur sah tidaknya peraturan kebijakan tidak dapat hanya dilihat dari bentuk formilnya, namun harus dilihat dari isinya (materiil).

[446] Lihat Pasal 1 angka (9) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, hlm. 2.

Telah disebutkan dimuka bahwa peraturan kebijakan bukanlah berasal dari suatu wewenang pembentuk undang-undang (*wetgever*) dan bila digunakan kriteria formil bukanlah termasuk peraturan perundang-undangan. Indroharto menyebutkan bahwa isi muatan peraturan kebijakan (*beleidregel*) merupakan pelaksanaan atau penjabaran kebijaksanaan-kebijaksanaan lebih lanjut dari wewenang diskresioner yang memiliki dan yang harus dilaksanakan oleh para badan atau jabatan TUN sebagai aparat pemerintah, oleh karena itu dinamakan peraturan kebijakan (*beleidregel*).[447] Menurut Ridwan, kemunculan peraturan kebijakan (*beleidregel*) disebabkan karena beberapa kemungkinan yaitu:

> "Pertimbangan berbagai kemungkinan (*de afweging van belangen*), ketiadaan peraturan perundang-undangan (*geen wettelijke voorschriften bestaan*), penemuan fakta-fakta (*vasstelling van feiten*), penjelasan peraturan perundang-undangan (*de uitleg van wettelijke voorshriften*), dan interpretasi terhadap undang-undang (*wetinterpretatie*)."[448]

Penggunaan instrumen peraturan kebijakan sebagai wujud pelaksanaan kewenangan diskresi (*ermessen*) digunakan untuk menjalankan urusan pemerintahan yang meliputi semua aktivitas badan dan/atau pejabat pemerintahan yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan dalam lingkup lembaga eksekutif, lembaga yudikatif, lembaga legislatif serta badan pemerintahan lainnya yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan yang disebutkan UUD dan/atau UU.[449] Terkait hal itu, Martina Künnecke pernah mengatakan bahwa *discretion is an*

---

[447] Indroharto, *Usaha Memahami...op,cit,* hlm. 197.

[448] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 146.

[449] Lihat Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 4.

importen tool to reach just decision[450] (diskresi sebagai sarana penting merumuskan keputusan atau kebijakan). Bahkan lebih jauh Kenneth Culp Davis menulis bahwa *discretionary action is the lifeblood of the administrative process*[451] (tindakan diskresi sebagai sumber kehidupan dari proses administratif).

Berkenaan dengan hal itu, menurut Bagir Manan bahwa peraturan kebijakan (*beleidregel*) sebagai "peraturan" yang bukan peraturan perundang-undangan, peraturan kebijakan tidak secara langsung mengikat secara umum, tetapi mengandung relevansi hukum.[452] Namun, pendapat berbeda dikemukakan oleh Marcus Lukman yang menyatakan bahwa justru peraturan kebijakan (*beleidregel*) mempunyai efek yuridis yang sama kekuatannya dengan peraturan perundang-undangan murni, dimana kekuatan mengikatnya sangat tergantung tipe dari peraturan kebijakan itu sendiri. Tipe pertama ialah peraturan kebijakan intra-legal atas dasar kebebasan mempetimbangkan intra-legal yang memiliki memiliki landasan UU yang jelas dapat diuji secara "*wetmatigheid*". Sedangkan tipe kedua yakni peraturan kebijakan ekstra-legal yang sepenuhnya berada diluar konteks UU tidak dapat diuji secara "*wetmatigheid*" melainkan pada aspek "*doelmatigheid*". Adapun tipe ketiga, peraturan kebijakan kontra-legal yaitu mengandung unsur kebebasan yang luas pejabat administrasi negara untuk menyimpangi UU hanya dapat diuji berdasarkan asas *doelmatigheid* dan AUPB.[453]

---

[450] Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 74.
[451] Kenneth Culp Davis, *Administrative...op,cit*, hlm. 88.
[452] Bagir Manan, "Peraturan..."*op,cit*, hlm. 14.
[453] Disarikan dari Marcus Lukman, "Eksistensi Peraturan..."*op,cit*, Disertasi, hlm. 196.

Hakikat dibentuknya peraturan kebijakan sesungguhnya sebagai sarana hukum pemerintah (*juridische instrumentarium*) pengaturan operational dan instrumen guna mendinamisir pelaksanaan UU. Namun, tidak jarang dalam implementasinya peraturan kebijakan acapkali melanggar atau membatasi hak asasi manusia, digunakan sebagai sarana bertindak sewenang-wenang atau bahkan melakukan penyalahgunaan wewenang. Oleh sebab itu, menurut Bagir Manan bahwa sangat perlu untuk menemukan asas-asas yang dapat menjadi kendali bagi peraturan kebijakan. Asas-asas tersebut antara lain asas negara berdasarkan atas hukum, asas perlindungan terhadap masyarakat dan asas-asas umum penyelenggaraan administrasi yang layak.[454] Peraturan kebijakan yang digunakan diluar asas-asas tersebut bukanlah dalam rangka pelaksanaan diskresi (*ermessen*).

Berdasarkan pendapat para ahli sebagaimana telah disebutkan dimuka, terdapat beberapa ciri peraturan kebijakan yang dapat dijadikan parameter membedakannya dengan peraturan perundang-undangan, antara lain:

(1) Peraturan kebijakan selalu materi atau isinya mengatur dan mengikat warga negara tetapi bentuknya tidak selalu dituangkan dalam bentuk peraturan tertentu yang bersifat resmi;

(2) Subyek yang berwenang mengeluarkan peraturan kebijakan ialah badan atau pejabat TUN atas dasar wewenang diskresi dan keberlakukannya berada pada bidang '*bestuur*' (*bestuurgebied*);

[454] Bagir Manan, "Peraturan...*op,cit*, hlm. 20.

(3) Peraturan kebijakan merupakan produk TUN yang bertujuan berlaku keluar dalam wujud tertulis (*naar buiten gedracht schriftelijk beleid*) dan selalu dituangkan dalam bentuk tertulis.

(4) Peraturan kebijakan hanya berfungsi sebagai bagian dari operasional penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan, mengatasi persoalan konkret yang dihadapi, karenanya tidak dapat mengubah ataupun menyimpangi peraturan perundang-undangan (asas legalitas);

(5) Selalu berdasarkan kewenangan diskresi (*ermessen*);

(6) Penggunaan peraturan kebijakan harus dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral maupun hukum.

Berkenaan dengan tolak ukur pengujian peraturan kebijakan, Ridwan mengatakan bahwa terdapat perbedaan pendekatan pengujian keabsahan diskresi dan peraturan kebijakan dalam sistem *common law* dengan sistem *civil law*. Di dalam sistem *common law* pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) menggunakan pendekatan *ultra vires* yang mencakup tiga dasar pengujian (*toetsingsgrond*) yaitu *illegality* (ilegalitas), *procedural impropriety* (penyimpangan prosedur), *irrationality* (irasionalitas), sedangkan pada sistem *civil law* menggunakan pendekatan *rechtmatigheid* dan *doelmatigheid*. Diskresi dianggap memiliki keabsahan jika tidak bertentangan dengan hukum tertulis (*gescrheven recht*) dan hukum tidak tertulis (*ongescrheven recht*) yaitu asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene*

beginselen behoorlijk bestuur).[455] Terdapat kelemahan dalam pendapat di atas, yaitu keabsahan diskresi atau peraturan kebijakan diukur dengan tidak bertentangan dengan hukum tertulis (*gescrheven recht*) padahal sebagaimana telah dikemukakan bahwa peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan, betapapun sama-sama mengikat umum dan pembentukannya didasarkan wewenang diskresi (*ermessen*) yang melekat pada jabatan pemerintahan (*inherent aan het bestuur*) sehingga peraturan kebijakan tidak dapat di uji menggunakan peraturan tertulis, melainkan hanya dengan (*ongescrheven recht*) yakni (AUPB) terutama asas larangan penyalahgunaan wewenang (*verbod detournement de puvoir*), asas larangan tindakan sewenang-wenang (*verbod van willekeur*). Dengan demikian, tolak ukur atau dasar pengujian diskresi dan peraturan kebijakan tidak dapat disandarkan pada tolak ukur hukum tertulis (*geschrevenrecht*), karena peraturan kebijakan (*beleidsregel*) sejatinya merupakan pelaksanaan wewenang diskresi (*ermessen*).

Philipus M. Hadjon mengatakan bahwa perbuatan kebijakan penguasa tidak termasuk kompetensi pengadilan kecuali kalau ada unsur "*willekeur*" dan "*detournement de puvoir*".[456] Oleh sebab itu, pada prinsipnya tolak ukur pengujian peraturan kebijakan wajib disandarkan pada asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) sebagai *levende beginselen* (prinsip-prinsip yang hidup). Atas dasar itu maka, norma peraturan kebijakan (*beleidregel*) tidak dapat dilakukan uji materiil

[455] Disarikan dari Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 154-156.
[456] Philipus M. Hadjon, *Perlindungan...op,cit,* hlm. 124.

melainkan hanya dengan pengujian secara marginal (*marginal toetsing*) oleh badan peradilan administrasi (PTUN).

Menurut S.F. Marbun bahwa AUPB secara fungsional dapat digunakan oleh hakim peradilan administrasi untuk menguji suatu keputusan yang dikeluarkan atas dasar kewenangan bebas dan beberapa putusan hakim peradilan administrasi yang di dalam pertimbangan hukumnya mengacu kepada AUPB antara lain: asas persamaan, asas kecermatan dan bertindak hati-hati, asas kepastian hukum, asas bertindak sewenang-wenang, asas penyalahgunaan wewenang, asas kejujuran atau keterbukaan, asas kepercayaan dan pengharapan, dan lain-lain.[457] Di dalam Pasal 10 ayat (1) dan (2) UU APEM disebutkan AUPB yang diatur meliputi asas kepastian hukum, asas kemanfaatan, asas ketidakberpihakan, asas kecermatan, asas tidak menyalahgunakan kewenangan, asas keterbukaan, asas kepentingan umum, dan asas pelayanan yang baik. Adapun asas-asas umum lainnya di luar AUPB dapat diterapkan sepanjang dijadikan dasar penilaian hakim yang tertuang dalam putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.[458] Di samping itu, karena di dalam diskresi itu terkandung makna pertimbangan berbagai kepentingan terkait, pilihan, dan pencapaian tujuan,

[457]Beberapa putusan yang mendasarkan pada AUPB anatara lain: Putusan PTUN Medan No. 86/F/1992/PTUN-Mdn, Putusan PTUN Medan No.65/G/1992/PTUN-Mdn, Putusan PTUN Palembang No. 16/PTUN/G/PLG.1991, Putusan PTUN Jakarta No. 197/G/1992/IJJ/PTUN-Jkt dan seterusnya. Lihat dalam S.F. Marbun, *Asas-Asas Umum...op,cit*, hlm. 63-66.

[458] Pasal 10 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292. hlm. 13.

maka keabsahan diskresi dan peraturan kebijakan juga didasarkan pada rasionalitas (*redelijkheid*), efektifitas dan efesiensi (*doeltreffenheid en doelmatigheid*).[459]

Tolak ukur pengujian diskresi (*ermessen*) dalam UU APEM sebagaimana pernah disebutkan di muka ialah konsep penyalahgunaan wewenang yang meliputi melampaui wewenang, mencampuradukkan wewenang, dan sewenang-wenang. Dari segi teori hukum administrasi, rumusan tersebut tidaklah tepat disebabkan beberapa alasan antara lain:

(1) Dalam perspektif hukum administrasi, konsep melampaui wewenang (*beyond authority*) memiliki perbedaan karakter dengan konsep penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) dan konsep tindakan sewenang-wenang (*willekeur*), karena itu tolak ukur untuk melakukan pengujian juga berbeda, melampaui wewenang di uji dengan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*), sedangkan penyalahgunaan wewenang di uji dengan asas spesialitas (*specialiteitsbeginsel*) yang sejatinya melihat pada aspek *doelmatigheid*. Sedangkan batu uji untuk mengukur tindakan sewenang-wenang tidak lain ialah asas rasionalitas sehingga muncul pertanyaan bagaimana mungkin tiga konsep dengan tolak ukur atau dasar pengujiannya berbeda sama sekali digabungkan (disatukan) dalam rumusan penyalahgunaan wewenang tersebut di atas, rumusan tersebut berpotensi menimbulkan persoalan dalam praktik di lapangan hukum administrasi kedepan;

[459] Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 154-156.

(2) Konsep mencampuradukkan wewenang dirumuskan sebagai tindakan yang dilakukan di luar cakupan bidang atau materi wewenang yang diberikan dan atau bertentangan dengan tujuan wewenang yang diberikan. Padahal secara konseptual tindakan diluar cakupan bidang atau materi wewenang (*onbevoegheid ratione materie*) merupakan bagian dari konsep *onbevoegdheid* (tidak berwenang) yang didalamnya melingkupi juga melampaui wewenang. Sedangkan mencampuradukkan wewenang sebenarnya bagian dari penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*), sebab penyalahgunaan wewenang esensinya ialah menggunakan wewenang untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang (parameternya asas spesialitas).

(3) Konsep sewenang-wenang (*willekeur*) sejatinya tindakan atau keputusan pemerintah yang tanpa menimbang semua kepentingan yang terkait atau pertimbangannya sedemikian tidak masuk akal sehingga mengakibatkan kebijakan yang sama sekali tidak diterima dan dibenarkan. Parameternya untuk mengukur ialah asas rasionalitas, bukanlah sebagaimana rumusan di dalam Pasal 32 UU APEM yakni tindakan dikategorikan sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang.

Suatu peraturan kebijakan (*beleidsregel*) yang berdasar wewenang diskresi (*ermessen*) dikatakan sah atau tidak sah sangat tergantung pada apakah organ pemerintah melampaui wewenang atau tidak? baik dari segi materi, wilayahnya maupun dari segi waktu berlakunya. adapun dikategorikan penyalahgunaan wewenang apabila penggunaan peraturan kebijakan untuk tujuan lain dari maksud

diberikannya wewenang. Sedangkan peraturan kebijakan dikatakan sewenang-wenang bila dalam hal pertimbangannya tidak masuk akal dan tidak dapat diterima oleh nalar publik (irasional).

Bentuk pengujian peraturan kebijakan yang melanggar keseluruhan atau salah satu dari tiga batu uji di atas melalui peradilan administrasi (PTUN). Pengujian ini dikenal dengan istilah pengujian marginal (*marginale toetsing*). Terkait hal itu, Indroharto mengatakan bahwa pada pengujian secara marginal itu, penentuan apakah suatu kebijaksanaan itu tepat, adil dan sebagainya diserahkan kepada instansi yang bersangkutan. baru kalau apa yang diputuskan itu tidak dianggap baik menurut hukum. maka barulah hakim turun tangan.[460] Dengan kata lain, Hakim atau pengadilan harus menghormati diskresi pemerintah dan penggunaan peraturan kebijakan (*beleidregel*). Senyampang terdapat peraturan kebijakan yang bermasalah, maka hakim atau pengadilan tidak dapat langsung mengambil alih memeriksa dan memutus. Hakim atau pengadilan harus memberikan kesempatan pengujian peraturan kebijakan itu dilakukan melalui prosedur keberatan atau upaya administrasi yang sifatnya internal pemerintah (*administrative review*). Hakim atau pengadilan baru dapat memeriksa dan memutus sengketa pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) apabila upaya proses internal pemerintah telah selesai tapi dirasa tidak adil dan tetap bertentangan dengan hukum.

[460] Indroharto, *Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, dalam Paulus Effendie Lotulung, *Himpunan...op,cit,* hlm. 167.

Dalam hal penilaian unsur penyalahgunaan wewenang secara *expressis verbis* diatur di dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) PERMA No. 4 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara Dalam Penilaian Unsur Penyalahgunaan Wewenang yang berbunyi bahwa pengadilan berwenang menerima, memeriksa dan memutus permohonan penilaian ada atau tidak ada penyalahgunaan wewenang dalam keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintahan sebelum adanya proses pidana. Tetapi pengadilan baru berwenang menerima, memeriksa dan memutus penilaian permohonan setelah adanya hasil pengawasan aparat pengawasan intern pemerintah.[461] atas dasar itu maka dalam setiap pengujian keputusan dan/atau tindakan pemerintahan atas dasar kewenangan diskresi (peraturan kebijakan) wajib terlebih dilakukan melalui mekanisme internal pemerintah sebelum hakim atau pengadilan mengambil alih. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pada prinsipnya pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) dapat ditempuh melalui upaya atau keberatan administratif dan/atau dengan pengujian secara marginal (*marginale toetsing*) melalui Peradilan Tata Usaha Negara.

2. Perbandingan Pengujian Diskresi dan Peraturan Kebijakan

a. Inggris

Untuk mengetahui pengujian peraturan kebijakan (*policy rule; quasi-legislation*) di Inggris, perlu dikemukakan terlebih dahulu sistem hukum dan struktur organisasi badan peradilan di negara tersebut. Inggris merupakan negara yang menganut konsep *the rule of law* dan menempatkan *equality before the law* sebagai

[461] Lihat Pasal 2 ayat (1) dan (2) Peraturan Mahkamah Agung No. 4 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara Dalam Penilaian Unsur Penyalahgunaan Wewenang, berlaku efektif 24 Agustus 2015, Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 1267. hlm. 3-4.

salah satu asasnya. Penerapan asas ini membawa konsekuensi kesetaraan semua orang pada hukum yang dilaksanakan melalui peradilan biasa.[462] Karakteristik tersebut menunjukan tidak terdapat perbedaan format antara hukum publik dan hukum privat seperti dalam sistem hukum di negara-negara eropa kontinental.

Kontrol terhadap sah-tidaknya tindakan pemerintah oleh bada-badan peradilan di dalam sistem hukum Anglo Saxon disebut "*judicial review*" yang semata mendasarkan pada penilaian segi legalitas dari suatu tindakan pemerintah. Pada prinsipnya *judicial review* bersandar pada *common law*.[463] Martina Künnecke mengatakan bahwa melalui mekanisme *judicial review* inilah maka dijamin adanya perlindungan hukum terhadap rakyat dari tindakan sewenang-wenang atau kekeliruan pemerintah di bidang hukum. Tetapi jaminan sedemikian itu tidak hanya tercermin dengan adanya *judicial review* saja, yang pada hakekatnya merupakan tindakan represif sesudah dilakukannya suatu perbuatan atau dikeluarkannya putusan pemerintah. masih ada tindakan represif lainnya tetapi yang tidak dilakukan oleh suatu badan peradilan (hakim biasa), melainkan oleh badan-badan pemeriksa yang secara khusus dibentuk berdasarkan suatu *Act of Parliament* yang disebut badan-badan "*administrative tribunal*". Bahkan dari segi tindakan preventif untuk menghindari kesewenang-wenangan atau kekeliruan pemerintah dalam mengambil keputusan. Dikenal adanya prosedur angket publik atau "*hearing*" yang merupakan serangkaian syarat-syarat prosedural yang harus diperhatikan oleh pemerintah. di

[462] Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 253.
[463] Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 25.

samping itu, masih dikenal pula bentuk pengawasan lainnya terhadap pemerintah untuk melindungi hak-hak asasi warga negara, yaitu oleh suatu lembaga yang disebut *Parliamentary Commissioner For Administration* (PCA).[464] Di Inggris dikenal adanya empat mekanisme pengawasan terhadap pemerintah, antara lain:

1) *Fair Hearing* atau Prosedur Angket

Prosedur '*hearing'* ini secara umum diatur dalam UU Tahun 1958 dan beberapa peraturan berikutnya yang dikeluarkan sejak tahun 1962, yang semuanya itu merupakan hasil penelitian dari *committee on Administrative Tribunal and Enquiries* yang diketuai oleh Sir Oliver Franks, kemudian dikenal sebagai *Franks Report in* 1957.[465] Mekanisme *hearing* ini dimaksudkan bahwa para pihak yang akan dikenai putusan haruslah didengar terlebih dahulu pendapatnya oleh suatu pihak yang independen.

Suatu prosedur *hearing* dimulai dengan adanya pengumuman atau pemberitahuan kepada publik setempat tentang rencana atau maksud putusan pemerintah (terutama menyangkut masalah pekerjaan umum, pencabutan hak milik untuk kepentingan umum, masalah perencanaan dan pembangunan pemerintah yang sekiranya akan merugikan hak-hak individu, dan sebagainya). Dalam pengumunan tersebut ditentukan juga dimana dan kapan akan diadakan '*hearing'* tentang masalah bersangkutan dan diberitahukan juga secara garis besar program politik pemerintah tentang hal itu. Prosedur *hearing* ini dipimpin oleh seorang inspektur dan dilakukan

[464] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit,* hlm. 24.
[465] Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, 18.

di depan publik dan diakhiri dengan dibuatnya laporan (*report*) hasil pemeriksaan yang tidak mengikat pemerintah. bila pemerintah tidak setuju atau tidak mau mengikuti hasil laporan *hearing* maka wajib menjelaskan motif dan alasan penolakannnya. Dalam praktek jumlah prosedur *hearing* yang dilakukan setiap tahunnya sangat banyak sehingga rata-rata melebihi 10.000 kasus. Hal ini menunjukkan betapa proses *hearing* ini sudah merupakan bagian dari mekanisme administratif sehari-hari di Inggris.[466] Tetapi prosedur *hearing* jug memiliki beberapa kelemahan, salah satunya ialah meskipun melalui prosedur ini pihak rakyat dapat dan berhak untuk mengemukakan pendapatnya, namun pihak pemerintah/menteri berhak juga tidak dipaksakan untuk menuruti kehendak rakyat/hasil pemeriksaan '*hearing*' oleh karenanya pula maka masih terbuka kemungkinan pada akhirnya oleh rakyat dipandang bahwa prosedur '*hearing'* itu berlangsung secara tidak fair ataupun juga dianggap bahwa hasil/laporan prosedur '*hearing*' itu telah dikesampingkan begitu saja oleh pihak pemerintah/menteri yang bersangkutan.[467]

2) *Administrative Tribunals*

Istilah '*administrative tribunals*' ini merupakan suatu pengertian umum dari berbagai badan yang namanya berbeda-beda, misalnya *Board*, *Committee*, *Commissioner*, dan sebagainya yang bertugas menyelesaikan sengketa-sengketa antara rakyat dengan pemerintah dalam bidang-bidang tertentu. [468] Badan *Administrative Tribunals* di Inggris berbeda dengan badan *Tribunal Administratif* di

[466] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit,* hlm. 26.
[467] *Ibid,* hlm. 27.
[468] *Ibid,* hlm. 28.

Perancis. *Administrative Tribunals* di Inggris bukanlah sebuah Badan Peradilan, dengan kata lain, biasanya badan peradilan menggunakan istilah '*Court'* bukan '*Tribunal*' yang bertolak belakang dengan sistem yang berlaku di Perancis, dimana *Tribunal Administratif* sebagai sebuah Badan Peradilan. Di seluruh wilayah Inggris terdapat lebih dari 2000 tribunal yang mempunyai wewenang mengadili terhadap kurang lebih 50 macam kompetensi yang meliputi antara lain: masalah agraria, tanah, jaminan sosial, sewa-menyewa, kepegawaian, dan sebagainya.[469]

Menurut Martina Künnecke bahwa "*Tribunals were established to provide less formal alternatives to the procedures in court*" (Badan-badan Tribunal dibentuk untuk memberikan paling tidak sebagai cara alternatif formal kepada pengadilan). Badan-badan Tribunal yang utama yang dijalankan pemerintah Inggris saat ini antara lain: *the Appeals Service, the Mental Health Review Tribunals, CICAP*, *SENDIST (Educational Needs and Disabality Tribunal), General and Special Commissioners of Income Tax, VAT and Duties Tribunal, Social Security and Child Support Commissioners, Pension Appeals, Immigration Adjudicators and the Immigration Appeal Tribunal*.[470] Dengan jumlah perkara yang diterima oleh badan-badan Tribunal tersebut tiap tahun menunjukkan pentingnya peran lembaga *a quo* dalam sistem peradilan administrasi di Inggris.

Dalam *The Tribunals and Inquiries Act* Tahun 1958 dibentuk suatu lembaga yang disebut *Council on Tribunals* yang bertugas melakukan pengawasan seluruh

[469] *Ibid*, hlm. 30.
[470] Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 18.

Tribunal dan memberi saran-saran kepada Pemerintah atau *Lord Chancellor* tentang masalah penting yang menyangkut angket publik, ataupun juga diminta pendapatnya tentang pemebnukan Tribunal baru. Sejatinya *Council on Tribunals* lebih kepada suatu badan yang bersifat konsultatif yang terdiri dari kurang lebih 15 anggota yang diangkat oleh *Lord Chancellor*. Namun dari aspek politis, *Council on Tribunals* tidak mempunyai peranan berarti dibandingkan dengan *Parliamentary Commissioner for Administration* (PCA) kecuali mengenai rekomendasi tentang beberapa masalah. Badan ini tidak mempunyai ikatan kuat dengan Parlemen sehingga tidak mempunyai wewenang dan pengaruh yang cukup ampuh terhadap pemerintah.

3) *Parliamentary Commissioner For Administration* (PCA)

Lembaga ini dibentuk pada tahun 1967 sebagai realisasi dari hasil penelitian yang dicantumkan dalam laporan *WHYATT* yang dipublikasikan pada tahun 1961. Pembentukan lembaga ini juga diilhami oleh sistem Ombudsman yang berlaku di negara-negara *nordique* (Eropa Utara) sehingga Inggris merupakan negara besar yang juga meniru sistem Ombudsman, tetapi dengan sebutan lain yaitu *Parliamentary Commissioner for Administration* (PCA). Anggotanya PCA merupakan pejabat tinggi yang diangkat oleh Ratu atas usul Perdana Menteri, tetapi hanya dapat diberhentikan dari jabatannya atas persetujuan kedua kamar di Parlemen yaitu *House of Lords* dan *House of Commons*.[471]

Fungsi pokoknya adalah sebagai alat dari Parlemen untuk menerima dan memeriksa segala jenis pengaduan yang diajukan baik oleh seorang individu atau

[471] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit*, hlm. 32.

sebuah badan hukum mengenai keluhan ataupun kerugian yang diderita akibat dari tidak berfungsi secara baik administrasi pemerintahan (*maladministration*). Pengaduan dari rakyat tentang tindakan atau putusan Pemerintah yang merugikan tidak dapat diajukan secara langsung kepada PCA, tetapi harus melalui perantaraan seorang anggota Parlemen yang nantinya akan menyampaikan berkas tentang pengaduan itu kepada PCA.[472] Namun, PCA dalam beberapa hal juga memiliki kelemahan yakni tidak mempunyai wewenang untuk menjatuhkan putusan atau memerintahkan Pemerintah secara paksa untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Wewenangnya hanya terbatas pada tingkat pemberian rekomendasi yang semuanya itu masih terserah pada Pemerintah untuk mau melaksanakannya atau tidak. Di dalam *Act of 1967* telah dirinci bidang mana yang tidak dapat diteliti atau diselidiki PCA antara lain:

(1) Tindakan-tindakan Pemerintah yang menyangkut hubungan luar negeri;
(2) Tindakan-tindakan yang dilakukan di luar wilayah Inggris;
(3) Tindakan pemerintah tentang wilayah Inggris seberang lautan;
(4) Masalah ekstradisi;
(5) Masalah penyidikan kejahatan;
(6) Masalah tentang perlindungan/keamanan negara;
(7) Masalah acara penuntutan perkara di depan pengadilan Inggris atau peradilan internasional dan masalah tindakan disiplin dalam angkatan bersenjata;
(8) Masalah yang menyangkut hak prerogatif beberapa peradilan;
(9) Masalah pelayan rumah sakit;
(10) Masalah kontrak dan transaksi perdagangan yang tidak manyangkut soal tanah;
(11) Masalah personalia pegawai negeri dan angkatan bersenjata;
(12) Masalah pemberian tanda-tanda kehormatan, gelar, *privileges*, yang diberikan oleh Kerajaan/Ratu.[473]

[472] *Ibid*, hlm. 32-33.
[473] *Ibid*, hlm. 34-35.

Dengan demikian, diluar batasan wewenang tersebut, PCA memiliki wewenang yang luas dalam bidang administrasi pemerintahan. Berbeda dengan *Council on Tribunals*, PCA memiliki wewenang penyelidikan/penelitian kasus, fasilitas yang cukup untuk dapat melakukan interogasi terhadap instansi pemerintah. selain itu juga, keputusan dan rekomendasi PCA selalu di taati dan dijalankan oleh organ pemerintah karena mengingat PCA adalah alat dari parlemen.

4) *Judicial Review*

Adapun mekanisme *judicial review* bila dibandingkan dengan tiga mekanisme perlindungan hak-hak asasi rakyat terhadap Pemerintah sebagaimana disebutkan di atas, maka mekanisme '*judicial review*' adalah benar-benar suatu '*judicial control on the administration*' dalam arti yang sesungguhnya. Telah disebutkan sebelumnya bahwa sistem peradilan di Inggris menganut sistem '*unity of jurisdiction*'. Atas dasar itulah maka mekanisme *judicial review* dijalankan oleh pengadilan biasa (umum). Menurut Paulus Effendie Lotulung bahwa puncak hierarki peradilan Inggris berada pada *House of Lords* dalam kedudukan fungsinya sebagai badan peradilan dan dipimpin oleh *Lord Chancellor*. Peradilan dalam tingkat pertama bagi perkara perdata berada pada *County Court* yang mempunyai kompetensi terbatas bilamana memeriksa perkara administratif. Badan peradilan yang termasuk *The Supreme Court of Judicature* terdiri atas *High Court* dan *Court of Appeal*. *High Court* berkedudukan di London dan merupakan peradilan perdata secara umum dan yang dibagi atas tiga

bagian (*divisions*) yaitu: *The Queens Bench Division, The Chancery Division,* dan *The Family Division* (*probate divorce and admiralty division*).[474]

Bagian yang dinamakan *The Queens Bench Division* tersebut memeriksa dalam bentuk *appel* (banding) dan melakukan *judicial control* terhadap putusan-putusan dari macam-macam '*administratif tribunals*'. Sedangkan badan peradilan yang disebut *The Court of Appeal* itu terdiri atas 13 orang *Lords Justice of Appeal* yang meliputi 2 bagian yaitu: perdata dan pidana. *The Court of Appeal* ini berwenang memeriksa dalam tingkat appel (banding) terhadap putusan-putusan *County Court* dan putusan dari *High Court*. *House of Lords* merupakan peradilan tertinggi untuk appel yaitu mengadili dalam tingkat appel terhadap putusan *Court of Appeal*. Hukum material yang digunakan dalam proses *judicial review* adalah apa yang disebut sebagai '*the common law*'. Oleh karena itu, sistem Inggris atau Anglo-Saxon pada umumnya disebut *the common law sistem*.[475]

Konsep diskresi dan penggunaan peraturan kebijakan dalam hukum Inggris (*English law*) tidak dibedakan antara perbedaan bentuk dari diskresi. Ada tiga perbedaan sumber memperoleh wewenang diskresi antara lain: *pertama*, expresi atau wujud dari penetapan UU yang dapat ditemukan dalam bidang pendidikan, kesejahteraan sosial, perencanaan dan hukum imigrasi yang memberikan wewenang diskresi kepada pejabat yang berwenang. *Kedua*, menjalankan diskresi berarti tersirat wewenang diskresi itu sendiri. Wewenang seperti itu dapat ditemukan dalam konsep

[474] *Ibid*, hlm. 36.
[475] *Ibid*, hlm. 37.

‘*public interest*’ (kepentingan umum). Konsep yang terbuka seperti ini mengharuskan pemerintah atau administrasi membuat pilihan-pilihan seperti yang dimakudkan. Meskipun demikian, tidak ada perbedaan konseptual antara wewenang diskresi yang tersurat dan yang tersirat. *Ketiga*, pengelompokan wewenang-wewenang diskresi kedalam ‘*Royal Prerogative*’ (hak prerogatif raja) yang berarti menjalankan wewenang yang tidak ditentukan dalam konstitusi atau peraturan tertulis, namun berakar pada praktek dan contoh yang telah ada. Wewenang prerogatif secara tradisional dilaksanakan oleh *the Monarch* (Kerajaan Inggris) dan tidak diatur oleh peraundang-undangan. ketika berkenaan dengan wewenang prerogatif, semua kekuasaan ‘*common law*’ pemerintah memahami akan hal itu. Akan tetapi, wewenang prerogatif sudah tidak lagi bebas dari kontrol pengadilan. Sebagian besar wewenang diskresi bersumber dari perundang-undangan baik itu secara eklpisit maupun implisit.[476]

Tolak ukur pengujian untuk menentukan apakah *lawful* atau *unlawful* tindakan administrasi/pemerintah termasuk penggunaan peraturan kebijakan (*policy rule*) ialah menggunakan doktrin *ultra vires*. Suatu putusan atau tidakan pemerintah yang dikeluarkan atau dilakukan secara *ultra vires* adalah batal. Doktrin *a quo* sering dipersamakan dengan *excess of discretion* (diskresi yang berlebihan).[477] Terkait hal itu, Paulus Effendie Lotulung mengatakan sebagai berikut:

> “Konsepsi dasar dari *judicial review* ini berarti bahwa pejabat pemerintah atau badan tribunal ini telah bertindak di luar batas-batas wewenang yang telah

[476] Disarikan dari Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 74.
[477] *Ibid*, hlm. 37.

ditentukan kepadanya...badan–badan peradilan (hakim) itu mempunyai tugas untuk menjaga agar pejabat administratif ataupun tribunal dan peradilan bawahan selalu bertindak di dalam batas-batas wewenang mereka yang telah ditentukan oleh parlemen (atau oleh sumber-sumber hukum lainnya bila hal itu menyangkut masalah pemerintahan daerah).”[478]

Senada dengan pendapat tersebut, Roger Douglas dan Melinda Jones mengatakan “*the doctrine of ultra vires requires that administrative action not exceed the limit of the grant of power*” [479] (doktrin *ultra vires* menghendaki tindakan administrasi itu tidak melampaui batas kekuasaan atau wewenang yang diberikan). Dalam perkembangannya, doktrin *ultra vires* dalam artian klasik tersebut, banyak mendapat kritikan karena *ultra vires* dianggap terlalu tergantung pada yang ‘dianggap’ keinginan dari parlemen, gagal menjelaskan kewenangan pengadilan menguji terhadap ‘kekeliruan peraturan hukum dan *prerogative powers* (kewenangan prerogatif), tidak konsisten dengan keleluasaan pengadilan untuk menolak menjamin perlindungan terhadap seseorang yang berhadapan dengan hukum). Lalu kemudian, pada tahap lebih lanjut melahirkan teori baru dalam pendekatan *judicial review* yaitu:

“*...the courts no longer need to resort to the fiction of ‘jurisdiction error’ to strike down a defective decision; they do not need to pretend that parliament did not ‘intend’ to allow the decision-maker to act as it did. Instead, the courts have the power to strike down errors of law* {*whether due to failure to give a fair hearing, irrationality, or whatever*}*...the court’ own self-asserted constitutional right to interfence when they detect abuse of power, judicial review has, it is said, outgrown the need to rely upon fictions like the ultra vires doctrine.*” [480] (Pengadilan tidak lagi perlu untuk menggunakan fiksi ‘kesalahan yurisdiksi’ untuk menjatuhkan keputusan yang tidak tepat; pengadilan tidak perlu berlaku seakan-akan parlemen yang tidak menginginkan untuk mengizinkan pembuat keputusan

[478] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit*, hlm. 38.

[479] Roger Douglas dan Melinda Jones, *Administrative...op,cit*, hlm. 51.

[480] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 202-203. Lihat juga uraian berdasarkan kasus dalam Michael Allen dan Brian Thompson, *Case and Materials...op,cit*, hlm. 576-650.

> bertindak seperti itu. Sebaliknya, pengadilan memiliki kewenangan untuk menyatakan adanya kekeliruan pada peraturan hukum {apakah karena kegagalan pembuat keputusan memberikan pemeriksaan yang adil dari pihak yang terkena keputusan, tidak masuk akal, atau apapun}...pengadilan sendiri dengan wewenang konstitusionalnya untuk mengintervensi {menguji} ketika pengadilan menemukan adanya penyalahgunaan wewenang, *judicial review* memiliki, atau dapat dikatakan untuk dapat mengatasi hal tersebut pengadilan tidak cukup hanya bersandarkan pada fiksi seperti doktrin *ultra vires*)

Meskipun mengalami perkembangan namun doktrin *ultra vires* tetap menjadi fundamen terhadap sistem hukum '*common law*'. Atas dasar doktrin *ultra vires* dijabarkan beberapa parameter yang digunakan pengadilan menyatakan keputusan organ pemerintah termasuk penggunaan peraturan kebijakan (*policy rule*) tidak sah, batal, tidak mengikat. Sebagaimana telah disebutkan di muka bahwa tolak ukur atau dasar-dasar pengujian terdiri dari tiga dasar pokok yaitu: (1) *Illegality* (prinsip bahwa pembuat keputusan harus mengerti betul aturan yang mengatur pembuatan keputusannya dan harus memberikan pengaruh terhadap tersebut), (2) *Procedural impropriety* (mencakup hal utama dari penilaian yang menentukan standar prosedur yang harus dipenuhi oleh pembuat keputusan publik termasuk kewajiban untuk memberikan kesempatan mendengarkan kepada seseorang yang di akibatkan oleh suatu putusan, kewajiban untuk tidak dipengaruhi oleh prasangka, dan untuk tidak dikecewakan dari pengharapan yang sah), (3) *Irrationality* (mencakup apa yang sering dipahami sebagai '*wednesbury unreasobleness*'. pada batas tertentu, dasar

pengujian ini di asumsikan masuk kedalam prinsip dari pengujian 'substantif'–yaitu termasuk kepatutan dari keputusan).[481]

Berkenaan hal tersebut, Martina Künnecke mengatakan "*the first ground for judicial review is illegality...the doctrine of ultra vires permits the courts to quash decisions made by administrative bodies which they have no power to make*.[482] (dasar pertama untuk pengujian oleh pengadilan adalah ilegalitas {ketidaksahan}...doktrin *ultra vires* mempersilahkan pengadilan membatalkan keputusan yang dibuat oleh badan administrasi yang tidak berwenang untuk membuatnya). Ide dasar dibalik tolak ukur ilegalitas (*illegality*) oleh AP Le Sueur dan JW Herberg secara sederhana dicontohkan: Jika pembuat keputusan diberikan kewenangan untuk memilih antara opsi (a), (b), and (c), ia bertindak tidak sah bila ia memilih opsi (d).[483] Namun, dalam praktiknya tidak mudah menentukan ilegalitas (ketidaksahan) suatu keputusan administrasi sehingga ketika suatu keabsahan suatu keputusan atau tindakan administrasi, akan menghasilkan perbedaan-perbedaan pertimbangan yang mendasari kesimpulan pengadilan bahwa organ pemerintah telah bertindak tidak sah.

Dalam perkembangannya melalui proses peradilan di Inggris, diskresi pemerintah dianggap ilegal (tidah sah) dapat dibagi dalam dua kategori yaitu:

(1) *Failure to exercise discretion* (gagal melaksanakan diskresi) yang dapat diperinci kedalam lima kelompok antara lain: *self-created rules which structure discretion* (diskresi dibuat untuk kepentingan sendiri), *unauthorised delegation*

[481] Dalam literatur, dasar-dasar pengujian sering ditemui dengan berbagai macam istilah dan berbagai macam bentuk. Pembagian di atas, mengikuti perumusan dari Hakim Lord Diplock dalam '*GCHQ case*' (*R v Minister for the Civil Service ex p Council of Civil Service Unions 1985*). Lihat AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 202-205.

[482] Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 32.

[483] AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 207.

of power (delegasi yang tidak sah), *acting under dictation* (bertindak dibawah perintah), *fettering of discretion by contractual or similar undertakings* (pembatasan diksre oleh kontrak atau serupa dengan itu), *fettering of discretion by estoppel and error of law* (pembatasan diskresi oleh suatu proses hukum dan kekeliruan tentang hukumnya).

(2) *Abuse of power* (penyalahgunaan wewenang), *the courts judge on the question whether discretionary powers have been used for an 'improper purpose', whether 'irrevant consideration'*[484] *have been taken into account and whether the exercise of power was unreasonable and irrational*[485] (Pengadilan menilai denggan pertanyaan apakah kewenangan diskresi telah digunakan untuk 'tujuang yang tidak benar' apakah 'pertimbangan tidak relevan' telah diperhitungkan dan apakah penggunaan wewenang itu tidak masuk akal atau tidak rasional).

Adapun tolak ukur yang terakhir ialah irasionalitas (*unreasonableness*), terkait hal itu, Martina Künnecke menyebutkan bahwa "*unreasonable is sometimes described as extreme behaviour, such as acting in bad faith, taking inappropriate considerations into account or strickly acting irrationally"*[486] (tidak masuk akal seringkali tampak sebagai perilaku ekstrim, seperti bertindak dengan itikad buruk,memperhitungkan pertimbangan yang tidak pantas atau langsung bertindak tidak masuk akal, mengambil pertimbangan yang tidak pantas dalam memperhitungkan atau '*strick'* bertindak tidak rasional). Dalam praktek seringkali istilah *irrationality*; *unreasonableness* (irasionalitas; tidak masuk akal) digunakan

[484] Pertimbangan yang relevan dan pertimbangan yang tidak relevan (*relevant and irrelevant consideration*) yaitu kegagalan memperhitungkan suatu pertimbangan yang relevan dan memperhitungkan pertimbangan yang tidak relevan, tidak menyimpang dari tujuan. *ibid*, hlm. 208.

[485] Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 84.

[486] *Ibid*, 93-94.

silih berganti dengan istilah *wednesbury unreasobleness*, [487] Lord Diplock menyebutkan sebagai berikut:

> "*..a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.*"[488](suatu keputusan yang terlalu bertentangan dengan logika atau standar moral yang telah diterima umum bahwa tidak pantas seorang menggunakan nalarnya untuk sebuah pertanyaan sehingga dapat memutuskan hal seperti itu).

Menurut Paulus Effendie Lotulung bahwa pemerintah diberi wewenang bertindak atas dasar wewenang diskresioner yaitu suatu wewenang bertindak yang tidak dapat dinilai oleh pihak di luar pemerintah dan merupakan kebebasan bertindak yang harus mutlak berada dalam tangan pemerintah. tetapi dalam putusan-putusan *House of Lords* telah ternyata bahwa sekalipun pemerintah melaksanakan tindakannya dalam rangka wewenang diskresionernya, namun hal itu tidak berarti bahwa ia dapat bertindak secara sewenang-wenang dan semuanya sendiri (*arbitrary and capricious*) atau yang secara umum disebut '*unreasonable*'. Maka dalam hal-hal yang terakhir inipun ada alasan untuk membatalkan tindakan/putusan pemerintah yang bersangkutan.[489] Hal senada juga dikemukakan oleh Ridwan sebagai berikut:

> "Bahwa ketika mengulas tentang keabsahan dan pengujian diskresi dalam sistem *common law* telah dikemukan bahwa parameter untuk menilai keabsahan tindakan diskresi pemerintah adalah legalitas (*legality*), tujuan yang layak (*proper purpose*), dan masuk akal (*rationality*). Dengan demikian, ada penyimpangan diskresi (*abuse of discretion*) ketika pejabat melakukan tindakan secara tidak sah (*illegality*), tujuan yang menyimpang (*improper purpose*) dan tidak masuk akal (*irrationality*) dengan unsur-unsur pertimbangan yang tidak relevan, *mala fide* atau tidak jujur,

[487] *Wednesbury unreasobleness:* suatu keputusan sangat tidak masuk akal yang tidak ada alasan layak dari pembuat keputusan dalam membuatnya. Lihat AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...op,cit*, hlm. 281.

[488] *Ibid,*.

[489] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit*, hlm. 40.

tanpa arah yang jelas, mengandung unsur penipuan, dan sewenang-wenang, serta inkonsistensi."[490]

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa tolak ukur atau dasar pengujian tindakan pemerintah termasuk penggunaan diskresi dan peraturan kebijakan (*policy rule*) dalam *sistem common law* meliputi tiga batu uji yakni tindakan melanggar hukum oleh pejabat (*illegality*), atau menyimpangi prosedur (*Procedural impropriety*), alasan atau motif sebagai dasar pertimbangan dikeluarkannya kebijakan tidak masuk (*Irrationality*). Pengujian penggunaan diskresi dan peraturan kebijakan di Inggris dilaksanakan oleh peradilan biasa karena tidak dikenal adanya pemisahan antara peradilan umum dan peradilan administrasi (*unity of jurisdiction*).

b. Belanda

Belanda atau Netherland merupakan suatu negara yang menganut sistem pengawasan atau kontrol terhadap tindakan administrasi dengan ciri-ciri yang kompleks. Berbeda dengan Inggris yang tidak mengenal adanya peradilan administrasi atau dengan sistem yang berlaku di Perancis atau Jerman yang mengenal adanya peradilan administrasi yang berdiri sendiri dan terpisah dari peradilan umum. Hal ini disebabkan oleh karena sengketa-sengketa antara rakyat/warga negara dengan pemerintah (*administratie*) diperiksa dan diputus oleh bermacam-macam badan/organ yang masing-masing hanya berwenang dibidangnya yang telah ditentukan oleh UU.[491]

Berbagai macam badan yang memeriksa sengketa antara rakyat dengan pemerintah dapat digolongkan menjadi tiga (3) kelompok. *Pertama*, pemutusan

[490] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 263.
[491] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit*, hlm. 43.

sengketa yang dilakukan oleh badan/organ yang termasuk internal pemerintah dan secara struktur organisatoris masuk dalam hirerarki pemerintahan yang lazim dikenal sebagai '*administratief beroep*' (upaya banding administratif). *Kedua*, penyelesaian sengketa oleh badan/organ peradilan administratif, tetapi bukanlah peradilan administrasi dalam pengertian mempunyai yuridiksi secara umum (*algemene administrative rechtsspraak*) seperti yang berlaku di Perancis (*Tribunal Administratif* dan *Conseil d'Etat*), melainkan hanya merupakan peradilan administratif yang bersifat khusus (*bijzonder administratieve rechtsspraak*) yang hanya berwenang pada bidang sengketa tertentu saja. *Ketiga*, pemutusan sengketa-sengketa oleh peradilan umum/perdata.[492] Tiga pengelompokan tersebut secara keseluruhan diuraikan sebagai berikut:

a) *Administatief beroep* (upaya banding administratif)

Telah disebutkan di atas bahwa upaya banding adminiistratif dilakukan oleh badan internal pemerintah dan termasu dalam wewenang eksekutif sendiri. Prosedur banding administratif atau *administratief beroep* dapat diberikan kepada setiap instansi pemerintah (jawatan). dalam praktek pemerintahan di Belanda terdapat beraneka macam badan/organ yang diberikan tugas memeriksa suatu *administratief beroep* antara lain:

(1) *Kroon* (Raja atau Ratu): Lembaga *Kroon* atau Mahkota berwenang menerima permohonan *administratif beroep* dalam hal menyangkut masalah pengeluaran *beschikking-beschikking* atau penolakan tentang suatu izin usaha.

[492] *Ibid*, hlm. 44.

(2) *Gedeputeerde Staten* (Dewan Provinsi): Dewan ini berwenang memeriksa banding *beschikking-beschikking* yang dikeluarkan oleh *Gemeenteraad* (Dewan Kotapraja) tentang pernyataan tidak ditempatinya sebuah rumah tempat tinggal.
(3) *Commissaris des Konings* (Komisaris Ratu): Badan ini dapat memeriksa banding terhadap beberapa *beschikking* yang dikeluarkan oleh seorang Walikota mengenai izin mengadakan pertemuan/rapat.
(4) *Minister* (Menteri): Upaya banding yang dapat diajukan kepada Menteri Kehakiman mengenai suatu *beschikking* yang dikeluarkan atas dasar *Vreemdelingenwet* 13 Januari 1965 (UU tentang orang asing).
(5) *Gemeenteraad* (Dewan Kotapraja): Upaya banding terhadap *beschikking* tentang izin bangunan yang telah ditolak oleh Dinas Pekerjaan Umum.[493]

b) Ombudsman (*de Nasionale Ombudsman*)

Khusus untuk Ombudsman, disebutkan bahwa setiap warga dapat mengajukan permohonan kepada Ombudsman Nasional untuk menyelidiki perilaku menyimpang dari organ pemerintah. dalam hal ini, yang diselidiki Ombudsman bukanlah keputusan organ pemerintah tetapi perilaku (*gedrag*) atau '*niet behoorlijk (hebben) gedragen jegens een natuurlijk persoon of eenn rechtspersoon; ook eigener beweging kan hij een onderzoek installen'*.[494] (perilaku yang tidak pantas terhadap orang atau badan hukum; atas inisiatif sendiri ombudsman dapat meneliti organ pemerintah yang diduga) Dengan kata lain, Ombudman menyelidiki aspek *behoorlijkeid* para pejabat, pegawai, dan termasuk polisi.[495]

c) Peradilan Administrasi Khusus (*bijzonder administratieve rechtsspraak*)

Badan-badan peradilan administrasi khusus dibentuk dengan berbagai macam UU yang mengatur tentang kompetensi masing-masing badan yang bersangkutan dan tentang prosedur pemeriksaannya sehingga jumlah badan-badan ini sebanyak jumlah

[493] *Ibid,* hlm. 44-45.
[494] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,* hlm. 441.
[495] Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 233.

UU pembentukannya yang tersebar dan menyangkut materi sengketanya yang berbeda-beda pula. Tetapi terkadang ada pula satu badan yang memeriksa terhadap lebih dari satu macam materi. Ciri dari badan ini ialah bahwa wewenangnya hanya menilai atau menguji apakah banding-banding tindakan hukum administrasi sesuai dengan hukum atau tidak.[496] Badan-badan *a quo* dapat disebutkan antara lain:

(1) *Centrale Raad van Beroep* (Dewan Banding Pusat): Badan peradilan administrasi khusus ini memeriksa banding terhadap *beschikking* tentang bermacam-macam jenis jaminan sosial. Selain itu juga terhadap putusan-putusan dari Peradilan Kepegawaian (*Ambtenarengerecht*) dan masalah pensiun.
(2) *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* (Dewan Banding terhadap *beschikking* tentang badan usaha publik)
(3) *Afdeling rechtsspraak van de Raad van Staten* (Dewan Pertimbangan Agung Bagian Peradilan). Badan ini berwenang untuk menampung gugatan-gugatan terhadap *beschikking* pemerintah yang belum diatur dalam sebuah UU khusus tentang masalah *beroep*-nya. Sejatinya badan ini pelengkap (*aanvullend*) bagi perlindungann hukum rakyat terhadap kesewenangan pemerintah ketika suatu *beroep* tidak ada atau tidak diatur tersendiri oleh UU. Peradilan administrasi khusus ini menjalankan wewenangnya atas dasar Wet AROB (*Administratieve Rechtsspraak Overheidsbeschikking*).
(4) *Tariefcommissie* (komisi harga): memeriksa sengketa yang menyangkut putusan *Duane* tentang tarif bea masuk.
(5) Hakim Peradilan Umum yang bertindak sebagai hakim administrasi. Misalnya keberatan tentang jumlah tagihan pajak yang dikenakan oleh Inspektur Pajak terhadap seorang wajib pajak (diperiksa oleh *gerechtshof* di dalam *Belastingkamer*) atau pemeriksaan oleh Peradilan Kanton (*Kantonrechter*) tentang permohonan perbaikan terhadap daftar pemilih (*kiezersregister*).[497]

d) Peradilan Umum yang Bertindak sebagai Hakim Perdata Biasa

Peradilan umum dapat memeriksa tindakan-tindakan pemerintah yang melanggar hukum dan menimbulkan kerugian bagi perseorangan (Pasal 1401 BW Belanda atau Pasal 1365 KUHPerdata). Namun, Hakim Perdata tidaklah bertindak

[496] A.D. Belinfante, *Kort Begrip...op,cit*, hlm. 131.
[497] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit*, hlm. 45-46.

sebagai hakim administrasi. Sifat perkaranya pun perkara perdata biasa dengan memakai hukum acara perdata biasa. Oleh karenanya pula yang digugat bukanlah suatu organ pemerintah/administrasi melainkan suatu badan hukum publik (kotapraja, provinsi, atau negara). Perbedaan peradilan yang memeriksa sengketa sangat tergantung pada gugatan dari penggugat. Apabila penggugat menghendaki pembatalan suatu *beschikking*, maka gugatan harus diajukan pada peradilan administrasi khusus sesuai dengan jenis/obyek *beschikking* yang bersangkutan atau jika upaya pembatalannya belum diatur UU, maka gugatan diajukan ke *Raad van State* bagian peradilan. Sedangkan sebaliknya, bila menghendaki ganti rugi oleh pemerintah karena melakukan perbuatan melangar hukum, maka diajukan ke Peradilan Umum (Hakim perdata) atas dasar '*onrechtsmatige overheidsdaad*' (perbuatan melawan hukum oleh Pemerintah).[498]

Tolak ukur pengujian (*toetsingsgrond*) tindakan atau keputusan (*beschikking*) pemerintah di Belanda berkembang berdasarkan yurisprudensi baik yang diputuskan badan-badan peradilan administrasi maupun oleh *Hoge Raad* dapat digolongkan kedalam dua (2) kelompok antara lain:

(1) *Strijd met de wet* (bertentangan dengan UU) yang dapat berarti tanpa/tidak berwenang (*onbevoegheid*) berdasarkan *ratione materie* (tidak berwenang dari segi materi), *ratione loci* (atas dasar wilayah), *ratione temporis* (dari segi waktu). Atau dapat berarti juga *vormgebreken* (cacat bentuk atau kekeliruan prosedur), dimana tidak dipenuhinya persyaratan perundang-undangan dalam merumuskan suatu *beschikking* pemerintah.
(2) *Inhoudsgebreken* (isi yang mengandung cacat): parameter ini merupakan penilaian terhadap tindakan atau *beschikking* pemerintah yang mengandung cacat secara materi, antara lain, *pertama*, bertantangan dengan peraturan yang

[498] *Ibid*, hlm. 47-49.

> lebih tinggi, *kedua*, mengandung penyalahgunaan wewenang (*detournement de puvoir*) yang secara tegas diatur dalam *Ambtenarenwet* (UU Kepegawaian tahun 1929), *wet administratieve rechtsspraak bedrijfsorganisatie* (UU badang usaha publik tahun 1954), *wet beroep administrative beschikkingen* (UU upaya keberatan terhadap *beschikking*), dan juga di *Wet AROB* tahun 1976. Cacat dari segi materi dibedakan sebagai berikut: (i) *Onredelijk*: keputusan yang tidak didasarkan atas pertimbangan yang masuk akal atau pantas ditinjau dari segi kepentingan para pihak yang dikenai *beschikking* yang bersangkutan. Sering digunakan juga istilah '*willekeur*'. (ii) *Strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur* (bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik). Dalam yurispridensi di Belanda, asas-asas yang sering digunakan sebagai dasar penilaian yaitu: *pertama*, larangan adanya suatu '*detournement de puvoir*', *kedua*, larangan adanya suatu '*willekeur'* atau *onredelijk* (tidak masuk akal), *ketiga*, asas *zorgvuldigheidsbeginsel* (cermat dan seksama), *keempat*, asas keputusan harus memuat motif dikeluarkannya keputusan tersebut, *keempat*, asas *gelijkheidsbeginsel* (persamaan), *kelima*, asas *rechtszekerheid* (kepastian hukum) dan asas *vertrouwensbeginsel* (menaruh kepercayaan kepada pemerintah) yang menekankan suatu keputusan tidak dapat ditafsir rangkap sehingga rakyat tau sikap dan maksud pemerintah.selain itu juga adanya asas *fair play* (permainan yang layak) *et cetere*.[499]

Badan peradilan administrasi khusus di Belanda tidak berwenang untuk memeriksa dan membatalkan keputusan-keputusan yang bersifat mengatur umum (*reglementer*) melainkan hanyalah *beschiking* yang bersifat pribadi dan individual saja. Berkenaan dengan peraturan kebijakan (*beleidregel*) dalam hukum belanda masih menjadi perdebatan apakah dapat dikategorikan kedalam pengertian peraturan hukum yang mengikat atau tidak? Terkait hal itu, Paulus Effendie Lotulung menyebutkan sebagai berikut:

> "Dalam banyak putusan masalah pajak, oleh Hakim pajak disebutkan bahwa suatu peraturan yang hanya berlaku intern dalam lingkungan suatu kementrian, tidaklah dapat landasan untuk menilai bertentangan tidaknya suatu *beschikking* dengan surat edaran yang besangkutan. Pendapat ini diikuti oleh beberapa peradilan administrasi khusus dan *Kroon.* Tetapi beberapa peradilan administrasi lainnya berpendapat bahwa bilamana suatu surat edaran itu sendiri bertentangan dengan

[499] *Ibid*, hlm. 51-55.

> UU dan peraturan lainnya, dan secara kontinu/tetap terus diikuti oleh pejabat-pejabat pemerintah, surat edaran tersebut dapat dianggap sebagai peraturan yang mengikat juga sekalipun secara tidak langsung."[500]

Dalam beberapa *arrest Hoge Raad* telah ditegaskan bahwa Hakim Peradilan Umum dapat secara insidentil melakukan penilaian (*toetsen*) sah tidaknya suatu *beschikking*. Namun, dalam kenyataannya para Hakim Peradilan Umum (Perdata) melaksanakan kontrolnya terhadap *beschikking* dengan sangat hati-hati dan ditekankan pada ada tidaknya pencantuman motif dalam *beschikking* bersangkutan. Tolak ukur yang dipakai ialah '*detournement de puvoir*' dan '*onredelijk* atau *willekeur*'.[501]

Berdasarkan sistem hukum administrasi di Belanda, diskresi dianggap sebagai bagian yang melekat pada jabatan atau organ pemerintahan (*inherent aan het bestuur*) yang berwujud tiga kebebasan yaitu *interpretatievrijheid*, *beoordelingsvrijheid*, dan *beleidvrijheid*. Tolak ukur pengujian terhadap diskresi dan penggunaan peraturan kebijakan (*beleidregel*) ialah asas-asas umum pemerintahan yang baik. Menurut A.D Belinfante bahwa tolak ukur menilai suatu kebijaksanaan (diskresi-red) apabila terpenuhinya kriterium yang sewenang-wenang, ataukah *detournement de puvoir* atau dalam penerapan tidak memperhatikan peraturan-peraturan hukum fundamental.[502] Selain itu itu juga digunakan asas rasionalitas (*redelijkheid*). Diskresi pemerintah dianggap menyimpang jika *aperte onredelijkheid in de belangenafweging* (nyata-nyata, jelas-jelas tidak masuk akal dalam mempertimbangkan berbagai kepentingan),

[500] *Ibid*, hlm. 50.
[501] *Ibid*, hlm. 56.
[502] A.D. Belinfante, *Kort Begrip...op,cit*, hlm. 153.

dengan pengujian yang diarahkan pada aspek rasionalitas eksternal (*in de richting van een geobjectiveerde redelijkheidstoetsing*) yang dikenal dengan istilah *marginale toetsing*.[503] Terkait hal itu, H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan sebagai berikut:

> "*In de sociale-verzekeringsrechtspraak komt een bijzondere vorm van redelijkheidstoetsing voor die het midden houdt tussen volle beleidstoetsing zoals die in administratief beroep voorkomt en de gewone, marginale beleidtoetsing (willekeurtoetsing). Sommige sociale-verzekeringswetten bepalen dat de rechter de uitoefening van bepaalde discretionaire bevoegdheden door uitveringsorganen (besturen van bedrijfsverenigingen) kan beoordelen op de vraag of die 'in overeenstemming is met de redelijkheid.*"[504] (dalam peradilan tentang jaminan sosial merupakan bentuk khusus pengujian kelayakan untuk mengawasi kebijakan seperti yang terjadi di bandiing administratif dan pengawdilan biasa, pengujian kebijakan marginal (pengujian sewenang-wenang). Beberapa hukum jaminan sosial menentukan bahwa hakim menggunakan kewenangan diskresionernya dengan organ pelaksana (dewan asosiasi bisnis) untuk menilai apakah konsisten dengan kepatutan)

Berdasarkan uraian tersebut, dapat dikemukakan bahwa dalam sistem hukum di Belanda, pengujian tindakan atau keputusan pemerintah dilaksanakan oleh bermacam bentuk badan. Pengujian oleh badan yang bersifat internal pemerintahan seperti *administratief beroep*. Namun ada juga yang bersifat eksternal melalui lembaga Ombudsman yang lebih menekankan pada perilaku aparat (*gedrag*), peradilan administrasi khusus, dan juga peradilan umum yang bertindak sebagai hakim perdata biasa. Tolak ukur pengujian dapat berupa bertentangan dengan peraturan perundang-undangan (*strijd met algemeen verbindend*) dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*). Terkait dengan pengujian diskresi

[503] F.H. van der Burg, et.al, *Rechtsbescherming Tegen de Overheid*, dikutip dari Ridwan, *Diskresi...op,cit,* hlm. 236.

[504] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...op,cit,* hlm. 130.

dan/atau peraturan kebijakan (*beleidregel*), parameter yang digunakan untuk mengujinya tidak dengan peraturan tertulis (*geschreven*), melainkan menggunakan asas rasionalitas (*redelijkheid*) melalui mekanisme *marginale toetsing* (pengujian marjinal) oleh badan-badan peradilan administrasi khusus.

c. Jerman

Untuk mengetahui pengujian peraturan kebijakan (*verwaltunvorscriften*)[505] di Jerman, terlebih dahulu dikemukakan sistem hukum dan peradilan di Jerman serta tolak ukur pengujiannya. Sistem kontrol terhadap pemerintah di Jerman yang dikenal saat ini merupakan hasil dari perkembangan sejarah yang berlangsung sejak abad ke-19 yang lalu. Pada masa itu masing-masing negara bagian telah berlaku suatu sistem konstrol, dimana sah tidaknya suatu keputusan (*verwaltungsakte*) itu diuji oleh organ administrasi atau oleh badan-badan kolegial yang termasuk administrasi, sedangkan sengketa tentang tuntutan ganti rugi terhadap pemerintah diadili oleh peradilan umum (biasa). Sistem ini kemudian berubah dengan adanya badan peradilan administrasi yang terpisah dan independen, walaupun sengketa tentang ganti rugi tersebut masih tetap menjadi kompetensi peradilan umum.[506]

a) Struktur Kekuasaan Kehakiman di Jerman

Struktur organisasi peradilan administrasi di Jerman berbeda dengan peradilan administrasi khusus berlaku di Belanda masih menjadi bagian dari kekuasaan

[505] Peraturan kebijakan di Jerman dikenal dengan istilah '*verwaltunvorscriften*' yang pada mulanya sebelum Jerman Barat dan Jerman Timur bersatu digunakan istilah '*verwaltungverordnungen*' sebagai lawan dari '*rechtsverordnungen*'. lihat Mascus Lukman, *Eksistensi Peraturan...op,cit*, Disertasi, 1996, hlm. 181.

[506] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit*, hlm. 59.

pemerintahan. Di Jerman peradilan administrasi merupakan bagian dari kekuasaan kehakiman (*judicial power*). Sistem yang berlaku di Jerman tidak termasuk dalam kelompok yang menerapkan "*unity of jurisdiction*" seperti halnya yang berlaku di negara Anglo-Saxon, tetapi juga tidak sepenuhnya menganut sistem "*duality of jurisdiction*" seperti di Perancis. Sistem di Jerman menganut pluralitas peradilan yaitu beraneka ragam struktur organisasi yang kesemuanya termasuk di dalam suatu kekuasaan kehakiman (*judicial power*) yang terdiri dari (1) peradilan umum (*Bundesgerichtsof*), (2) peradilan administrasi (*Bundesverwaltungsgericht*), (3) peradilan pajak (*Bundesfinanzhof*), (4) peradilan perburuhan (*Bundesarbeitsgericht*), (5) peradilan sosial (*Bundessozialgericht*). Selain itu juga, adanya badan peradilan yang menguji UU terhadap UUD yang dibentuk pada setiap negara bagian (*lander*) dan berpuncak di tingkat federal yang disebut *Bundesverfassungsgericht*.[507] Untuk menjamin koordinasi dalam keputusan-keputusan dan menjamin adanya kesatuan dalam yurisprudensi dari kelima macam organisasi peradilan tersebut di atas, pada tahun 1968 dibentuk badan kolegial terdiri dari hakim-hakim dari kelima macam puncak peradilan (Mahkamah Agung) masing-masing yang dinamakan "*Gemeinsamer Senat*" (kamar bersama) dan berfungsi sebagai pengatur kompetensi mengadili dari masing-masing peradilan.[508]

b) Peradilan Administrasi (*Bundesverwaltungsgericht*)

[507] *Ibid*, hlm. 61-62. Lihat juga Bagir Manan, *Perbandingan Hukum Tata Negara: Dewan Konstitusi di Perancis dan Mahkamah Konstitusi di Jerman*, (Bandung: Padjajaran, 1995), hlm. 38-39.
[508] *Ibid*, hlm. 62.

Badan dibentuk berdasarkan UU tahun 1952 dan tahun 1960. Di dalam setiap negara bagian terdapat peradilan administrasi tingkat pertama yang disebut *verwaltungsgericht*, dan untuk pemeriksaan tingkat atasnya tergantung pada masing-masing negara bagian (*lander*) dikenal dengan sebutan *Oberverwaltungsgericht* atau *Verwaltungsgerichtshof*. Sedangkan pada tingkat federal disebut *Bundesverwaltungsgericht*. Badan peradilan ini tidak berperan sebagai penasihat pemerintah atau bagian dari fungsi pemerintahan, melainkan semata-mata sebagai badan peradilan saja.

Kompetensi badan peradilan *a quo* hanya menguji atau menilai keputusan atau tindakan administratif (*verwaltungsakt*)[509] yang bersifat individual saja dan tidak dapat menilai keputusan yang bersifat reglementer atau peraturan yang diterapkan terhadap umum. selain itu juga sengketa tuntutan ganti rugi terhadap pemerintah tidaklah menjadi wewenang peradilan administrasi melainkan wewenang dari peradilan umum.[510] Pada mulanya pembatalan *verwaltungsakt* hanya bersifat terbatas pada materi-materi tertentu yang secara tegas dinyatakan dalam UU, sedangkan diluar itu tidak dapat diajukan pembatalan ke peradilan administrasi, mekanisme itu yang dikenal prinsip enumerasi (*Enumerationprinzip*), tetapi telah dirubah paska perang dunia ke-II dengan prinsip kompetensi secara umum (*generalklauzel*) yaitu terhadap semua macam *verwaltungsakt* atau keputusan dapat diajukan pembatalan.

[509] Lihat definisi *verwaltungsakt* dalam Nigel G. Foster dan Satish Sule, *German Legal System And Law*, (Oxford: University Press, 2000), hlm. 259.
[510] Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa...op,cit*, hlm. 63.

Tolak ukur pengujian *verwaltungsakt* maupun tindakan administrasi dikelompokkan kedalam kategori illegalitas eksternal dan illegalitas intern yang dapat diperinci sebagai berikut:

(1) Kategori illegalitas eksternal meliputi:
   (a) Tanpa kewenangan (kompetensi) dapat berdasarkan *ratione materie* (dari segi wilayah), *ratione loci* (dari segi wilayah), *ratione temporis* (dari segi waktu)
   (b) Kekeliruan bentuk dan kekeliruan prosedur: bilaman suatu *verwaltungsakt* dikeluarkan secara bertentangan dengan formalitas yang telah ditentukan sebelumnya dalam peraturan yang menjadi dasarnya.
(2) Kategori illegalitas internal meliputi:
   (a) Kekeliruan di dalam penerapan hukum: meliputi tiga penilaian yang harus ada secara berkaitan, yaitu:
      i. Penilaian benar tidaknya fakta-fakta yang dikemukakan
      ii. Penilaian tentang tepat tidaknya kaidah hukum yang diterapkan dalam kasus yang bersangkutan.
      iii. Penilaian tentang tepat tidaknya kualifikasi yuridik dari fakta-fakta yang ada.
   (b) Terdapatnya penyalahgunaan kekuasaan (*detournement de puvoir*);
   (c) Prinsip proporsionalitas yaitu keseimbangan antara kepentingan untuk mengeluarkan *verwaltungsakt* tersebut dan tujuan yang hendak dicapai dengan *verwaltungsakt* itu.[511]

Dalam sistem di Jerman, prosedur pembatalan suatu *verwaltungsakt* sangat rumit dan kompleks, dan dikenal kewajiban untuk menempuh terlebih dahulu prosedur administratif (semacam *administratif beroep* di Belanda) sebelum mengajukan pembatalan melalui peradilan administrasi. Hal itu yang pada akhirnya membuat proses gugatan itu menjadi panjang dan lama. Dalam suatu yurisprudensi tahun 1963 disebutkan bahwa pelaksanakan tugas suatu pegawai pemerintah harus senantiasa obyektif, adil, tidak memihak, cermat, melaksanakan wewenang diskresionernya secara kongkret dan tidak pilih kasih sehingga secara umum

[511] *Ibid*, hlm. 64.

tindakanya harus semata-mata didasarkan pada kepentingan masyarakat. Dengan demikian baik hakim administrasi maupun hakim perdata menerapkan prinsip-prinsip umum yang sama di dalam menilai dan menguji tindakan pemerintah.

Berkenaan dengan peraturan kebijakan, di Jerman dikenal dengan istilah *Verwaltungsvorschriften* yang mengandung arti sebagai "*general orders bearing an array of names—Decrees (Erlasse), directives or guidelines (Richtlinien) and service regulation (Dienstvorschriften)—given by higher authorities to subordinate authorities*" [512] (perintah umum yang dikenal dengan berbagai nama—keputusan *(Erlasse),* arahan atau pedoman *(Richtlinien),* peraturan pelayanan *(Dienstvorschriften)*—diberikan oleh pejabat yang lebih tinggi terhadap bawahan). Biasanya *Verwaltungsvorschriften* sangat erat kaitannya dengan pengaturan tentang organisasi dan prosedur pemerintah yang lebih rendah dan merupakan aturan internal. *Verwaltungsvorschriften* tidak mengikat secara langsung kepada warga masyarakat melainkan hanya pada internal administrasi. Meskipun di kasus-kasus tertentu *Verwaltungsvorschriften* menghasilkan akibat eksternal dan mengikat secara hukum. Merujuk pada kasus-kasus yang masuk ke *Bundesverwaltungsgericht* (peradilan administrasi), *verwaltungsvorschriften* mempunyai akibat eksternal (*external effect*) terhadap warga masyarakat. Tolak ukur untuk menilai *verwaltungsvorschriften* seperti ini ialah prinsip *non-discrimination* (larangan diskriminasi) yang mengandung arti dalam kasus-kasus sejenis harus diperlakukan dengan cara sama. Jika hal itu tidak terpenuhi maka administrasi atau pemerintah dengan sendirinya telah melanggar

[512] Nigel G. Foster dan Satish Sule, *German Legal...op,cit*, hlm. 252.

(*Selbstbindung der Waltung*). Kasus seperti itu pernah diputuskan oleh *Bundesverwaltungsgericht* dalam Putusan kasus *Wyhl* mengenai petunjuk teknis tentang diperbolehkan pembuangan emisi radioaktif (*BverwGE 70*).[513]

Menurut Nigel G. Foster dan Satish Sule bahwa pembatasan kekuasaan di Jerman termasuk dalam penggunaan diskresi. Pembatasan (*limits*) diskresi berdasarkan kekeliruan penggunaan diskresi (*Ermessensfehler*) dapat dibagi tiga yaitu: (1) *non-use of discretion* (*Ermessensnichtgebrauch*);[514] (2) *exceeding discretion* (*Ermessensüberschreitung*);[515] (3) *misuse of discretion* (*Ermessensfehlgebrauch*).[516] Dengan demikian, bahwa setiap perumusan suatu keputusan, pemerintah harus memastikan bahwa hak warga negara (*citizen right*) tidak terlanggar. Hal itu berdasar pada prinsip proporsional dan jika pemerintah melanggar maka keputusan atau tindakan diskresinya bertentangan dengan hukum (*unlawful*) yang dapat diuji atau dinilai oleh peradilan administrasi (*Bundesverwaltungsgericht*).[517]

Berdasarkan uraian di atas tampak bahwa ada beberapa persamaan tentang pengujian diskresi dan peraturan kebijakan di Inggris, Belanda, dan Jerman antara lain: *pertama*, setiap tindakan pemerintah termasuk juga penggunaan peraturan

---

[513] *Ibid*, hlm. 252-253. Lihat juga Martina Künnecke, *Tradition and Change...op,cit*, hlm. 89.

[514] *Exemple: the police dissolved the assembly believing that this a compulsory consequence or believing they no other choice.* (contoh: polisi membubarkan suatu pertemuan atau majelis menyakini bahwa konsekuensi dari kewajiban atau meyakini mereka tidak memiliki pilihan lain)

[515] *Exemple: the case if the police took action not covered by the provision, such as taking down the details of all participants of assembly or arresting them.*(contoh: suatu kasus bila polisi mengambil tindakan yang tidak ada ketentuannya, seperti mencatat semua anggota dari perkumpulan atau majelis atau menangkap mereka).

[516] *Exemple: if the police make a decision not solely based on the purpose motives.* (contoh: bila polisi mengambil sebuah keputusan tanpa didasarkan pada motif tujuan yang jelas).

[517] *Ibid*, hlm. 255-256.

kebijakan melanggar hukum dapat diuji baik melalui upaya keberatan maupun melalui peradilan. *Kedua*, tolak ukur pengujiannya terdiri dari dua kategori yaitu penyalahgunaan wewenang (*detournement de puvoir*; *abuse of power*), tindakan sewenang-wenang (*onredelijk; willekeur*) dan melanggar dengan peraturan tertulis baik secara materiil (cacat materiil) dan formiil (kekeliruan prosedur). *Ketiga*, kecuali di Inggris pada negara Belanda dan Jerman terdapat pemisahan bidang hukum publik dan privat sehingga tindakan atau keputusan pemerintah termasuk penggunaan peraturan kebijakan diselesaikan memalui jalur peradilan yang terpisah sendiri (peradilan administrasi) baik yang masih menjadi bagian organ eksekutif ataukah terpisah menjadi bagian lembaga yudikatif murni.

Adapun perbedaan-perbedaan terhadap pengujian peraturan kebijakan pada hal-hal prosedural mengajukan permohonan keberatan yaitu: *pertama*, Bila di Inggris keberatan yang di tujukan ke PCA harus melalui anggota parlemen dan apabila warga negara yang merasa dirugikan merasa tidak puas dengan putusannya dapat mengajukan *appeal* (banding) ke bagian *The Queens Bench Division* pada *Hight Court*. Di Belanda dapat diajukan melalui '*administratief beroep*' (upaya banding administratif) atau peradilan administratif yang bersifat khusus (*bijzonder administratieve rechtsspraak*) yang hanya berwenang pada bidang sengketa tertentu saja, atau jika belum diatur dalam sebuah UU khusus tentang masalah *beroep*-nya, maka yang berwenang menampung permohonan warga negara ialah *Afdeling rechtsspraak van de Raad van Staten* (Dewan Pertimbangan Agung Bagian Peradilan). Sedangkan dalam sistem hukum Jerman prosedur pembatalan suatu

verwaltungsakt sangat rumit dan kompleks, dan dikenal kewajiban untuk menempuh terlebih dahulu prosedur administratif (semacam *administratif beroep* di Belanda) sebelum mengajukan pembatalan melalui peradilan administrasi.

Kedua, di Inggris konsep *the rule of law* dan menempatkan *equality before the law* sebagai salah satu asasnya membawa konsekuensi kesetaraan semua orang pada hukum yang dilaksanakan melalui peradilan biasa. Selain itu, peradilan di Inggris menganut sistem '*unity of jurisdiction*'. Atas dasar itulah maka mekanisme *judicial review* dijalankan oleh pengadilan biasa (umum). adapun sistem pengawasan atau kontrol terhadap tindakan administrasi yang berlaku di Belanda memliki ciri-ciri yang kompleks sebagaimana disebutkan di atas bahwa pengujian tindakan atau keputusan pemerintah termasuk juga penggunaan instrumen peraturan kebijakan dilaksanakan oleh bermacam bentuk badan. Pengujian oleh badan yang bersifat internal pemerintahan seperti *administratief beroep*. Namun ada juga yang bersifat eksternal melalui lembaga Ombudsman yang lebih menekankan pada perilaku aparat (*gedrag*), peradilan administrasi khusus, dan juga peradilan umum yang bertindak sebagai hakim perdata biasa apabila permohonannya terkait ganti rugi. Sedangkan di Jerman yang menganut sistem pluralitas peradilan, pengajuan keberatan diajukan langsung kepada peradilan administrasi (*verwaltungsgericht*), dan untuk pemeriksaan tingkat atasnya tergantung pada masing-masing negara bagian (*lander*) dikenal dengan sebutan *Oberverwaltungsgericht* atau *Verwaltungsgerichtshof*. Kemudian pada tingkat federal di ajukan kepada *Bundesverwaltungsgericht* (Mahkamah Agung Administrasi).

C. Konsep Ideal Pengujian Norma Peraturan Kebijakan Di Indonesia

Telah disebutkan dalam bab I bahwa sebagai negara hukum demokratis yang bertujuan memajukan kesejahteraan umum, keadilan sosial dan lebih jauh lagi mengambil peran dalam perdamaian dunia berdasarkan UUD RI 1945, pemerintah Indonesia memiliki urusan/lapangan pekerjaan yang sangat luas. Lapangan penyelenggaraan pemerintahan yang begitu luas memberikan konsekuensi diberikanya kewenangan yang luas pula bagi pemerintah untuk merumuskan kebijakan-kebijakannya dalam menjalankan kewajiban pemerintahan meliputi juga wewenang diskresioner. Atas dasar itu, menurut Ridwan bahwa pemerintah Indonesia selain berwenang membuat peraturan perundang-undangan, juga berwenang membuat peraturan kebijakan. adanya kewenangan pemerintah membuat peraturan kebijakan itu menunjukkan bahwa pemerintah beserta organ-organnya dilekati dengan kewenangan diskresi (*discretionary power* atau *ermessen*).”[518]

Adapun realisasinya secara fungsional dilakukan oleh hukum administrasi Indonesia beserta asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang baik (AUPB) sebagai ujung tombaknya atau sebagai *juridische instrumentarium*-nya sehingga dengan konstruksi demikian akan mengalir wewenang istimewa badan/pejabat administrasi Indonesia terhadap rakyat dan pelaksanaan dari wewenang tersebut tetap berada dalam koridor hukum administrasi. [519] Dengan demikian, dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum yang merupakan amanat dari pembukaan UUD RI

[518] Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 90.
[519] S.F. Marbun, *Asas-Asas Umum...op,cit*, hlm. 27.

1945, pemerintah Indonesia tidak dapat menolak untuk memberikan pelayanan kepada warga negara dengan alasan tidak ada peraturan yang mengaturnya *(iura officialibus consilia*). dengan kata lain, meskipun pada dasarnya setiap tindakan pemerintah itu harus berdasarkan pada asas legalitas, namun tidak setiap urusan warga negara yang dihadapi atau dilayani pemerintah itu telah ada undang-undangnya, maka pemerintah dapat melakukan tindakan atau memberikan pelayanan atas dasar diskresi. [520] Meskipun begitu, sikap-tindaknya itu haruslah dipertanggungjawabkan baik secara moral maupun secara hukum. [521] Peraturan kebijakan (*beleidregel*) merupakan bentuk tertulis dari tindakan diskresi pemerintah. Kebijakan pemerintah dalam bentuk peraturan kebijakan tentu saja wajib dipertanggungjawabkan. Penggunaan diskresi atau *ermessen* menurut Sjachran Basah harus dapat dipertanggungjawabkan baik 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.[522] Hal tersebut merupakan konseksuensi-logis dari suatu Negara hukum demokratis seperti Indonesia. Kebebasan yang dimiliki oleh administrasi Indonesia tersebut perlu dikoreksi dan dikendalikan terus-menerus oleh sistem hukum dengan memberikan perlindungan hukum, sehingga melalui asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB), badan/pejabat TUN tetap dapat dikekang dan dikuasai oleh hukum. Dengan

[520] Ridwan, *Diskresi...loc,cit*.
[521] Sjachran Basah, *Perlindungan...loc,cit.* Lihat juga dalam tulisan lain Sjachran Basah, *Eksistensi...op,cit*, hlm. 3.
[522] Sjachran Basah, *Eksistensi...ibid*, hlm. 151.

demikian langkah mundur (*trugtred*) dari pembuat UU akan dapat diimbangi melalui hukum administrasi Indonesia berupa AUPB.[523]

Secara normatif tujuan dari pengawasan terhadap sikap-tindak administrasi negara tidak lain ialah melindungi kepentingan perorangan atau badan hukum perdata akibat dikeluarkan keputusan atau ketetapan tertulis oleh organ pemerintahan. Oleh karena itu, keputusan atas dasar wewenang diskresi (peraturan kebijakan) tunduk pada kaidah-kaidah syarat pemberian alasan suatu KTUN dan bila keputusan diskresi melampaui wewenang maka akibat hukumnya tidak sah, atau mencampuradukkan wewenang yang berakibat hukum dapat dibatalkan, atau juga terbukti sewenang-wenang maka akibat hukumnya tidak sah. Pembatalan tersebut dapat dilakukan pejabat pemerintahan yang menetapkan keputusan atau oleh atasan pejabat yang menetapkan keputusan setelah melewati upaya administratif atau juga atas perintah pengadilan melalui pengujian di PTUN.

Sistem pengawasan terhadap sikap-tindak pemerintahan termasuk juga penggunaan peraturan kebijakan di Inggris, Belanda dan Jerman sebagaimana disebutkan dimuka menunjukan bahwa di negara-negara tersebut dalam hal kontrol terhadap pemerintah dapat ditempuh dengan upaya administratif dan melalui peradilan administratif (PTUN). S.F. Marbun mengatakan bahwa keputusan badan/pejabat pemerintahan yang diambil atas dasar diskresi dapat diuji baik melalui upaya administratif maupun PTUN, dengan demikian keputusan tersebut dapat diuji

[523] S.F. Marbun, *Asas-Asas Umum...op,cit*, hlm. 67.

dengan hukum (*toetsing recht*).[524] Berikut ini pola ideal pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) di Indonesia.

1. Prosedur Keberatan atau Upaya Administrasi

Penggunaan peraturan kebijakan (*beleidregel*) mustahil dikontrol dengan pengawasan internal dalam arti *a priori* (*preventif*) karena peraturan kebijakan di buat ketika pemerintah menghadapi situasi kongkrit yang *emergency* dan aturan hukumnya belum ada (*leemten in het recht*), samar-samar (*vage norm*), atau memberikan pilihan (*choice*) yang tidak diantisipasi sebelumnya.

Bila merujuk pada pendapat S.F. Marbun bahwa upaya administratif dikatakan sebagai bagian dari sistem peradilan administrasi karena upaya administratif merupakan kombinasi atau bagian atau komponen khusus yang berkaitan dengan peradilan administrasi yang sama-sama berfungsi untuk mencapai tujuan memelihara keseimbangan, keserasian, dan keselarasan antara kepentingan perseorangan dengan kepentingan masyarakat atau kepentingan umum sehingga tercipta hubungan yang rukun antara pemerintah dan rakyat dalam rangka mewujudkan masyarakat adil dan makmur berdasarkan pancasila dan UUD 1945.[525] Secara yuridis keberatan atau upaya administratif diatur dalam Pasal 48 UU PTUN yang berbunyi sebagai berikut:

> (1) Dalam hal suatu badan atau pejabat tata usaha negara diberi wewenang oleh atau berdasarkan peraturan perundang-undangan untuk menyelesaikan secara administratif sengketa Tata Usaha Negara tertentu, maka sengketa Tata Usaha Negara tersebut harus diselesaikan melalui upaya administratif yang tersedia.

[524] S.F. Marbun, *Peradilan... op,cit*, hlm. 202.
[525] *Ibid*, hlm. 94.

(2) Pengadilan baru berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesai-kan sengketa Tata Usaha Negara sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) jika seluruh upaya administratif yang bersangkutan telah digunakan.[526]

Rumusan norma di atas menunjukan bahwa setiap sengketa TUN yang menyediakan upaya administratif baru dapat diajukan ke pengadilan administrasi setelah terlebih dahulu diselesaikan melalui upaya administratif. Walaupun upaya administrasi termasuk pengawasan internal tetapi bila dilihat dari segi waktu upaya administrasi dapat dikategorikan pengawasan yang bersifat represif (*á posteriori*). Namun demikian, Surat Edaran Mahkamah Agung No. 2 Tahun 1991 menyebutkan bahwa dalam hal upaya administratif yang bersedia hanya berupa keberatan, sengketa administrasi dapat langsung diajukan ke Pengadilan administrasi tingkat pertama, bukan ke pengadilan tinggi administrasi seperti ditentukan Pasal 48. SE *a quo* dapat dimengerti sebagai upaya mempermudah penyelesaian sengketa tidak berlarut-larut pada badan pengawas internal. Dengan demikian, keberatan atas diterbitkan suatu peraturan kebijakan (*beleidregel*) yang menimbulkan kerugian juga dapat ditempuh melalui prosedur keberatan administrasi tersebut.

Upaya administratif yang selama ini dikenal adalah dalam bentuk banding dan keberatan. Beberapa bentuk banding dan keberatan kemudian dijadikan contoh dalam penjelasan Pasal 48 UU PTUN antara lain: Majelis Pertimbangan Pajak (MPP),

[526] Lihat Pasal 48 Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Desember 1986, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1986 Nomor 77. hlm. 11.

Badan Pertimbangan Kepegawaian (BAPEK), Panitia Penyelesaian Perselisihan Perburuhan Pusat (P4P) dan Keputusan Gubernur mengenai UU Gangguan.[527]

Eksistensi upaya administratif semakin penting dan strategis dalam sistem Peradilan Administratif, karena menurut ketentuan Pasal 48 *jo*. Pasal 51 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1986, setiap sengketa tata usaha negara yang menyediakan upaya administratif harus lebih diselesaikan lebih dahulu melalui upaya administratif. Akan tetapi yang menjadi kendala selama ini dalam menempuh upaya administratif ialah sering ditemui ketiadaan hukum acara yang dapat dijadikan pedoman dalam memeriksa dan menyelesaikan permohonan upaya administratif, kurangnya informasi tentang adanya prosedur keberatan atau upaya administratif terhadap masyarakat, dan berapa lama waktu yang diberikan kepada badan yang memeriksa upaya administratif untuk menyelesaikan suatu permohonan yang diajukan kepadanya sehingga para pencari keadilan dapat memperoleh kepastian. Berkenaan dengan hal tersebut, perlu penelitian lebih lanjut guna pengembangan upaya administratif kedepan sehingga prosedur keberatan dan upaya administratif benar-benar dapat dimanfaatkan secara maksimal dan mampu memberikan perlindungan hukum bagi pencari keadilan termasuk juga yang dirugikan oleh berlakunya suatu peraturan kebijakan (*beleidregel*).

2. Pengujian Peraturan Kebijakan Melalui Peradilan Administrasi (PTUN)

Berdasarkan uraian dari pendekatan tiga kasus (*case approach*) di muka, menunjukan bahwa *ratio decidendi* Mahkamah Agung dalam perkara-perkara uji

[527] S.F. Marbun, *Peradilan... op,cit*, hlm. 98.

materiil terhadap produk norma peraturan kebijakan (*beleidregel*) tampak berbeda-beda, tidak ada penjelasan logis dan saling kontradiktif antara putusan satu dengan yang lain, padahal obyek uji materiilnya serupa. *ratio decidendi* MA menyatakan bahwa Surat Edaran merupakan bagian dari peraturan perundang-undangan. padahal, dari segi teori jelas unsur-unsur peraturan perundang-undangan berbeda dengan peraturan kebijakan (*beleidregel*).

Penafsiran MA *in casu* yang hanya bersandar pada penjelasan ketentuan Pasal 7 ayat (4) *a quo* tidak secara jelas dan logis menyatakan surat edaran (SE PPMB) yang *nota bene* adalah salah satu bentuk dari norma peraturan kebijakan (*beleidregel*) sehingga dapat digolongkan sebagai peraturan perundang-undangan. penafsiran MA *in casu* secara teoretik keliru dan sangat fatal. Lebih lanjut, MA dalam pertimbangan hukumnya menyatakan bahwa Keputusan Presiden dikategorikan sebagai obyek uji materiil dengan dasar bahwa Keputusan Presiden *a quo* mengandung norma-norma yang bersifat mengatur. Tidak ada penjelasan logis selain itu oleh MA yang menerangkan produk keputusan presiden merupakan bentuk peraturan perundang-undangan dibawah UU. Padahal keputusan presiden merupakan produk hukum tertulis pejabat TUN yang memuat norma hukum dalam bidang pemerintahan, berlaku umum, mengikat dan berdampak langsung terhadap masyarakat, serta berdasarkan wewenang bebas (diskresi) yang melekat pada jabatannya, sehingga Keppres PPMB bukanlah peraturan perundang-undangan meskipun sifatnya mengatur, tetapi Keppres PPMB *a quo* ialah suatu wujud dari peraturan kebijakan

(*beleidregel*). Oleh karena itu, *ratio decidendi* MA dalam perkara *a quo* yang menafsirkan Keppres PPMB sebagai peraturan perundang-undangan tidaklah tepat.

Pada perkara ketiga, *Ratio decidendi* MA menyebutkan bahwa surat edaran bukanlah peraturan perundang-undangan sehingga tidak termasuk merupakan obyek hak uji materiil yang dapat diuji oleh MA. pertimbangan hukum MA tersebut bertolak belakang (konstradiktif) dengan *ratio decidendi* dalam putusan No. 23 P/HUM/2009 meskipun obyek pengujiannya serupa yakni surat edaran yang *nota bene* adalah bentuk dari norma peraturan kebijakan (*beleidregel*). Berdasarkan uraian tersebut, tampak jelas bahwa peraturan kebijakan (*beleidregel*) dari segi normatif bukanlah peraturan perundang-undangan sehingga Mahkamah Agung (MA) tidaklah berwenang mengujinya dalam perkara uji materiil atau dengan kata lain, MA telah keliru menafsirkan peraturan kebijakan sebagai obyek uji materiil. Dengan demikian, Ma tidaklah memiliki wewenang untuk dapat menguji peraturan kebijakan. Namun, putusan-putusan MA *a quo* telah berkekuatan hukum tetap dan dapat menjadi yurisprudensi atau sumber hukum bagi Hakim MA untuk memutus perkara-perkara yang serupa yang ditemui dimasa akan datang.

Apabila dilihat dari sudut teori maka kedudukan yurisprudensi dikategorikan sebagai sumber hukum, kekuatan mengikatnya yurisprudensi bagi para hakim dalam sistem *civil law* tidak sama dengan sistem *common law*. Dalam sistem *common law* memang pada dasarnya menerapkan '*precedent*' yang berarti bahwa para hakim terikat pada putusan-putusan terdahulu baik yang sederajat tingkatnya ataupun yang hierarki tinggi, dalam kasus yang serupa atau sama. Putusan-putusan ini mempunyai

pengaruh yang bersifat '*binding precedent*' atau doktrin '*stare decisis*' yang mendasarkan pada putusan-putusan terdahulu (*to stand by past decisions*). Namun, doktrin '*stare decisis*' ini juga tidak sangat mutlak sifatnya, sebab masih dibuka juga kemungkinan untuk menyimpanginya yaitu manakala hakim berpendapat bahwa kasus yang bersangkutan menunjukan adanya dengan putusan kasus sebelumnya '*distinguishing*' (perbedaan) sehingga kalau diputuskan secara sama malah akan menimbulkan ketidakadilan.[528]

Sebaliknya dalam sistem *civil law* (dimana secara historis Indonesia juga sangat dipengaruhinya), asas yang berlaku adalah justru kebalikan dari sistem '*precedent*' tersebut diatas, sebab pada dasarnya ada kebebasan pada hakim untuk tidak merasa terikat pada putusan-putusan yang terdahulu dalam kasus yang serupa. Namun dalam sistem ini juga asas kebebasan hakim tidak berlaku mutlak, sebab kenyataannya dalam praktek banyak hakim rendahan yang sering juga mengikuti putusan-putusan hakim sebelumnya yang secara hierarkis lebih tinggi dalam kasus-kasus yang sama.[529] Oleh karena itu, dalam konteks putusan-putusan uji materiil oleh MA terhadap peraturan kebijakan (*beleidregel*) di atas tidak wajib diikuti oleh Hakim lainnya dalam memutus perkara yang serupa dimasa akan datang. Hakim di Indonesia memiliki kebebasan dan kemandirian dalam memutus suatu perkara tanpa berlandaskan pada putusan terdahulu dengan mengaju pada kompetensinya.

---

[528] Paulus Effendie Lotulung, "Yurisprudensi Dalam Perspektif Pengembangan Hukum Administrasi Negara Di Indonesia", Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Administrasi Negara pada Fakultas Hukum Universitas Pakuan Bogor tanggal 24 September 1994. hlm. 4.

[529] *Ibid*, hlm. 4-5.

Secara yuridis, ada dua pilihan mekanisme apabila pencari keadilan hendak mengajukan keberatan terhadap berlakunya suatu KTUN maupun peraturan kebijakan (*beleidregel*) yaitu dapat diajukan langsung kepada PTUN atau melalui prosedur keberatan atau upaya administratif terlebih dahulu jika diwajibkan oleh UU. pengadilan atau hakim baru dapat mencampuri dalam arti "*judicial kontrol*" atas dasar mekanisme permohonan melalui peradilan administrasi (PTUN) ketika hasil proses internal telah selesai dan dirasa tetap berlawanan dengan hukum. Pasal 51 ayat (3) UU PTUN disebutkan bahwa Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan di tingkat pertama sengketa Tata Usaha Negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 48.[530] Pengujian oleh peradilan tersebut digolongkan sebagai pengawasan eksternal (*ekstern*), dari segi waktu bersifat represif (*á posteriori*) sekaligus juga pengawasan dari segi hukum (*rechtmatigheid*). Pengujian segala tindakan pemerintah termasuk penggunaan peraturan kebijakan (*beleidregel*) oleh pengadilan atau hakim sangat terkait erat dengan hak menguji hakim.

Bentuk pengujian terhadap kebijaksanaan yang mandiri ini dinamakan pengujian marginal (*marginale toetsing*) terhadap kebijaksanaan penguasa. Penggunaan peraturan kebijakan (*beleidregel*) yang diuji dengan asas rasionalitas dan/atau asas-asas AUPB yang lain untuk menentukan apakah suatu kebijakan pemerintah itu tepat, logis dan cukup beralasan. Apabila penggunaan peraturan

[530] Lihat Pasal 51 ayat (3) Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Desember 1986, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1986 Nomor 77. hlm. 11.

kebijakan (*beleidregel*) dinilai tidak masuk akal, tidak relevan, berubah-ubah, tidak mempertimbangkan semua kepentingan yang terkait atau bersifat diskriminatif, maka badan/jabatan administrasi telah berbuat *willekeurig* (sewenang-wenang) dalam hal penggunaan peraturan kebijakan. Pengujian penggunaan peraturan kebijakan yang bersifat *willekeurig* melalui *marginal toetsing* (pengujian marginal) di PTUN, Akan tetapi pelaksanaan wewenang diskresi oleh organ pemerintah dalam bentuk penggunaan peraturan kebijakan (*beleidregel*) terlebih dahulu harus dihormati oleh hakim atau pengadilan sebelum melakukan pengujian. Senyampang terdapat peraturan kebijakan sebagai pelaksana wewenang diskresi yang bermasalah, lalu diproses secara internal pemerintah, hakim tidak dapat langsung mencampuri. Upaya ini disebut sebagai pengawasan internal yang disebut sebagai suatu bentuk "*built-in control*" atau dikenal juga dengan istilah *administrative review* (pengujian administratif). Pengawasan internal (*intern*) dimaksudkan juga agar dalam penyelenggaraan kekuasaan terhindar dari segala bentuk penyalahgunaan wewenang.

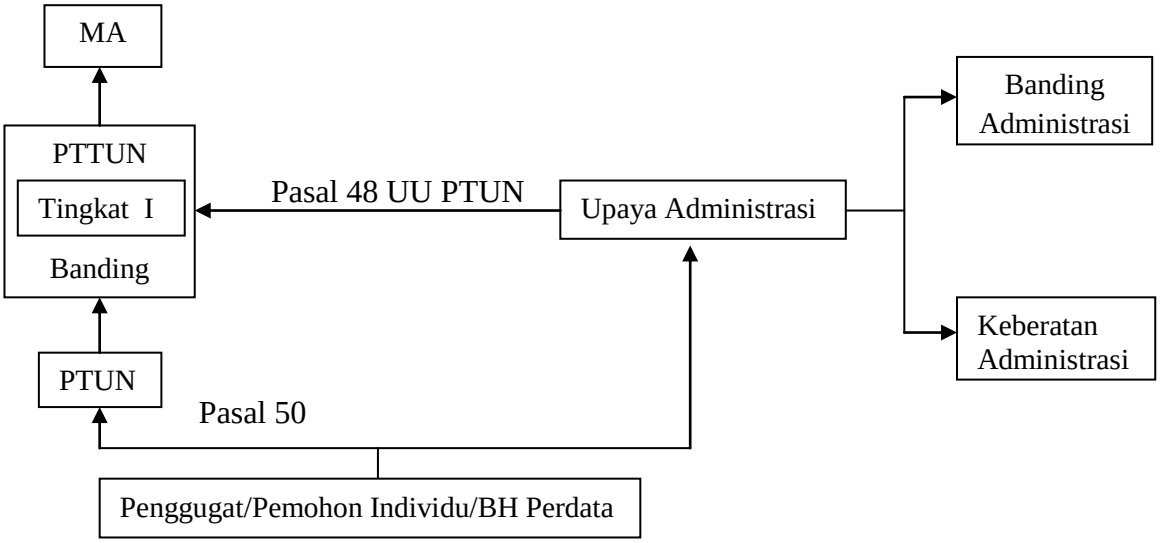
Sebagaimana telah disebutkan dimuka bahwa sejak berlakunya UU APEM, definisi obyek sengketa TUN mengalami pergeseran atau perluasan makna. Pengertian KTUN dalam UU APEM didefinisikan sebagai ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan dan atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. [531] Berdasarkan rumusan tersebut, secara *expressis verbis* dapat dimaknai bahwa obyek sengketa TUN tidak lagi hanya penetapan atau keputusan

[531] Pasal 1 angka (7) Ketentuan Umum Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 Oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292.

yang bersifat kongkrit, individual dan final saja tetapi juga segala keputusan atau penetapan pemerintah yang isi atau materinya dapat saja bersifat umum (*in abstracto*).

Meluasnya makna obyek sengketa TUN dari penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh pejabat TUN bersifat "konkret, individual, dan final" menjadi sekedar "ketetapan tertulis" yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintahan menunjukan bahwa tidak hanya sekedar keputusan atau ketetapan yang bersifat konkret, individual, dan final melainkan segala keputusan atau ketetapan tertulis yang berasal dari pejabat pemerintahan dapat menjadi obyek sengketa TUN termasuk juga keputusan diskresi (peraturan kebijakan) yang sebaliknya bersifat umum. Oleh karena itu, dengan meluasnya ruang lingkup obyek sengketa TUN membawa konsekuensi meluas pula kompetensi absolut PTUN. Dengan demikian, sifat KTUN tidak lagi limitatif hanya "bersifat konkret, individual, dan final" sehingga PTUN dapat melakukan pengujian terhadap segala ketetapan tertulis pejabat TUN lainnya dalam penyelenggaraan pemerintahan termasuk juga keputusan dikresi atau lazim dikenal peraturan kebijakan (*beleidregel*). Pengujian tersebut dapat dilihat dalam alur bagan dibawah ini:

Bagan I: Pola Pengujian peraturan kebijakan melalui PTUN



Tolak ukur atau dasar pengujian peraturan kebijakan menggunakan pendekatan *rechtmatigheid* dan *doelmatigheid* yaitu peraturan kebijakan dianggap memiliki keabsahan jika tidak bertentangan dengan hukum tertulis (*gescrheven recht*) dan hukum tidak tertulis (*ongescrheven recht*) yaitu asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen behoorlijk bestuur*). Disamping itu, karena di dalam diskresi itu terkandung makna pertimbangan berbagai kepentingan terkait, pilihan, dan pencapaian tujuan, maka keabsahan diskresi dan peraturan kebijakan juga didasarkan pada rasionalitas (*redelijkheid*), efektifitas dan efesiensi (*doeltreffenheid en doelmatigheid*). [532] Suatu Peraturan kebijakan (*beleidregel*) yang berdasar wewenang diskresi (*ermessen*) dikatakan sah atau tidak sah sangat tergantung pada apakah organ pemerintah melampaui wewenang atau tidak baik dari segi materi, wilayahnya maupun dari segi waktu berlakunya. Sedangkan dikatakan termasuk

[532] Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 154-156.

penyalahgunaan wewenang esensinya apabila menggunakan wewenang untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang. Kemudian, peraturan kebijakan dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang apabila adanya pertimbangan yang tidak relevan, *mala fide* atau tidak jujur, tanpa arah yang jelas, mengandung unsur penipuan, dan inkonsistensi yang diuji dengan asas rasionalitas atau kepantasan (*redelijk*) dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) lainnya yang terkait melalui *marginal toetsing* (pengujian marginal) di Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN).

Dalam praktik pengujian peraturan kebijakan telah dilakukan oleh Hakim PTUN (peradilan administrasi) dalam beberapa kasus yang diketahui antara lain: perkara pemberhentian tidak dengan hormat 4 (empat) orang pegawai perusahaan daerah Bank Perkreditan Rakyat Bank Pasar di Kabupaten Kebumen dalam Putusan PTTUN Surabaya No. 77/B/2009/PT.TUN.SBY, No. 78/B/2009/PT.TUN.SBY, dan Putusan No. 79/B/2009/PT.TUN.SBY yang masing-masing telah diputus pada tanggal 10 Agustus 2009. Lalu kasus perkara pembebastugasan pegawai BKK dari Jabatan Bagian Dana BKK Buaran Kabupaten Pekalongan dalam Putusan PT.TUN Surabaya Nomor. 07/B/2009/PT.TUN.SBY tanggal 2 Maret 2009. kemudian, kasus perkara pemberhentian dengan hormat kepala Desa Trangkil, Kecamatan Trangkil, Kabupaten Pati dalam Putusan PT.TUN Surabaya Nomor. 21/B/2009/PT.TUN.SBY tanggal 16 April 2009. dan juga kasus pemberhentian tidak dengan hormat pegawai negeri sipil karena melakukan suatu tindak pidana di Kabupaten Klaten dalam

Putusan PTUN Semarang Nomor. 20/G/2009/PTUN.SMG tanggal 3 Juni 2009.[533] Keempat kasus kongkrit *a quo* telah berkekuatan hukum tetap. Hal tersebut menunjukan bahwa PTUN (peradilan administrasi) juga telah melakukan pengujian (*marginal toetsing*) terhadap keputusan tata usaha negara yang berdasarkan kewenangan diskresioner. Dengan demikian, tampak bahwa pada praktiknya pengujian peraturan kebijakan sebagai penggunaan wewenang diskresi dalam bentuk tertulis telah memiliki preseden tidak hanya melalui jalur uji materiil (*judicial review*) namun juga dengan pengujian marginal (*marginal toetsing*) melalui Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN).

[533] Lihat dalam Tri Cahya Indra Permana, "Pengujian Keputusan...*op,cit*, Tesis di Universitas Diponegoro Semarang, 2009, hlm. 72-87.

BAB III

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkaan uraian hasil penelitian dan pembahasan tersebut di atas, maka dapat diambil kesimpulan sebagai berikut:

1. Secara normatif Mahkamah Agung tidak memiliki wewenang menguji baik materiil dan formilnya produk hukum keputusan (*beschikking*) atau peraturan kebijakan (*beleidregel*) maupun perbuatan hukum pemerintah lainya dipusat ataupun didaerah yang bukan produk peraturan perundang-undangan. dari tiga pendekatan kasus, pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) MA yang menggolongkan peraturan kebijakan sebagai peraturan perundang-undangan secara normatif tidak logis, saling kontradiktif antara putusan satu dengan yang lain, padahal obyek uji materiilnya serupa yakni peraturan kebijakan. Dalam Putusan No. 23 P/HUM/2009, pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) MA menyatakan bahwa surat edaran (SE PPMB) merupakan bagian dari peraturan perundang-undangan. Di dalam Putusan No. 42 P/HUM/2012, MA juga Menafsirkan Keppres PPMB sebagai peraturan perundang-undangan. sedangkan Putusan No. 27 P/HUM/2015, MA di dalam *ratio decidendi*-nya menyatakan surat edaran bukanlah peraturan perundang-undangan sehingga tidak termasuk merupakan obyek hak uji materiil yang dapat diuji oleh MA.

2. Bahwa pada prinsipnya tolak ukur atau parameter pengujian peraturan kebijakan dapat dibagi tiga yaitu: tindakan melampaui wewenang, penyalahgunaan wewenang, sewenang-wenang dan AUPB lainya yang terkait. Pengujian peraturan kebijakan (*beleidregel*) dapat ditempuh melalui mekanisme prosedur keberatan atau upaya administratif dan juga pengujian secara marginal (*marginale toetsing*) melalui Peradilan Tata Usaha Negara. Dalam praktik pengawasan tindakan administrasi di beberapa negara antara lain Inggris, Belanda dan Jerman ditemukan satu kesamaan karakter yaitu disediakan forum upaya administratif dengan bermacam bentuk untuk menilai suatu tindakan administrasi. Bila setelah upaya administrasi masih belum menyelesaikan persoalan maka, barulah ditempuh upaya pengujian melalui peradilan administrasi (PTUN).
3. Bahwa dalam konsteks Indonesia, pola ideal untuk melakukan pengujian terhadap peraturan kebijakan dapat ditempuh melalui upaya prosedur keberatan atau upaya administrasi. Atau juga dengan pengujian marjinal (*marginal toetsing*) melalui Peradilan administrasi (PTUN) dengan pendekatan *rechmatigheid* dan *doelmatigheid* berdasarkan tolak ukur asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB).

B. Saran

Berdasarkan kesimpulan tersebut, dapat dikemukakan beberapa saran atau rekomendasi antara lain:

1. Perlu melakukan harmonisasi peraturan perundang-undangan terkait dengan obyek sengketa tata usaha negara (obyek sengketa TUN) dan klasifikasi tindakan-tindakan hukum dari administrasi negara (pemerintah) apa saja yang dapat diuji melalui upaya administrasi dan peradilan administrasi karena perkembangan paradigma baru pengujian tindakan administasi negara termasuk peraturan kebijakan.
2. Perlu dirumusakan kejelasan pengaturan norma peraturan kebijakan, tolak ukur pengujiannya dalam UU Administrasi Pemerintahan berdasarkan doktrin dan konsep hukum administrasi agar tidak menimbulkan persoalan dimasa yang akan datang.
3. Perlu dirubah/direvisi UU PTUN untuk mengatur juga kesatuan dan kejelasan sistem pengujian norma peraturan kebijakan, serta hukum acara prosedur keberatan/upaya administratif sehingga dapat memudahkan dan lebih menjamin hak-hak warga negara yang menempuh upaya hukum yang disediakan tersebut agar pengujian peraturan kebijakan melalui upaya administrasi dan Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) dapat berjalan efektif.

DAFTAR PUSTAKA

Buku dan Kamus

Allen, Michael, dan Brian Thompson, *Case and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Seventh Edition, New York: Oxford University Press Inc, 2002.

Algra, N.E., et. al, *Fockema Andreae's: Rechtsgeleerd Handwoordenboek*, Terjemah, Saleh Adiwinata et. al, Kamus Istilah Hukum, Fockema Andreae: Belanda-Indonesia, Cetakan Pertama, Jakarta: Binacipta, 1983.

Asshiddiqie, Jimly. *Konstitusi Ekonomi*, Cetakan Pertama, Jakarta: Buku Kompas, 2010.

_____, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, cet-II, Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2008.

_____, *Perihal Undang-Undang di Indonesia*, Cetakan Pertama, Jakarta: setjen dan kepaniteraan MKRI, 2006.

_____, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Edisi revisi, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.

Atmosudirdjo, Prajudi, *Hukum Administrasi Negara*, Cetakan Keenam, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983.

Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, Cetakan Pertama, Jakarta: UI Press, 1995.

Basah, Sjachran, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Cetakan Keenam, Bandung: Alumni, 2014.

_____, *Perlindungan Hukum terhadap Sikap-Tindak Administrasi Negara*, Cetakan Kedua, Bandung: Alumni, 1992.

Belinfante, A.D., *Kort Begrip van het Administratief Recht*, terjemah, Boerhanoeddin Soetan Batoeah, *Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara*, Cetakan Pertama, Jakarta: Binacipta, 1983.

Budiardjo, Miriam, *Dasar-Dasar Ilmu Politik, Edisi revisi*, Cetakan Keempat, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2010.

Crince Le Roy, R., *De Vierde Macht*, Terjemah, Departemen Hukum Tata Negara UNAIR, Kekuasaan Keempat, Surabaya: Fakultas Hukum UNAIR, 1976.

Damen, L.J.A., et. al., *Bestuursrecht: Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheiduitoefening, Handhaving*, Tweede druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2005.

Darumurti, Krisnha D. *Kekuasaan Diskresi Pemerintah: Kajian mengenai Konsep, Dasar Pengujian, dan Sarana Kontrol*, Cetakan Pertama, Bandung, PT. Citra Adiya Bakti, 2012.

Davis, Kenneth Culp, *Administrative Law Text*, Third Edition, ST. Paul, Minn: West Publishing Co, 1972.

de Meij, J.M. /I.C. van der Vlies, *Inleideing tot het Staatsrecht en het Bestuursrecht*, Negende druk, Kluwer: Deventer, 2004.

Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Pusat Bahasa*, Cetakan Pertama, Edisi Keempat, Jakarta: PT. Gramedia, 2008.

Douglas, Roger dan Melinda Jones, *Administrative Law; Commentary and Materials*, Third Edition, Sydney: The Federation Press, 1999.

Echols, John M. dan Hassan Shadily, *An English-Indonesian Dictionary*, direvisi dan diedit oleh John U. Wolff et. al., Kamus Inggris-Indonesia, Cetakan Kesepuluh Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2007.

Foster, Nigel G. dan Satish Sule, *German Legal System And Law*, Oxford: University Press, 2000.

Garner, Bryan A., et. al, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition, St. Paul: Thomson Reuters, 2014.

Gijssels, Jan dan Mark van Hoecke, *Wat is Rechtsteorie?*, Terjemah, B. Arief Sidharta, Apakah Teori Hukum Itu?, Bandung: Laboratorium Hukum Fakultas hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2000.

Haan, P. de, et. al., *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat*, Deel 1, Den Haag: Kluwer-Deventer, 1986.

Harahap, Yahya, *Hukum Acara Perdata: Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, Cetakan Keempat, Jakarta: Sinar Grafindo, 2006.

Harman, Benny K., *Konfigurasi Politik dan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Cetakan Pertama, Jakarta: ELSAM, 1997.

Hatta, Mohammad, "Menuju Negara Hukum", Pidato penerimaan gelar *doctor honoris causa* dari Universitas Indonesia pada tanggal 30 Agustus 1975, Jakarta: Idayu Press, 1977.

HR, Ridwan, *Hukum Administrasi Negara, edisi revisi*, cet-10, Jakarta: Rajawali pers, 2014.

_____, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: FH UII Press, 2014.

_____, *Hukum Administrasi di Daerah*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: FH UII Press, 2009.

_____, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: FH UII Press, 2009.

Huda, Ni'matul, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: UII Press, 2005.

Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum*, Cetakan Kedua, Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1991.

Indrati S, Maria Farida, *ilmu perundang-undangan, jenis, fungsi dan materi muatan*, cet-9, Yogyakarta: Kanisius, 2007.

Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I*, Cetakan Keenam, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1996.

Jansen, Lydia, *Bestuursrecht*, Derde druk, Utrecht: Uitgeverij LEMMA BV, 2004.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, terjemah, Raisul Muttaqien, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, cet-v, Bandung: Nusa Media, 2010.

_____, *Pure Theory of Law*, terjemah, Raisul Muttaqien, *Teori Hukum Murni*, cet-vii, Bandung: Nusa Media, 2010.

Koesoemahatmadja, Djenal Hoesen, *Pokok-pokok Hukum Tata Usaha Negara, Jilid I*, Cetakan Pertama, Bandung: Alumni, 1979.

Künnecke, Martina, *Tradition and Change in Administrative Law*: *An Anglo-German Comparison*, First Published, New York: Spinger, 2007.

Latif, H. Abdul, *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidregel) Pada Pemerintahan Daerah*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: UII Press, 2005.

Le Sueur, AP dan JW Herberg, *Constitutional and Administrative Law*, First Published, London: Cavendish Pubishing Limited, 1995.

Lotulung, Paulus Effendie, *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi hukum Terhadap Pemerintah*, Edisi kedua dengan Revisi, Cetakan Pertama, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993.

_____, *Himpunan Makalah Azas-azas Umum Pemerintahan Yang Baik* (*A.A.U.P.B*), Cetakan Pertama, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1994.

Mac Iver, R.M., *The Modern State*, Terjemah, Moertono, Negara Moderen, Cetakan Kedua, Jakarta: Bina Aksara, 1988.

Mahendra, Yusril Ihza, *Dinamika Tata Negara Indonesia: Kompilasi Aktual Masalah Konstitusi Dewan Perwakilan dan Sistem Kepartaian*, Cetakan Pertama, Jakarta: Gema Insani Press, 1996.

Marbun, SF. dan Moh. Mahfud, MD, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, cet-5, Yogyakarta: Liberty, 2009.

_____, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, cet-3, revisi, Yogyakarta: FH UII Press, 2011.

_____, *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, Cetakan Kedua, Yogyakarta: UII Press, 2002.

_____, *Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Layak*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: FH UII Press, 2014.

_____, *Hukum Administrasi Negara I*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: FH UII Press, 2012.

_____, *Hukum Administrasi Negara II*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: FH UII Press, 2013.

Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum, edisi revisi*, cet-9, Jakarta: Prenadamedia group, 2014.

Mertokusumo, Sudikno dan A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Cetakan Pertama, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993.

_____, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Edisi Kelima, Cetakan Kedua, Yogyakarta: Liberty, 2005.

_____, *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*, Edisi Revisi, Cetakan kelima, Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2014.

Michiels, F.C.M.A., *Hoofdzaken van het Bestuursrecht*, Derde druk, Kluwer: Deventer, 2003.

Muchsan, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Cetakan Keempat, Yogyakarta: Liberty, 2007.

Muslimin, Amrah, *Beberapa Asas-asas dan Pengertian-pengertian Pokok Tentang Administrasi dan hukum administrasi*, Cetakan Ketiga, Bandung: Alumni, 1985.

Mustafa, Bachsan, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Cetakan pertama, Bandung: Alumni, 1985.

Nusantara, Abdul Hakim Garuda, *Politik Hukum Indonesia*, Cetakan Pertama, Jakarta: Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, 1988.

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

_____, *Perlindungan Bagi Rakyat Di Indonesia: Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, cet-I, Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987.

_____, et. al, *Pengantar Hukum Administrasi Di Indonesia*, cet-11, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2011.

_____, et. al., *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi*, Cetakan Kedua, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2012.

Purbopranoto, Kuntjoro, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Cetakan Keempat, Bandung: Alumni, 1985.

Pustitosari, Hesti, et. al., *Filosofi Pelayanan Publik: Buramnya Wajah Pelayanan Menuju Perubahan Paradigma Pelayanan Publik*, Cetakan Kedua, Malang: Setara Press, 2012.

Schmid, J. J. Von, *Het Denken over Staat en Recht*, Terjemah, Boentarman, Pemikiran tentang Negara dan Hukum dalam Abad Ke-19, Cetakan Kedua, Jakarta: PT. Pembangunan, 1961.

Scholten, Paul, *De Structuur Der Rechtwetenschap*, terjemah, B. Arief Sidharta, Struktur Ilmu Hukum, Cetakan Pertama, Bandung: Alumni, 2003.

Soekanto, Soerjono, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan Ketiga, Jakarta: UI Press, 1986.

Spelt, N.M dan J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum Perizinan*, disunting oleh Philipus M. Hadjon, Cetakan Pertama, Surabaya: Yuridika, 1993.

Stroink, F.A.M., *Pemahaman Tentang Dekonsentrasi*, Terjemah, Ateng Syafrudin, Cetakan Pertama, Bandung: Refika Aditama, 2006.

Strong, C.F., *Modern Political Constitutions*, Terjemah, Derta Sri Widowatie, Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan Tentang Sejarah dan Bentuk, Cetakan Keenam, Bandung: Nusa Media, 2011.

Sukardja, Ahmad, *Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara Dalam Perspektif Fikih Siyasah*, Cetakan Pertama, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.

Utrecht, E., *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Cetakan Keempat, Surabaya: Pustaka Tirta Mas, 1960.

van Wijk, H.D./Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, Utrecht: Uitgeverij Lemma BV, 1988.

Wignjosoebroto, Soetandyo, *Hukum: Konsep dan Metode*, Cetakan Pertama, Malang: Setara Press, 2013.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi*, Cetakan Pertama, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2010.

Karya Ilmiah

Disertasi, Tesis, Skripsi, Jurnal, Makalah, Majalah Hukum dan Website Artikel

Lukman, Marcus, 1996, Eksistensi Peraturan Kebijaksanaan dalam bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rancana Pembangunan di Daerah serta Dampaknya terhadap Materi Hukum Tertulis Nasional (Suatu Studi di Provinsi Kalimantan Barat Pembangunan lima tahun III, IV dan V), *Disertasi* di Universitas Padjadjaran Bandung.

Permana, Tri Cahya Indra, "Pengujian Keputusan Diskresi oleh Pengadilan Tata Usaha Negara", Tesis di Universitas Diponegoro Semarang, 2009.

Nasution, Ihsan Badruni, 2014, "Pengujian Peraturan Kebijakan (*beleidregels*) di Mahkamah Agung (Studi Putusan Mahkamah Agung Nomor: 23 P/HUM/2009)", *Skripsi* di Universitas Islam Negeri (UIN) Syarif Hidayatullah Jakarta.

Thoha, Miftah, "Lembaga Birokrasi Dalam Negara", *Jurnal Prisma*, Vol. 33, No. 2, LP3ES, 2014.

Nalle, Victor Imanuel W. "Kewenangan Yudikatif Dalam Pengujian Peraturan Kebijakan (Kajian Putusan Nomor 23 P/HUM/2009)", *Jurnal Yudisial*, Volume 6 nomor 1 april 2013.

Attamimi, A. Hamid S., "Hukum tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan (Hukum Tata Pengaturan)", Pidato Purna Bakti Guru Besar Tetap, diselenggarakan pada hari Senin tanggal 20 September 1993 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Manan, Bagir, "Peraturan Kebijakan", Makalah ini pernah disampaikan pada penataran dosen Fakultas Hukum seluruh Sumatra, yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, tanggal 5 April 1994.

_____, "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.

_____, "Asas, Tata Cara dan Teknik Penyusunan Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan", Ceramah di Departemen Pertambangan dan Energi RI, Jakarta, 8 April 1994.

_____, "Fungsi dan Materi Peraturan Perundang-undangan", Makalah ini pernah disajikan pada penataran Dosen Pendidikan dan Latihan Kemahiran Hukum BKS-PTN bidang hukum sewilayah barat Fakultas Hukum Universitas Lampung, di Bandar Lampung.

_____, "Pengujian Yustisial Peraturan Perundang-undangan dan Perbuatan Administrasi Negara di Indonesia", Makalah ini pernah di bawakan pada kuliah umum jurusan hukum tata negara tanggal 19 Februari 1994 di Fakultas Hukum Atmajaya Yogyakarta.

Marzuki, H.M.Laica, "Kebijakan Yang Diperjanjikan '*Beleidovereenkomst'*: Sarana Keperdataan Dalam Penyelenggaraan Pemerintah", Makalah ini pernah disajikan pada penataran hukum nasional hukum acara dan hukum administrasi negara, yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin tanggal 26–31 Agustus 1996 di Ujung Pandang.

_____, "Peraturan Kebijaksanaan (*Beleidregel*): Hakikat Serta Fungsinya Selaku Sarana Hukum Pemerintahan", Makalah ini pernah disajikan pada penataran hukum nasional hukum acara dan hukum administrasi negara, yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin tanggal 26 – 31 Agustus 1996 di Ujung Pandang.

Alim, Muhammad, "Pengujian Konstitusional Dalam Al-Quran", *Majalah Hukum Varia Peradilan*, November 2008.

Yulius, H., "Menyelisik Makna Penyalahgunaan Wewenang dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan ditinjau dari optik Hermeneutika Hukum", *Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXXI No. 360*, November 2015.

Soetandyo Wignjosoebroto, Tentang Teori, Konsep, dan Paradigma dalam Kajian Tentang Manusia, Masyarakat, dan Hukumnya, https://soetandyo.wordpress.com/2010/09/18/tentang-teori-konsep-dan-paradigma-dalam-kajian-tentang-manusia-masyarakat-dan-hukumnya/.

Peraturan Per-UU-an & Putusan Pengadilan

Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, berlaku efektif 29 oktober 2009, lembaran Negara republik Indonesia tahun 2009 nomor 157.

Undang-Undang No. 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum, disahkan dan berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 158.

Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Desember 1986, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1986 Nomor 77.

Undang-Undang No. 9 Tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 Maret 2004, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 35.

Undang-Undang No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, berlaku efektif 29 oktober 2009, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 160.

Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah, berlaku efektif pada tanggal 2 oktober 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244.

Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, berlaku efektif 17 oktober 2014, lembaran Negara republik Indonesia tahun 2014 nomor 292.

Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, berlaku efektif 12 agustus 2011, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82.

Undang-Undang No. 5 Tahun 2004 tentang perubahan atas UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, berlaku efektif 15 Januari 2004, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 9.

Peraturan Pemerintah 79 Tahun 2005 Tentang Pedoman Pembinaan dan Pengawasan Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, berlaku efektif tanggal 30 Desember 2005, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 165.

Peraturan Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi Republik Indonesia No. 80 Tahun 2012 Tentang Pedoman Tata Naskah Dinas Instansi Pemerintah, berlaku efektif 9 Januari 2013, Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2013 Nomor 69.

Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2011 Tentang Hak Uji Materiil, Di tetapkan Tanggal 30 Mei 2011.

Peraturan Mahkamah Agung No. 4 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara Dalam Penilaian Unsur Penyalahgunaan Wewenang, berlaku efektif 24 Agustus 2015, Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 1267.

Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat pertama dan terakhir perkara permohonan keberatan Hak Uji Materiil dalam *Ir. H. Isran Noor M,Si (Bupati Kutai Timur) v. Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral*, Nomor 23 P/HUM/2009.

Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat pertama dan terakhir perkara permohonan keberatan Hak Uji Materiil dalam *Forum Pembela Islam v. Presiden Republik Indonesia*, No. 42 P/HUM/2012.

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.

PROFIL PENULIS

MUHAMMAD THABRANI MUTALIB, S.H, M.H., Lahir di Tobelo, Halmahera Utara, Maluku Utara, 28 Januari 1987, Menyelesaikan pendidikan kesarjanaan di Fakultas Hukum Univrersitas Khairun Ternate 2012. Program Magister Ilmu Hukum di Pascasarjana Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta 2017. Sekarang aktif menjalankan profesi hukum sebagai Advokat dan konsultan hukum pada Firma Hukum *MTM & Associates* di Ternate, Maluku Utara.