

**PENGUJIAN YUSTISI PERATURAN KEBIJAKAN DALAM SISTEM
ADMINISTRASI PEMERINTAHAN**

**JUDICIAL REVIEW OF POLICY REGULATIONS IN THE GOVERNMENT
ADMINISTRATION SYSTEM**



ANDI YUZRIL MUHAMMAD

B012231002

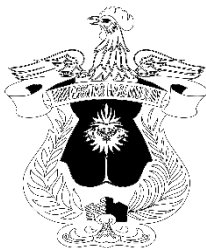
PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM

FAKULTAS/SEKOLAH PASCASARJANA

UNIVERSITAS HASANUDDIN

MAKASSAR

2024



HALAMAN JUDUL

**PENGUJIAN YUSTISI PERATURAN KEBIJAKAN DALAM
SISTEM ADMINISTRASI PEMERINTAHAN**

Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Magister
Pada Program Studi Magister Ilmu Hukum

Disusun dan diajukan oleh:

ANDI YUZRIL MUHAMMAD

NIM. B012231002

**PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR**

2024

TESIS

PENGUJIAN YUSTISI PERATURAN KEBIJAKAN DALAM SISTEM ADMINISTRASI PEMERINTAHAN

Disusun dan diajukan oleh:

ANDI YUZRIL MUHAMMAD
B012231002

Telah dipertahankan di hadapan panitia ujian yang dibentuk dalam rangka penyelesaian Studi Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum, Universitas Hasanuddin pada tanggal **20 Desember 2024** dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

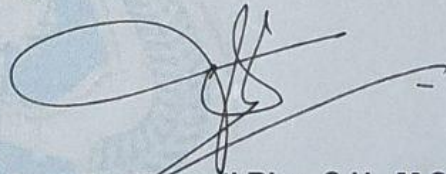
Menyetujui,

Pembimbing Utama



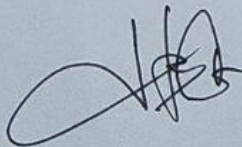
Prof. Dr. Andi Pangerang Moenta,
S.H., M.H., DFM.
NIP. 19610828 1987703 1 003

Pembimbing Pendamping



Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si
NIP. 19640824 199103 2 002

Ketua Program Studi



Prof. Dr. Hasbir Paserangi, S.H.,
M.H.
NIP. 19700708 199412 1 001

Dekan Fakultas Hukum,



Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H.,
M.A.Pas HUKU
NIP. 19731231 199903 1 003

PERNYATAAN KEASLIAN

Nama : Andi Yuzril Muhammad
NIM : B012231002
Program Studi : Magister Ilmu Hukum

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa penulisan Tesis yang berjudul **PENGUJIAN YUSTISI PERATURAN KEBIJAKAN DALAM SISTEM ADMINISTRASI PEMERINTAHAN** adalah benar-benar karya saya sendiri. Adapun yang bukan merupakan karya saya dalam penulisan Tesis ini diberi tanda *citasi* dan ditunjukkan dalam daftar pustaka.

Apabila di kemudian hari terbukti pernyataan saya tidak benar, maka saya bersedia menerima sanksi sesuai Peraturan Menteri Pendidikan Nasional Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2010 dan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku.

Makassar, 20 Desember 2024

Yang membuat pernyataan



Andi Yuzril Muhammad
NIM. B012231002

KATA PENGANTAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ

Alhamdulillah Robbil 'alamiin Wassholatu Wassalamu 'ala Rasulillah

Puji syukur Peneliti panjatkan ke hadirat Allah *subhanahu wa ta'ala* atas segala nikmat yang telah diberikan kepada Peneliti sehingga dapat menyelesaikan tesis dengan judul **“Pengujian Yustisi Peraturan Kebijakan dalam Sistem Administrasi Pemerintahan”** sebagai syarat kelulusan dalam menempuh pendidikan magister (S-2) dan untuk mendapatkan gelar Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Selawat dan salam semoga senantiasa tercurah kepada Muhammad bin Abdillah *shallallahu 'alaihi wasallam*, keluarga, para sahabat, serta seluruh manusia yang senantiasa mengikuti beliau hingga akhir zaman.

Tentunya Peneliti menyadari bahwa kesempurnaan yang hakiki hanya milik Allah *subhanahu wa ta'ala*. Oleh karena itu, Peneliti sangat terbuka dan menerima segala bentuk saran dan kritikan yang bersifat membangun demi kebaikan tesis ini ke depannya. Penulisan tesis ini tentunya tidak lepas dari doa, bimbingan, arahan serta dukungan dari beberapa pihak. Pada kesempatan kali ini, Peneliti hendak menyampaikan banyak terima kasih kepada pihak-pihak yang mendampingi Peneliti dalam proses penyelesaian tesis ini hingga dapat disempurnakan. Pertama, kepada

kedua orang tua peneliti yang sangat hebat, Bapak Andi Muhammad Tahir, S.Pd., M.M. dan ibu Ns. Ahyana Kasman, S.Kep., nenek Peneliti Jawalia binti Colli yang tak luput mendoakan dan memberikan dukungan moril maupun materiil selama ini.

Peneliti juga menyampaikan terima kasih kepada:

1. Bapak Prof. Dr. Ir. Jamaluddin Jompa, M.Sc. selaku Rektor Universitas Hasanuddin Periode 2022-2026.
2. Bapak Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M..A.P. selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Periode 2022-2026.
3. Bapak Prof. Dr. Maskun, S.H., LL.M. selaku Wakil Dekan Bidang Akademik dan Kemahasiswaan, Ibu Prof. Dr. Iin Karita Sakharina, S.H., M.A. selaku Wakil Dekan Bidang Perencanaan, Sumber Daya dan Alumni, Ibu Dr. Ratnawati, S.H., M.H. selaku Wakil Dekan Bidang Kemitraan, Riset dan Inovasi.
4. Bapak Prof. Dr. Hasbir Paserangi, S.H., M.H. selaku Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
5. Bapak Prof. Dr. Juajir Sumardi, S.H., M.H. selaku dosen PA (Penasihat Akademik) Peneliti atas segala bimbingannya.
6. Bapak Prof. Dr. Andi Pangerang Moenta, S.H., M.H., DFM. selaku pembimbing utama Peneliti.
7. Ibu Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si. selaku pembimbing pendamping Peneliti.

8. Bapak Prof. Dr. Aminuddin Ilmar, S.H., M.H., Prof. Dr. Syamsul Bahri, S.H., M.S., serta Prof. Dr. Marthen Arie, S.H., M.H. selaku penguji Peneliti.
 9. Para dosen atas bimbingannya selama ini kepada Peneliti.
 10. Seluruh staf bagian akademik, kemahasiswaan, dan perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin yang telah melayani segala urusan administrasi selama perkuliahan hingga penyusunan tugas akhir (tesis) ini.
 11. Seluruh staf bagian UPT Perpustakaan Universitas Hasanuddin, UPT Layanan Bahasa Unhas yang telah melayani segala urusan administrasi selama perkuliahan hingga penyusunan tugas akhir (tesis) ini.
 12. Rekan-rekan Mahasiswa Angkatan 2023-1 Magister Ilmu Hukum.
- Akhir kata, semoga tesis ini dapat memberikan kemanfaatan bagi *civitas academica* ke depannya.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

Peneliti,

Andi Yuzril Muhammad

ABSTRAK

Andi Yuzril Muhammad (B012231002). Pengujian Yustisi Peraturan Kebijakan dalam Sistem Administrasi Pemerintahan (dibimbing oleh Andi Pangerang Moenta dan Marwati Riza)

Penelitian ini bertujuan untuk: (1) menganalisis kompetensi lembaga peradilan (Mahkamah Agung dan Peradilan Tata Usaha Negara) dalam menguji peraturan kebijakan dalam sistem administrasi pemerintahan di Indonesia; (2) menganalisis dan menguraikan pertimbangan hakim dalam menerima dan menolak permohonan untuk menguji peraturan kebijakan berbentuk surat edaran.

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian yuridis-normatif dengan pendekatan peraturan perundang-undangan, pendekatan kasus, pendekatan konseptual, dan pendekatan analitis. Data bersumber dari bahan hukum primer dan sekunder. Data dianalisis menggunakan metode deskriptif kualitatif.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa: (1) Mahkamah Agung memiliki kewenangan untuk menguji peraturan perundangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang sebagaimana tertuang dalam Pasal 24A UUD NRI 1945 dan Pasal 31 ayat (1) UU Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, namun peraturan kebijakan tidak dapat dikategorikan sebagai peraturan perundangan sebab terdapat perbedaan konseptual/teoretis mengenai sifat dan karakteristik dari masing-masing instrumen pemerintahan tersebut. Adapun KTUN (Keputusan Tata Usaha Negara) tidak dapat dipersamakan dengan “peraturan kebijakan (*beleidsregels*)” sebagaimana perluasan makna KTUN diuraikan dalam Pasal 87 UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dan SEMA Nomor 4 Tahun 2016 dengan lingkup sifat dan karakteristik keputusan yang bersifat (a) konkret-individual, (b) abstrak-individual, (c) konkret-umum sebab peraturan kebijakan hanya berlaku secara “internal” ke dalam instansi atau dinas yang dituju; (2) Pada praktiknya, Mahkamah Agung pernah menerima 4 (empat) dan menolak 2 (dua) permohonan pengujian peraturan kebijakan berbentuk surat edaran. Adanya dasar pertimbangan Mahkamah Agung dalam menerima permohonan pengujian peraturan kebijakan (*beleidsregels*) dengan dalil dapat dipersamakan dengan peraturan perundang-undangan bukan merupakan sesuatu yang tepat secara yuridis serta teoretis sebab terdapat perbedaan sifat dan karakter antara peraturan kebijakan dengan peraturan perundang-undangan.

Kata Kunci: Pengujian Yustisi; Peraturan Kebijakan; Mahkamah Agung; Peradilan Tata Usaha Negara

ABSTRACT

Andi Yuzril Muhammad (B012231002). Judicial Review of Policy Regulations in the Government Administration System (supervised by Andi Pangerang Moenta and Marwati Riza)

This research aims to: (1) analyze the competence Supreme Court and State Administrative Court in examining policy regulations in the government administration system in Indonesia; (2) analyze judges' considerations in accepting and rejecting requests to examine policy regulations in the form of circular letters.

The research method is juridical-normative research with a legislative approach, case approach, conceptual approach, and analytical approach. Data was sourced from primary and secondary legal materials. The data was analyzed using a qualitative descriptive method.

The results of the research show that: (1) The Supreme Court has the authority to examine laws and regulations under the law against the law as stipulated in Article 24A of the 1945 Constitution and Article 31 paragraph (1) of Law Number 14 of 1985 concerning the Supreme Court, but policy regulations cannot be categorized as laws and regulations because there are conceptual/theoretical differences regarding the nature and characteristics of each of these government instruments. The KTUN (State Administrative Decree) cannot be equated with 'policy regulations (*beleidsregels*)' as the expansion of the meaning of KTUN is described in Article 87 of Law Number 30 of 2014 concerning Government Administration and SEMA Number 4 of 2016 with the scope of the nature and characteristics of decisions that are (a) concrete-individual, (b) abstract-individual, (c) concrete-general because policy regulations only apply "internally" to the intended agency or office; (2) In practice, the Supreme Court has accepted 4 (four) and rejected 2 (two) requests for judicial review of policy regulations in the form of circular letters. The Supreme Court's reasoning in accepting the petition for judicial review of policy regulations (*beleidsregels*) because they can be equated with statutory regulations is not juridically and theoretically correct because there are differences in nature and character between policy regulations and statutory regulations.

Keywords: Judicial Review; Policy Regulations; Supreme Court; State Administrative Court

DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN JUDUL	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
PERNYATAAN KEASLIAN	iv
UCAPAN TERIMA KASIH	v
ABSTRAK	viii
ABSTRACT	iv
DAFTAR ISI	x
DAFTAR TABEL	xiv
DAFTAR GAMBAR	xv
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah.....	7
C. Tujuan Penelitian	7
D. Manfaat Penelitian	8
E. Keaslian Penelitian	9
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	15
A. Teori Negara Hukum	15
B. Teori Kewenangan	39
1. Pengertian Kewenangan	39
2. Jenis Klasifikasi Kewenangan.....	47
3. Sifat Wewenang Pemerintahan	56
C. Diskresi Pemerintahan.....	59
1. Pengertian Diskresi.....	59
2. Jenis Klasifikasi Diskresi	65
3. Syarat Penggunaan Diskresi.....	70
D. Peraturan Kebijakan	87
1. Pengertian Peraturan Kebijakan	87
2. Jenis Klasifikasi Peraturan Kebijakan	95

E. Kerangka Pikir	103
1. Alur Pikir	103
2. Kerangka Pikir	104
F. Definisi Operasional.....	105
BAB III METODE PENELITIAN.....	106
A. Tipe dan Pendekatan Penelitian	106
B. Jenis dan Sumber Bahan Hukum/Data	107
C. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum/Data.....	107
D. Analisis Bahan Hukum/Data	107
BAB IV KOMPETENSI LEMBAGA PERADILAN (MA DAN PTUN)	
DALAM MENGUJI PERATURAN KEBIJAKAN	108
A. Mahkamah Agung.....	108
B. PTUN (Peradilan Tata Usaha Negara)	127
BAB V DASAR PERTIMBANGAN MA (MAHKAMAH AGUNG)	
DALAM MENGUJI PERATURAN KEBIJAKAN BERBENTUK	
SURAT EDARAN	140
A. Kasus Pengujian Peraturan Kebijakan berbentuk Surat Edaran yang diuji oleh Mahkamah Agung.....	140
1. Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 03.E/31/DJB/2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batu Bara Sebelum Terbitnya Peraturan Pemerintah sebagai Pelaksanaan Undang- undang Nomor 4 Tahun 2009 yang bertentangan dengan Pasal 8 ayat (1) huruf b dan Pasal 173 ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara	140
2. Surat Edaran Direktorat Jenderal Pendidikan Islam Departemen Agama Nomor Dj. I/PP.00.9/973/2009 tentang Tata Cara Pengajuan	

Usul Penetapan Jabatan Guru Besar/Profesor di PTAI.....	145
3. Surat Edaran Komisi Pemilihan Umum Nomor 649/15/VII/2007 tentang Pencalonan Perseorangan dalam Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 05/PUU-V/2007.....	147
4. Surat Edaran Menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi Nomor 5 Tahun 2010 tentang Pendataan Tenaga Honorar yang Bekerja di Lingkungan Instansi Pemerintah bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 jo. Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2007	150
5. Surat Edaran Bupati Nganjuk No. 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa	151
6. Surat Edaran Direktur Jenderal Pajak No. SE- 118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai atas Penyerahan Air Bersih	153
B. Analisis terhadap Pertimbangan Mahkamah Agung dalam Menerima dan Menolak Permohonan Pengujian Peraturan Kebijakan Berbentuk Surat Edaran	158
BAB VI PENUTUP	163
A. Kesimpulan	163
B. Saran	164
DAFTAR PUSTAKA	166

DAFTAR TABEL

Tabel 1.1	4
Tabel 2.1	54
Tabel 2.2	55
Tabel 2.3	64

DAFTAR GAMBAR

Gambar 2.1.....	65
-----------------	----

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Indonesia merupakan negara hukum (*rechtstaat*) sebagaimana yang termaktub dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Menurut Willem Koninjenbelt, salah satu unsur penting gagasan negara hukum yaitu pelaksanaan kekuasaan pemerintah harus berdasarkan kewenangan yang diberikan oleh Undang-undang Dasar atau undang-undang yang diakui (*wetmatigheid van bestuur*) sehingga jika kewenangan untuk menjalankan pemerintahan atau perbuatan pemerintahan yang diberikan kepada pemerintah tidak berdasarkan Undang-undang Dasar atau undang-undang maka perbuatan pemerintah tersebut dianggap tidak sah (*ongeldig*).¹

Berdasarkan Alinea ke-4 pembukaan UUD 1945, maka terdapat 4 (empat) tujuan berdirinya negara Republik Indonesia yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial. Salah satu tujuan berdirinya negara Republik Indonesia yang disebutkan di sini adalah untuk memajukan kesejahteraan umum sehingga Indonesia

¹ Eduard Awang Maha Putra, 2024, *Peraturan Kebijakan (Beleidsregel) dalam Hukum Positif Indonesia*, Yogyakarta: Samudera Biru, hlm. 1-2

merupakan negara yang menganut konsep negara kesejahteraan (*welfare state*). Konsekuensi Indonesia sebagai negara kesejahteraan (*welfare state*) terhadap penyelenggaraan pemerintahan yaitu pemerintah harus berperan aktif mencampuri bidang kehidupan sosial dan ekonomi masyarakat dan juga kepada pemerintah dilimpahkan *bestuurszorg* atau *public service* sehingga pemerintah haruslah dapat memberikan pelayanan publik sebaik mungkin demi kesejahteraan dan kemaslahatan masyarakat.²

Dalam rangka penyelenggaraan pelayanan publik untuk menyejahterakan masyarakat, maka dibentuk UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang merupakan hukum materiil dari sistem Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana termaktub pada Paragraf 5 Penjelasan Umum UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

Salah satu tindakan yang diselenggarakan oleh Pejabat Pemerintahan untuk menyelenggarakan fungsi pelayanan dari pemerintahan ketika terjadi kekosongan hukum adalah dengan melakukan tindakan “diskresi”.

Diskresi merupakan kewenangan pejabat administrasi pemerintahan untuk mengambil keputusan pemerintahan yang bebas karena belum diaturnya suatu hal tertentu dalam peraturan perundang-undangan yang ada. Diskresi dapat memberikan manfaat yang positif

² *Ibid.*, hlm. 2

bagi terselenggaranya kegiatan pemerintahan yang berkesinambungan dan tidak terhambat oleh kekosongan hukum yang ada, namun demikian diskresi dapat menimbulkan dampak yang negatif apabila dalam pelaksanaannya justru melanggar rambu-rambu hukum yang ada serta bertentangan dengan norma-norma yang ada di masyarakat dan bertentangan dengan kepentingan umum.³

Mengenai lingkup “diskresi” sebagaimana yang diuraikan pada Pasal 1 angka 9 UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan jo. Pasal 175 angka 1 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja beserta perubahannya, maka “diskresi” hanya mencakup Keputusan TUN (Tata Usaha Negara) dan Tindakan Administrasi Pemerintahan. Adapun peraturan kebijakan (*beleidsregels*) yang dibuat atas dasar “kewenangan bebas” yang dimiliki oleh pemerintah tidak dimasukkan ke dalam lingkup “diskresi” berdasarkan UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

Bilamana konsep “peraturan kebijakan (*beleidsregels*)” tidak dinormakan dalam UU Administrasi Pemerintahan, maka akan berakibat tidak terpenuhinya hak-hak warga masyarakat yang diatur dalam peraturan perundangan. Padahal secara praktik, perumusan dan pelaksanaan “peraturan kebijakan (*beleidsregels*)” diakui dalam penyelenggaraan sistem administrasi pemerintahan di Indonesia.

³ Naskah Akademik RUU Administrasi Pemerintahan, hlm. 57

Pengujian terhadap peraturan kebijakan sendiri dalam praktiknya telah dilakukan oleh Lembaga Kehakiman. Lembaga Kehakiman yang melakukan praktik pengujian adalah Mahkamah Agung (MA). Pengujian yang dilakukan oleh MA tersebut menunjukkan adanya interpretasi yang memperluas ruang lingkup jenis peraturan perundang-undangan. Berikut beberapa contoh peraturan kebijakan yang pernah dilakukan uji materiil (*judicial review*) di Mahkamah Agung.⁴

Tabel 1.1
Peraturan Kebijakan yang pernah diajukan sebagai objek uji materiil di MA (Mahkamah Agung)

Peraturan Kebijakan yang diajukan sebagai objek uji materiil di Mahkamah Agung		
No.	Diterima	Ditolak
1	Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 03.E/31/DJB/2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batu Bara.	Surat Edaran Menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi Nomor 5 Tahun 2010 tentang Pendataan Tenaga Honorer yang Bekerja di Lingkungan Instansi Pemerintah.
2	Surat Edaran Direktorat Jenderal Pendidikan Islam Departemen Agama Nomor Dj. I/PP.00.9/973/2009 tentang Tata Cara Pengajuan Usul Penetapan Jabatan	Surat Edaran Bupati Nganjuk No. 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa.

⁴ *Ibid.*

	Guru Besar/Profesor di PTAI.	
3	Surat Edaran Komisi Pemilihan Umum Nomor 649/15/VII/2007 tentang Pencalonan Perseorangan dalam Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 05/PUU-V/2007.	
4	Surat Edaran Direktorat Jenderal Pajak No. SE-118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai atas Penyerahan Air Bersih.	

Sumber: Eduard Awang Maha Putra, 2024, *Peraturan Kebijakan (Beleidsregel) dalam Hukum Positif Indonesia*, Yogyakarta: Samudera Biru, hlm. 133-134

Pada Pasal 31 ayat (1) UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dijelaskan bahwa “Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang”. Adapun UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung tidak menyebutkan bahwa MA memiliki wewenang untuk menguji SE (Surat Edaran) yang merupakan salah satu jenis peraturan kebijakan.

Dalam beberapa kasus, Mahkamah Agung pernah melakukan pengujian terhadap Surat Edaran atau SE yang bertentangan terhadap peraturan perundang-undangan dengan dalil bahwa SE (Surat Edaran)

dapat dipersamakan dengan peraturan perundang-undangan. Namun, terdapat inkonsistensi Mahkamah Agung dalam menguji Surat Edaran yang bertentangan dengan peraturan perundangan. Pada empat kasus yang diuraikan pada Tabel 1.1. di atas, Mahkamah Agung menerima permohonan pengujian Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 03.E/31/DJB/2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batu Bara; Surat Edaran Direktorat Jenderal Pendidikan Islam Departemen Agama Nomor Dj. I/PP.00.9/973/2009 tentang Tata Cara Pengajuan Usul Penetapan Jabatan Guru Besar/Profesor di PTAI; Surat Edaran Komisi Pemilihan Umum Nomor 649/15/VII/2007 tentang Pencalonan Perseorangan dalam Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 05/PUU-V/2007; Surat Edaran Direktur Jenderal Pajak No. SE-118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai atas Penyerahan Air Bersih dengan dalil bahwa Surat Edaran tersebut dapat dipersamakan dengan peraturan perundangan. Sedangkan Mahkamah Agung menolak permohonan pengujian SE (Surat Edaran) pada dua kasus lainnya yakni Surat Edaran Menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi Nomor 5 Tahun 2010 tentang Pendataan Tenaga Honorer yang Bekerja di Lingkungan Instansi Pemerintah serta Surat Edaran Bupati Nganjuk No. 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa dengan dalil bahwa Surat Edaran

tersebut tidak dapat dipersamakan dengan peraturan perundangan. Hal ini tentunya disebabkan tidak adanya dasar hukum yang mengatur tentang konsep, nomenklatur, dan pengujian peraturan kebijakan (*beleidsregels*) sehingga hak-hak dari warga masyarakat tidak terpenuhi dengan adanya inkonsistensi dari Mahkamah Agung dalam menguji peraturan kebijakan. Hal ini mempertegas perlunya penormaan “peraturan kebijakan” dalam UU Administrasi Pemerintahan di masa yang akan datang.

B. Rumusan Masalah

Adapun rumusan masalah yang diangkat pada penelitian ini adalah sebagai berikut.

1. Apakah lembaga peradilan (Mahkamah Agung dan Peradilan Tata Usaha Negara) memiliki kompetensi dalam menguji peraturan kebijakan berbentuk surat edaran?
2. Apa yang menjadi dasar pertimbangan hakim dalam putusan perihal pengujian peraturan kebijakan berbentuk surat edaran?

C. Tujuan Penelitian

Berangkat dari uraian di atas, maka tujuan ini dapat dijabarkan sebagai berikut.

1. Menganalisis kompetensi lembaga peradilan (Mahkamah Agung dan Peradilan Tata Usaha Negara) dalam menguji peraturan kebijakan dalam sistem administrasi pemerintahan di Indonesia.

2. Menganalisis dan menguraikan pertimbangan hakim dalam menerima dan menolak permohonan untuk menguji peraturan kebijakan berbentuk surat edaran di Mahkamah Agung.

D. Manfaat Penelitian

1. Secara teoritis untuk memberikan sumbangan pemikiran bagi pengembangan ilmu hukum terutama dalam bidang Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara dalam kaitannya dengan pengujian peraturan kebijakan di Indonesia.
2. Secara praktis menjadi bahan pedoman terhadap pejabat pemerintahan maupun hakim di lembaga peradilan untuk merumuskan dan menerapkan konsep yang ideal pengujian peraturan kebijakan dalam sistem administrasi pemerintahan di Indonesia.

E. Keaslian Penelitian

1. Matriks Keaslian Penelitian Tesis 1

Nama Penulis	Arini Nur Annisa	
Judul Tulisan	Pengujian Materiil Peraturan Kebijakan (<i>Beleidsregels</i>) Berkarakter Peraturan Perundang-undangan di Indonesia	
Kategori	Tesis	
Tahun	2016	
Perguruan Tinggi	Universitas Hasanuddin	
Uraian	Penelitian Terdahulu	Rencana Penelitian
Isu dan Permasalahan	Analisis terhadap kedudukan peraturan kebijakan yang berkarakter peraturan perundang-undangan di Indonesia	Tidak adanya penormaan “peraturan kebijakan (<i>beleidsregels</i>)” dalam UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sehingga dapat merugikan hak warga masyarakat. Tidak adanya penormaan “peraturan kebijakan” dapat menimbulkan inkonsistensi dalam pengujian peraturan kebijakan
Teori pendukung	Teori Jenjang Norma Hukum; Teori Hak Uji Materiil; Teori Kewenangan	Teori Negara Hukum; Teori Kewenangan
Metode penelitian	Yuridis Normatif	Yuridis Normatif
Pendekatan	Pendekatan peraturan perundang-undangan; pendekatan konseptual; pendekatan kasus; pendekatan perbandingan	Pendekatan perundang-undangan; pendekatan konseptual; pendekatan kasus; pendekatan analitis
Hasil dan Pembahasan	Kedudukan peraturan kebijakan (<i>beleidsregels</i>) yang berkarakter peraturan perundang-undangan tergolong sebagai peraturan kebijakan materiil berdasarkan aspek penanda muatan/substansi yang didasarkan pada diskresi	-

	tanpa adanya wewenang delegasi dan bersifat mengatur serta menggunakan nomenklatur peraturan perundang-undangan	
Desain Kebaruan Tulisan/Kajian	-	Terdapat tinjauan analisis terhadap kompetensi lembaga peradilan dalam menguji peraturan kebijakan pada sistem administrasi pemerintahan di Indonesia serta analisis terhadap inkonsistensi Mahkamah Agung dalam menerima dan menolak permohonan untuk menguji peraturan kebijakan berbentuk Surat Edaran

2. Matriks Keaslian Penelitian Tesis 2

Nama Penulis	Muhammad Thabrani Mutalib	
Judul Tulisan	Kewenangan Pengadilan Menguji Norma Peraturan Kebijakan (<i>Beleidsregel</i>) di Indonesia	
Kategori	Tesis	
Tahun	2017	
Perguruan Tinggi	Universitas Islam Indonesia	
Uraian	Penelitian Terdahulu	Rencana Penelitian
Isu dan Permasalahan	Inkonsistensi Mahkamah Agung dalam melakukan pengujian terhadap peraturan kebijakan (<i>beleidsregels</i>). UU Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung hanya mengatur kompetensi absolut MA dalam menguji peraturan perundang-undangan dan tidak mengatur kompetensi dalam menguji peraturan kebijakan,	Tidak adanya penormaan “peraturan kebijakan (<i>beleidsregels</i>)” dalam UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sehingga dapat merugikan hak warga masyarakat. Tidak adanya penormaan “peraturan kebijakan” dapat menimbulkan inkonsistensi dalam pengujian peraturan

	namun Mahkamah Agung pernah menerima permohonan pengujian terhadap peraturan kebijakan (<i>beleidsregels</i>)	kebijakan.
Teori pendukung	Teori Negara Hukum; Teori Kewenangan	Teori Negara Hukum; Teori Kewenangan
Metode penelitian	Yuridis Normatif	Yuridis Normatif
Pendekatan	Pendekatan peraturan perundang-undangan; pendekatan konseptual; pendekatan kasus	Pendekatan perundang-undangan; pendekatan konseptual; pendekatan kasus; pendekatan analitis
Hasil dan Pembahasan	Secara normatif, Mahkamah Agung tidak memiliki wewenang dalam menguji produk hukum peraturan kebijakan maupun produk hukum lainnya yang bukan merupakan peraturan perundang-undangan	-
Desain Kebaruan Tulisan/Kajian	-	Terdapat tinjauan analisis terhadap kompetensi lembaga peradilan dalam menguji peraturan kebijakan pada sistem administrasi pemerintahan di Indonesia serta analisis terhadap inkonsistensi Mahkamah Agung dalam menerima dan menolak permohonan untuk menguji peraturan kebijakan berbentuk Surat Edaran

3. Matriks Keaslian Penelitian Tesis 3

Nama Penulis	Fitri Elfiani
Judul Tulisan	Eksistensi <i>Beleidsregels</i> (Peraturan Kebijakan) dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia
Kategori	Tesis
Tahun	2019
Perguruan Tinggi	Universitas Islam Riau

Uraian	Penelitian Terdahulu	Rencana Penelitian
Isu dan Permasalahan	Analisis terhadap peraturan kebijakan (<i>beleidsregels</i>) yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Misalnya Surat Edaran Mineral, Batubara, dan Panas Bumi, Departemen ESDM RI No.: 03.E/31/DJB/2009, Surat Edaran Mahkamah Agung No. 7 Tahun 2014, Surat Edaran Dirjen POLPUM Kemendagri No.: 188.31/2398/POLPUM dan SE Mendagri RI No.: 100/2215/SJ	Tidak adanya penormaan “peraturan kebijakan (<i>beleidsregels</i>)” dalam UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sehingga dapat merugikan hak warga masyarakat. Tidak adanya penormaan “peraturan kebijakan” dapat menimbulkan inkonsistensi dalam pengujian peraturan kebijakan
Teori pendukung	Teori Negara Hukum; Teori Kepastian Hukum; Teori Kewenangan	Teori Negara Hukum; Teori Kewenangan
Metode penelitian	Yuridis Normatif	Yuridis Normatif
Pendekatan	Pendekatan peraturan perundang-undangan; pendekatan konseptual; pendekatan kasus	Pendekatan perundang-undangan; pendekatan konseptual; pendekatan kasus; pendekatan analitis
Hasil dan Pembahasan	Kedudukan peraturan kebijakan (<i>beleidsregels</i>) di Indonesia bukan merupakan peraturan perundang-undangan yang berakibat hukum, namun memiliki relevansi hukum yang berpengaruh terhadap praktik di lapangan dan mengikat umum secara tidak langsung. Peraturan kebijakan tidak boleh bertentangan dengan AAUPB dan peraturan perundang-undangan yang dapat menimbulkan ketidakpastian hukum	-
Desain	-	Terdapat tinjauan analisis

Kebaruan Tulisan/Kajian		terhadap kompetensi lembaga peradilan dalam menguji peraturan kebijakan pada sistem administrasi pemerintahan di Indonesia serta analisis terhadap inkonsistensi Mahkamah Agung dalam menerima dan menolak permohonan untuk menguji peraturan kebijakan berbentuk Surat Edaran
-------------------------	--	--

4. Matriks Keaslian Penelitian Tesis 4

Nama Penulis	Khosnol Khotimah	
Judul Tulisan	Mekanisme Pengujian Peraturan Kebijakan (<i>Beleidsregel</i>) di Indonesia	
Kategori	Tesis	
Tahun	2023	
Perguruan Tinggi	Universitas Islam Negeri Sunan Ampel	
Uraian	Penelitian Terdahulu	Rencana Penelitian
Isu dan Permasalahan	Belum adanya instrumen hukum untuk menguji suatu peraturan kebijakan mengakibatkan banyak peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan	Tidak adanya penormaan "peraturan kebijakan (<i>beleidsregels</i>)" dalam UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sehingga dapat merugikan hak warga masyarakat. Tidak adanya penormaan "peraturan kebijakan" dapat menimbulkan inkonsistensi dalam pengujian peraturan kebijakan
Teori pendukung	Teori Negara Hukum; Teori <i>Good Governance</i> ; Teori Kewenangan	Teori Negara Hukum; Teori Kewenangan
Metode penelitian	Yuridis Normatif	Yuridis Normatif
Pendekatan	Pendekatan peraturan	Pendekatan perundang-

	perundang-undangan; pendekatan kasus	undangan; pendekatan konseptual; pendekatan kasus; pendekatan analitis
Hasil dan Pembahasan	Keberadaan peraturan kebijakan (<i>beleidsregel</i>) dalam suatu negara sangat penting mengingat peraturan perundang-undangan yang ada belum/tidak jelas, tidak mengatur, serta terjadi kekosongan hukum; pengujian peraturan kebijakan (<i>beleidsregel</i>) di Pengadilan Tata Usaha Negara sangat dibenarkan mengingat terdapat perluasan makna KTUN sehingga PTUN memiliki kompetensi untuk menguji peraturan kebijakan	-
Desain Kebaruan Tulisan/Kajian	-	Terdapat tinjauan analisis terhadap kompetensi lembaga peradilan dalam menguji peraturan kebijakan pada sistem administrasi pemerintahan di Indonesia serta analisis terhadap inkonsistensi Mahkamah Agung dalam menerima dan menolak permohonan untuk menguji peraturan kebijakan berbentuk Surat Edaran.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Teori Negara Hukum

Negara Indonesia merupakan negara hukum (*rechtstaat*) sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil amendemen. Hakikat negara hukum menjunjung tinggi sistem hukum yang menjamin kepastian hukum (*rechts zekerheids*) serta perlindungan terhadap hak asasi manusia (*human rights*). Suatu negara yang berdasarkan atas hukum harus menjamin persamaan (*equality*) setiap individu termasuk kemerdekaan individu untuk menggunakan hak asasinya. Hal tersebut merupakan *conditio sine quanon*, mengingat bahwa negara hukum lahir sebagai hasil perjuangan individu untuk melepaskan dirinya dari keterikatan serta tindakan sewenang-wenang penguasa. Berdasarkan pada hal ini, maka penguasa tidak boleh bertindak sewenang-wenang terhadap individu dan kekuasaannya pun harus dibatasi.⁵

Pada suatu negara hukum selain terdapat persamaan (*equality*) juga adanya pembatasan (*restriction*). Batas-batas kekuasaan ini juga berubah-ubah, bergantung kepada keadaan. Sarana yang dipergunakan untuk membatasi kedua kepentingan itu adalah hukum. Baik negara maupun individu adalah subjek hukum yang memiliki hak

⁵ Kasman Lassa, 2021, *Penggunaan Diskresi oleh Kepala Daerah pada Penanggulangan Bencana Alam*, Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, hlm. 15

dan kewajiban. Dalam suatu negara senantiasa dalam keseimbangan. Kedua-duanya mempunyai hak dan kewajiban yang dilindungi oleh hukum. Tidak dibenarkan kesewenang-wenangan atas nama kekuasaan hingga menisbikan hak-hak warga negara dan masyarakat.⁶

Menurut Aristoteles, suatu negara yang baik ialah negara yang diperintah oleh konstitusi dan berdaulat hukum. Ada tiga unsur dari pemerintahan yang berkonstitusi, yaitu:

1. pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum;
2. pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan pada ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang menyampingkan konvensi dan konstitusi;
3. pemerintahan berkonstitusi berarti pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan berupa paksaan-paksaan atau tekanan-tekanan yang dilaksanakan pemerintah despotik.⁷

Pemikiran tentang negara dan hukum tercatat telah berlangsung sejak lama dalam jarum jam peradaban manusia. J.J. Von Schimid mengatakan bahwa pemikiran tentang negara dan hukum sudah berkembang sejak abad kelima sebelum Masehi. Dimulai dari pendapat Plato setelah sejak zaman dahulu kala cara berpikir mencari bentuk-bentuknya. Keadaan seperti itu berlangsung lebih dari 700

⁶ *Ibid.*, hlm. 15-16

⁷ Muhammad Sadi Is dan Kun Budianto, 2021, *Hukum Administrasi Negara*, Kencana, Jakarta, hlm. 46

tahun sebelum pemikiran negara dan hukum mendapat angin segar kembali pada zaman *renaissance* (kelahiran kembali).⁸

C.F. Strong mengatakan bahwa negara sebagai suatu masyarakat teritorial dibagi menjadi pemerintah dan yang diperintah (rakyat). Pembagian menjadi dua dari segi kepentingan antara rakyat (warga masyarakat) dan penguasa negara (para pejabat dan petugas negara pada umumnya). Menurut R. Crinice le Roy bahwa hubungan antara kekuatan-kekuatan negara di satu pihak dan yang diperintah di pihak lain bukan merupakan sesuatu yang statis. Pandangan baru tentang kedudukan warga negara sebagai pendukung hak dan kewajiban di dalam negara itu mempunyai pengaruh juga faktor-faktor lainnya yang mana yang bergantung pada tempat dan waktu. Meskipun pemikiran tentang negara hukum sudah berlangsung lama namun konsep *rechtsstaat* baru berkembang pada negara-negara Eropa Kontinental yang mencapai puncaknya pada abad ke-19.⁹

Konsepsi ini berkembang seiring dengan berkembangnya gagasan konstitusionalisme (*constitutionalism*), di mana negara yang menganut gagasan ini dinamakan *constitutional state* atau *rechtstaat*. E. Utrecht menyebut negara semacam ini sebagai tipe negara penjaga malam (*nachtwachtrstaat; etat gendarme*). Sifat liberal dari *rechtstaat* bertumpu pada pemikiran dari John Locke, Montesquieu, dan Immanuel Kant. Sifatnya yang demokratis bertumpu atas pemikiran

⁸ Muhammad Thabrani Mutalib, 2017, *Kewenangan Pengadilan Menguji Norma Peraturan Kebijakan (Beleidsregel) di Indonesia*, Tesis, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, hlm. 37

⁹ *Ibid.*, hlm. 37-38

kenegaraan dari J.J. Rousseau tentang kontrak sosial. Pemikiran Immanuel Kant besar peranannya dalam memberikan bentuk pada konsepsi *rechtsstaat*.¹⁰

Fredrich Julius Stahl 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.¹¹

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,

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 38

¹¹ *Ibid.*, hlm. 39

pemerintahan berdasarkan atas undang-undang (*wetmatigheid van bestuur*) sehingga sering disebut *wettenstaat* (negara undang-undang).¹²

Dalam sebuah negara *rechtstaat*, 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 (*beleidsregel*) 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 di hadapan hukum (*equality before the law*) lebih menonjol sehingga dipandang tidak perlu menyediakan sebuah peradilan khusus untuk pejabat administrasi negara.¹³

Menurut A.V. Dicey, konsep negara hukum dari doktrin *rule of law* terdiri atas 3 (tiga) unsur yaitu supremasi hukum atau *supremacy*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, hlm. 40

*of law, persamaan di depan hukum atau equality before the law dan konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perseorangan atau the constitution based on individual rights. Oemar Seno Adji mengemukakan karakteristik dari "Rule of Law" adalah "The principles, institutions and procedures, not always identical, but broadly similar, which the experience and traditions of lawyers in different Countries of the World, often having themselves varying political structures and Economic backgrounds, have shown to be important to protect the individual from arbitrary government and to enable him to enjoy the dignity of man."*¹⁴

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*). Negara dilarang untuk mencampuri perekonomian maupun bidang kehidupan sosial lainnya. Administrasi negara hanya bertugas mempertahankan prinsip pemisahan negara dari kehidupan sosial-ekonomi masyarakat. Secara historis, konsep *the rule of law* berangkat dari akar *common law* di mana perkembangannya bersifat evolusioner dan bertumpu pada "*judicial*", bukan pada "*administratief*" sebagaimana pada konsep *rechtsstaat*.¹⁵

¹⁴ Kasman Lassa, *Op. Cit.*, hlm. 16

¹⁵ Muhammad Thabrani Mutalib, *Op. Cit.*, hlm. 41

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 konsisten berdasarkan hukum). Prinsip utamanya ialah *equality before the law*, di mana 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. Dengan demikian, apa pun 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*).¹⁶

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, di negara Eropa Kontinental istilah yang lazim digunakan antara lain: *sociale- democratische rechtsstaat/sociale rechtsstaat, welvarstaat, verzorgingstaat*. Sedangkan di negara *common law*, dikenal dengan istilah *social (or new) liberalism*, atau *welfare state* (negara kemakmuran). Menurut

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 41-42

Ridwan bahwa negara hukum modern yang lahir menjelang perang dunia kedua itu memiliki ciri-ciri sebagai berikut:

- 1) *Staatsbemoeyenis* yakni negara dan pemerintah dapat melakukan intervensi bagi kehidupan warga negara dalam rangka mewujudkan *bestuurszorg* atau kesejahteraan umum;
- 2) Pemerintah dilekati dengan kewenangan di bidang legislasi atau kewenangan membuat peraturan perundang-undangan, terutama dalam mengurus dan mengatur urusan pemerintahan;
- 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*).¹⁷

Dasar filosofi pemikiran negara hukum modern ialah eksistensi negara itu demi masyarakatnya, negara baru bermakna apabila keberadaan negara memberikan manfaat bagi masyarakatnya. Oleh sebab itu, eksistensi suatu negara bukan untuk dirinya melainkan untuk masyarakatnya. Konsekuensi dari hal tersebut ialah pemerintah memberi lapangan pekerjaan yang sangat luas. Pemerintah diberi tugas menyelenggarakan kepentingan umum seperti kesehatan rakyat, pengajaran, perumahan, pembagian tanah, dan sebagainya.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 42-43

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 dihadapan hukum, jaminan sosial, dan sebagainya.”¹⁸

Keterlibatan pemerintah dalam kehidupan rakyatnya membawa konsekuensi diterapkannya wewenang diskresi kepada organ pemerintah. 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 pengujian, mengoreksi dan mengawasi agar diskresi pemerintah tetap berada pada batas-batasnya.¹⁹

Supremasi hukum yang mensyaratkan setiap tindakan negara harus berdasarkan hukum merupakan salah satu fondasi utama dari negara hukum. Para pakar hukum seluruhnya berpendapat demikian dan tidak ada perbedaan doktrin dalam hal ini. Menurut Sri Soemantri Doewigjo di dalam menyebut salah satu unsur negara hukum adalah

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 43

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 43-44

pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan. Bagir Manan juga menandakan bahwa semua tindakan harus berdasarkan atas hukum sebagai asas substansial negara hukum. Mien Rukmini menyebut legalitas dari tindakan negara/pemerintah dalam arti tindakan aparatur negara yang dapat dipertanggungjawabkan secara hukum sebagai salah satu ciri negara hukum.²⁰

Pada perspektif negara hukum (*the rule of law*), tindakan diskresi pemerintah harus dapat dipertanggungjawabkan keabsahannya. Asas ini tidak untuk mengecilkan kedudukan badan atau pejabat pemerintah. Asas ini bersifat umum, *prima facie*, tidak dalam arti absolut, sebagai konsekuensi dari negara hukum, manakala syarat-syarat hukum terpenuhi, tindakan diskresi, bahkan yang bertentangan dengan undang-undang (asas legalitas), tidak dapat dipertanggungjawabkan. Tidak ada kebebasan di bawah preskripsi asas negara hukum yang memiliki kekebalan mutlak. Tanpa pertanggungjawaban maka tindakan diskresi berpotensi disalahgunakan pemerintah.²¹

Negara hukum lebih mengutamakan bentuk daripada isi. Negara hukum tidak memedulikan kandungan moral kemanusiaan yang terdapat di dalamnya. Dengan karakteristik tersebut, negara hukum menjadi identik dengan bangunan peraturan perundang-

²⁰ Kasman Lassa, *Op. Cit.*, hlm. 16-17

²¹ *Ibid.*, hlm. 17

undangan. Kualitasnya hanya ditentukan oleh ketundukannya kepada hukum. Tipe tersebut lazim disebut sebagai negara hukum formal (*formele rechtstaat*), tidak ada patokan atau watak kemanusiaan tertentu sebagai determinan. Sang penguasa menjadi bebas untuk menentukan dan mengikuti politik yang dibuatnya sendiri. Satu-satunya determinan adalah kebijaksanaan yang dibuatnya dituangkan ke dalam hukum. Legalitas menjadi prinsip dasar tidak perlu memperhatikan legitimitas.²²

Konsep pokok negara hukum adalah adanya pembatasan oleh hukum dalam pengertian bahwa setiap sikap, tingkah laku dan perbuatan, baik yang dilakukan oleh penguasa maupun oleh warga negaranya terbebas dari tindakan sewenang-wenang dari para penguasa negara. Lebih lanjut Syamsul Bahri menjelaskan bahwa untuk membatasi kekuasaan pemerintah, seluruh kekuasaan di dalam negara haruslah dipisah dan dibagi ke dalam kekuasaan yang mengenai bidang tertentu. Pembatasan kekuasaan pemerintah juga harus tunduk pada kehendak rakyat (demokrasi) dan haruslah dibatasi dengan aturan hukum yang pada tingkatan tertinggi disebut konstitusi.²³

Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa negara-negara hukum di dunia memiliki latar belakang sejarah yang berbeda-beda. Di Jerman, *rechtstaat* adalah suatu bangunan hukum murni yang tidak

²² *Ibid.*, hlm. 18

²³ *Ibid.*, hlm. 18-19

berhubungan dengan politik. Teori Hans Kelsen yang dikenal sebagai “*Reine Rechtslehre*” (ajaran hukum murni) memberikan landasan teori bagi konsep tersebut. Kelsen mengatakan, negara adalah tidak lain suatu bangunan hukum. Negara hukum tidak lain berisi tentang teori hukum positif, atau ajaran hukum murni adalah ilmu hukum dan bukan politik hukum (*sie ist rechtswissenschaft, richt aber rechtspolitik*). Didasarkan pada paham tersebut, maka sasaran utama dan satu-satunya diarahkan kepada pengetahuan atau mencari tahu tentang “apa itu hukum” (*auf das recht gerichtete erkenntnis sichstellen*). Maka semua hal yang tidak berhubungan dengan hukum harus dikeluarkan (*alles ausscheiden mochte, was nicht zu dem exakt als recht bestimmten gegenstande gehort*).²⁴

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 menunjukkan 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.²⁵

²⁴ *Ibid.*, hlm. 19

²⁵ Muhammad Thabrani Mutalib, *Op. Cit.*, hlm. 45

Indonesia adalah negara hukum, pengakuan tersebut secara eksplisit disebutkan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menyebutkan “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Ketentuan ini sebelum amandemen UUD 1945 merupakan rumusan penjelasan yang selengkapnya berbunyi “Negara Indonesia berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*) tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*machtstaat*)”.²⁶

Sejalan dengan pikiran tersebut, Satjipto Rahardjo berangkat dari substansi UUD 1945, dibuatlah suatu konstruksi negara hukum republik Indonesia adalah suatu negara dengan nurani atau negara yang memiliki kepedulian (*a state with conscience and compassion*). Negara hukum Indonesia bukan negara yang hanya berhenti pada tugasnya menyelenggarakan berbagai fungsi publik, bukan negara “*by job descriptio*”, melainkan negara yang ingin mewujudkan moral yang terkandung di dalamnya. Negara hukum Indonesia lebih merupakan negara “*by moral design*”.²⁷

Pada konsep negara hukum Indonesia (negara hukum Pancasila), terdapat beberapa prinsip yang terkandung di dalamnya. Adapun prinsip tersebut adalah sebagai berikut.

1. Ketuhanan Yang Maha Esa

Negara hukum Indonesia pertama-tama adalah negara yang berketuhanan Yang Maha Esa. Dengan demikian, hukum negara tidak dimaksudkan untuk dipertentangkan dengan nilai-nilai keagamaan,

²⁶ Kasman Lassa, *Op. Cit.*, hlm. 19-20

²⁷ *Ibid.*, hlm. 20

tetapi sebaliknya dimaksudkan untuk meningkatkan kualitas kehidupan beragama seluruh masyarakat. Oleh karena itu, norma hukum dibangun seiring dan sejalan dengan sistem nilai dan norma-norma yang hidup dalam keyakinan hukum masyarakat, dan bahkan ditegakkan demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai hakim tertinggi. Dalam konsepsi negara hukum Indonesia, sistem norma hukum, norma kesusilaan, dan norma agama difungsikan secara simultan dan saling melengkapi satu dengan yang lain sehingga identitas perilaku masyarakat dan warga negara dapat diarahkan dan dikendalikan secara efektif dan tidak saling bertentangan.²⁸

2. Supremasi hukum (*supremacy of law*)

Adanya pengakuan normatif dan empiris akan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum (*supremacy of law*) pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya, bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum yang tertinggi. Pengakuan normatif mengenai supremasi hukum adalah pengakuan yang tercermin dalam perumusan hukum dan/atau konstitusi, sedangkan pengakuan empiris adalah pengakuan yang tercermin dalam perilaku sebagian terbesar masyarakatnya bahwa hukum itu memang “*supreme*”. Bahkan, dalam

²⁸ Muhammad Tahir Azhary, *et.al.*, 2015, *Beberapa Aspek Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, dan Hukum Islam: Menyambut 73 Tahun Prof. Dr. H. Muhammad Tahir Azhary, S.H. Akademisi, Praktisi, dan Politisi*, Jakarta: Kencana, hlm. 30

republik yang menganut sistem presidensial yang bersifat murni, konstitusi itulah yang sebenarnya lebih tepat untuk disebut sebagai “kepala negara”. Itu sebabnya, dalam sistem pemerintahan presidensial, tidak dikenal adanya pembedaan antara kepala negara dan kepala pemerintahan seperti dalam sistem pemerintahan parlementer.²⁹

3. Persamaan dalam hukum (*equality before the law*)

Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empiris. Dalam rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan “*affirmative actions*” guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemauan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju. Kelompok masyarakat tertentu yang dapat diberikan perlakuan khusus melalui “*affirmative actions*” yang tidak termasuk pengertian diskriminasi itu misalnya adalah kelompok masyarakat suku terasing atau kelompok masyarakat hukum adat tertentu yang kondisinya terbelakang. Adapun kelompok warga masyarakat tertentu

²⁹ *Ibid.*

yang dapat diberi perlakuan khusus yang bukan bersifat diskriminatif, misalnya adalah kaum wanita ataupun anak-anak terlantar.³⁰

4. Asas legalitas (*due process of law*)

Dalam setiap negara hukum, disyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dahulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan. Dengan demikian, setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau "*rules and procedures*" (*regels*). Prinsip normatif demikian tampaknya seperti sangat kaku dan dapat menyebabkan birokrasi menjadi lamban. Oleh karena itu, untuk menjamin ruang gerak bagi para pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugasnya maka sebagai pengimbang diakui pula adanya prinsip "*freies ermessen*" yang memungkinkan para pejabat administrasi negara mengembangkan dan menetapkan sendiri "*beleidsregels*" atau "*policy rules*" yang berlaku internal secara bebas dan mandiri dalam rangka menjalankan tugas jabatan yang dibebankan oleh peraturan yang sah.³¹

5. Pembatasan Kekuasaan

³⁰ *Ibid.*, hlm. 30-31

³¹ *Ibid.*, hlm. 31-32

Adanya pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. Sesuai dengan hukum berisi kekuasaan, setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang, seperti dikemukakan oleh Lord Action: *“Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely”*. Karena itu, kekuasaan selalu harus dibatasi dengan cara memisah-misahkan kekuasaan ke dalam cabang-cabang yang bersifat *“check and balances”* dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain. Pembatasan kekuasaan juga dilakukan dengan membagi-bagi kekuasaan ke dalam beberapa organ yang tersusun secara vertikal. Dengan begitu, kekuasaan tidak tersentralisasi dan terkonsentrasi dalam satu organ atau satu tangan yang memungkinkan terjadinya kesewenang-wenangan.³²

6. Jaminan independen fungsi kekuasaan teknis dari intervensi politik (organ-organ eksekutif independen):

Dalam rangka membatasi kekuasaan, di zaman sekarang berkembang pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat *“independent”*, seperti bank sentral, organisasi tentara, organisasi kepolisian dan kejaksaan. Selain itu, ada pula lembaga-lembaga baru seperti Komisi Hak Asasi Manusia, Komisi Pemilihan Umum, Lembaga

³² *Ibid.*, hlm. 32

Ombudsman, dan Komisi Penyiaran. Lembaga, badan atau organisasi-organisasi ini sebelumnya dianggap sepenuhnya berada dalam kekuasaan eksekutif, tetapi sekarang berkembang menjadi independen sehingga tidak lagi sepenuhnya merupakan hak mutlak seorang kepala eksekutif untuk menentukan pengangkatan ataupun pemberhentian pimpinannya. Independen atau tidaknya lembaga/organ tersebut dianggap penting untuk menjamin demokrasi, karena fungsinya dapat disalahgunakan oleh pemerintah untuk melanggengkan kekuasaan. Misalnya, fungsi tentara yang memegang senjata dapat dipakai untuk menumpang aspirasi prodemokrasi, bank sentral dapat dimanfaatkan untuk mengontrol sumber-sumber keuangan yang dapat dipakai untuk tujuan mempertahankan kekuasaan, dan begitu pula lembaga atau organisasi lainnya dapat digunakan untuk kepentingan kekuasaan. Karena itu, tingkat independen yang dimiliki oleh lembaga tersebut dianggap sangat penting untuk menjamin prinsip negara hukum dan demokrasi.³³

7. Peradilan bebas dan tidak memihak:

Adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*). Peradilan bebas dan tidak memihak ini mutlak harus ada dalam setiap negara hukum. Dalam menjalankan tugas yudisialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapa pun juga, baik karena kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang

³³ *Ibid.*, hlm. 32-33

(ekonomi). Untuk menjamin keadilan dan kebenaran, tidak diperkenankan adanya intervensi ke dalam proses pengambilan putusan keadilan oleh hakim, baik intervensi dari lingkungan kekuasaan eksekutif maupun legislatif ataupun dari kalangan masyarakat dan media massa. Dalam menjalankan tugasnya, hakim tidak boleh memihak kepada siapa pun juga kecuali hanya kepada kebenaran dan keadilan. Namun demikian, dalam menjalankan tugasnya, proses pemeriksaan perkara oleh hakim juga harus bersifat terbuka, dan dalam menentukan penilaian dan menjatuhkan putusan, hakim harus menghayati nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Hakim tidak hanya bertindak sebagai “mulut” undang-undang atau peraturan perundang-undangan, melainkan juga “mulut” keadilan yang menyuarakan perasaan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat.³⁴

8. Peradilan tata usaha negara:

Meskipun peradilan tata usaha negara juga menyangkut prinsip peradilan bebas dan tidak memihak, tetapi penyebutannya secara khusus sebagai pilar utama negara hukum tetap perlu ditegaskan tersendiri. Dalam setiap negara hukum, harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara dan dijalkannya putusan hakim tata usaha negara (*administrative court*) oleh pejabat administrasi negara.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 33-34

Pengadilan tata usaha negara ini penting disebut tersendiri, karena dialah yang menjamin agar warga negara tidak dizalimi oleh keputusan-keputusan para pejabat administrasi negara sebagai pihak yang berkuasa. Jika hal itu terjadi, maka harus ada pengadilan yang menyelesaikan tuntutan keadilan itu bagi warga negara, dan harus ada jaminan bahwa putusan hakim tata usaha negara itu benar-benar dijalankan oleh para pejabat tata usaha negara yang bersangkutan. Sudah tentu keberadaan hakim peradilan tata usaha negara itu sendiri harus pula dijamin bebas dan tidak memihak sesuai prinsip “*independent and impartial judiciary*” tersebut di atas.³⁵

9. Peradilan tata negara (*constitutional court*):

Di samping adanya pengadilan tata usaha negara yang diharapkan memberikan jaminan tegaknya keadilan bagi tiap-tiap warga negara, negara hukum modern juga lazim mengadopsikan gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya. Pentingnya Mahkamah Konstitusi (*constitutional courts*) ini adalah upaya memperkuat sistem “*checks and balances*” antara cabang-cabang kekuasaan yang sengaja dipisah-pisahkan untuk menjamin demokrasi. Misalnya, mahkamah ini diberi fungsi untuk melakukan pengujian atas status konstitusional atau tidaknya suatu undang-undang yang merupakan produk lembaga legislatif, dan memutus berkenaan dengan berbagai bentuk sengketa antar lembaga

³⁵ *Ibid.*, hlm. 34

negara yang mencerminkan cabang-cabang kekuasaan negara yang dipisah-pisahkan. Keberadaan Mahkamah Konstitusi ini di berbagai negara demokrasi dewasa ini makin dianggap penting dan karena itu dapat ditambahkan menjadi satu pilar baru bagi tegaknya negara hukum modern.³⁶

10. Perlindungan hak asasi manusia:

Adanya perlindungan konstitusional terhadap hak asasi manusia dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut dimasyarakatkan secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia sebagai ciri yang penting suatu negara hukum yang demokratis. Setiap manusia sejak kelahirannya menyandang hak-hak dan kewajiban yang bersifat bebas dan asasi. Terbentuknya negara dan demikian pula penyelenggaraan kekuasaan suatu negara tidak boleh mengurangi arti atau makna kebebasan dan hak asasi kemanusiaan itu. Karena itu, adanya perlindungan dan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia itu merupakan pilar yang sangat penting dalam setiap negara yang disebut sebagai negara hukum. Jika dalam suatu negara, hak asasi manusia terabaikan atau dilanggar dengan sengaja dan penderitaan yang ditimbulkannya tidak dapat diatasi secara adil, maka

³⁶ *Ibid.*, hlm. 34-35

negara yang bersangkutan tidak dapat disebut sebagai negara hukum dalam arti yang sesungguhnya.³⁷

11. Bersifat demokratis (*demokratische rechtsstaat*):

Dianut dan dipraktikkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup di tengah masyarakat. Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/atau hanya untuk kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi. Karena hukum memang tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan segelintir orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan akan rasa adil bagi semua orang tanpa terkecuali. Dengan demikian, negara hukum (*rechtsstaat*) yang dikembangkan bukanlah "*absolute rechtsstaat*", melainkan "*demokratische rechtsstaat*" atau negara hukum yang demokratis. Dengan perkataan lain, dalam setiap negara hukum yang bersifat demokrasi harus dijamin adanya demokrasi, sebagaimana di dalam setiap negara demokrasi harus dijamin penyelenggaraannya berdasar atas hukum.³⁸

12. Berfungsi sebagai sarana mewujudkan kesejahteraan rakyat (*welfare rechtsstaat*):

³⁷ *Ibid.*, hlm. 35

³⁸ *Ibid.*, hlm. 35-36

Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. Cita-cita hukum itu sendiri, baik yang dilembagakan melalui gagasan negara demokrasi (*democracy*) maupun yang diwujudkan melalui gagasan negara hukum (*nomocracy*) dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum. Bahkan sebagaimana cita-cita nasional Indonesia yang dirumuskan dalam Pembukaan UUD 1945, tujuan bangsa Indonesia bernegara adalah dalam rangka melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial. Negara hukum berfungsi sebagai sarana untuk mewujudkan dan mencapai keempat tujuan negara Indonesia tersebut. Dengan demikian, pembangunan negara Indonesia tidak akan terjebak menjadi sekadar “*rule-driven*”, melainkan tetap “*mission driven*” yang tetap didasarkan atas aturan.³⁹

13. Transparansi dan kontrol sosial

Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peran serta masyarakat secara langsung (partisipasi langsung) dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran. Adanya partisipasi langsung ini penting

³⁹ *Ibid.*, hlm. 36

karena sistem perwakilan rakyat melalui parlemen tidak pernah dapat diandalkan sebagai satu-satunya saluran aspirasi rakyat. Karena itulah, prinsip “*representation in presence*”, karena perwakilan fisik saja belum tentu mencerminkan keterwakilan gagasan atau aspirasi. Demikian pula dalam penegakan hukum yang dijalankan oleh aparaturnya kepolisian, kejaksaan, pengacara, hakim, dan pejabat lembaga kemasyarakatan, semuanya memerlukan kontrol sosial agar dapat bekerja dengan efektif, efisien, serta menjamin keadilan dan kebenaran.⁴⁰

Berdasarkan hal tersebut di atas, *á fortiori* demokrasi Pancasila baru dapat hidup apabila negara Indonesia sudah menjadi negara hukum. Dengan demikian, dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum yang merupakan amanat dari pembukaan UUD NRI 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. Namun, tentu saja tindakan pemerintah tersebut haruslah dapat dipertanggungjawabkan

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 36-37

baik secara moral maupun secara hukum sehingga kewenangannya tetap berada dalam koridor hukum.⁴¹

B. Teori Kewenangan

1. Pengertian Kewenangan

Dalam literatur hukum administrasi dijelaskan bahwa istilah wewenang sering kali disamakan dengan istilah kekuasaan. Padahal, istilah kekuasaan tidaklah identik dengan istilah wewenang. Kata “wewenang” berasal dari kata “*authority*” (Inggris) dan “*gezag*” (Belanda). Adapun istilah kekuasaan berasal dari kata “*power*” (Inggris) dan “*macht*” (Belanda). Berdasarkan pada kedua istilah ini jelas tersimpul perbedaan makna dan pengertian sehingga dalam penempatan kedua istilah ini harus dilakukan secara cermat dan hati-hati. Penggunaan atau pemakaian kedua istilah ini tampaknya tidak terlalu dipermasalahkan dalam realitas penyelenggaraan pemerintahan kita. Hal itu memberikan kesan dan indikasi bahwa bagi sebagian aparatur dan pejabat penyelenggara negara atau pemerintahan kedua istilah tersebut tidaklah begitu penting untuk dipersoalkan. Padahal dalam konsep hukum tata negara dan hukum administrasi keberadaan wewenang pemerintahan memiliki kedudukan sangat penting. Begitu pentingnya kedudukan wewenang pemerintahan tersebut sehingga F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyebutnya sebagai konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi (*het begrip*

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 46-47

*bevoegdheid is dan ook een kernbegrip in het staats en administratief recht).*⁴²

Menurut P. Nicolai, wewenang pemerintahan adalah kemampuan untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum tertentu yakni tindakan atau perbuatan yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dan mencakup mengenai timbul dan lenyapnya akibat hukum (*het vermogen tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen is handelingen die op rechtsgevolg gericht zijn en dus ertoe strekken dat bepaalde rechtsgevolgen ontstaan of teniet gaan*). Selanjutnya dikemukakan bahwa dalam wewenang pemerintahan itu tersimpul adanya hak dan kewajiban dari pemerintah dalam melakukan tindakan atau perbuatan pemerintahan tersebut. Pengertian hak menurut P. Nicolai dkk. berisi kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan atau perbuatan tertentu atau menuntut pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu (*en recht houdt in de vrijheid om een bepaalde feitelijke handeling te verrichten op na te laten, op de aanspraak op het verrichten van en handeling door en ander*). Adapun kewajiban dimaksudkan sebagai pemuatan keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan atau perbuatan (*een plicht impliceert een verplichting om een bepaalde handeling te verrichten op na te laten*).⁴³

⁴² Aminuddin Ilmar, 2018, *Hukum Tata Pemerintahan*, Jakarta: Kencana, hlm. 77-78

⁴³ *Ibid.*, hlm. 78

Bagir Manan mempertegas istilah dan terminologi apa yang dimaksudkan dengan wewenang pemerintahan. Menurutnya, wewenang dalam bahasa hukum tidaklah sama dengan kekuasaan (*macht*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Adapun wewenang dalam hukum dapat sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*). Dalam kaitan dengan proses penyelenggaraan pemerintahan, hak mengandung pengertian kekuasaan untuk mengatur sendiri (*zelfregelen*) dan mengelola sendiri (*zelfbestuuren*), sedangkan kewajiban berarti kekuasaan untuk menyelenggarakan pemerintahan sebagaimana mestinya. Dengan demikian, substansi dari wewenang pemerintahan ialah kemampuan untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum pemerintahan (*het vermogen tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen*).⁴⁴

Selanjutnya, menurut H.D. Stout, wewenang merupakan suatu pengertian yang berasal dari hukum organisasi pemerintahan yang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintahan oleh subjek hukum publik di dalam hubungan hukum publik (*bevoegdheid is een begrip uit het bestuurlijke organisatierecht, wat kan worden omschreven als het geheel van regels dat betrekking heeft op de verkrijging en uit oefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden rechtsverkeer*). Bahkan, L. Tonnaer secara tegas mengemukakan

⁴⁴ *Ibid.*

bahwa kewenangan pemerintah dalam kaitan ini dianggap sebagai kemampuan untuk melaksanakan hukum positif dan dengan begitu dapat diciptakan suatu hubungan hukum antara pemerintah dan warga negara (*overheids bevoegdheid wordt in dit verband op gevat als het vermogen om positief recht vast te stellen en al dus rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling en tussen overheid en the scheppen*).⁴⁵

Dalam konsepsi negara hukum, wewenang pemerintahan itu berasal dari peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagaimana dikemukakan oleh Huisman dalam Ridwan HR. Bahwa organ pemerintahan tidak dapat menganggap ia memiliki sendiri wewenang pemerintahan. Kewenangan hanya diberikan oleh undang-undang. Pembuat undang-undang tidak hanya memberikan wewenang pemerintahan kepada organ pemerintahan, akan tetapi juga terhadap para pegawai atau badan khusus untuk itu. Pendapat yang sama dikemukakan oleh P. De Haan dengan menyebutkan bahwa wewenang pemerintahan tidaklah jatuh dari langit, akan tetapi ditentukan oleh hukum (*overheidsbevoegdheden komen niet uit de lucht vallen, zij worden door het recht genormeerd*).⁴⁶

Untuk mendapatkan gambaran yang lebih utuh tentang seperti apa wewenang pemerintahan itu dijalankan, maka terlebih dahulu akan diuraikan pengertian mengenai apa yang dimaksudkan dengan

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 78-79

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 79

“jabatan pemerintahan” yang terambil dari kata “*ambt*” (jabatan) dalam bahasa Belanda. Hanya dengan memahami apa yang dimaksud dengan jabatan tersebut dengan sendirinya akan didapatkan pemahaman mengenai adanya hubungan antara jabatan dan wewenang pemerintahan.⁴⁷

Dalam konsep hukum tata negara sebagaimana dikemukakan oleh Logemann bahwa negara adalah organisasi jabatan (*de staat is ambten organisatie*). Selanjutnya, dikemukakan bahwa dalam bentuk kenyataan sosialnya, negara adalah organisasi yang berkenaan dengan berbagai fungsi. Pengertian fungsi adalah lingkungan kerja yang terperinci dalam hubungannya secara keseluruhan dan fungsi-fungsi ini dinamakan dengan jabatan (*in zijn sociale verschijningsvorm is de staat organisatie, een verband van functie. Met functie is dan bedoeld; een omschreven werkring in verband van het geheel. Zij heet, met betrekking tot de staat, ambt*). Dengan kata lain, menurut Bagir Manan, jabatan adalah lingkungan kerja tetap yang berisi fungsi-fungsi tertentu yang secara keseluruhan akan mencerminkan tujuan dan tata kerja suatu organisasi. Kumpulan atau keseluruhan jabatan atau lingkungan kerja tetap inilah yang akan mewujudkan suatu organisasi.⁴⁸

Selanjutnya, menurut Bagir Manan, organisasi tidak lain dari kumpulan jabatan atau lingkungan kerja tetap dengan berbagai fungsi.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 79-80

Keseluruhan fungsi dari semua jabatan atau lingkungan kerja tetap tersebut akan mencerminkan tujuan organisasi. Demikian pula halnya dengan organisasi negara yang berisikan jabatan-jabatan negara atau lingkungan kerja tetap yang berisikan berbagai fungsi untuk mencapai tujuan negara. Jabatan adalah suatu lembaga dengan lingkup pekerjaan sendiri yang dibentuk untuk waktu yang lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang (*een ambt is een instituut met eigen werkring waaraan bij de instelling duurzaam en welomschreven taak en bevoegdheden zijn verleend*). Dengan kata lain, jabatan adalah suatu lingkungan pekerjaan tetap yang berisikan fungsi-fungsi (*werkring van vaste werkzaamheden met functie*) yang diadakan dan dilakukan untuk kepentingan negara.⁴⁹

Penyelenggaraan organisasi negara yang dalam hal ini dijalankan oleh pemerintah dan berisikan sejumlah jabatan yang melekat pada organisasi negara tersebut dalam pelaksanaannya dilakukan atau dilaksanakan oleh para pemegang atau pemangku jabatan dan sering kali disebut dengan istilah “pejabat” penyelenggara pemerintahan. Dalam menjalankan jabatan pemerintahan para pejabat dilekatkan tugas dan wewenang (*taak en bevoegdheid*) untuk merealisasikan fungsi jabatan yang dipangkunya. Menurut Bagir Manan, agar tugas dan wewenang pejabat pemerintahan dapat dilaksanakan dalam suatu tindakan atau perbuatan hukum konkret dan

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 80

dapat dipertanggungjawabkan baik secara politik, hukum dan/atau sosial, maka kepada para pejabat pemerintahan dibekali dengan hak dan kewajiban (*recht en plicht*) tertentu.⁵⁰

Menurut Bagir Manan, antara tugas dan wewenang di satu pihak dengan hak dan kewajiban di pihak lain mempunyai hubungan yang bersifat fungsional satu sama lain. Sehingga penentuan tugas dan wewenang pemerintahan akan menjadi pengukur apakah hak dan kewajiban dijalankan sebagaimana mestinya atau telah terjadi tindakan atau perbuatan pemerintahan yang melampaui batas kewenangan yang diberikan kepadanya (*misbruik van recht*), ataukah telah terjadi tindakan atau perbuatan pemerintahan berupa penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*). Sebaliknya, hak dan kewajiban memungkinkan para pejabat pemerintahan melakukan tindakan atau perbuatan baik berupa tindakan hukum maupun tindakan atau perbuatan konkret tertentu (*rechts en feitelijke handelingen*). Tanpa adanya hak dan kewajiban yang dilekatkan pada tugas wewenang pejabat pemerintahan tersebut, maka tentunya segala tugas dan wewenang tidak dapat diwujudkan secara konkret dalam bentuk tindakan atau perbuatan pemerintahan.⁵¹

Selanjutnya, dapat dikemukakan bahwa jabatan itu bersifat tetap, sementara pemegang atau pemangku jabatan atau pejabat pemerintahan itu (*ambtsdrager*) silih berganti. Dalam konsep hukum

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 80-81

tata negara, hal itu menjadi kelaziman oleh karena memungkinkan fungsi-fungsi yang melekat atau dilekatkan pada jabatan itu dapat terlaksana. Apalagi dianut prinsip bahwa tidak ada jabatan seumur hidup atau terdapat pembatasan masa jabatan sehingga harus terjadi pergantian pemangku jabatan agar tidak terjadi kekosongan jabatan guna menjalankan fungsi-fungsi yang melekat pada jabatan pemerintahan tersebut. Oleh karena itu, harus ada sebuah pranata yang dapat digunakan untuk mengisi kekosongan jabatan tersebut dengan melakukan sebuah proses pengisian jabatan.⁵²

Jabatan dalam lingkungan organisasi negara dapat dibedakan dengan berbagai macam cara. Bagir Manan membedakan antara jabatan sebagai alat perlengkapan negara dan jabatan sebagai penyelenggara administrasi pemerintahan. Selain itu, dibedakan pula antara jabatan politik dan bukan politik. Bahkan, dibedakan pula jabatan yang secara langsung bertanggung jawab dan berada dalam kendali atau pengawasan dan kendali publik. Selanjutnya menurut Bagir Manan, perbedaan tersebut dapat lebih diperinci dengan berbagai cara atau pendekatan. Dalam hal pengisian jabatan yang penting diperhatikan yaitu apakah pengisian jabatan pemerintahan tersebut memerlukan atau tidak memerlukan peran serta atau dukungan dari rakyat (publik). Selain itu, apakah dalam pengisian jabatan pemerintahan itu harus dilakukan secara kolegal atau oleh

⁵² *Ibid.*, hlm. 81

perorangan tertentu. Perbedaan tersebut penting dilakukan bukan hanya berkaitan dengan tata cara atau prosedur pengisian jabatan, akan tetapi berkaitan pula dengan pertanggungjawaban dan pengawasan serta kendali terhadap pemegang atau pemangku jabatan (pejabat tertentu).⁵³

2. Cara Memperoleh Kewenangan

Seiring dengan pilar utama negara hukum yaitu asas legalitas (*legaliteitsbeginsel* atau *het beginsel van wetmatigheid van bestuur*), maka berdasarkan prinsip ini tersirat bahwa wewenang pemerintahan berasal dari peraturan perundang-undangan, artinya sumber wewenang bagi pemerintah adalah peraturan perundang-undangan. Secara teoritis, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diperoleh melalui tiga cara yaitu atribusi, delegasi, dan mandat. Indroharto mengatakan bahwa pada atribusi terjadi pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan. Di sini dilahirkan atau diciptakan suatu wewenang baru. Lebih lanjut disebutkan bahwa legislator yang kompeten untuk memberikan atribusi wewenang pemerintahan itu dibedakan antara:

- a. Yang berkedudukan sebagai *original legislator*; di negara kita di tingkat pusat adalah MPR sebagai pembentuk konstitusi dan DPR bersama-sama pemerintah sebagai yang

⁵³ *Ibid.*, hlm. 81

melahirkan suatu undang-undang, dan di tingkat daerah adalah DPRD dan Pemerintah Daerah yang melahirkan Peraturan Daerah.

- b. Yang bertindak sebagai *delegated legislator*; seperti Presiden yang berdasar pada suatu ketentuan undang-undang mengeluarkan Peraturan Pemerintah di mana diciptakan wewenang-wewenang pemerintahan kepada Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara tertentu.⁵⁴

Pada delegasi terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara yang telah memperoleh wewenang pemerintahan secara atributif kepada Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara lainnya. Jadi suatu delegasi selalu didahului oleh adanya suatu atribusi wewenang.⁵⁵

Mengenai atribusi, delegasi, dan mandat ini H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt mendefinisikan sebagai berikut:

- a. *Attributie: toekenning van een bestuursbevoegheid door een wetgever aan een bestuursorgaan*, (atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan).
- b. *Delegatie: overdracht van een bevoegheid van het ene bestuursorgaan aan een ander*, (delegasi adalah pelimpahan

⁵⁴ Ridwan HR., 2017, *Hukum Administrasi Negara*, Depok: Rajawali Pers, hlm. 101

⁵⁵ *Ibid.*

wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya).

- c. *Mandaat: een bestuurorgaan laat zijn bevoegheid namens hem uitoefenen door een ander*, (mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya).⁵⁶

Berbeda dengan van Wijk, F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyebutkan bahwa hanya ada dua cara organ pemerintahan memperoleh wewenang, yaitu atribusi dan delegasi, *“Er bestaan slechts twee wijzen waarop een orgaan aan een bevoegdheid kan komen, namelijk attributie en delegatie”*. Mengenai atribusi dan delegasi, disebutkan bahwa *“Bij attributie gaat het om het toekennen van een nieuwe bevoegdheid; bij delegatie gaat het om het overdragen van een reeds bestaande bevoegdheid (door het orgaan dat die bevoegdheid geattribueerd heeft gekregen, aan een ander orgaan; aan delegatie gaat dus altijd logischewijs gekregenm aan een ander orgaan; aan delegatie gaat dus altijd logischewijs vooraf)”* (atribusi berkenaan dengan penyerahan wewenang baru, sedangkan delegasi menyangkut pelimpahan wewenang yang telah ada {oleh organ yang telah memperoleh wewenang secara atributif kepada orang lain; jadi delegasi secara logis selalu didahului oleh atribusi}). Dalam hal mandat dikemukakan sebagai berikut.

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 102

“Bij mandaat is noch sprake van een bevoegdheidstoekenning, noch van een bevoegdheisoeverdracht. In geval van mandaat verandert er aan een bestaande bevoegdheid (althans in formeel juridisch zin) niets. Er is dan uitsluitend sprake van een interne verhouding, bij voorbeeld minister-ambtenaar, waar bij de minister de ambtenaar machtigt en/of opdraagt namens hem bepaalde beslissingen te nemen, terwijl juridisch-naar buiten toe-de minister het bevoegde en verantwoordelijke orgaan blijft. De ambtenaar beslist feitelijk, de minister juridisch”.

(Pada mandat tidak dibicarakan penyerahan wewenang, tidak pula pelimpahan wewenang. Dalam hal mandat tidak terjadi perubahan wewenang apa pun {setidak-tidaknya dalam arti yuridis formal}. Yang ada hanyalah hubungan internal, sebagai contoh Menteri dengan pegawai, Menteri mempunyai kewenangan dan melimpahkan kepada pegawai untuk mengambil keputusan tertentu atas nama Menteri, sementara secara yuridis wewenang dan tanggung jawab tetap berada pada organ kementerian. Pegawai memutuskan secara faktual, menteri secara yuridis).⁵⁷

Pengertian atribusi dan delegasi berdasarkan *Algemene Bepalingen van Administratief Recht* adalah sebagai berikut; *“Van attributie van bevoegdheid kan worden gesproken wanner de wet (in*

⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 102-103

materiele zin) een bepaalde bevoegdheid aan een bepaald orgaan toekent”, (Atribusi wewenang dikemukakan bilamana undang-undang {dalam arti materiil} menyerahkan wewenang tertentu kepada organ tertentu). Dalam hal delegasi disebutkan, “... *Te verstaan de overdracht van die bevoegdheid door het bestuursorgaan waaraan deze is gegeven, aan een ander organ, dat de overgedragen bevoegdheid als eigen bevoegdheid zal uitoefenen*” (...berarti pelimpahan wewenang oleh organ pemerintahan yang telah diberi wewenang, kepada organ lainnya yang akan melaksanakan wewenang yang telah dilimpahkan itu sebagai wewenangnya sendiri). Di dalam *Algemene Wet Bestuursrecht* (Awb), mandat berarti, “*Het door een bestuursorgaan aan een ander verlenen van de bevoegdheid in zijn naam besluiten te nemen*”, yaitu (pemberian wewenang oleh organ pemerintahan kepada organ lainnya untuk mengambil keputusan atas namanya), sedangkan delegasi diartikan sebagai, “*Het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent*” (Pelimpahan wewenang oleh organ pemerintahan kepada organ lain untuk mengambil keputusan dengan tanggung jawab sendiri). Artinya dalam penyerahan wewenang melalui delegasi ini, pemberi wewenang telah lepas dari tanggung jawab hukum atau dari tuntutan pihak ketiga jika

dalam penggunaan wewenang itu menimbulkan kerugian pada pihak lain.⁵⁸

Dalam hal pelimpahan wewenang pemerintahan melalui delegasi ini terdapat syarat-syarat sebagai berikut.

- a. delegasi harus definitif dan pemberi delegasi (*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 hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;
- d. kewajiban memberikan keterangan (penjelasan), artinya *delegans* berhak untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut;
- e. peraturan kebijakan (*beleidsregel*), artinya *delegans* memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.⁵⁹

Dalam kajian HAN, mengetahui sumber dan cara memperoleh wewenang organ pemerintahan ini penting karena berkenaan dengan pertanggungjawaban hukum dalam penggunaan wewenang tersebut, seiring dengan salah satu prinsip dalam negara hukum; “*geen*

⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 103-104

⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 104-105

bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid atau *there is no authority without responsibility*" (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban). Setiap pemberian kewenangan kepada pejabat pemerintahan tertentu, tersirat di dalamnya pertanggungjawaban dari pejabat yang bersangkutan.⁶⁰

Berdasarkan keterangan tersebut di atas, tampak bahwa wewenang yang diperoleh secara atribusi itu bersifat asli yang berasal dari peraturan perundang-undangan. Dengan kata lain, organ pemerintahan memperoleh kewenangan secara langsung dari redaksi pasal tertentu dalam suatu peraturan perundang-undangan. 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 (*attributaris*). Pada delegasi tidak ada penciptaan wewenang, yang ada hanya pelimpahan wewenang dari pejabat yang satu kepada pejabat lainnya. Tanggung jawab yuridis tidak lagi berada pada pemberi delegasi (*delegans*), tetapi beralih pada penerima delegasi (*delegataris*). Sementara pada mandat, penerima mandat (*mandataris*) hanya bertindak untuk dan atas nama pemberi mandat (*mandans*), tanggung jawab akhir keputusan yang diambil mandataris tetap berada pada *mandans*. Hal ini karena pada dasarnya, penerima mandat ini bukan pihak lain dari

⁶⁰ *Ibid.*, hlm. 105

pemberi mandat. Untuk memperjelas perbedaan antara delegasi dan mandat dapat dilihat pada gambar di bawah ini:

Tabel 2.1

Perbedaan antara Delegasi dan Mandat Menurut R.J.H.M. Huisman
dalam *Algemene Bestuursrecht* halaman 8

Perbedaan antara Delegasi dan Mandat			
No.	Delegasi		Mandat
1.	<i>Overdracht van bevoegdheid</i> (pelimpahan wewenang);	1.	<i>Opdracht tot uitvoering</i> (perintah untuk melaksanakan)
2.	<i>Bevoegdheid kan door het oorspronkelijk bevoegde orgaan niet incidenteel uitgeoefend worden;</i> (kewenangan tidak dapat dijalankan secara insidental oleh organ yang memiliki wewenang asli)	2.	<i>Bevoegdheid kan door mandaatgever nog incidenteel uitgeoefend worden;</i> (kewenangan dapat sewaktu-waktu dilaksanakan oleh <i>mandans</i>);

3.	<i>Overgang van verantwoordelijkheid;</i> (terjadi peralihan tanggung jawab)	3.	<i>Behooud van verantwoordelijkheid;</i> (tidak terjadi peralihan tanggung jawab)
4.	<i>Wettelijke basis vereist;</i> (harus berdasarkan UU);	4.	<i>Geen wettelijke basis vereist;</i> (tidak harus berdasarkan UU)
5.	<i>Moet schriftelijke;</i> (harus tertulis;	5.	<i>Kan schriftelijk, mag ook mondeling;</i> (Dapat tertulis, dapat pula secara lisan);

Sumber: Ridwan HR., 2018, *Hukum Administrasi Negara*, Depok: Rajawali Pers, hlm. 106

Philipus M. Hadjon membuat perbedaan delegasi dan mandat berikut ini.

Tabel 2.2

Perbedaan Delegasi dan Mandat Menurut Philipus M. Hadjon

	Mandat	Delegasi
a. Prosedur Pelimpahan	Dalam hubungan rutin atasan-bawahan; hal biasa kecuali dilarang secara tegas	Dari suatu organ pemerintahan kepada organ lain dengan peraturan perundang-

		undangan
b. Tanggung jawab dan tanggung gugat	Tetap pada pemberi mandat	Tanggung jawab dan tanggung gugat beralih kepada delegataris
c. Kemungkinan si pemberi menggunakan wewenang itu lagi	Setiap saat dapat menggunakan sendiri wewenang yang dilimpahkan itu	Tidak dapat menggunakan wewenang itu lagi kecuali setelah ada pencabutan dengan berpegang pada asas " <i>contrarius actus</i> ".

Sumber: Ridwan HR., 2018, *Hukum Administrasi Negara*, Depok: Rajawali Pers, hlm. 106

3. Sifat Wewenang Pemerintahan

Dalam kepustakaan terdapat pembagian mengenai sifat wewenang pemerintahan yakni terikat, fakultatif, dan bebas, terutama dalam kaitannya dengan kewenangan pembuatan dan penerbitan keputusan-keputusan (*beschikkingen*) oleh organ pemerintahan sehingga dikenal ada keputusan yang bersifat terikat dan bebas. Indroharto mengatakan bahwa; *pertama*, wewenang pemerintahan yang bersifat terikat yakni terjadi apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang

bagaimana wewenang tersebut dapat digunakan atau peraturan dasarnya sedikit banyak menentukan tentang isi dari keputusan yang harus diambil, dengan kata lain, terjadi apabila peraturan dasar yang menentukan isi dari keputusan yang harus diambil secara terinci, maka wewenang pemerintahan semacam itu merupakan wewenang yang terikat; *kedua*, wewenang fakultatif terjadi dalam hal badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan tidak wajib menerapkan wewenangnya atau sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat dilakukan dalam hal-hal atau keadaan-keadaan tertentu sebagaimana ditentukan dalam peraturan dasarnya; *ketiga*, wewenang bebas, yakni terjadi ketika peraturan dasarnya memberi kebebasan kepada badan atau pejabat tata usaha negara untuk menentukan sendiri mengenai isi dari keputusan yang akan dikeluarkannya atau peraturan dasarnya memberikan ruang lingkup kebebasan kepada pejabat tata usaha negara yang bersangkutan. Philipus M. Hadjon dengan mengutip pendapat Spelt dan Ten Berge membagi kewenangan bebas dalam dua kategori, yaitu kebebasan kebijaksanaan (*beleidsvrijheid*) dan kebebasan penilaian (*beoordelingsvrijheid*). Ada kebebasan kebijaksanaan (wewenang diskresi dalam arti sempit) bila peraturan perundang-undangan memberikan wewenang tertentu kepada organ pemerintahan, sedangkan organ tersebut bebas untuk (tidak) menggunakannya meskipun syarat-syarat bagi penggunaannya secara sah dipenuhi. Adapun kebebasan penilaian (wewenang diskresi dalam arti yang tidak sesungguhnya) ada sejauh

menurut hukum diserahkan kepada organ pemerintahan untuk menilai secara mandiri dan eksklusif apakah syarat-syarat bagi pelaksanaan suatu wewenang secara sah telah dipenuhi. Berdasarkan pengertian ini, Philipus M. Hadjon menyimpulkan adanya dua jenis kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi, yaitu: *pertama*, kewenangan untuk memutus secara mandiri; *kedua*, kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*vage norm*).⁶¹

Meskipun kepada pemerintah diberikan kewenangan bebas namun dalam suatu negara hukum pada dasarnya tidak terdapat kebebasan dalam arti yang seluas-luasnya atau kebebasan tanpa bata sebab dalam suatu negara hukum; *“Zowel de bevoegdheidstoekening als de aard en de omvang van de bevoegdheid als de bevoegdheidsuitoefening zijn aan juridische grenzen onderworpen. Inzake bevoegdheidstoekening en het tegendeel daarvan, bestaan juridisch geschreven en ongeschreven regels”* (Baik penyerahan wewenang, sifat dan isi wewenang, maupun pelaksanaan wewenang tunduk pada batasan-batasan yuridis. Mengenai penyerahan wewenang dan sebaliknya, terdapat aturan-aturan hukum tertulis dan tidak tertulis). Di samping itu, dalam negara hukum juga dianut prinsip bahwa setiap penggunaan kewenangan pemerintahan harus disertai dengan pertanggungjawaban hukum. Terlepas dari bagaimana wewenang itu diperoleh dan apa isi dan sifat wewenang serta bagaimana mempertanggungjawabkan wewenang tersebut, yang pasti bahwa

⁶¹ *Ibid.*, hlm. 107-108

wewenang merupakan faktor penting dalam hubungannya dengan masalah pemerintahan, karena berdasarkan pada wewenang inilah pemerintah dapat melakukan berbagai tindakan hukum di bidang publik (*publiekrechtshandeling*).⁶²

C. Diskresi Pemerintahan

1. Pengertian Diskresi

Merujuk pada kamus hukum, diskresi diartikan sebagai kebebasan untuk mengambil keputusan dalam setiap institusi dengan inisiatifnya sendiri. Kebijakan ini bersifat bebas dan dijalankan sebagai upaya untuk menyelesaikan persoalan yang selama ini belum ada aturannya dalam peraturan perundang-undangan.⁶³ Diskresi diperlukan sebagai pelengkap asas legalitas (asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindakan atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan undang-undang), sebab tidak mungkin bagi undang-undang untuk mengatur segala macam hal dalam praktik kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu, diperlukan adanya kebebasan atau diskresi pada pejabat publik dalam melaksanakan tugas, fungsi, dan kewajiban yang dibebankan kepadanya.⁶⁴

Terkait dengan istilah “diskresi”, pada dasarnya memiliki keterkaitan dengan istilah dalam bahasa asing berupa *freies ermessen*. Secara bahasa, *freies ermessen* berasal dari kata *frei* yang bermakna bebas,

⁶² *Ibid.*, hlm. 108-109

⁶³ Anwar, *et.al.*, 2021, *Teori dan Aplikasi Hukum Administrasi Negara*, Aceh: Yayasan Penerbit Muhammad Zaini, hlm. 145

⁶⁴ Darda Syahrizal, 2013, *Hukum Administrasi Negara dan Pengadilan Tata Usaha Negara*, Yogyakarta: Penerbit Medpress Digital, hlm. 15

lepas, tidak terikat, dan merdeka. *Freies* bermakna orang yang bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. Sedangkan *ermessen* artinya mempertimbangkan, menilai, menduga, dan memperkirakan. *Freies ermessen* bermakna orang yang memiliki kebebasan untuk menilai, menduga, dan mempertimbangkan sesuatu. Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan sehingga *freies ermessen (diskresionare power)* dimaknai sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.⁶⁵

Diskresi sebagai *vrij bevoegdheid* dapat berarti kebebasan kebijaksanaan sebagai diskresi dalam arti sempit yang memberikan kewenangan bagi pejabat pemerintahan untuk memutus secara mandiri, sedangkan dalam arti kebebasan penilaian (*beoordelingsvrijheid*) sebagai diskresi dalam arti yang tidak sesungguhnya yang memberikan kewenangan interpretasi atau penafsiran terhadap norma-norma tersamar (*vagenormen* atau *blanket norms*). Sebagai lawan dari wewenang terikat (*gebonden bevoegdheid*), diskresi dalam wewenang bebas (*vrij bevoegdheid*) merupakan pilihan untuk melakukan suatu perbuatan atau tindakan hukum pemerintahan yang berkaitan dengan rumusan norma yang mengandung *vage norm* maupun kondisi faktual seperti keadaan darurat, bencana dan lain-lain. Diskresi pemerintahan tidak dapat

⁶⁵ Ridwan HR, *Op. Cit.*, hlm. 169.

dilakukan tanpa adanya suatu *conditio sine quo non* yang mendasari esensi dari diskresi pemerintahan itu. Dalam hal ini perbuatan atau tindakan diskresi pemerintahan sebagai suatu perbuatan atau tindakan untuk melakukan pilihan terhadap aspek rumusan norma dan kondisi faktual yang tidak berarti sebebaskan-bebasnya bisa dilakukan atau dijalankan, namun parameter pengujiannya tetap didasarkan pada asas-asas umum pemerintahan yang baik.⁶⁶

Berdasarkan perspektif hukum administrasi, kekuasaan diskresi adalah kekuasaan yang bertujuan, bukan kekuasaan buta. Aspek aksiologi dari kekuasaan diskresi adalah pengupayaan tujuan hidup paling fundamental dari suatu negara yaitu *public good* (optimalnya fungsi dalam melayani masyarakat).⁶⁷

Adapun definisi “diskresi” berdasarkan Naskah Akademik RUU Administrasi Pemerintahan adalah sebagai berikut.

“Diskresi merupakan kewenangan pejabat administrasi pemerintahan untuk mengambil keputusan pemerintahan yang bebas sebab belum diaturnya suatu hal tertentu dalam peraturan perundang-undangan yang ada.”⁶⁸

⁶⁶ Aminuddin Ilmar, 2023, *Hukum Administrasi Pemerintahan*, Makassar: Phinatama Media, hlm. 104-105

⁶⁷ Muhammad Khaerul Luthfi. 2024. “Pertanggungjawaban atas Penggunaan Diskresi oleh Pejabat Pemerintah dari Sudut Pandang Hukum Administrasi Negara”. *Jurnal Ilmiah Nusantara (JINU)*. Vol. 1 No. 4, hlm. 304-305

⁶⁸ Naskah Akademik RUU Administrasi Pemerintahan, hlm. 57

Diskresi merupakan suatu bentuk kebebasan untuk menilai, menduga, serta mempertimbangkan untuk mengambil tindakan yang diperlukan.⁶⁹

Diskresi dimaknai sebagai kemerdekaan dan/atau kewenangan dalam membuat keputusan dengan maksud mengambil tindakan yang dianggap tepat atau sesuai dengan situasi/kondisi yang dihadapi secara bijaksana serta dengan memperhatikan segala pertimbangan maupun pilihan yang memungkinkan.⁷⁰ Diskresi dimaknai sebagai kebebasan dalam mengambil keputusan pada setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri.⁷¹

Penggunaan kewenangan diskresi tidak dapat diselenggarakan bilamana selain dari pejabat yang mempunyai wewenang. Penggunaan wewenang diskresi hanya terkait dengan pemerintahan dalam arti sempit atau eksekutif saja. Mengenai contoh dari persoalan konkret yang dihadapi oleh pejabat pemerintahan semisal ditemukan sebuah kekosongan hukum atau ketiadaan peraturan perundang-undangan yang mengatur perihal persoalan konkret tersebut. Diskresi digunakan bilamana aturannya tidak mengatur dan pejabat pemerintahan menghadapi situasi yang konkret sehingga tidak ada aturan dalam persoalan konkret tersebut. Pejabat pemerintah juga dapat menggunakan diskresi apabila aturannya

⁶⁹ Syofyan Hadi dan Moudy Raul Ghozali, 2022, "Perlindungan Hukum bagi Rakyat dalam Penggunaan Diskresi Pemerintahan pada Masa Pandemi Covid-19", DiH: Jurnal Ilmu Hukum, Vol. 18 No. 1, hlm. 78

⁷⁰ Rossi Suparman, 2020, "Pelaksanaan Diskresi Aparatur Sipil Negara Dalam Rangka Penegakan Hukum", Vol. 6 No. 1, Jurnal Hukum Mimbar Justitia, Fakultas Hukum Universitas Suryakencana, hlm. 7

⁷¹ *Ibid.*

memberikan pilihan. Dalam hal ini pejabat diberikan wewenang yang bersifat fleksibilitas sehingga pejabat dapat menggunakan ataupun tidak tergantung pada pejabat itu sendiri.⁷²

Keputusan dari diskresi harus tetap sesuai dengan nilai-nilai hukum. Walaupun kewenangan untuk keluar dari jalur yang ada telah diberikan, namun badan atau pejabat pemerintahan yang menggunakannya wajib mempertanggungjawabkan keputusannya kepada pejabat atasannya dan masyarakat. Dalam sudut pandang ini, perlu ditekankan bahwa seorang pejabat pemerintah dituntut harus dapat mempertanggungjawabkan tindakan diskresi yang dibuat kepada masyarakat tanpa perlu adanya gugatan yang diajukan secara preskriptif.⁷³

Definisi dari “diskresi” juga diuraikan dalam Pasal 1 angka 9 UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan *jo.* Pasal 175 angka 1 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang berbunyi 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."

⁷² Moudy Raul Ghozali, 2021, "Perlindungan Hukum bagi Pejabat Pemerintahan dari Ancaman Pidana dalam Penggunaan Diskresi", *Mimbar Keadilan*, Vol. 14 No. 2, hlm. 174.

⁷³ M. Beni Kurniawan, 2018, "Penggunaan Diskresi dalam Pemberian Status Kewarganegaraan Indonesia terhadap Archandra Thahar ditinjau dari Asas Pemerintahan yang Baik", *Jurnal Penelitian Hukum DE JURE*, Vol. 18 No. 2, hlm. 151

Terkait dengan aspek perbedaan antara peraturan perundangan dengan keputusan dapat diuraikan pada tabel di bawah ini.

Tabel 2.3. Perbedaan Peraturan Perundangan dan Keputusan

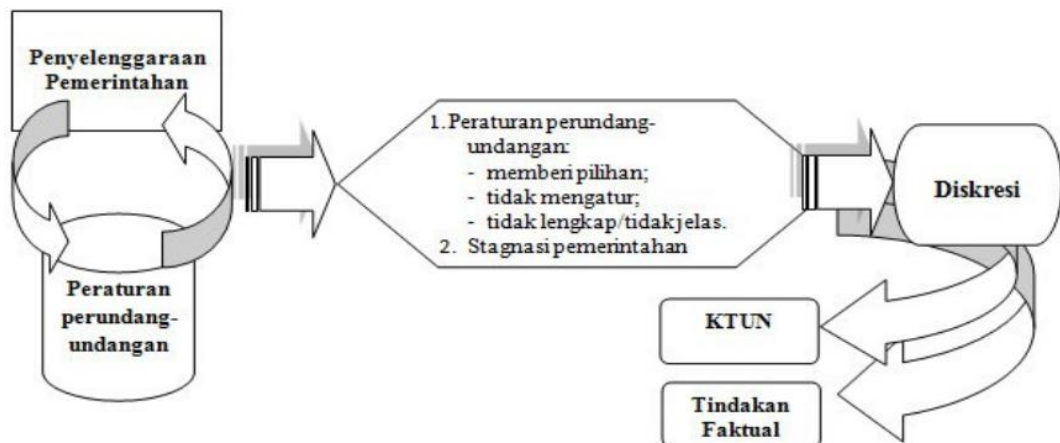
No.	Aspek Sifat Perbedaan	Peraturan Perundangan	Keputusan
1.	Orang yang Terpengaruh Produk Hukum (<i>Adresat</i>)	Umum	Individual
2.	Banyaknya Peristiwa hukum	Abstrak	Konkret
3.	Masa Keberlakuannya	Terus Menerus	Sekali Selesai

(Sumber: <https://www.hukumonline.com/klinik/a/perbedaan-peraturan-dan-keputusan-lt4f0281130c750>, diakses pada tanggal 22 Januari 2024)

Diskresi dapat memberikan manfaat yang positif bagi terselenggaranya kegiatan pemerintahan yang berkesinambungan dan tidak terhambat oleh kekosongan hukum yang ada, namun demikian diskresi dapat menimbulkan dampak yang negatif apabila di dalam pelaksanaannya justru melanggar rambu-rambu hukum yang ada serta bertentangan dengan norma-norma hukum yang ada di masyarakat dan bertentangan dengan kepentingan umum.⁷⁴

⁷⁴ Naskah Akademik RUU Administrasi Pemerintahan, hlm. 57

Gambar 2.1 Alur Diskresi Berdasarkan UU Administrasi Pemerintahan



Sumber: Victor Imanuel W. Nalle, 2016, "Kedudukan Peraturan Kebijakan dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan", *Refleksi Hukum*, Vol. 10 No. 1, hlm. 5

2. Jenis Klasifikasi Diskresi

Menurut Timothy Endicott, diskresi pemerintahan dapat diklasifikasikan menjadi 2 (dua) jenis yaitu sebagai berikut.

- Diskresi yang tegas/jelas (*express discretion*), yakni ketika pembuat undang-undang menetapkan secara jelas bahwa pembuat keputusan memiliki diskresi. Misalnya *The Quebec Alcoholoc Liquor Act 1941* menetapkan bahwa komisi dapat membatalkan izin berdasarkan diskresi yang dimilikinya.
- Diskresi yang tersirat (*implied discretion*), berarti pembuat keputusan dapat melakukan sesuatu atau bahwa pembuat keputusan itu memiliki wewenang untuk melakukannya tanpa menyatakan dengan jelas bagaimana atau kapan wewenangnya itu harus digunakan. Misalnya berdasarkan

Metropolis Local Management Act 1855s, 76, the Board memiliki pilihan untuk membongkar atau tidak membongkar bangunan karena tidak dinyatakan bahwa *the board* harus membongkar bangunan.⁷⁵

Hal yang sama juga dikemukakan oleh Prajudi Atmosudirdjo, yang mengklasifikasikan diskresi menjadi 2 (dua) jenis yakni diskresi bebas dan terikat.⁷⁶ Terkait dengan uraiannya yang terperinci yakni sebagai berikut.

1. Diskresi Bebas yakni suatu jenis diskresi di mana undang-undang hanya menetapkan batas-batas dan pejabat pemerintahan bebas mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui/melanggar batas-batas tersebut.⁷⁷ Dalam hal ini tidak ada satu pun dasar hukum dari peraturan perundang-undangan yang memberikan wewenang untuk mengambil keputusan dalam menghadapi persoalan konkret kepada pejabat yang bersangkutan namun tindakan/keputusan tersebut tentunya tidak boleh melanggar rambu-rambu yang disediakan oleh undang-undang semisal syarat penggunaan diskresi sebagaimana yang diuraikan dalam Pasal 175 angka 2 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja. Adapun menurut

⁷⁵ Mhd. Taufiqurrahman, 2021, *Hukum Administrasi Negara di Indonesia*, Literasi Nusantara Abadi, Malang, hlm. 42-43

⁷⁶ Eri Yulikhsan, 2016, *Keputusan Diskresi dalam Dinamika Pemerintahan (Aplikasi dalam PTUN)*, Yogyakarta: Deepublish, hlm. 9.

⁷⁷ Julista Mustamu, 2011, *Diskresi dan Tanggung Jawab Administrasi Pemerintahan*, Jurnal Sasi, Vol. 17 No. 2, hlm. 3. Lihat juga Eri Yulikhsan, 2016, *Keputusan Diskresi dalam Dinamika Pemerintahan (Aplikasi dalam PTUN)*, Yogyakarta: Deepublish, hlm. 39.

kesimpulan Eri Yulikhsan⁷⁸ dalam mendefinisikan diskresi bebas, pada hakikatnya diskresi bebas merupakan kebebasan bertindak atau kebebasan mengambil keputusan dari Badan atau Pejabat Administrasi Pemerintahan menurut pendapatnya sendiri sebagai pelengkap dari asas legalitas manakala hukum yang berlaku tidak mampu menyelesaikan permasalahan tertentu yang muncul secara tiba-tiba baik karena peraturannya memang tidak ada atau karena peraturan yang ada yang mengatur tentang suatu hal tidak jelas.

2. Diskresi Terikat yakni suatu bentuk diskresi di mana undang-undang hanya memberikan beberapa alternatif untuk membuat keputusan dan administrasi negara/pejabat pemerintahan bebas untuk memilih salah satu alternatif keputusan yang disediakan oleh undang-undang.⁷⁹ Dalam hal ini terdapat pilihan yang diberikan oleh undang-undang kepada Pejabat Pemerintahan untuk mengambil keputusan namun tetap harus memenuhi ketentuan yang terdapat pada Pasal 175 angka 2 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja.

Contoh konkret dari diskresi terikat adalah ketentuan mengenai hukuman disiplin berat bagi Pegawai Negeri Sipil berupa pemberhentian sebagaimana diatur dalam Pasal 8 huruf b Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1979 tentang Pemberhentian Pegawai

⁷⁸ Eri Yulikhsan, *Op. cit.*, hlm. 39.

⁷⁹ Julista Mustamu *Op. cit.*, hlm. 3. Lihat juga Eri Yulikhsan, 2016, *Keputusan Diskresi dalam Dinamika Pemerintahan (Aplikasi dalam PTUN)*, Yogyakarta: Deepublish, hlm. 39.

Negeri Sipil yaitu dalam hal pemberhentian karena dihukum penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap karena dengan sengaja melakukan suatu tindak pidana kejahatan yang diancam dengan pidana penjara setinggi-tingginya 4 (empat) tahun atau diancam dengan pidana yang lebih berat. Di dalam penjelasannya disebutkan bahwa pemberhentian sebagaimana dimaksud dalam pasal ini dapat dilakukan dengan hormat atau tidak dengan hormat, satu dan lain hal tergantung pada pertimbangan pejabat yang berwenang atas berat atau ringannya perbuatan yang dilakukan dan besar atau kecilnya akibat yang ditimbulkan oleh perbuatan itu. Meskipun maksimum ancaman pidana terhadap suatu tindak pidana telah ditetapkan, namun pidana yang dijatuhkan/diputuskan oleh Hakim terhadap jenis tindak pidana itu dapat berbeda-beda sehubungan dengan berat ringannya tindak pidana yang dilakukan dan/atau besar kecilnya akibat yang ditimbulkannya. Berhubung dengan itu, maka dalam mempertimbangkan apakah Pegawai Negeri Sipil yang telah melakukan tindak pidana kejahatan itu akan diberhentikan atau tidak atau apakah akan diberhentikan dengan hormat ataukah tidak dengan hormat haruslah dipertimbangkan faktor-faktor yang mendorong Pegawai Negeri Sipil yang bersangkutan melakukan tindak pidana

kejahatan itu serta harus pula dipertimbangkan berat ringannya putusan pengadilan yang dijatuhkan.⁸⁰

Indroharto menyebut wewenang diskresi sebagai wewenang fakultatif yaitu wewenang yang tidak mewajibkan badan atau pejabat tata usaha negara menerapkan wewenangnya tetapi memberikan pilihan sekalipun hanya dalam hal-hal tertentu sebagaimana yang ditentukan dalam peraturan dasarnya.⁸¹

Lebih lanjut Esmi Warassih mengatakan bahwa dalam rangka pelaksanaan kebijakan publik, para birokrat dapat menentukan kebijaksanaannya sendiri untuk menyesuaikan dengan situasi di mana mereka berada terutama yang berkaitan dengan ketersediaan sumber daya seperti informasi, dana, tenaga ahli, tenaga-tenaga terampil maupun mengenai pengetahuan yang mereka miliki. Itu berarti diskresi merupakan fenomena yang amat penting dan fundamental terutama dalam mengimplementasikan suatu kebijaksanaan publik. Dengan adanya diskresi ini diharapkan agar dengan kondisi yang ada dapat dicapai suatu hasil atau tujuan yang maksimal.⁸²

Adapun ruang lingkup diskresi bilamana merujuk kepada ketentuan peraturan perundang-undangan, hal ini diatur dalam Pasal 23 UU No. 30 Tahun 2014 yang berbunyi sebagai berikut.

“Diskresi Pejabat Pemerintahan meliputi:

⁸⁰ Eri Yulikhsan, *Op. cit.*, hlm. 9-10.

⁸¹ *Ibid.*, hlm. 10.

⁸² *Ibid.*, hlm. 10-11.

- a. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan berdasarkan ketentuan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan Keputusan dan/atau Tindakan;
- b. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur;
- c. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan
- d. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.”

Berdasarkan Pasal 1 angka 9 UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan jo. Pasal 175 angka 1 UU Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja, maka diskresi dapat dikategorikan ke dalam 2 (dua) jenis, yakni dapat berbentuk “Keputusan TUN (Tata Usaha Negara)” dan “Tindakan Pemerintahan”.

3. Syarat Penggunaan Diskresi

Pada dasarnya “syarat penggunaan diskresi” diatur dalam Pasal 175 angka 2 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang telah mengubah Pasal 24 UU No. 30 Tahun 2014⁸³ tentang Administrasi

⁸³ Terkait dengan bunyi dari Pasal 24 UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah sebagai berikut.

“Pejabat Pemerintahan yang menggunakan Diskresi harus memenuhi syarat:

- a. sesuai dengan tujuan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
- b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c. sesuai dengan AUPB;
- d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- e. tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan

Pemerintahan.⁸⁴ Adapun bunyi dari Pasal 175 angka 2 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja adalah sebagai berikut.

“Ketentuan Pasal 24 diubah sehingga berbunyi sebagai berikut:

Pasal 24

Pejabat Pemerintahan yang menggunakan Diskresi harus memenuhi syarat:

- a. sesuai dengan tujuan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
- b. sesuai dengan AUPB;
- c. berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- d. tidak menimbulkan Konflik Kepentingan; dan
- e. dilakukan dengan iktikad baik.”

Adapun bunyi dari Pasal 22 ayat (2) UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah sebagai berikut.

f. dilakukan dengan iktikad baik.”

⁸⁴ Adapun hal yang melatarbelakangi diubahnya Pasal 24 UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dalam Pasal 175 angka 2 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja diuraikan dalam Naskah Akademik RUU Cipta Kerja yang berbunyi sebagai berikut.

“Salah satu strategi pemerintah dalam rangka mendorong pertumbuhan ekonomi melalui peningkatan investasi adalah melakukan reformasi regulasi di bidang perizinan berusaha. Reformasi yang perlu dilakukan ditujukan untuk menyelesaikan hambatan investasi, yakni panjangnya rantai birokrasi, peraturan yang tumpang tindih, dan banyaknya regulasi yang tidak harmonis terutama dalam regulasi pusat dan daerah (*hyper regulation*). Oleh karena itu, diperlukan deregulasi terhadap ketentuan mengenai perizinan berusaha, persyaratan investasi, ketenagakerjaan, Usaha Mikro Kecil dan Menengah (UMK-M) termasuk koperasi, pengadaan lahan, pengembangan kawasan ekonomi, pelaksanaan proyek pemerintah, serta ketentuan mengenai administrasi pemerintahan dan penerapan sanksi pidana yang diatur dalam berbagai Undang-Undang.”

Periksa Naskah Akademik RUU Cipta Kerja, hlm. 23-24.

“Setiap penggunaan Diskresi Pejabat Pemerintahan bertujuan untuk:

- a. melancarkan penyelenggaraan pemerintahan;
- b. mengisi kekosongan hukum;
- c. memberikan kepastian hukum; dan
- d. mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.”

Terkait dengan AUPB (Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik) pada dasarnya memiliki definisi sebagaimana yang juga ditegaskan dalam Pasal 1 angka 17 UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang berbunyi sebagai berikut.

“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.”

Kebebasan bertindak atas dasar diskresi yang dilakukan oleh Badan/Pejabat administrasi pemerintahan bukan tanpa batas. Kebebasan tersebut dibatasi oleh Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB), sehingga diharapkan tidak terjadi penyalahgunaan wewenang.⁸⁵

⁸⁵ Diah Nur Cahyani, 2019, “Persyaratan dan Prosedur Penggunaan Diskresi Menurut Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan”, *Lex Administratum*, Vol. 7 No. 3, 2019, hlm. 53.

AUPB merupakan terjemahan dari “*Algemeen Beginselen van Behoorlijk Bestuur*” (ABBB), sebuah istilah dalam bahasa Belanda. Di Inggris, prinsip ini dikenal sebagai “*The Principal of Natural Justice*” atau “*The General Principles of Good Administration*”, sementara di Perancis diistilahkan sebagai “*Lex Principaux Generaux du Droit Coutumier Publique*” dan di Belgia disebut sebagai “*Algemene Rechtsbeginselen*”, serta di Jerman dinamakan “*Allgemeine Grundsätze der Ordnungsgemäßen Verwaltung*”.⁸⁶ Latar belakang kelahiran AUPB dimulai dari Belanda sejak munculnya konsep negara hukum *welfare state*.⁸⁷ Pada abad ke-19 dalam literatur Belanda sudah dimulai berkembang konsep dari ABBB.⁸⁸

Di Belanda sendiri, ABBB ini dapat diklasifikasikan sebagai berikut.

1. Asas pertimbangan (*motiveringsbeginsel*).
2. Asas kecermatan (*zorgvuldigheidsbeginsel*).
3. Asas kepastian hukum (*rechtszakerheidsbeginsel*).
4. Asas kepercayaan atau asas menanggapi harapan yang telah ditimbulkan (*vertrouwenbeginsel van opgewekte verwachtingen*).
5. Asas persamaan (*gelijkheidsbeginsel*).
6. Asas keseimbangan (*evenredigheidsbeginsel*).

⁸⁶ Fajlurrahman Jurdi, 2019, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Kencana, hlm. 63.

⁸⁷ Anwar, *et.al.*, *Op. Cit.*, hlm. 65.

⁸⁸ *Ibid.*, hlm. 66.

7. Asas kewenangan (*bevoegheidsbeginsel*)
8. Asas fair play (*beginsel van fair play*).
9. Larangan *detournement de pouvoir* (*het verbod van detournement de pouvoir*).
10. Larangan bertindak sewenang-wenang (*het verbod van willekeur*).⁸⁹

Secara umum, menurut L.P Suetens, ABBB diartikan sebagai prinsip-prinsip umum pemerintahan yang baik (AUPB) yang pada dasarnya merupakan aturan hukum publik yang wajib diikuti oleh pengadilan dalam menerapkan hukum positif. Prinsip-prinsip AUPB ini merupakan kategori khusus dari prinsip-prinsip hukum umum dan dianggap sebagai sumber formal hukum dalam hukum administrasi, meskipun biasanya melibatkan hukum yang tidak tertulis. Jadi, dalam menjalankan pemerintahannya, pejabat Tata Usaha Negara (TUN) wajib berpedoman pada ABBB dalam menjalankan urusan-urusannya di bidang administrasi negara.⁹⁰

Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik dalam praktiknya, secara yuridis mengikat penyelenggara negara untuk dilaksanakan dalam tugas dan fungsinya. Dalam perspektif tata kelola pemerintahan, setiap badan atau pejabat pemerintahan dalam menjalankan tanggung

⁸⁹ Mas Bakar, 2005, *Hakikat Peradilan Administrasi dan Implementasinya dalam Penegakan Hukum*, Disertasi, Universitas Hasanuddin, hlm. 364-365.

⁹⁰ Fajlurrahman Jurdi, *Op. cit.*, hlm. 63.

jawabnya wajib melaksanakan asas-asas umum pemerintahan yang baik.⁹¹

Mengenai jenis klasifikasi dari AUPB (Asas-asas Umum Pemerintahan yang baik) juga diuraikan dalam Pasal 10 ayat (1) UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang berbunyi sebagai berikut.

“AUPB yang dimaksud dalam Undang-Undang ini 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.”

Adapun penjelasan yang terperinci atas masing-masing jenis AUPB (Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik) sebagaimana yang disebutkan di atas adalah sebagai berikut.

a. Asas Kepastian Hukum

Asas kepastian hukum dapat diartikan sebagai kepastian hukum dalam arti materiel dan kepastian hukum

⁹¹ Dina Susiani, 2019, *Hukum Administrasi Negara*, Jember: CV. PUSTAKA ABADI, hlm. 93

dalam arti formal. Aspek kepastian hukum dalam arti materiel menekankan pada adanya kepastian perlindungan atas hak-hak warga dan dipenuhinya harapan-harapan yang telah ditumbuhkan oleh organ pemerintah. Dalam hal ini, menurut Prof. Kuntjoro Purbopranoto dalam bukunya *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan*, asas kepastian hukum menghendaki dihormatinya hak seseorang yang telah diperoleh berdasarkan suatu keputusan pemerintah. Jadi, setiap keputusan yang dibuat oleh Pemerintah tidak untuk dicabut kembali, kecuali ada hal-hal penting yang dijadikan dasar penarikan kembali dan hal ini harus dibuktikan melalui proses peradilan yang sah. Contoh kasusnya di Belanda, sebuah organ pemerintah pernah dilarang untuk menggunakan panduan kebijakan internal yang membawa kerugian pada para pihak terkaitnya dan tindakan ini ternyata tidak sesuai dengan panduan kebijakan resmi yang diumumkan.⁹²

Yang dimaksud dengan “asas kepastian hukum” berdasarkan Penjelasan atas Pasal 10 ayat (1) huruf a UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan,

⁹² Fajlurrahman Jurdi, *Hukum Tata Negara Indonesia, Op. Cit.*, hlm. 66.

keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan.

b. Asas Kemanfaatan

Yang dimaksud dengan “asas kemanfaatan” berdasarkan Penjelasan atas Pasal 10 ayat (1) huruf b UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah manfaat yang harus diperhatikan secara seimbang antara: (1) kepentingan individu yang satu dengan kepentingan individu yang lain; (2) kepentingan individu dengan masyarakat; (3) kepentingan Warga Masyarakat dan masyarakat asing; (4) kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain; (5) kepentingan pemerintah dengan Warga Masyarakat; (6) kepentingan generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang; (7) kepentingan manusia dan ekosistemnya; (8) kepentingan pria dan wanita.

Dalam pelajaran ilmu hukum, Kemanfaatan merupakan hal yang paling utama di dalam sebuah tujuan hukum⁹³,

⁹³ Bilamana merujuk kepada pandangan “ajaran konvensional”, tujuan hukum pada dasarnya meliputi ajaran etis, utilitas, dan ajaran normatif-dogmatik. Terkait dengan ajaran etis menegaskan bahwa hukum dibuat semata-mata untuk menegakkan dan mewujudkan keadilan sebagai tujuan hukum satu-satunya. Isu hukum ditentukan oleh keyakinan kita yang etis tentang yang adil dan yang tidak adil. Sedangkan pada ajaran utilitas, hukum dibuat semata-mata untuk mewujudkan kemanfaatan atau kebahagiaan bagi orang banyak. Seperti ungkapan klasik dari Jeremy Bentham, pelopor utilitarianisme bahwa *the greatest good of the greatest number* (hukum memberikan jaminan kebahagiaan yang terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-banyaknya). Adapun ajaran normatif-dogmatik atau ajaran yuridis ini, hukum dibuat semata-mata untuk menciptakan atau mewujudkan kepastian hukum. Ajaran ini sesungguhnya tidak terlepas

mengenai pembahasan tujuan hukum terlebih dahulu diketahui apakah yang diartikan dengan tujuannya sendiri dan yang mempunyai tujuan hanyalah manusia akan tetapi hukum bukanlah tujuan manusia, hukum hanyalah salah satu alat untuk mencapai tujuan dalam hidup bermasyarakat dan bernegara. Tujuan hukum bisa terlihat dalam fungsinya sebagai fungsi perlindungan kepentingan manusia, hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Jika kita lihat definisi manfaat dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia* manfaat secara terminologi bisa diartikan guna atau faedah.⁹⁴

Dalam konteks pemerintahan, kemanfaatan juga sangat sentral secara eksistensial, karena berkaitan dengan tujuan pemerintahan, apakah pemerintahan yang dijalankan memiliki kemanfaatan untuk masyarakat atau tidak. Karena itu, asas ini menjadi sangat penting bila dikaitkan dengan posisi pemerintahan yang memiliki tugas dan tanggung jawab guna menyejahterakan rakyat.⁹⁵

c. Asas Ketidakberpihakan

Yang dimaksud dengan “asas ketidakberpihakan” berdasarkan Penjelasan atas Pasal 10 ayat (1) huruf c UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah

dari pengaruh positivisme di dunia hukum pada saat itu yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom/mandiri. Periksa Irwansyah, 2020, *Kajian Ilmu Hukum*, Yogyakarta: Mirra Buana Media, hlm. 139.

⁹⁴ *Ibid.*, hlm. 68-69

⁹⁵ *Ibid.*, hlm. 69-70

asas yang mewajibkan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan dengan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.

Adapun asas ketidakberpihakan/tidak diskriminatif menurut UU No. 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik memberikan pemahaman bahwa setiap warga negara berhak memperoleh pelayanan yang adil dan tidak diskriminatif dari negara atau pemerintah. Hak atas pelayanan yang adil dan tidak diskriminatif ini harus dilindungi dan dihormati oleh negara demi mewujudkan tegaknya keadilan dan kepastian hukum dalam pelayanan publik.⁹⁶

d. Asas Kecermatan

Yang dimaksud dengan “asas kecermatan” berdasarkan Penjelasan atas Pasal 10 ayat (1) huruf d UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah asas yang mengandung arti bahwa suatu Keputusan dan/atau Tindakan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas penetapan dan/atau pelaksanaan Keputusan dan/atau Tindakan sehingga Keputusan dan/atau Tindakan yang bersangkutan

⁹⁶ *Ibid.*, hlm. 70

dipersiapkan dengan cermat sebelum Keputusan dan/atau Tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan.

Asas kecermatan mensyaratkan agar badan pemerintahan sebelum mengambil keputusan, meneliti semua fakta yang relevan dan memuaskan pula semua kepentingan yang relevan dalam pertimbangannya. Bila fakta-fakta penting kurang diteliti, itu berarti tidak cermat. Asas kecermatan membawa serta, bahwa badan pemerintah tidak boleh dengan mudah menyimpang terhadap nasehat yang diberikan apalagi bila dalam panitia penasihat itu duduk ahli-ahli dalam bidang tertentu. Penyimpangan memang dibolehkan, tetapi mengharuskan pemberian alasan yang tepat dan kecermatan yang tinggi.⁹⁷

Asas kecermatan secara jelas mengandung arti bahwa suatu keputusan yang dikeluarkan oleh badan pemerintahan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang akurat dan lengkap. Kelengkapan dokumen ini dimaksudkan untuk mendukung keabsahan suatu penetapan dan/atau pelaksanaan keputusan yang dikeluarkan. Dengan memeriksa secara cermat semua dokumen dan informasi, maka

⁹⁷ *Ibid.*, hlm. 70

probabilitas kesalahan keputusan dan/atau tindakan administrasi pemerintahan diminimalkan.⁹⁸

Asas kecermatan (*carefulness*) sesungguhnya mengandaikan suatu sikap bagi para pengambil keputusan untuk senantiasa selalu bertindak hati-hati yaitu dengan cara mempertimbangkan secara komprehensif mengenai segenap aspek dari materi keputusan, agar tidak menimbulkan kerugian bagi warga masyarakat.⁹⁹

Asas kecermatan mensyaratkan agar badan pemerintahan sebelum mengambil suatu ketetapan, meneliti semua fakta yang relevan dan memasukkan pula semua kepentingan yang relevan ke dalam pertimbangannya. Bila fakta-fakta penting kurang diteliti, itu berarti tidak cermat. Kalau pemerintahan secara keliru tidak memperhitungkan kepentingan pihak ketiga, itu pun berarti tidak cermat. Dalam rangka ini, asas kecermatan dapat mensyaratkan bahwa yang berkepentingan didengar (kewajiban mendengar), sebelum mereka dihadapkan pada suatu keputusan yang merugikan.¹⁰⁰

e. Asas Tidak Menyalahgunakan Kewenangan

Yang dimaksud dengan “asas tidak menyalahgunakan kewenangan” berdasarkan Penjelasan atas Pasal 10 ayat (1)

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 70-71

⁹⁹ *Ibid.*, hlm. 71

¹⁰⁰ *Ibid.*

huruf e UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah asas yang mewajibkan setiap Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut, tidak melampaui, tidak menyalahgunakan, dan/atau tidak mencampuradukkan kewenangan.

Menurut Jean Rivero dan Waline, pengertian penyalahgunaan kewenangan dalam hukum administrasi dapat diartikan dalam tiga wujud, yaitu:

- a. Penyalahgunaan kewenangan untuk melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau untuk menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan;
- b. Penyalahgunaan kewenangan dalam arti bahwa tindakan pejabat tersebut adalah benar ditujukan untuk kepentingan umum, tetapi menyimpang dari tujuan apa kewenangan tersebut diberikan oleh Undang-undang atau peraturan-peraturan lain;
- c. Penyalahgunaan kewenangan dalam arti menyalahgunakan prosedur yang seharusnya digunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi

telah menggunakan prosedur lain agar terlaksana.¹⁰¹

Di dalam istilah Belanda, menyalahgunakan wewenang disebut dengan *detournement de pouvoir*. *Detournement de pouvoir* berarti “menyalahgunakan wewenang” yang diberikan. Seseorang yang memiliki jabatan, di mana jabatan itu secara hukum diberikan “wewenang”, dan wewenang itu seharusnya digunakan sebagaimana mestinya, tetapi ia menyalahgunakan wewenang tersebut.¹⁰²

Menurut Paulus Effendie Lotulung (1993: 15-16), di dalam yurisprudensi Perancis pengertian *detournement de pouvoir* mencakup tiga macam penyimpangan, yakni: *pertama*, “pejabat tersebut telah mengeluarkan suatu *beschikking* dengan tujuan yang sama sekali tidak berdasarkan pada kepentingan umum”. *Kedua*, “pejabat telah mengeluarkan *beschikking* dengan berdasarkan kepentingan umum, tetapi bukannya kepentingan umum sebagaimana yang dimaksudkan dalam peraturan yang bersangkutan melainkan kepentingan umum yang lain dan berbeda. Dalam hal ini benar-benar terjadi suatu penyimpangan tujuan kepentingan umum. *Ketiga*, pengeluaran *beschikking* oleh seorang pejabat yang dengan sengaja telah menggunakan

¹⁰¹ *Ibid.*, hlm. 71

¹⁰² *Ibid.*, hlm. 71-72

prosedur lain daripada apa yang telah ditentukan dalam peraturannya.¹⁰³

f. Asas Keterbukaan

Yang dimaksud dengan “asas keterbukaan” berdasarkan Penjelasan atas Pasal 10 ayat (1) huruf f UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah asas yang melayani masyarakat untuk mendapatkan akses dan memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.

Pelayanan pemerintahan yang terbuka dan akseptabel dalam sistem pemerintahan akan berpengaruh positif terhadap langgam dan eksistensi pemerintahan tersebut dalam konteks demokrasi. Maka dalam upaya untuk mendorong pemerintahan yang demokratis, harus dipastikan terlebih dahulu apakah pemerintahan itu dijalankan secara terbuka atau tidak.¹⁰⁴

Prinsip keterbukaan memberikan kesempatan bagi rakyat untuk menyampaikan tanggapan dan kritik yang membangun terhadap pemerintah, memberikan penilaian terhadap jalannya pemerintahan. Pemerintah sebagai pihak

¹⁰³ *Ibid.*, hlm. 74

¹⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 68

berwenang harus mau dan mampu menyampaikan berbagai informasi yang dibutuhkan oleh masyarakat, karena memperoleh informasi adalah hak bagi masyarakat yang dijamin dengan undang-undang. Selain itu, informasi yang disampaikan oleh pemerintah kepada masyarakat haruslah yang mengandung kebenaran, bukan hasil rekayasa. Informasi yang benar itu juga harus disampaikan secara ikhlas kepada seluruh warga/masyarakat.¹⁰⁵

g. Asas Kepentingan Umum

Pemerintah dalam menjalankan kewajibannya sebagai pelayan rakyat, harus mendahulukan kepentingan rakyat di atas kepentingan pribadi dan kelompok. Asas ini merupakan bagian dari dorongan kepada pemerintah untuk selalu mengedepankan kepentingan rakyat dalam melaksanakan kegiatan pemerintahan.¹⁰⁶

Yang dimaksud dengan “asas kepentingan umum” berdasarkan Penjelasan atas Pasal 10 ayat (1) huruf g UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan dan kemanfaatan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif, dan tidak diskriminatif.

h. Asas Pelayanan yang Baik

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.* hlm. 67

Secara umum, asas pelayanan yang baik dapat dimaknai sebagai asas yang memberikan pelayanan yang tepat waktu, dijalankan sesuai dengan Standar Operasional Prosedur (SOP), standar biaya yang jelas, dan yang pasti sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.¹⁰⁷

Asas ini memastikan bahwa aparat pemerintah yang menerima layanan haruslah memberikan layanan prima, dengan berpedoman pada berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dalam hal ini, pemberi layanan tidak boleh melayani berdasarkan suasana hati. Jika hati lagi senang, pelayanan diberikan secara maksimal, dan jika sedang dalam kondisi ada masalah, pelayanan dilakukan setengah hati. Karena itu, aparatur penyelenggara pemerintahan harus memberikan pelayanan yang baik kepada rakyat, dalam hal ini aparatur pemerintah bertindak sebagai “pelayan” yang memberi layanan. Layaknya seorang “asisten rumah tangga” yang melayani majikannya, karena dalam demokrasi, rakyat adalah majikan yang wajib dilayani dengan baik oleh penyelenggara pemerintahan.¹⁰⁸

Yang dimaksud dengan “asas pelayanan yang baik” berdasarkan Pasal 10 ayat (1) huruf h UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah asas yang

¹⁰⁷ *Ibid.*, hlm. 74

¹⁰⁸ *Ibid.*

memberikan pelayanan yang tepat waktu, prosedur dan biaya yang jelas, sesuai dengan standar pelayanan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Terkait dengan maksud dari “alasan-alasan objektif” pada kalimat “berdasarkan alasan-alasan yang objektif” sebagaimana yang juga ditegaskan dalam Pasal 175 angka 2 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja adalah sebagai berikut.

“Yang dimaksud dengan “alasan-alasan objektif” adalah alasan-alasan yang diambil berdasarkan fakta dan kondisi faktual, tidak memihak, dan rasional serta berdasarkan AUPB.”¹⁰⁹

Adapun maksud dari “iktikad baik” pada kalimat “dilakukan dengan iktikad baik” sebagaimana yang juga ditegaskan dalam Pasal 175 angka 2 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja adalah sebagai berikut.

“Yang dimaksud dengan “iktikad baik” adalah Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan didasarkan atas motif kejujuran dan berdasarkan AUPB.”¹¹⁰

D. Peraturan Kebijakan

1. Pengertian Peraturan Kebijakan

Menurut Abdul Razak, peraturan kebijakan tidak dapat dilepaskan dengan kewenangan bebas dari pemerintah yang dikenal

¹⁰⁹ Periksa Penjelasan atas Pasal 175 angka 2 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja

¹¹⁰ Periksa Penjelasan atas Pasal 175 angka 2 UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja

dengan istilah *freies ermessen*. Dengan kata lain, kewenangan badan atau pejabat tata usaha negara mengeluarkan peraturan kebijakan didasarkan pada asas kebebasan bertindak yang dimilikinya (*beleidsvrijheid* atau *beorde lingsvrijheid*).¹¹¹

Peraturan kebijakan juga disebut sebagai peraturan kebijaksanaan.¹¹² Kepustakaan hukum Belanda mengenalnya sebagai *pseudowetgeving*, *spiegelrecht*, atau *beleidregel*.¹¹³ Di Jerman, disebut *verwaltungsvorschriften*.¹¹⁴ Sementara itu, *quasi-legislation*, *pseudo-legislation*, *policy rules*, *policy*, *quasi-law*, *administrative quasi-legislation*, *administrative rules*, *tertiary legislation*, *tertiary rules*¹¹⁵, *quasi-delegated legislation*, *sub-delegated legislation*, atau *soft law* adalah ragam sebutannya dalam kepustakaan hukum Inggris.¹¹⁶

Keberadaan peraturan kebijaksanaan tidak dapat dilepaskan dengan kewenangan bebas (*vrijebevoegdheid*) dari pemerintah yang sering disebut dengan istilah *freies ermessen*.¹¹⁷

Secara bahasa, *freies ermessen* berasal dari kata *frei* artinya bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. *Freies* artinya orang yang bebas, tidak terikat, dan merdeka. Sedangkan *ermessen* berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, dan memperkirakan. *Freies ermessen* berarti orang yang memiliki kebebasan untuk menilai,

¹¹¹ Fajlurrahman Jurdi, 2023, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Kencana,, hlm. 171

¹¹² A'an Efendi dan Freddy Poernomo, 2019, *Hukum Administrasi*, Jakarta: Sinar Grafika, hlm. 224

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Irwansyah, 2021, *Refleksi Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Mirra Buana Media, hlm. 166

menduga, dan mempertimbangkan sesuatu. Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan sehingga *freies ermessen (diskresionare)* diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.¹¹⁸

Freies ermessen diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau administrasi negara yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum yang berbeda dengan fungsi kehakiman untuk menyelesaikan sengketa antar penduduk.¹¹⁹

Peraturan kebijakan adalah bentuk khusus dari peraturan umum. Peraturan kebijakan menunjukkan bagaimana pemerintah akan melaksanakan kekuasaannya terhadap masyarakat umum. Peraturan kebijakan itu dapat dibuat oleh pemerintah pusat atau sektoral maupun pemerintah lokal. Misalnya, instruksi menteri kepada pemeriksa pajak dan peraturan yang dikembangkan sehubungan dengan pemberian izin.¹²⁰

Peraturan kebijakan menjadi pedoman bagi pemerintah terutama di mana pemerintah memiliki kekuasaan diskresi yang luas. Dengan demikian, peraturan kebijakan membantu untuk mencegah tindakan sewenang-wenang. Pada mulanya, peraturan kebijakan hanya dimaksudkan untuk memiliki akibat ke dalam (internal). Namun,

¹¹⁸ *Ibid.*, hlm. 166-167.

¹¹⁹ *Ibid.*, hlm. 167.

¹²⁰ A'an Efendi dan Freddy Poernomo, *Op. Cit.*, hlm. 228.

peraturan kebijakan cenderung diumumkan kepada publik melalui pengumuman resmi maupun tidak resmi, sedangkan isinya kadang-kadang berasal dari praktik pemerintahan.¹²¹ Peraturan kebijakan berbeda dari peraturan perundang-undangan atau peraturan yang mengikat umum. Peraturan kebijakan tidak dibuat berdasarkan pada kekuasaan membuat peraturan perundang-undangan tetapi diterima dan diikuti oleh badan atau pejabat pemerintahan yang berwenang dalam melaksanakan kekuasaan diskresinya.¹²² Peraturan kebijakan menetapkan bagaimana kekuasaan diskresi dilaksanakan.¹²³

Mengenai peraturan kebijakan, Colin Turpin dan Adam Tomkins menyatakan:

“Otoritas publik, khususnya menteri atau departemen pemerintah yang bertindak atas nama menteri, sering kali menggunakan aturan-aturan tanpa kewenangan pembuatan peraturan perundang-undangan yang dimaksudkan untuk mengatur cara bagaimana mereka akan melaksanakan peraturan perundang-undangan atau kekuasaan diskresi lainnya. Ini adalah aturan-aturan dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, bukan hukum, dan pembuatan jenis aturan seperti ini pada umumnya digambarkan sebagai peraturan perundang-undangan semu.”¹²⁴

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*, hlm. 228-229

¹²³ *Ibid.*, hlm. 229.

¹²⁴ *Ibid.*

Ganz mengemukakan karakteristik peraturan kebijakan sebagai berikut.

- Menggunakan bahasa non teknis sehingga mudah dipahami oleh orang awam.
- Dokumen yang fleksibel dan oleh karena itu mudah untuk ditarik kembali dan digantikan yang baru.
- Dokumen sering dirancang untuk memastikan bahwa kepada mereka yang dituju untuk melaksanakan suatu kewenangan memiliki kesamaan cara dalam melaksanakan wewenang tersebut.
- Dokumen adalah manifestasi dari keyakinan bahwa untuk mencapai tujuan lebih baik menggunakan pendekatan persuasi dibandingkan dengan paksaan.
- Dokumen merupakan suatu kompromi yang dapat diterima antara membuat undang-undang atas suatu masalah tertentu atau tidak melakukan apa pun sama sekali.¹²⁵

Sementara itu, menurut Craig, peraturan kebijakan memiliki ciri-ciri sebagai berikut.

- Badan/pejabat pemerintahan yang membuatnya tidak memiliki kewenangan yang tegas untuk membuat aturan. Kewenangan untuk membuat aturan itu karena diskresi yang dimiliki badan/pejabat pemerintahan.

¹²⁵ *Ibid.*

- Status hukum dari aturan-aturan itu hanya dapat dideteksi atau dikenali dengan mengujinya dengan peraturan perundang-undangan yang terkait dan interpretasi oleh pengadilan. Aturan ini misalnya, *Code* yang tidak memiliki akibat hukum secara langsung.
- Bahkan jika aturan-aturan itu tidak terkait dengan undang-undang, namun tetap memiliki konsekuensi hukum dalam dua hal. *Pertama*, diharapkan bahwa aturan itu tidak terlalu kaku pelaksanaannya sehingga dapat berkaitan langsung keadaan orang-orang tertentu. *Kedua*, keberadaan aturan itu mungkin sebagaimana kita lihat, menimbulkan hak publik untuk berkonsultasi, jika badan-badan publik berusaha untuk menarik kembali penerapan aturan tersebut.¹²⁶

Article 1:3 (4) GALA Belanda menetapkan definisi peraturan kebijakan sebagai peraturan umum, yang tidak menjadi peraturan yang mengikat umum, yang ditetapkan berdasarkan keputusan, mengenai keseimbangan kepentingan, penetapan fakta atau interpretasi undang-undang dalam melaksanakan kekuasaan pemerintahan. Menurut Carlo Romano, berdasarkan ketentuan *Article 1:3 (4) GALA* Belanda tersebut, peraturan kebijakan memiliki unsur-unsur sebagai berikut.

¹²⁶ *Ibid.*

- Keputusan. Keputusan tertulis oleh badan atau pejabat pemerintahan yang berwenang yang merupakan suatu perbuatan hukum publik.
- Berisi aturan umum. Pedoman kebijakan harus bersifat umum yang pada dasarnya berarti tidak ditujukan kepada satu atau sekelompok orang tertentu yang ditunjuk secara tegas.
- Tidak menjadi peraturan yang mengikat umum. Aturan memiliki akibat mengikat ketika menghasilkan akibat eksternal di luar dari badan yang mengeluarkan aturan tersebut. Hal ini sudah cukup untuk aturan yang mengikat umum bahwa ia memiliki akibat untuk peristiwa yang dapat diulang, dan bukan hanya ditujukan untuk kelompok tertentu, bahwa perbedaan itu sangat penting terkait dengan perlindungan hukumnya. Memang, Pengadilan Tata Usaha Negara tidak berurusan dengan peraturan yang mengikat umum, kecuali hukum membuat pengecualian.
- Diberlakukan dalam pelaksanaan wewenang pemerintahan. Dengan kata lain, peraturan kebijakan harus diterbitkan melalui kekuasaan diskresi dari badan-badan pemerintahan.¹²⁷

Berpegang pada definisi tentang peraturan kebijakan sebagaimana telah diuraikan di atas, peraturan kebijakan pada dasarnya mengandung pengertian sebagai berikut.

- Dibuat oleh badan/pejabat pemerintahan.¹²⁸

¹²⁷ *Ibid.*, hlm. 230-231.

- Kewenangan membuat peraturan kebijakan tidak berdasarkan wewenang berdasarkan peraturan perundang-undangan tetapi karena diskresi yang dimiliki oleh badan/pejabat pemerintahan tersebut sehingga bukan peraturan pelaksanaan peraturan perundang-undangan.
- Dapat berwujud berbagai bentuk, misalnya surat edaran, instruksi, dan lain-lain.
- Dapat berisi perintah, petunjuk pelaksanaan, pemberitahuan, imbauan, dan lain-lain.
- Berlaku bagi badan/pejabat pemerintahan yang menerbitkannya beserta seluruh badan/pejabat yang berada dalam ruang lingkup kewenangannya dan terkadang dapat berlaku ke luar.¹²⁹
- Tidak ada ketentuan sanksi jika dilanggar (*lex imperfecta*).¹³⁰

Berdasarkan pengertian di atas dapat diambil pemahaman penting bahwa peraturan kebijakan bukanlah jenis peraturan perundang-undangan. Oleh karena itu, tidak dapat digunakan untuk mengubah apalagi membatalkan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan terutama undang-undang. Jika misalnya,

¹²⁸ *Ibid.*, hlm. 231. Pengertian badan/pejabat pemerintahan harus dimaknai secara luas yaitu berdasarkan fungsinya bukan strukturalnya. Pejabat pada lembaga legislatif maupun yudisial pun dapat dikategorikan sebagai badan/pejabat pemerintahan ketika mereka melaksanakan fungsi di luar legislasi atau mengadili.

¹²⁹ *Ibid.* Misalnya surat edaran yang diterbitkan wali kota yang berisi perintah untuk mengibarkan bendera merah putih pada peringatan hari kemerdekaan tanggal 17 Agustus. Surat edaran ini berlaku ke luar untuk semua warga kota.

¹³⁰ *Ibid.* *Lex imperfecta* berkenaan dengan hukum tanpa gigi (*laws without teeth*) yaitu *laws that are devised in such a way that no remedy or sanction would be invoked following violation of a legal norm.*

berdasarkan pertimbangan badan/pejabat pemerintahan tertentu terdapat ketentuan dalam peraturan perundang-undangan yang tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman maka yang dapat dilakukannya hanyalah menerbitkan peraturan kebijakan (misalnya surat edaran) yang isinya memberitahukan bahwa ketentuan tersebut telah tertinggal oleh perkembangan dan disarankan untuk tidak menerapkannya, tetapi tidak dapat membatalkannya. Pembatalan peraturan perundang-undangan hanya dapat dilakukan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau sederajat.¹³¹

Adapun peraturan kebijakan asalnya memiliki 2 (dua) fungsi utama, yakni fungsi normatif dan fungsi sosiologis. Adapun fungsi normatif peraturan kebijakan yakni keberadaan *beleidsregels* (peraturan kebijakan) dalam penyelenggaraan pemerintahan dimaksudkan sebagai pelengkap terhadap kekosongan peraturan hukum yang ada dalam masyarakat, sedangkan fungsi sosiologis dari adanya *beleidsregels* adalah untuk menyejahterakan masyarakat.¹³²

2. Jenis Klasifikasi Peraturan Kebijakan (*Beleidsregels*)

Menurut Robert Baldwin dan John Houghton, peraturan kebijakan meliputi bentuk-bentuk sebagai berikut.

- *Procedural rules*. Misalnya, aturan untuk pedoman atau petunjuk bagi permohonan lisensi untuk *The Gaming Board*,

¹³¹ *Ibid.*, hlm. 231-232.

¹³² Abdul Razak, 2021, *Kedudukan Peraturan Kebijakan dalam Hukum Administrasi Negara*, Litera, Yogyakarta, hlm. 147-164

aturan penjara yang menetapkan aturan disiplin bagi narapidana, aturan atau petunjuk pelaksanaan berdasarkan *The Policy and Criminal Evidence Act 1984*, dan lain-lain.

- *Interpretative guides*, yaitu pernyataan atau pengumuman resmi dari suatu departemen atau badan-badan yang isinya menjelaskan bagaimana suatu aturan akan diinterpretasi atau diterapkan, pernyataan ukuran-ukuran yang harus diikuti, standar yang harus diterapkan atau pertimbangan yang harus diambil.
- *Instruction to officials*. Misalnya, berbagai macam Surat Edaran oleh Departemen Penjara (*Prison Departement Circulars*), *Standing Orders* (instruksi atau prosedur yang berlaku tetap atau sampai diubah atau dibatalkan), Surat Edaran *Home Office* (departemen pemerintah yang bertanggung jawab atas urusan imigrasi, pemberantasan terorisme, kepolisian, kebijakan tentang obat-obatan terlarang, dan terkait ilmu pengetahuan dan penelitian) kepada *Magistrate Court* (pengadilan tingkat paling rendah di mana perkara pidana dimulai) atau *Home Office Circulars to magistrates courts*, Surat Edaran *Home Office* kepada *Chief Constables* (pejabat kepala kepolisian di setiap teritorial angkatan kepolisian di Inggris Raya, kecuali *The City of London Police* dan *The Metropolitan Police*) atau *Home Office Circulars to Chief Constables*.

- *Prescriptive/evidential rules*. Misalnya, *The Highway Code*, siapa yang melanggar dapat dipertimbangkan untuk dihadapkan di pengadilan dan *The Secretary of State's Code* tentang Tindakan Pencegahan berdasarkan *The Employment Act 1980* dan siapa yang melanggar dapat dipertimbangkan untuk dihadapkan di pengadilan.
- *Commendatory rules*, yaitu terutama berisi rekomendasi untuk melakukan suatu tindakan tertentu. Misalnya, panduan yang diterbitkan *The Health and Safety Commission and Executive* yang memberikan saran-saran tentang bagaimana tujuan keselamatan dapat dicapai.
- *Voluntary codes*. Misalnya adalah *The City Code on Takeovers and Mergers* or *the Press Complaints Commission* (seperangkat aturan yang mengikat yang berlaku untuk perusahaan terdaftar di Inggris, misalnya yang diperdagangkan di Bursa Efek London). Biasanya aturan seperti itu dirancang untuk mencegah kevakuman peraturan oleh pemerintah.
- *Rules of practice, management or operation*.
- *Consultative devices and administrative pronouncements*. Misalnya, pernyataan yang mengundang agar memberikan komentar atas suatu rancangan atau kebijakan badan atau departemen tertentu.¹³³

¹³³ A'an Efendi dan Preddy Poernomo, *Op. Cit*, hlm. 232-233.

Menurut Neil Parpworth, bentuk dari peraturan kebijakan meliputi:

- *circulares;*
- *code of guidance;*
- *codes of practices;*
- *guidance notes;*
- *planning policy statements; dan*
- *planning policy guidance notes.*¹³⁴

Peraturan kebijakan yang mudah ditemui di masyarakat, misalnya surat edaran, instruksi, atau standar operasional prosedur (SOP), dan lain-lain. Jenis-jenis peraturan kebijakan itu memiliki pengertian dan format tata naskah dinas yang berbeda.¹³⁵

Surat Edaran (*circular/circular letter/government circular*) diterbitkan oleh menteri, kepala lembaga pemerintah non kementerian, para direktur jenderal kementerian, kepala daerah, dan lain sebagainya. Berdasarkan Pedoman Tata Naskah Dinas Instansi Pemerintah yang diterbitkan oleh Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi pada halaman 14, surat edaran adalah naskah dinas yang memuat pemberitahuan tentang hal tertentu yang dianggap penting dan mendesak.¹³⁶

Menurut David Pollard, Neil Parpworth, dan David Hughes, surat edaran pada dasarnya adalah surat dari pemerintah kepada badan

¹³⁴ *Ibid.*, hlm. 233

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*, hlm. 234.

atau pejabat bawahannya yang berisi panduan tentang pelaksanaan fungsi peraturan perundang-undangan, misalnya mengenai perencanaan, perumahan, pendidikan, pelayanan sosial, keuangan dan pensiun pemerintah kota. Surat edaran dapat dicetak dan disediakan untuk umum dengan diberikan nomor berseri, meskipun saat ini telah banyak yang dimuat di situs departemen yang menerbitkannya.¹³⁷

Surat edaran pada umumnya memberikan saran-saran yang sifatnya non yuridis dan pedoman atau panduan tentang persoalan-persoalan tertentu untuk mengembangkan ketentuan sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Surat edaran digunakan untuk menjelaskan mengenai kebijakan dan peraturan secara lebih lengkap. Surat edaran memuat petunjuk atau persyaratan untuk mengambil suatu tindakan tertentu.¹³⁸

Instruksi berisi pernyataan yang berisi perintah atau penjelasan tentang bagaimana cara melakukan suatu tindakan tertentu.¹³⁹ Pedoman Tata Naskah Dinas Instansi Pemerintah oleh Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi mendefinisikan instruksi sebagai naskah dinas yang memuat perintah atau arahan untuk melakukan pekerjaan atau melaksanakan tugas yang bersifat sangat penting.¹⁴⁰ Di Indonesia, peraturan kebijakan yang

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

berwujud instruksi dapat berupa Instruksi Presiden, Instruksi Menteri, Instruksi Gubernur dan Bupati/Wali kota, dan lain-lain.¹⁴¹

Berdasarkan Pedoman Tata Naskah Dinas Instansi Pemerintah oleh Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, SOP adalah serangkaian instruksi tertulis yang dibakukan mengenai berbagai proses penyelenggaraan aktivitas organisasi, bagaimana, kapan harus dilakukan, di mana, dan oleh siapa dilakukan.¹⁴² Pengertian lain SOP adalah menetapkan atau menentukan mengenai metode atau cara yang harus diikuti secara rutin atas pelaksanaan kegiatan/aktivitas yang telah ditetapkan atau dalam situasi yang ditetapkan.¹⁴³

Bagir Manan juga memberikan contoh bentuk peraturan kebijakan yang pernah digunakan dalam administrasi pemerintahan. Beberapa bentuk tersebut antara lain:¹⁴⁴

- Peraturan kebijakan yang berbentuk peraturan

Sebagai contoh, peraturan kebijakan yang berbentuk peraturan adalah Permendagri No. 4 Tahun 1976 tentang Tata Cara Pelaksanaan Penyerahan Urusan-urusan dari Daerah Tingkat I kepada Daerah Tingkat II.¹⁴⁵

- Peraturan kebijakan yang berbentuk keputusan

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.* hlm. 235.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Victor Imanuel W. Nalle, 2016. "Kedudukan Peraturan Kebijakan dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan", Refleksi Hukum, Vol. 10 No. 1, hlm. 7-8

¹⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 8

Peraturan kebijakan yang berbentuk keputusan bukanlah KTUN. Sifat substansinya berbeda dengan KTUN yang bersifat konkret, individual, dan final. Contoh peraturan kebijakan berbentuk keputusan adalah Keppres No. 29 Tahun 1984 tentang Pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara.¹⁴⁶

- Surat Edaran

Administrasi negara sebagai pelaksana suatu kebijakan tidak dapat begitu saja menyampingkan surat edaran. Karena, walaupun surat edaran bukan merupakan suatu ketentuan hukum tetapi merupakan manifestasi dari kebebasan bertindak yang melekat pada administrasi negara. Dalam administrasi negara juga berlaku asas mematuhi keputusan sendiri dan menjalankan dengan sungguh-sungguh kebijakan yang ditetapkan secara hierarkis dalam lingkungan administrasi negara yang bersangkutan.¹⁴⁷

- Instruksi

Instruksi merupakan suatu bentuk keputusan yang bersifat hierarkis, berlaku bagi jajaran administrasi negara di bawah pembuat instruksi. Berdasarkan isinya, terdapat instruksi yang merupakan peraturan kebijakan dan ada juga yang bukan peraturan kebijakan. Instruksi tentang kebijakan konkret tertentu

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

(khusus) tidak dapat dimasukkan sebagai peraturan kebijakan. Instruksi untuk melaksanakan tugas tertentu bukanlah peraturan kebijakan. Instruksi akan menjadi peraturan kebijakan jika disertai dengan ketentuan yang bersifat umum.¹⁴⁸

- Pengumuman tertulis

Sekitar tahun 1945-1949 cukup banyak dijumpai berbagai macam pengumuman atau maklumat. Tetapi maklumat yang ditetapkan pada waktu itu tidak selalu bersifat peraturan kebijakan. Perlu dibedakan kedudukan Presiden dan Wakil Presiden saat membuat pengumuman atau maklumat, apakah sebagai administrasi negara atau pemegang kekuasaan negara. Maklumat Nomor X Tahun 1945 (16 Oktober 1945) menurut Bagir Manan harus dipahami sebagai keputusan negara bukan administrasi negara. Pengumuman sebagai peraturan kebijakan juga harus berbentuk tertulis dan bersifat umum.¹⁴⁹

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

D. Kerangka Pikir

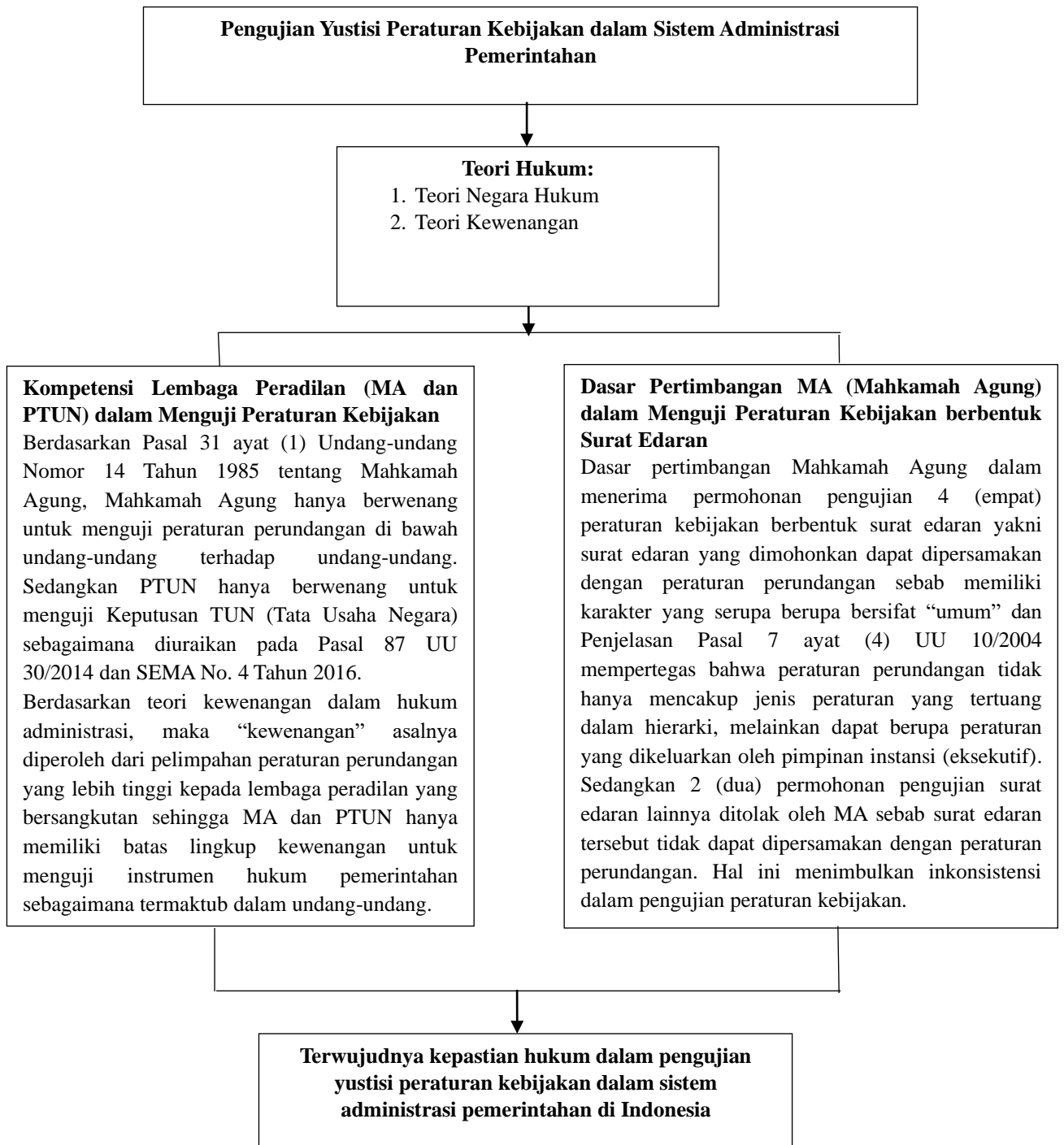
1. Alur Pikir

Kerangka pikir atau kerangka teoritis (*teoritical framework*) atau kerangka konseptual (*conceptual framework*) yaitu kerangka berpikir dari peneliti yang bersifat teoritis mengenai masalah yang akan diteliti, yang menggambarkan hubungan antara konsep-konsep atau variabel-variabel yang akan diteliti. Kerangka pikir tersebut dilandasi oleh teori-teori yang sudah dijelaskan sebelumnya. Bertitik tolak dari landasan teori yang digunakan dalam pengkajian permasalahan maka dapat dimuat suatu kerangka berpikir atau kerangka teori yang telah diuraikan tersebut di atas.

Adapun penelitian yang berjudul “Pengujian Yustisi Peraturan Kebijakan dalam Sistem Administrasi Pemerintahan” terdiri atas 2 (dua) variabel. Variabel pertama tentang kompetensi Mahkamah Agung dan PTUN (Peradilan Tata Usaha Negara) dalam menguji peraturan kebijakan. Variabel kedua berupa dasar pertimbangan Putusan Mahkamah Agung dalam menerima dan menolak permohonan untuk menguji peraturan kebijakan berbentuk surat edaran.

Hasil yang diharapkan dengan menganalisis kedua variabel ini adalah diharapkan pemerintah di masa yang akan datang menambahkan “peraturan kebijakan” sebagai bagian dari lingkup “diskresi pemerintah” sehingga kepastian hukum dalam pengujian yustisi peraturan kebijakan akan terwujud.

2. Bagan Kerangka Pikir (*Conceptual Frame Work*)



E. Definisi Operasional

1. Pengujian yustisi merupakan suatu bentuk pengujian terhadap instrumen hukum pemerintahan yang diselenggarakan oleh lembaga peradilan.
2. Peraturan kebijakan merupakan salah satu instrumen hukum yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintah berdasarkan adanya kewenangan bebas yang dimiliki oleh pejabat tersebut. Format peraturan kebijakan dapat berupa “surat edaran”.
3. Sistem administrasi pemerintahan merupakan suatu sistem yang berkaitan dengan tata laksana dalam pengambilan keputusan dan/atau tindakan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan.
4. Mahkamah Agung merupakan lembaga peradilan yang berwenang untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.
5. Peradilan Tata Usaha Negara merupakan lembaga peradilan yang memiliki kompetensi untuk menguji Keputusan TUN (Tata Usaha Negara) yang bersifat konkret-individual, konkret-umum, dan abstrak-individual.