PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN DI INDONESIA

Problematika, Praktik, dan Bangunan Hukum

Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit, sed do eiusmod tempor incididunt ut labore et dolore magna aliqua. Ut enim ad minim veniam, quis nostrud exercitation ullamco laboris nisi ut aliquip ex ea commodo consequat. Duis aute irure dolor in reprehenderit in voluptate velit esse cillum dolore eu fugiat nulla pariatur. Excepteur sint occaecat cupidatat

Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit, sed do eiusmod tempor incididunt ut labore et dolore magna aliqua. Ut enim ad minim veniam, quis nostrud exercitation ullamco laboris nisi ut aliquip ex ea commodo consequat. Duis aute irure dolor in reprehenderit in voluptate velit esse cillum dolore eu fugiat nulla pariatur. Excepteur sint occaecat cupidatat

Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit, sed do eiusmod tempor incididunt ut labore et dolore magna aliqua. Ut enim ad minim veniam, quis nostrud exercitation ullamco laboris nisi ut aliquip ex ea commodo consequat. Duis aute irure dolor in reprehenderit in voluptate velit esse cillum dolore eu fugiat nulla pariatur. Excepteur sint occaecat cupidatat

Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit, sed do eiusmod tempor incididunt ut labore et dolore magna aliqua. Ut enim ad minim veniam, quis nostrud exercitation ullamco laboris nisi ut aliquip ex ea commodo consequat. Duis aute irure dolor in reprehenderit in voluptate velit esse cillum dolore eu fugiat nulla pariatur. Excepteur sint occaecat cupidatat

Penerbit Andi
Info Buku Baru dan Penawaran, klik www.andipublisher.com

EDUCATION & TEACHING

PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN DI INDONESIA

Dr. Rasji, S.H., M.H.

PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN DI INDONESIA

Problematika, Praktik, dan Bangunan Hukum

Dr. Rasji, S.H., M.H.

PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN DI INDONESIA

Problematika, Praktik, dan Bangunan Hukum

Penerbit ANDI

Dr. Rasji, S.H., M.H.

PENERBIT ANDI

PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN DI INDONESIA
PROBLEMATIKA, PRAKTIK, DAN BANGUNAN HUKUM

Oleh: Dr. Rasji, S.H., M.H.

Hak Cipta ©2023 pada penulis
Editor : Aris
Setter : Vanio Praba
Desain Cover : Andang Suhana
Korektor : Erang Risanto

Hak Cipta dilindungi undang-undang.
Dilarang memperbanyak atau memindahkan sebagian atau seluruh isi buku ini dalam bentuk apa pun, baik secara elektronis maupun mekanis, termasuk memfotokopi, merekam atau dengan sistem penyimpanan lainnya, tanpa izin tertulis dari penulis.

Diterbitkan oleh Penerbit ANDI (Anggota IKAPI)
Jl. Beo 38-40, Telp. (0274) 561881 (Hunting), Fax (0274) 588282 Yogyakarta 55281

Percetakan : CV ANDI OFFSET
Jl. Beo 38-40, Telp. (0274) 561881 (Hunting), Fax (0274) 588282 Yogyakarta 55281

– Ed. 1. Cetakan 1
xii+ 420 hlm.; 17,6x25 cm.

ISBN:
DDC'23 : 344.5995 Public Policy in Indonesia

Penerbit ANDI

KATA PENGANTAR REKTOR UNIVERSITAS TARUMANAGARA

Hukum adalah salah satu instrumen yang sangat bermanfaat bagi kehidupan. Hukum memberi pedoman dan landasan bagi keabsahan setiap aktivitas, juga merupakan sarana untuk meminta pertanggungjawaban hukum atas setiap aktivitas yang melanggarnya. Bagi Indonesia yang merupakan negara hukum, keberadaan hukum merupakan keniscayaan yang tidak dapat dihindarkan. Setiap orang dan pihak wajib menerima keberadaan hukum dan wajib menaatinya dengan baik.

Setiap orang dan pihak wajib memahami hukum Indonesia serta hukum lainnya yang diperlukan. Salah satu cara untuk memberikan pemahaman hukum kepada setiap orang dan pihak adalah dengan menerbitkan buku tentang hukum. Buku adalah media referensi yang dibutuhkannya, termasuk ilmu pengetahuan hukum.

Buku yang berjudul "Pengujian Peraturan Kebijakan Di Indonesia (Problematika, Praktik, dan Bangunan Hukum)" menyajikan informasi tentang ilmu pengetahuan dan peraturan hukum tentang pengujian peraturan kebijakan. Buku ini penting dan sangat bermanfaat sebagai referensi bagi setiap orang dan pihak untuk memahami peraturan kebijakan dan pengujinya, mengingat peraturan kebijakan telah berkembang pesat sebagai peraturan yang dibentuk dan digunakan oleh pemerintah dalam melaksanakan tugasnya. Dengan memahaminya, setiap orang dan pihak dapat menyesuaikan aktivitasnya dengan peraturan kebijakan, bahkan setiap orang atau pihak dapat menggunakan mekanisme pengujian peraturan kebijakan apabila dirugikan haknya oleh peraturan kebijakan.

Penerbit ANDI

Dengan terbitnya buku ini, diharapkan tersedia referensi sumber ilmu pengetahuan hukum bagi setiap orang atau pihak, serta menambah berkembangnya ilmu hukum, khususnya hukum tentang peraturan kebijakan dan pengujian peraturan kebijakan di Indonesia.

Akhirnya, semoga Tuhan YME memberikan rahmat dan kasih sayang-Nya kepada semua orang yang memberikan kebaikan kepada orang lain.

Jakarta, 10 Desember 2022

Rektor Universitas Tarumanagara Jakarta,

Prof. Dr. Ir. Agustinus Purna Irawan, M.T., M.M., IPU, ASEAN Eng.

Penerbit ANDI

KATA PENGANTAR
DEKAN FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS TARUMANAGARA

llmu Hukum adalah ilmu yang dinamis dan sangat berguna bagi kehidupan manusia, baik dalam status pribadi, bermasyarakat, berbangsa, maupun bernegara. Hukum telah diyakini sebagai aturan dan ketetapan yang memandu aktivitas secara sah dan pengambilan keputusan yang dapat dipertanggungjawabkan. Karena itu, keberadaan ilmu hukum dan hukum menjadi sangat penting dalam berkehidupan di Indonesia sebagai negara hukum.

Dinamika ilmu hukum menimbulkan hukum berkembang pesat. Perkembangan hukum memerlukan keseimbangan dengan tersedianya media yang bisa digunakan oleh semua orang atau pihak untuk memahami hukum yang berkembang. Salah satu media yang sangat baik dan bermanfaat bagi orang, masyarakat, atau semua pihak adalah buku referensi yang menyediakan materi pengetahuan hukum bagi para pembacanya. Buku adalah jendela ilmiah, yang mampu memberikan sajian ilmu pengetahuan, khususnya ilmu pengetahuan hukum, yang sangat dibutuhkan oleh semua pihak.

Buku "Pengujian Peraturan Kebijakan Di Indonesia (Problematika, Praktik, dan Bangunan Hukum)" merupakan buku yang menyajikan perkembangan "peraturan kebijakan" di Indonesia yang memerlukan aturan, lembaga, dan mekanisme pengujiannya. Buku ini mampu menjawab kebutuhan hukum semua pihak, untuk mempertahankan hak hukumnya yang dirugikan oleh peraturan kebijakan. Masyarakat atau semua pihak memperoleh pengetahuan ilmu hukum tentang dasar pengujian, lembaga penguji, dan mekanisme pengujian peraturan kebijakan, sehingga buku ini memberi solusi atas permasalahan hukum pengujian peraturan kebijakan di Indonesia yang dihadapi masyarakat.

Dengan disusun dan diterbitkannya buku ini, diharapkan semua orang, masyarakat, dan semua pihak mendapatkan referensi sumber ilmu pengetahuan

Penerbit ANDI

hukum tentang pengujian peraturan kebijakan di Indonesia. Dengan buku juga, diharapkan ilmu hukum, khususnya ilmu hukum tentang peraturan kebijakan dan pengujian peraturan kebijakan berkembang pesat, sehingga berbagai aspek pengujian peraturan kebijakan dapat dipahami oleh semua lapisan masyarakat, lembaga, dan profesional di Indonesia. Kami mengucapkan terima kasih kepada penulis, yang telah berkontribusi terhadap penyediaan buku referensi bagi semua pihak atau kalangan, dan telah memacu perkembangan hukum tentang peraturan kebijakan dan pengujian peraturan kebijakan di Indonesia.

Akhirnya semoga Allah SWT memberkahi kebaikan semua orang yang memberi manfaat baik orang lain.

Jakarta, 10 Desember 2022

Dekan FH Untar,

Prof. Dr. Amad Sudiro, S.H., M.H., M.M., M.Kn.

Penerbit ANDI

KATA PENGANTAR PENULIS

Indonesia adalah sebuah negara hukum *modern*, yang memiliki tanggung jawab menyejahterakan rakyatnya. Berbagai aktivitas kehidupan bernegara, berbangsa, dan bermasyarakat, bahkan individu harus berdasarkan hukum yang berlaku. Keberadaan hukum menjadi sangat penting untuk memberikan landasan hukum dan meminta pertanggungjawaban hukum atas semua aktivitas tersebut. Karena itu, Indonesia telah membentuk berbagai hukum tertulis, yang disebut peraturan perundang-undangan.

Pemerintah memiliki peran besar untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat. Berbagai peraturan perundang-undangan telah diimplementasikan melalui pelaksanaan tugas dan kewajibannya untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat tersebut. Namun pemerintah banyak menghadapi kondisi teknis, khusus, dan faktual yang belum diatur secara operasional dan teknis oleh peraturan perundang-undangan. Kondisi ini menjadi dilema bagi pemerintah antara tugas menyejahterakan rakyat dan aktivitas yang harus berdasarkan hukum. Di satu sisi pemerintah wajib melakukan berbagai aktivitas untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat, namun di sisi lain pemerintah tidak dapat melakukannya karena tidak ada aturan hukum yang menjadi landasan hukumnya. Untuk mengatasi stagnasi tugas pemerintahan ini, pemerintah telah mengeluarkan peraturan kebijakan yang dibentuk berdasarkan kewenangan administrasi yang dimilikinya.

Peraturan kebijakan telah digunakan oleh pemerintah untuk mengatasi kekosongan hukum tugas-tugasnya. Jenis peraturan kebijakan yang dibentuk pemerintah beragam, misalnya Surat Edaran, Instruksi, Petunjuk Teknis, Pengumuman, dan lain-lain. Peraturan kebijakan tersebut digunakan oleh

Penerbit ANDI

pemerintah sebagai landasan hukum berbagai tugas pemerintah, selain peraturan perundang-undangan yang juga menjadi landasan hukum berbagai tugas pemerintah. Peraturan kebijakan telah sangat membantu pemerintah dalam melaksanakan tugasnya dan mewujudkan tujuannya.

Selayaknya peraturan kebijakan sejalan dengan peraturan perundang-undangan. Peraturan kebijakan tidak boleh bertentangan, melanggar, berbeda, menyimpang, atau menghilangkan ketentuan peraturan perundang-undangan, karena pada dasarnya, peraturan kebijakan merupakan wujud implementasi ketentuan peraturan perudang-undangan. Meskipun demikian, dalam keadaan tertentu, pemerintah masih dibenarkan mengambil kebijakan melalui peraturan kebijakan yang menyimpang dari ketentuan peraturan perundang-undangan untuk efektivitas keberhasilan tugasnya.

Pada realitanya, terdapat peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Peraturan kebijakan ini telah berdampak pada kerugian hak hukum masyarakat, sehingga masyarakat ingin mengajukan upaya hukum untuk membela haknya demi keadilan hukum bagi dirinya. Masyarakat yang berkeberatan terhadap peraturan kebijakan, mengharapkan agar peraturan kebijakan tersebut dicabut atau diperbaiki, sehingga tidak lagi merugikan hak hukumnya. Namun masyarakat mengalami kesulitan untuk melakukan upaya hukum guna mempertahankan haknya, mengingat tidak ada aturan hukum yang mengaturnya.

Penerbit ANDI

Persoalan peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan adalah persoalan normatif. Jika mengadopsi mekanisme pengujian suatu peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, maka persoalan peraturan kebijakan di atas dapat diselesaikan melalui mekanisme pengujian peraturan kebijakan. Permasalahannya adalah tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengatur ketentuan, lembaga, dan mekanisme pengujian peraturan kebijakan. Praktik pengujian peraturan kebijakan oleh Mahkamah Agung masih menimbulkan persoalan hukum, yaitu ketidakpastian hukum terhadap pengujian peraturan kebijakan.

Kondisi di atas menginspirasi penulis untuk menemukan solusi atas permasalahan pengujian peraturan kebijakan di Indonesia. Melalui Disertasi yang berjudul "Pengujian Peraturan Kebijakan Di Indonesia (Problematika,

Praktik, dan Bangunan Hukum)" penulis telah menemukan konsep bangunan hukum pengujian peraturan kebijakan di Indonesia. Temuan ini merupakan solusi ilmiah atas permasalahan hukum tentang pengujian peraturan kebijakan di Indonesia. Karena itu, buku ini ditulis dan berbasis disertasi penulis. Diharapkan buku ini menjadi referensi semua orang atau pihak yang ingin memahami dan mendalami pengujian peraturan kebijakan di Indonesia, sertai menjadi dasar pertimbangan pemikiran berbagai pihak dalam mengambil keputusan yang berkaitan dengan pengujian peraturan kebijakan di Indonesia.

Penulis mengucapkan banyak berterima kasih kepada semua pihak yang telah membantu hingga buku ini berhasil diterbitkan. Ucapan terima kasih ini utamanya penulis sampaikan kepada Rektor Universitas Tarumanagara, Dekan Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara, para dosen penulis, dan penerbit.

Akhirnya penulis haturkan puji syukur kepada Allah Swt atas segala rahmat, hidayah, dan karunianya, sehingga penulis diberi kemampuan dan dapat menyusun buku ini. Selawat dan salam penulis haturkan kepada Nabi Muhammad Rasulullah saw, semoga kita semua mendapatkan syafaat di dunia dan di akhirat. Aamiin…

Penerbit ANDI

Jakarta, 10 Desember 2022

Penulis,

Dr. Rasji, S.H., M.H.

Penerbit ANDI

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR ..... **iii**

DAFTAR ISI ..... **xi**

BAB I PENDAHULUAN **1**
- A. Latar Belakang 1
- B. Permasalahan Hukum 15
- C. Tujuan Yang Diharapkan 17

BAB II NEGARA HUKUM INDONESIA SEBAGAI DASAR PENGATURAN **19**
- A. Pengertian Negara Hukum 19
- B. Cita Negara Hukum 28
- C. Tipe Negara Hukum 33
- D. Negara Hukum Indonesia 44

BAB III SISTEM PENGATURAN NEGARA **55**
- A. Pengertian Sistem Pengaturan Negara 55
- B. Pengaturan Negara melalui Peraturan Perundang-undangan 59
- C. Pengaturan Negara melalui Peraturan Kebijakan 88
- D. Kekuatan Mengikat Peraturan Kebijakan dalam Sistem Pengaturan Negara 109

BAB IV PENGATURAN MELALUI SURAT EDARAN PEMERINTAH **113**
- A. Pemahaman Tentang Pemerintah 113
- B. Pengaturan Melalui SE-P 169
- C. SE-P Yang Bertentangan 182

BAB V PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN (SAMPEL PENGUJIAN: SE-P) **203**
- A. Pengertian Pengujian Peraturan 203
- B. Filosofi Pengujian Peraturan Kebijakan 204
- C. Pengujian Peraturan Perundang-undangan 215
- D. Problematika Pengujian Peraturan Kebijakan 226

Penerbit ANDI

E. Praktik Pengujian Peraturan Kebijakan 231
F. Analisis Mekanisme Gugatan Perbuatan Melawan Hukum 260
G. Analisis Mekanisme Gugatan Sengketa Tata Usaha Negara 262

BAB VI BANGUNAN KONSEP HUKUM PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN (SAMPEL PENGUJIAN: SE-P) 265
A. Dasar Pengujian 265
B. Penguji Surat Edaran 346
C. Mekanisme Pengujian Surat Edaran 372
D. Jenjang Pengujian Peraturan Kebijakan (*Beleidregels Toetsingrecht* atau *Policy Rules Review*) 377

DAFTAR PUSTAKA 399

TENTANG PENULIS 419

Penerbit ANDI

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Indonesia telah mengidentifikasikan diri sebagai negara hukum (*rechtsstaat*). Pada awalnya, identifikasi ini dinyatakan secara eksplisit di dalam Penjelasan Umum Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 (disingkat UUD 1945) bahwa "Indonesia adalah negara berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*) dan bukan berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*)". Setelah UUD 1945 mengalami perubahan (amendemen), identifikasi negara hukum dinyatakan secara tegas dan eksplisit di dalam ketentuan Batang Tubuh UUD 1945 Pasal 1 Ayat (3) yang menyatakan "Indonesia adalah negara hukum".

Dalam pengertian formal, negara hukum adalah negara yang melindungi hak asasi manusia, membagi kekuasaan negara secara terpisah, tindakan pemerintah harus berdasarkan hukum, dan adanya peradilan administrasi yang bebas atau berdiri sendiri[1]. Negara Hukum Indonesia mengadopsi unsur-unsur tersebut, bahkan mempunyai satu unsur tambahan yaitu negara memajukan kesejahteraan umum[2]. Dengan tambahan satu unsur tersebut, maka Indonesia merupakan negara hukum material atau negara hukum kesejahteraan.

Salah satu unsur penting negara hukum adalah tindakan pemerintah berdasarkan atas hukum. Keberadaan hukum merupakan keharusan (keniscayaan) di dalam negara, yang berfungsi untuk memberikan dasar atau landasan hukum bertindak secara sah, sehingga tidak terjadi tindakan

Penerbit ANDI

1 Hotma P. Sibuea, *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan, Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, (Jakarta: Erlangga, 2010), 29.

2 Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945*, Pembukaan Alinea Keempat.

pemerintah yang berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machsstaat*). Konsekuensi adalah hukum harus dibuat, dilaksanakan, dan ditegakkan. Karena itu, negara mempunyai kekuasaan membuat hukum untuk mengatur segala aktivitasnya.

Dilihat dari bentuknya, hukum dapat berbentuk tulisan yang disebut hukum tertulis dan berbentuk tidak tertulis yang disebut hukum tidak tertulis. Hukum tertulis adalah hukum yang dituangkan dalam bentuk naskah atau teks peraturan, yang dibuat oleh pejabat atau lembaga yang berwenang. Hukum yang tidak tertulis adalah hukum yang tidak dituangkan dalam bentuk naskah atau teks peraturan, melainkan sebagai kebiasaan-kebiasaan yang timbul dalam praktik kehidupan, termasuk dalam kehidupan bernegara. Dalam negara hukum, kedua bentuk hukum tersebut diperlukan keberadaannya, meskipun bentuk hukum tertulis memiliki norma yang memberikan kepastian dan kejelasan, sehingga pelaksanaan dan penegakan hukum lebih mudah dilakukan.

Dilihat dari aspek normanya, hukum juga mengandung norma yang sifatnya mengatur dan menetapkan. Hukum yang bersifat mengatur adalah hukum yang norma atau kaidahnya memuat perintah, larangan, dan/atau anjuran yang berlaku mengikat secara umum, sedangkan hukum yang bersifat menetapkan adalah hukum yang norma atau kaidahnya memuat ketetapan atas status hukum tertentu dan berlaku mengikat secara individual. Hukum yang mempunyai sifat mengatur (mengikat secara umum) disebut peraturan (*regeling*), sedangkan hukum bersifat menetapkan (mengikat secara individual) disebut ketetapan (*beschikking*). Kedua sifat hukum tersebut diperlukan dalam kegiatan hidup bernegara, untuk menentukan rel/jalan/arah kehidupan bernegara dan pengakuan status hukum orang/lembaga/aktivitas tertentu secara sah.

Pemahaman konsep negara hukum telah mengilhami pemikiran para pendiri (*founding fathers*) Bangsa Indonesia. Salah satu langkah yang dilakukannya adalah dengan menyiapkan konsep hukum dalam bentuk Rancangan Undang-Undang Dasar yang dilakukan oleh Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI). Rancangan ini merupakan wujud nyata agar Negara Indonesia memiliki pandangan konstitusional. Upaya ini berhasil dengan baik, dengan ditetapkannya Rancangan Undang-Undang Dasar menjadi Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun

Penerbit ANDI

1945 pada tanggal 18 Agustus 1945, sehari setelah Negara Kesatuan Republik Indonesia menyatakan (mendeklarasikan) kemerdekaan pada tanggal 17 Agustus 1945. Selanjutnya UUD ini dikenal dengan sebutan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 (disingkat UUD 1945), sebagai hukum dasar yang bersifat tertulis[3]. Melalui UUD 1945 ini, negara telah meletakkan aturan dasar (konstitusi) negara, yang kemudian dikenal dengan sebutan landasan konstitusional bagi kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara (selanjutnya disebut kehidupan bernegara).

Dalam perkembangannya, Negara Indonesia telah menjabarkan sistem pengaturan negara. Penjabaran kali pertama dilakukan pada tahun 1966 oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (disingkat MPRS), dengan ditetapkannya Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Nomor XX/MPRS/1966 tentang Memorandum Dewan Perwakilan Rakyat Gotong Royong Mengenai Sumber Tertib Hukum Negara Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Negara Republik Indonesia. Ketetapan ini menjabarkan sistem pengaturan negara melalui peraturan yang kemudian dikenal dengan sebutan peraturan perundang-undangan. Menurut Ketetapan MPRS tersebut, negara berwenang mengatur kehidupan bernegara melalui:

1. Undang-Undang Dasar 1945, yang dilakukan oleh MPR.
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (disingkat Tap MPR), yang dilakukan oleh MPR.
3. Undang-Undang (disingkat UU), yang dilakukan oleh Presiden dengan Persetujuan DPR) dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (disingkat PERPU) yang dilakukan oleh Presiden.
4. Peraturan Pemerintah (disingkat PP), yang dilakukan oleh Presiden.
5. Keputusan Presiden (disingkat Kepres), yang dilakukan oleh Presiden.
6. Peraturan Menteri (disingkat Permen), yang dilakukan oleh Menteri.
7. Instruksi Menteri (disingkat Insmen), yang dilakukan oleh Menteri.
8. dan lain-lain (dll).

Meskipun Ketetapan MPRS No.XX/MPRS/1966 telah menjabarkan lebih rinci sistem pengaturan negara menurut UUD 1945, namun penjabaran

3 *Ibid*., Penjelasan Umum.

Penerbit ANDI

pengaturan negara tersebut dipandang perlu disempurnakan. Karena itu negara menyempurnakan kekuasaan mengatur dan jenis-jenis peraturan perundang-undangan yang dibuatnya. Penyempurnaan terakhir dilakukan dengan menetapkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (disingkat UU No. 12 Tahun 2011). Berdasarkan UU No. 12 tahun 2011 negara mengatur kehidupan bernegara melalui jenis peraturan perundang-undangan sebagai berikut:

1. Undang-Undang Dasar 1945 (disingkat UUD 1945), yang dilakukan oleh MPR.
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (disingkat TaP MPR), yang dilakukan oleh MPR.
3. Undang-Undang (disingkat UU), yang dilakukan oleh DPR bersama Presiden dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (disingkat PERPU), yang dilakukan oleh Presiden.
4. Peraturan Pemerintah (disingkat PP), yang dilakukan oleh Presiden.
5. Peraturan Presiden (disingkat Perpres) yang dilakukan Presiden.
6. Peraturan Daerah Provinsi (disingkat Perda Provinsi), yang dilakukan oleh Gubernur Kepala Daerah bersama Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (disingkat DPRD) Provinsi.
7. Peraturan Daerah Kabupaten (disingkat Perda Kabupaten) yang dilakukan oleh Bupati Kepala Daerah bersama Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (disingkat DPRD) Kabupaten, dan Peraturan Daerah Kota (disingkat Perda Kota) yang dilakukan oleh Wali Kota Kepala Daerah bersama Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (disingkat DPRD) Kota.
8. Peraturan-peraturan yang dibuat oleh lembaga negara dan/atau lembaga pemerintah, yang dalam praktik dikenal dengan sebutan Peraturan MPR, Peraturan DPR, Peraturan Dewan Perwakilan Daerah (disingkat DPD), Peraturan Mahkamah Agung (disingkat MA), Peraturan Mahkamah Konstitusi (disingkat MK), Peraturan Komisi Yudisial (disingkat KY), Peraturan Badan Pemeriksa Keuangan (disingkat BPK), Peraturan Gubernur Bank Indonesia (disingkat BI), Peraturan Menteri, Peraturan Badan Negara, Peraturan Lembaga Pemerintah Non Kementerian, Peraturan Komisi yang setingkat, Peraturan DPRD Provinsi, Peraturan

Penerbit ANDI

Gubernur, Peraturan DPRD Kabupaten, Peraturan Bupati, Peraturan DPRD Kota, Peraturan Wali Kota, Peraturan Desa atau yang setingkat, dan Peraturan Kepala Desa.

Meskipun telah banyak lembaga atau pejabat yang berwenang membentuk peraturan serta telah banyak jenis peraturan perundang-undangan yang dibentuknya, ternyata berbagai jenis peraturan perundang-undangan di atas belum cukup memenuhi kebutuhan hukum atau peraturan bagi praktik penyelenggaraan negara atau pemerintah. Semua peraturan perundang-undangan tersebut belum menjangkau semua aspek pengaturan kehidupan bernegara, sehingga masih terdapat aspek-aspek kehidupan bernegara yang bersifat kondisional, teknis, atau kasual yang belum diatur oleh peraturan perundang-undangan. Akibatnya, para pelaksana peraturan perundang-undangan mengalami kesulitan dalam mengambil tindakan atau mengambil keputusan. Di satu sisi peraturan perundang-undangan harus dilaksanakan, tetapi di sisi lain masih terdapat kekosongan peraturan yang mengatur hal-hal yang teknis, kondisional, personal, atau kasual.

Untuk mengatasi kendala hukum di atas, dalam praktik penyelenggaraan kehidupan bernegara muncullah peraturan yang dikenal dengan sebutan peraturan kebijakan (*beleidsregel* atau *policy rule*)[4]. Philipus M. Hadjon menyatakan peraturan kebijakan (*beleidsregel, policy rule, pseudowetgeving, spiegelrecht*) adalah peraturan yang diciptakan oleh pejabat administrasi negara (pemerintah) untuk melaksanakan tugas-tugas administrasi negara (pemerintah). Eksistensi peraturan ini merupakan konsekuensi dari negara hukum kesejahteraan yang membebankan pemerintah dengan tugas sangat luas, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan rakyat (*welfare state*). Tugas-tugas pemerintah dapat diselenggarakan apabila pemerintah diberi kebebasan untuk mengambil kebijakan sesuai dengan situasi dan kondisi faktual. Kebijakan-kebijakan tersebut dituangkan ke dalam peraturan kebijakan[5]. Peraturan ini mengandung norma yang menyerupai norma peraturan perundang-undangan, sehingga disebut juga legislasi semu (*pseudowetgeving*)[6].

Penerbit ANDI

4 Abdul Razak, "Hakikat Peraturan Kebijakan", (HTTP://WWW.NEGARAHUKUM.COM/HUKUM/HAKIKAT- PERATURAN KEBIJAKAN.HTML, 2 April 2015), 2.

5 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*.,101

6 Zafrullah Salim, "Legislasi Semu (*Pseudowetgeving*)", (http:ditjenpp kemenkumham go.id/htn-dan puu/1299-legislasi semu-peseudowetgeving html, diunduh 2 April 2015.

Di Indonesia, keberadaan peraturan kebijakan dipandang sebagai hal yang lazim. Hal ini tampak dari bukan saja pejabat pemerintah sebagai pemegang kekuasaan eksekutif yang mengeluarkan peraturan kebijakan, tetapi sudah merambah kepada lembaga negara lain yang memegang cabang kekuasaan negara yang lain. Salah satu peraturan kebijakan yang dibentuk adalah surat edaran (disingkat SE). Misalnya, Mahkamah Agung membentuk Surat Edaran Nomor 7 Tahun 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali Dalam Perkara Pidana; Komisi Pemilihan Umum membentuk Surat Edaran Nomor 897/KPU/XII/2015 tentang Penetapan Hari dan Tanggal Pemungutan Suara Pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Tahun 2015 sebagai Hari Libur Nasional; dan Gubernur Bank Indonesia membuat Surat Edaran Nomor 17/11/DKSP tentang Kewajiban Penggunaan Rupiah di Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Melalui peraturan kebijakan ini, pejabat dapat mengatur pelaksanaan tugas atau kegiatan di lingkungannya masing-masing, sehingga tugasnya dapat terlaksana dengan baik dan legal.

Peraturan kebijakan diberlakukan dan dilaksanakan dalam praktik sebagaimana layaknya peraturan perundang-undangan. Menurut Belifante yang dikutip Abdul Rozak bahwa peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan, akan tetapi di dalam banyak hal peraturan kebijakan juga berwatak peraturan perundang-undangan, seperti mengikat secara umum sehingga masyarakat tidak memiliki pilihan lain kecuali hanya mematuhinya[7]. Dalam perkembangannya peraturan kebijakan telah diterima sebagai suatu kebutuhan norma atau aturan dalam mengisi praktik penyelenggaraan kehidupan bernegara.

Peraturan kebijakan mempunyai jenis beragam. Keragaman jenis dan nomenklaturnya tidak disebutkan atau ditentukan secara eksplisit oleh peraturan perundang-undangan atau hukum positif, tetapi timbul dalam praktik penyelenggaraan negara/pemerintah. Ragam jenis peraturan kebijakan tersebut berupa keputusan, surat edaran, memo, surat perintah, nota dinas, petunjuk pelaksana, petunjuk teknis, pedoman kerja, pengumuman (maklumat), dan lain-lain. Semua nomenklatur jenis peraturan kebijakan tersebut tidak ditemukan atau terdapat di dalam jenis peraturan perundang-undangan, Hal ini berbeda dengan jenis dan nomenklatur peraturan perundang-undangan

7 *Ibid*.

Penerbit ANDI

yang ditentukan secara eksplisit oleh peraturan perundang-undangan, seperti yang telah diuraikan oleh penulis di atas.

Setiap jenis peraturan kebijakan tidak dibentuk secara khusus oleh lembaga atau pejabat tertentu. Artinya, setiap lembaga atau pejabat dapat membentuk atau membuat jenis peraturan kebijakan yang sama. Dengan lain perkataan, jenis peraturan kebijakan yang sama dapat dibuat atau dibentuk oleh lembaga atau pejabat yang berbeda. Berikut ini contoh jenis surat edaran yang dapat dibentuk oleh lembaga atau pejabat berbeda:

1. Mahkamah Agung membuat surat edaran sebagaimana telah dikemukakan penulis di atas;
2. Gubernur Bank Indonesia membuat surat edaran sebagaimana telah dikemukakan penulis di atas;
3. Menteri, misalnya Menteri Keuangan membuat Surat Edaran Nomor SE-224/MK.02/2010 tentang Perubahan Anggaran Belanja Kementerian Negara/Lembaga Dalam Anggaran Pendapatan Dan Belanja Negara Perubahan (APBN-P) Tahun 2010;
4. Gubernur, misalnya Gubernur Provinsi Daerah Khusus Ibu Kota Jakarta membuat Surat Edaran Nomor 13/SE/2014 tentang Input Rencana Kerja Satuan Kerja Perangkat Daerah/Unit Kerja perangkat Daerah Tahun 2015;
5. Wali kota, misalnya Wali kota Kota Makassar membuat Surat Edaran Nomor 435/Bo/S.Edar/Disparekrat/IX/2014 tentang Penutupan Sementara Tempat Hiburan dalam rangka menghormati Hari Raya Idul Adha 1435H/2014M.
6. Bupati, misalnya Bupati Bekasi membuat Surat Edaran Nomor 560/SE-59/Disnaker/XI/2015 tentang Unjuk Rasa.

Contoh-contoh SE di atas memperlihatkan bahwa tidak ada pembatasan jenis peraturan kebijakan tertentu hanya boleh dibentuk oleh pejabat tertentu, atau pejabat tertentu hanya boleh membentuk jenis peraturan tertentu.

Selain itu, tampak bahwa sebuah lembaga atau seorang pejabat dapat membentuk semua jenis peraturan kebijakan. Misalnya, seorang Gubernur dapat membentuk peraturan kebijakan berupa keputusan, surat edaran, memo, nota dinas, surat perintah, petunjuk pelaksana, dan lain-lain. Ini berarti tidak

Penerbit ANDI

ada pembatasan bagi setiap lembaga atau pejabat hanya dapat membentuk jenis peraturan kebijakan tertentu.

Kenyataan di atas tidak memperlihatkan derajat atau tingkat kedudukan suatu jenis peraturan kebijakan terhadap suatu jenis peraturan kebijakan lainnya. Misalnya, apakah SE memiliki kedudukan atau derajat lebih tinggi dari surat perintah, atau terhadap jenis peraturan kebijakan lainnya? Kedudukan atau derajat jenis peraturan kebijakan ini tidak tampak terlihat, karena tidak ada peraturan yang mengaturnya dan adanya kebebasan lembaga atau pejabat untuk membuat jenis peraturan kebijakan yang dikehendakinya. Hal ini berbeda dengan jenis peraturan perundang-undangan, sebagaimana telah diuraikan di atas, yang memiliki derajat atau tingkat kedudukan terhadap jenis peraturan perundang-undangan lainnya. Misalnya UUD 1945 memiliki kedudukan lebih tinggi dari UU, UU memiliki kedudukan lebih tinggi dari PP, PP memiliki kedudukan lebih tinggi dari Perpres, dan seterusnya.

Dengan munculnya peraturan kebijakan maka telah timbul norma lain dalam praktik pengaturan kehidupan bernegara. Norma ini telah menjadi bagian penting dalam mengatur aspek kehidupan bernegara, selain peraturan perundang-undangan. Tampaknya keberadaan peraturan perundang-undangan belum cukup memenuhi kebutuhan pengaturan aspek kehidupan bernegara, terutama yang berkaitan dengan hal-hal yang bersifat teknis, kondisional, personal, atau kasual. Karena itu, peraturan kebijakan dianggap sebagai solusi untuk memenuhi kebutuhan tersebut.

Idealnya peraturan kebijakan berjalan harmonis dengan peraturan perundang-undangan atau dengan peraturan kebijakan yang lebih tinggi. Pada kenyataannya, tidak jarang terjadi peraturan kebijakan yang menimbulkan problematika hukum, yang berdampak pada kerugian masyarakat. Peraturan kebijakan ada yang tidak sejalan atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Masyarakat yang memiliki hak yuridis yang dijamin dan dilindungi oleh peraturan perundang-undangan merasa dirugikan haknya oleh peraturan kebijakan. Ketika masyarakat mencoba melakukan upaya hukum untuk membela hak-haknya, kerap kali merasa sia-sia, karena peraturan kebijakan tersebut dibuat oleh pejabat yang berkuasa, peraturan kebijakan sebagai peraturan yang berlaku mengikat, dan upaya masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang melanggar peraturan. Pada sisi lain, sampai

Penerbit ANDI

saat ini belum ada peraturan perundang-undangan yang memberikan landasan hukum bagi masyarakat untuk membela haknya atas peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

Berikut ini dikemukakan contoh beberapa peraturan kebijakan yang dianggap merugikan hak rakyat atau masyarakat. Contoh peraturan kebijakan ini berjenis ”surat edaran” yang dibuat oleh pejabat pemerintah dan dinyatakan berlaku mengikat, yaitu:

1. Surat Edaran Dirjen Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Nomor 03/31/ DJB/ 2009 (SE No.03/31/DJB/2009) Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Republik Indonesia.

   Pada tahun 2009 Dirjen Mineral Batu Bara dan Panas Bumi mengeluarkan Surat Edaran Nomor 03/31/DJB/2009 (SE No.03/31/ DJB/2009), yang ditujukan kepada Gubernur, Bupati, dan Wali Kota di seluruh Indonesia. Isi SE ini antara lain meminta Gubernur, Bupati, dan Wali Kota memperhatikan:

   a. Kuasa Pertambangan (KP) yang telah ada sebelum berlakunya UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara, termasuk peningkatan tahapan kegiatannya tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya KP dan wajib disesuaikan menjadi IUP berdasarkan UU No. 4 Tahun 2009 paling lambat 1 (satu) tahun sejak berlakunya UU No. 4 Tahun 2009 ini.

   b. Menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009.

   c. Berkoordinasi dengan Direktorat Jenderal Mineral, Batu Bara, dan Panas Bumi atas semua permohonan peningkatan tahap kegiatan Kuasa Pertambangan termasuk Perpanjangannya untuk diproses sesuai dengan UU No. 4 Tahun 2009.

   d. Menyampaikan kepada Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral melalui Direktorat Jenderal Mineral, Batu Bara, dan Panas Bumi semua permohonan Kuasa Pertambangan yang telah diajukan, dan telah mendapat Persetujuan pencadangan wilayah sebelum berlakunya UU No. 4 Tahun 2009, untuk dievaluasi dan diverifikasi dalam rangka

Penerbit ANDI

mempersiapkan Wilayah Izin Usaha Pertambangan (WIUP) sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang tata ruang nasional, paling lama 1 (satu) bulan sejak Edaran ini diterbitkan.

e. Memberitahukan kepada para pemegang KP yang telah melakukan tahapan kegiatan eksplorasi atau eksploitasi paling lambat 6 (enam) bulan sejak berlakunya UU No. 4 Tahun 2009 harus menyampaikan rencana kegiatan pada seluruh wilayah KP sampai dengan jangka waktu berakhirnya KP untuk mendapatkan persetujuan pemberi KP, dengan tembusan kepada Direktur Jenderal Mineral, Batu Bara, dan Panas Bumi.

f. Surat Keputusan Kuasa Pertambangan yang diterbitkan Menteri, Gubernur, Bupati, Wali Kota setelah tanggal 12 Januari 2009 dinyatakan batal dan tidak berlaku.

g. Direktorat Jenderal Mineral, Batu Bara, dan Panas Bumi akan mengeluarkan format penerbitan IUP Eksplorasi dan IUP Operasi Produksi.

h. Permohonan baru Surat Izin Pertambangan Daerah bahan galian golongan C termasuk perpanjangannya yang diajukan sebelum berlakunya UU No. 4 Tahun 2009, tetap diproses menjadi IUP sesuai dengan UU No. 4 Tahun 2009 setelah berkoordinasi dengan Gubernur.

Penerbit ANDI

Terhadap materi muatan SE tersebut, Isran Noor yang bertindak untuk dan atas nama Kabupaten Kutai Timur mengajukan permohonan keberatan dengan mendalilkan bahwa materi muatan SE butir b yang meminta Gubernur dan Bupati/Wali Kota di seluruh Indonesia menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009 bertentangan dengan Pasal 8 ayat (1) huruf b dan Pasal 173 ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara. Pasal 8 ayat (1) huruf b menyatakan bahwa pemberian IUP dan Izin Pertambangan Rakyat (IPR) merupakan kewenangan Pemerintah Kabupaten/Kota. Pasal 173 ayat (2) menyatakan pada saat undang-undang ini mulai berlaku, semua peraturan perundang- undangan yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran

Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 22, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2831) dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam undang-undang ini. Karena itu, SE-P tersebut tidak dapat menghentikan (untuk sementara sekalipun) kewenangan Bupati untuk menerbitkan IUP.

Atas dasar pemikiran di atas, Pemohon mengajukan upaya hukum uji material SE No.03/31/DJB/2009 di atas kepada Mahkamah Agung (disingkat MA). Pada Putusan Nomor 23P/HUM/2009, Mahkamah Agung menyatakan SE No. 03/31/DJB/2009 bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara dan karenanya tidak sah dan tidak berlaku untuk umum.

2. Surat Edaran Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor M.HH-04.PK.01.05.06 Tahun 2013 tentang Juklak Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 tentang Syarat dan Tata Cara Pelaksanaan Hak Warga Binaan Pemasyarakatan yang bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012.

   Surat Edaran Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia mengatur pemberian remisi kepada narapidana korupsi (koruptor). SE ini bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 tentang Pengetatan Pemberian Remisi. Wakil Ketua MPR bernama Hajriyanto Thohari menyatakan SE Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia bersemangat kompromi dan belas kasihan terhadap koruptor sedangkan Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 bersemangat sikap antikorupsi. Pemerintah terjebak pada dilema klasik antara menegakkan semangat antikorupsi dan tekanan memberikan remisi kepada pelaku korupsi. Mestinya SE itu tidak pernah dikeluarkan selama Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 masih berlaku. SE itu tidak boleh dikeluarkan karena memang bertentangan dengan Peraturan Pemerintah.[8]

3. Surat Edaran Badan Pengatur Hilir Minyak dan Gas Bumi (BPH Migas) Nomor 29/07/Ka.BPH/2014 bertentangan dengan Peraturan Presiden Nomor 15 Tahun 2012.

8 Anonim, "Surat Edaran Menkumham Dianggap Bertentangan dengan PP 99/2012", Berita Satu.com. 15 Juli 2014. 1.

Penerbit ANDI

Surat Edaran BPH Migas Nomor 29/07/Ka.BPH/2014 melarang penjualan Bahan Bakar Minyak bersubsidi ke kapal nelayan berukuran 30 gross ton (GT). Hatta Rajasa, pada waktu itu sebagai Menteri Koordinator Bidang Perekonomian, mengatakan Surat Edaran Badan Pengatur Hilir Minyak dan Gas Bumi (BPH Migas) yang melarang penjualan Bahan Bakar Minyak bersubsidi ke kapal nelayan berukuran 30 gross ton (GT) bertentangan dengan Peraturan Presiden 15 Tahun 2012.[9]

Dengan melihat beberapa contoh SE di atas, ternyata peraturan kebijakan merupakan instrumen yang digunakan oleh pemerintah untuk mengatur hal-hal teknis yang berkaitan dengan tugas dan wewenangnya. Meskipun peraturan kebijakan ditujukan kepada pejabat pemerintah tertentu, ternyata berdampak pada masyarakat umum, sehingga masyarakat umum turut terikat dengan peraturan kebijakan tersebut. Masyarakat umum harus menaatinya, karena apabila tidak menaatinya dianggap melanggar peraturan yang berlaku.

Surat Edaran adalah salah satu jenis peraturan kebijakan, yang ternyata banyak digunakan oleh pemerintah. Semua pejabat pemerintah berwenang dan telah membuat SE, yang disebut surat edaran pemerintah (SE-P) untuk kepentingan tugas dan wewenangnya. SE menjadi instrumen untuk mengatur hal-hal teknis, agar pemerintah memiliki dasar aturan atau hukum dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya. Pada kenyataannya banyak SE yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, yang berdampak pada kerugian hak masyarakat yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan. Karena itu, penelitian terhadap peraturan kebijakan dengan fokus pada SE sangat menarik untuk dilaksanakan.

Di sisi lain, secara hukum positif, sampai saat ini belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur upaya hukum terhadap peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Upaya apa, kepada lembaga atau pejabat apa, dan bagaimana prosedur (mekanisme) upaya hukum tersebut,

Penerbit ANDI

9 Anonim, "Hatta Rajasa: Surat Edaran BPH Migas Bertentangan Dengan Prepres", http //www.kafeberita.com/berita-hatta-rajasa-surat-edaran-bph-migas-bertentangan-dengan-perpres.html#ixzz3lq0jFm28, diundur 12 Nopember 2014. 1-2.

semuanya belum diatur oleh peraturan perundang-undangan. Hal ini mengakibatkan masyarakat atau orang yang dirugikan haknya oleh peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan mengalami kesulitan untuk membela haknya.

Hal di atas berbeda dengan peraturan perundang-undangan, yang telah diatur upaya hukumnya, apabila peraturan perundang-undangan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Pengaturan tersebut terdapat dalam UUD 1945 dan peraturan pelaksananya. Pasal 24A UUD 1945 menyatakan Mahkamah Agung berwenang...menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.... Pasal 24C UUD 1945 menyatakan Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar.... Ketentuan yang sama dengan Pasal 24 A dan Pasal 24 C UUD 1945 dinyatakan kembali oleh Pasal 20 Ayat (2) dan Pasal 29 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (disingkat UUKK). Selanjutnya ketentuan tersebut diatur lebih lanjut dalam Pasal 31 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (disingkat UUMA) dan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (disingkat UUMK).

Apabila memperhatikan hal-hal di atas, maka masih terdapat kekosongan hukum yang mengatur peraturan kebijakan, namun Mahkamah Agung (disingkat MA) telah melakukan praktik pengujian terhadap peraturan kebijakan. Peraturan kebijakan yang diujinya adalah surat edaran. Praktik pengujian yang dilakukan oleh MA menimbulkan dua sikap dan kinerja MA yang saling bertolak belakang, yaitu menolak menguji SE pemerintah dan menerima menguji SE Pemerintah. Sebagai contoh penulis kemukakan dua putusan MA yang saling bertolak belakang tersebut sebagai berikut:

a Mahkamah Agung telah menerima permohonan, memeriksa, menguji, dan memutuskan pengujian Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Departemen Energi

PenerbitAND

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 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara. Terhadap pengujian tersebut MA telah menetapkan Putusan Nomor No. 23P/HUM/2009, yang amar putusannya menyatakan 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 bertentangan dengan Pasal 8 Ayat (1) huruf b dan Pasal 173 Ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara. Contoh ini memperlihatkan fakta MA sebagai lembaga yang berwenang menguji SE Pemerintah, karena MA menilai SE Pemerintah adalah objek hak uji material MA.

b Mahkamah Agung menyatakan tidak menerima permohonan hak uji materi Surat Edaran Bupati Nganjuk No. 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa yang diduga bertentangan dengan Peraturan Daerah Kabupaten Nganjuk Nomor 9 Tahun 2006 tentang Tata Cara Pencalonan, Pengangkatan, dan Pemberhentian Perangkat Daerah dan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa. Terhadap permohonan tersebut MA menetapkan Putusan Nomor 48P/HUM/2016, yang amar putusannya menyatakan tidak menerima permohonan hak uji material yang diajukan oleh pemohon. Hal ini karena MA menilai SE adalah bukan objek hak uji material MA sehingga MA tidak memiliki wewenang (kompetensi) untuk menguji SE.

Dari dua contoh praktik pengujian SE Pemerintah oleh MA memperlihatkan pandangan, pemikiran, dan sikap MA berbeda. Hal ini disebabkan oleh belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur pengujian peraturan kebijakan ke MA. Jika dilihat dari peraturan perundang-undangan, praktik pengujian secara material terhadap SE-P yang dilakukan oleh MA tidak memiliki dasar hukum,

PenerbitANDI

karena sesuai dengan UUD 1945, UU Kekuasaan Kehakiman, dan UUMA tidak terdapat kewenangan MA menguji peraturan kebijakan. Menurut peraturan perundang-undangan tersebut, MA hanya menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Berdasarkan Pasal 7 dan Pasal 8 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan peraturan kebijakan, termasuk SE-P, tidak termasuk peraturan perundang-undangan.

Problematika di atas merupakan persoalan besar bagi Indonesia sebagai negara hukum. Satu aspek pengaturan melalui peraturan kebijakan, dan pengaturan pengujian peraturan kebijakan masih belum ada aturan hukumnya, padahal di sisi lain peraturan kebijakan telah menjadi instrumen pemerintah dalam mengatur urusan tugasnya dan telah terjadi kerugian hak hukum masyarakat akibat peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Karena itu persoalan besar tersebut perlu dicarikan solusi hukumnya oleh Negara Indonesia, karena telah dan akan terus terjadi pelanggaran hukum, ketidakpastian hukum, dan kerugian hak masyarakat secara hukum oleh peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi.

Penerbit ANDI

B. Permasalahan Hukum

Keberadaan peraturan kebijakan sudah menjadi lazim, sehingga hampir semua pejabat pemerintah telah membuatnya, sebagai peraturan yang mengatur pelaksanaan tugas dan wewenangnya. Pada kenyataannya, banyak peraturan kebijakan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, yang berakibat pada kerugian hak hukum masyarakat yang diberikan dan dijamin oleh peraturan perundang-undangan.

UUD 1945 memberikan jaminan hukum bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Ini berarti setiap orang atau masyarakat yang dirugikan haknya oleh peraturan kebijakan berhak mengajukan upaya hukum untuk mendapatkan kepastian dan keadilan hukum. Namun orang atau masyarakat tidak mengetahui upaya hukum apa

yang dapat dilakukan untuk membela haknya, dan bagaimana cara membela haknya, hingga saat ini belum ada hukum positif yang mengaturnya.

Hal di atas berbeda dengan upaya hukum atas kerugian hak masyarakat oleh peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, karena yang telah ada aturan hukumnya. Pasal 24A dan Pasal 24C UUD 1945 yang kemudian diatur lebih lanjut dengan UU Kekuasaan Kehakiman, UUMA, dan UUMK telah mengatur upaya hukum dalam bentuk pengujian peraturan perundang-undangan kepada MA dan MK, yang kemudian dikenal dengan upaya hukum *judicial review*. Aturan hukum telah memberikan kejelasan hukum tentang upaya hukum yang dapat dilakukan masyarakat yang dirugikan haknya melalui pengujian peraturan kepada MA atau MK.

Ketiadaan peraturan perundang-undangan (hukum positif) yang mengatur upaya hukum terhadap peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan berdampak pada kesulitan masyarakat atau orang untuk mendapatkan keadilan hukum. Masyarakat tidak memiliki jaminan hukum untuk mengajukan pengujian norma peraturan kebijakan terhadap norma peraturan perundang-undangan. Demikian juga tidak ada lembaga atau pejabat yang telah diberi kekuasaan dan wewenang secara hukum untuk melakukan pengujian peraturan kebijakan. Kondisi ini tidak konsekuensi dengan paham Indonesia yang mengaut negara hukum modern, yang tidak boleh membiarkan ketidakjelasan pertanggungjawaban hukum, termasuk pertanggungjawaban hukum atas kerugian hak hukum masyarakat oleh peraturan kebijakan.

Persoalan hukum yang besar pengujian peraturan kebijakan tidak bisa diabaikan, tetapi perlu dicarikan solusi hukumnya. Praktik pengujian peraturan kebijakan oleh MA, yang diharapkan menjadi rujukan solusi hukum, telah menimbulkan permasalahan baru. Putusan MA atas pengujian peraturan kebijakan menjadi kontroversi, karena telah menimbulkan sikap dan kinerja yang ambivalen. Di satu sisi MA menyatakan berwenang menguji peraturan kebijakan, namun di sisi lain MA menyatakan tidak berwenang menguji peraturan kebijakan. Hal ini perlu dicarikan solusinya, yang berkaitan dengan dasar kewenangan menguji peraturan kebijakan,

Penerbit ANDI

lembaga yang berwenang menguji peraturan kebijakan, dan mekanisme pengujian peraturan kebijakan. Permasalahan hukum ini menjadi pokok bahasan dalam buku ini.

C. Tujuan Yang Diharapkan

Permasalahan besar di atas telah dilakukan penelitian oleh penulis yang hasilnya dituangkan ke dalam disertasi. Mengingat jenis beraturan kebijakan beragam dan jenis peraturan kebijakan yang paling banyak dibuat oleh pemerintah adalah surat edaran, maka disertasi mengambil sampel penelitiannya adalah surat edaran yang diterbitkan oleh pemerintah. Disertasi penulis berjudul "Pengujian Peraturan Kebijakan Di Indonesia (Suatu Penelitian Terhadap Surat Edaran Yang Diterbitkan Oleh Pemerintah". Hasil penelitian disertasi telah menemukan bangunan konsep hukum pengujian peraturan kebijakan di Indonesia, yang ditelaah dipertanggungjawabkan dengan baik sekali di hadapan Dewan Sidang Penguji.

Temuan bangunan konsep hukum pengujian peraturan kebijakan di Indonesia merupakan solusi ilmiah terhadap persoalan pengujian peraturan kebijakan yang belum ada aturan hukumnya dan praktik pengujian peraturan kebijakan yang masih menimbulkan ketidakpastian serta keadilan hukum. Dasar pengujian peraturan kebijakan telah temukan, lembaga yang berwenang menguji peraturan kebijakan telah ditemukan, dan mekanisme pengujian peraturan kebijakan juga telah ditemukan. Ketiga aspek temuan tersebut merupakan satu kesatuan sistem pengujian peraturan kebijakan yang saling berkaitan dan tidak dapat dipisahkan.

Gambaran bangunan konsep hukum pengujian peraturan kebijakan di Indonesia serta tiga aspek di dalamnya disajikan di dalam buku. Tujuannya adalah agar masyarakat dapat memahami dengan baik peraturan kebijakan dan pengujian peraturan kebijakan di Indonesia. Pemahaman ini menjadi penting, agar pejabat pembuat peraturan kebijakan lebih berhati-hati membuat peraturan kebijakan agar tidak merugikan hak hukum masyarakat. Dalam hal terjadi peraturan kebijakan yang merugikan hak hukum masyarakat, masyarakat mampu membela haknya dan mampu mengajukan upaya hukum pengujian peraturan kebijakan dengan baik. Pejabat atau lembaga yang menguji peraturan kebijakan mampu melaksanakan tugas dengan baik sesuai dengan peraturan yang berlaku.

Penerbit ANDI

Penerbit ANDI

BAB II

NEGARA HUKUM INDONESIA SEBAGAI DASAR PENGATURAN

A. Pengertian Negara Hukum

Secara naluriah, manusia memiliki kecenderungan untuk hidup secara berkelompok[1]. Kecenderungan ini dipengaruhi oleh sifatnya yang terkait dengan eksistensinya sebagai makhluk pribadi dan makhluk sosial (*zoon politicon*). Sebagai makhluk pribadi, manusia diberi jasmani dan rohani beserta kelengkapannya yang membedakan dengan manusia lainnya. Sebagai makhluk sosial, manusia memerlukan manusia lainnya, sehingga manusia tidak mampu hidup sendiri untuk tumbuh dan berkembang[2].

Manusia mempunyai akal dan naluri untuk mempertahankan dan mengembangkan hidup dan kehidupannya. Akibatnya manusia mempunyai banyak keinginan yang beraneka ragam untuk memenuhi kebutuhannya yang lebih baik. Keinginan tersebut tidak mungkin dipenuhi jika hanya mengandalkan kekuatan dan kemampuannya sendiri. Keadaan ini mendorong manusia untuk hidup berkelompok, saling bekerja sama, saling memenuhi kebutuhannya satu dengan yang lain, agar manusia dapat bertahan hidup dan melaksanakan kehidupannya, untuk mempertahankan kehidupan dan keselamatannya[3]. Banyak model kelompok yang dapat dibentuk komunitas manusia, yang salah satunya adalah berbentuk negara. Negara dipandang sebagai bentuk kelompok yang memadai ketika jumlah komunitas yang berkelompok cukup bahkan sangat banyak dan aspek kehidupannya kompleks[4].

Penerbit ANDI

1 Soerjono Soekanto, *Sosiologi Hukum, Suatu Pengantar*, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2001), 124.
2 *Ibid*., 136.
3 Plato dalam Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*., 13.
4 *Ibid*., 2.

Negara juga merupakan persekutuan hidup tertinggi yang mengatasi semua persekutuan hidup di dalamnya[5]. Menurut A. Hood Phillips negara adalah *an independent political society occupying a defined territory, the members of which are united together for the purpose of resisting external force and the preservation of internal order*[6] (sebuah masyarakat politik independen yang menempati wilayah tertentu, anggotanya bersatu bersama-sama untuk tujuan menolak kekuatan eksternal dan untuk pelestarian tatanan internal). Sebagian sarjana lain mengartikan negara sebagai organisasi persekutuan manusia yang memiliki unsur wilayah (*a definite territory*), rakyat (*population*), dan pemerintah (*a government*) yang berdaulat, dan pengakuan negara lain (*sovereignty*).[7] Negara bukanlah bentuk suatu pergaulan hidup biasa, tetapi suatu bentuk pergaulan hidup khusus, yang kekhususannya terletak pada syarat-syarat tertentu yaitu rakyat, daerah/wilayah, dan pemerintahan yang harus dipenuhi oleh bentuk pergaulan hidup ini agar dinamakan negara[8]. Kemudian berdasarkan Konvensi Montevideo tahun 1933M disepakati bahwa negara adalah organisasi yang memiliki unsur penduduk yang permanen, wilayah tertentu, adanya pemerintahan, dan kemampuan berhubungan dengan negara-negara lain.

Dalam kepustakaan dikenal adanya beberapa tipe negara. Salah satu tipe negara adalah negara hukum. Negara hukum merupakan tipe negara yang dikehendaki oleh persekutuan hidup kemanusiaan, yang pembentukannya dipengaruhi oleh ide adanya hukum atau norma objektif yang menjadi dasar kekuasaan negara dan tidak menghendaki negara berdasarkan kekuasaan belaka (absolut).

Istilah negara hukum merupakan terjemahan dari istilah *rechtsstaat* (Bahasa Jerman), yang masuk dalam kepustakaan Indonesia melalui Belanda (*rechsstaat*). Istilah tersebut pertama kali dicetuskan oleh Robert van Mohl,

5 Aristoteles, dalam J.H. Rapar, *Filsafat Politik Plato, Aristoteles, Augustinus, Marchiavelli*, (Jakarta: Rajagrafindo Perkasa, 2001), 171.

6 A. Hood Phillips dalam *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009), 10.

7 Appadorai, dalam Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Hukum Tata Negara II,* (Jakarta: Konpres, 2006), 10.

8 Hotma P. Sibuea, *OP.Cit.*, 3-4.

PenerbitANDI

sebagai ciptaan golongan borjuis liberal[9]. Pada awalnya istilah itu mengandung muatan ideologis, karena merupakan alat perjuangan golongan borjuis liberal dalam memperjuangkan kepentingannya[10]. Dengan menggunakan istilah tersebut setiap individu bebas memperjuangkan hak-hak individunya, sehingga konsep negara hukum tersebut bermuatan filosofi individualis[11]. Pada perkembangan berikutnya, konsep negara hukum mengandung muatan filosofi sosialis, karena sudah menjadi alat perjuangan bagi hampir segenap lapisan masyarakat yang mencita-citakan kehidupan layak dan bermartabat dalam kerangka kehidupan berbangsa dan bernegara[12].

Sejalan dengan perkembangan kehidupan bernegara hukum, telah banyak ahli hukum yang membuat rumusan teknis pengertian negara hukum. Daud Busro dan Abu Bakar Busro menyatakan negara hukum adalah negara yang berdasarkan hukum yang menjamin keadilan bagi warganya[13]. Sejalan dengan pengertian tersebut, Buerkens menyatakan negara hukum adalah negara yang menempatkan hukum sebagai landasan kekuasaan negara dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya di bawah kekuasaan hukum[14]. A. Hamid S. Attamimi merumuskan pengertian negara hukum sebagai negara yang menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dilakukan di bawah kekuasaan hukum. Ikatan antara negara dan hukum tidaklah berlangsung dalam ikatan yang lepas ataupun bersifat kebetulan, melainkan ikatan yang hakiki[15].

Hukum sebagai landasan kekuasaan negara mengandung arti segala tindakan negara (penguasa) harus didasarkan pada hukum yang berlaku. Keberadaan hukum harus lebih dahulu dibandingkan tindakan penguasa. Hukum telah dibentuk terlebih dahulu untuk mengatur dan menentukan tindakan penguasa yang dianggap sah (legal) secara hukum. Ini berarti dalam

Penerbit ANDI

9 Abdul Hamid S. Attamimi, "Der *Rechtsstaat* Republik Indonesia dan Perspektifnya Menurut Pancasila dan UUD 1945, Makalah disampaikan dalam Dies Natalis ke-42 Universitas 17 Agustus 1945, Jakarta 19 Juli 1994.', 4, 4., lihat pula Hotma P. Sibuea, *Op.Cit.*, 47.

10 *Ibid*.

11 Sudargo Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*, (Bandung: Alumni, 1983), 2.

12 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit.*, 48.

13 Daud Busro dan Abu Bakar Busro, *Asas-Asas Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985), 110.

14 Azhary, *Op.Cit.,* 26.

15 Ridwan, *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2014), 49.

negara hukum berlaku asas legalitas, yaitu asas yang menyatakan perbuatan hukum berdasarkan aturan hukum yang telah ada sebelumnya[16].

Dua rumusan pengertian negara hukum yang dikemukakan oleh dua ahli hukum di atas memperlihatkan keberadaan, kedudukan, dan pentingnya hukum di dalam negara, yaitu sebagai dasar kekuasaan negara dan pedoman penyelenggaraan kekuasaan negara. Legitimasi kekuasaan negara, kekuasaan penguasa, dan tata cara penyelenggaraan kekuasaan negara harus berdasarkan atas hukum dan bukan berdasarkan kekuasaan semata-mata. Penguasa mempunyai kekuasaan untuk memerintah, karena ada aturan hukum yang memberikan kekuasaan dan kewenangan penguasa untuk memerintah. Hukum menjadi sumber kekuasaan negara, sehingga kekuasaan yang dimiliki oleh penguasa tidak bersifat mutlak (absolut), karena hukum memberikan batas-batas kekuasaan penguasa atau negara. Demikian juga mengenai hubungan penguasa dengan yang dikuasai (rakyat yang diperintah) bukanlah hubungan bersifat tuan dan hambanya, melainkan hubungan yang setara atau sederajat berdasarkan hukum yang berlaku. Penguasa adalah bukan tuan dari rakyat, dan rakyat adalah bukan hamba dari penguasa. Penguasa dan rakyat memiliki kedudukan dan hubungan berdasarkan suatu norma objektif yang mengikat rakyat dan penguasa[17], dan berlaku asas legalitas.

Soerjono Soekanto menyatakan negara hukum mengandung arti adanya pembatasan kekuasaan negara oleh hukum. Negara tanpa pembatasan kekuasaan penguasa, pada hakikatnya bukan negara hukum[18]. Negara tidak mahakuasa[19], sehingga hukum harus unggul di atas kekuasaan. Kekuasaan menjadi subordinasi dengan hukum, karena hukum yang menentukan batas-batas kekuasaan penguasa (negara). Pembatasan kekuasaan penguasa oleh hukum adalah penting, karena kekuasaan tanpa hukum adalah kezaliman[20], dan kekuasaan cenderung bersalah guna atau korupsi dan kekuasaan yang absolut menghasilkan korupsi yang mutlak (*the power tend to corrupt, the*

Penerbit ANDI

16 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*., 50.
17 Frans Magis Soeseno, *Etika Politik, Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1988), 295. Lihat pula Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*., 50.
18 Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan Hukum*, (Jakarta: UI Press, 1983), 87.
19 Sudargo Gautama, *Op.Cit*., 48.
20 Sjahran Basah, *Perlindungan terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, (Bandung: Alumni, 1992), 6.

absolute power corrupts absolutly[21]). Keinginan penguasa tidak dapat dibiarkan tanpa batas, karena akan menimbulkan kesewenang-wenangan, yang dapat menimbulkan kerugian dan penderitaan bagi rakyat. Karena itu Bothlink yang dikutip oleh Azhary menyatakan bahwa negara hukum adalah negara di mana keinginan bebas para penguasa dibatasi oleh batas-batas hukum[22]. Di sisi lain, pembatasan oleh hukum dilakukan terhadap semua warga negara agar tidak menimbulkan perbuatan main hakim sendiri[23].

Pembatasan kekuasaan negara (penguasa) oleh hukum adalah untuk kepastian hukum dan jaminan perlindungan hukum. Hukum memberikan kepastian tindakan penguasa dan yang dikuasai yang dibenarkan secara hukum, sehingga siapa pun yang berkuasa akan melakukan tindakan yang secara pasti sama sesuai hukum yang berlaku. Ini juga akan menjamin perlindungan hukum terhadap hak-hak hukum rakyat, bahkan hak penguasa yang telah diatur secara hukum. Siapa pun yang melanggar hak-hak hukum tersebut akan dimintakan pertanggungjawabannya secara hukum.

Menurut Soerjono Soekanto, pembatasan kekuasaan dalam negara hukum adalah baik untuk kepastian hukum, tetapi dapat menjadi dilema karena para penguasa akan mengalami kesulitan dalam menjalankan tugasnya[24]. Pembatasan kekuasaan oleh hukum sebaiknya jangan sampai menghambat penguasa dalam melaksanakan kewajiban, tugas, dan wewenangnya. Karena itu menurut Sudargo Gautama, yang penting di dalam negara hukum adalah bagaimana cara mengendalikan kekuasaan negara dengan tidak terlalu menghalang-halangi usahanya mencapai tujuan negara[25]. Soerjono Soekanto sependapat dengan pendapat ini, dengan menyatakan bahwa pembatasan kekuasaan negara diperlukan namun tidak ketat (kaku), sehingga tetap terbuka ruang gerak yang cukup bagi penguasa untuk menjalankan tugasnya dengan baik untuk mencapai tujuan negara[26].

Penerbit ANDI

21 Lord Acton dalam Sri Soemantri M, *Perubahan Konstitusi*, (Bandung: Alumni, 1986), 34. Lihat pula dalam Sri Soemantri Mertosoewignyo, "Undang-Undang Dasar 1945, Kedudukan dan Artinya dalam Kehidupan Bernegara". Makalah, disampaikan pada Stadium Generale dan 40 Tahun Pengabdiannya di Universitas Padjadjaran Bandung, 2007, 7.

22 Azhary, *Negara Hukum, Analisis Yuridis dan Normatif tentang Unsur-Unsurnya*. (Jakarta: UII Press, 1995), 46.

23 Sudikno Mertokusumo, dalam Hotma P. Sibuea, *Op.Cit.,* 52.

24 Soerjono Soekanto, *Op.Cit*., 87.

25 Frans Magnis Suseno, *Op.Cit*., 295.

26 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*., 51-52.

Konsep negara hukum dipengaruhi oleh pandangan Eropa Kontinental dan Anglo Saxon. Eropa Kontinental menyebut negara hukum dengan istilah *rechtsstaat*, sedangkan Anglo Saxon menyebut negara hukum dengan istilah *rule of law*[27]. Meskipun memiliki kesamaan, kedua konsep negara hukum tersebut memiliki perbedaan. Perbedaannya adalah konsep negara hukum Eropa Kontinental dipengaruhi oleh pemikiran *civil law*, sedangkan konsep negara hukum Anglo Saxon dipengaruhi oleh pemikiran *common law*[28]. *Civil law* menekankan agar di dalam negara hukum terdapat hukum sivil yang tertulis yang dibuat legislatif atau eksekutif demi kepastian hukum sehingga muncul kodifikasi jenis-jenis hukum yang sama dalam suatu kitab undang-undang, yang dikelompokkan ke dalam Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi Negara, Hukum Pidana, dan Hukum Perdata. *Common law* menekankan agar di dalam negara cukup dengan adanya yurisprudensi (vonis-vonis) lembaga yudikatif yang menggali nilai-nilai keadilan guna menegakkan rasa keadilan[29].

Negara hukum dalam pengertian *rechsstaat* mempunyai ciri-ciri tertentu yang dapat dibedakan dengan ciri-ciri negara hukum dalam pengertian *rule of law*. Beberapa ahli hukum dari kalangan Eropa Kontinental merumuskan ciri-ciri negara hukum dalam pengertian *rechtsstaat*. Friedrich Julius Stall dan Scheltema menyatakan negara hukum dalam pengertian *rechtsstaat* mempunyai empat ciri, yaitu (a) adanya perlindungan terhadap hak asasi manusia, (b) adanya pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak asasi manusia yang biasa dikenal sebagai Trias Politika, (c) adanya pemerintahan berdasarkan peraturan atau undang-undang, dan (d) adanya peradilan administrasi dalam perselisihan[30]. Berbeda dengan pendapat tersebut, Robert von Mohl menyatakan *rechsstaat* mempunyai unsur-unsur (a) adanya persamaan di depan hukum, (b) dapatnya setiap orang mempertahankan diri dalam situasi yang layak, (c) adanya kesempatan yang sama bagi warga negara yang berhak untuk mencapai semua jabatan kenegaraan, dan (d) adanya kebebasan pribadi bagi warga negara[31].

Penerbit ANDI

27 Plipipus M. Hadjon, "Ide Negra Hukum dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", dalam Bagir Manan (Editor), *Kedaulatan Rakyat, Hak Azasi Manusia, dan Negara Hukum*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 1996), 75.

28 *Ibid*, 75.

29 Moh. Mahfud M.D., *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009), 256.

30 Padmo Wahyono *Indonesia, Negara Berdasar Atas Hukum*. (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), 103.

31 Hamid S. Attamimi, *Der Rechsstaat*...Loc.Cit., 3.

Theodor Maunz mengemukakan ada delapan tanda *rechsstaat* yaitu (a) pembedaan dan pembatasan kekuasaan, (b) hak-hak dasar perorangan, (c) undang-undang (formal) yang dibentuk dengan persetujuan lembaga perwakilan rakyat, (d) pemerintahan yang berdasarkan pada undang-undang, (e) penyelenggaraan kekuasaan negara yang dapat diperkirakan sebelumnya, (f) perlindungan hukum melalui peradilan, (g) pemidanaan suatu perbuatan hanya dengan undang-undang (formal), dan (h) keutamaan undang-undang dasar di atas semua kegiatan kenegaraan dan pemerintahan[32]. Ahli hukum lain, M. Scheltema menyebutkan ada empat unsur *rechsstaat* yaitu (a) adanya kepastian hukum, (b) asas persamaan, (c) asas demokrasi, dan (d) asas pemerintahan untuk rakyat[33].

Beberapa ahli hukum dari kalangan Anglo Saxon juga telah merumuskan ciri-ciri negara hukum dalam pengertian *rule of law.* Ahli hukum dimaksud, antara lain A.V. Dicey yang merumuskan ada tiga ciri negara hukum dalam pengertian *rule of law*, yaitu:

1. Supremasi hukum (*supremacy of law*), dalam arti tidak boleh ada kesewenang-wenangan, sehingga seseorang hanya boleh dihukum jika melanggar hukum;
2. Kedudukan yang sama di depan hukum (*equality before the law*), baik bagi rakyat biasa maupun bagi pejabat;
3. Terjaminnya hak-hak manusia dalam undang-undang atau keputusan pengadilan (*due process of law*)[34].

Supremacy of law merupakan ciri negara hukum yang meletakkan hukum sebagai landasan, dasar, dan instrumen untuk meminta pertanggungjawaban hukum. Semua kekuasaan dan tindakan penguasa, termasuk pemerintah harus berdasarkan hukum yang mengaturnya. Penguasa tidak memiliki kekuasaan apa pun apabila tidak ada hukum yang mengaturnya. Hukum menjadi panglima, sehingga tindakan yang melanggar hukum, termasuk yang dilakukan oleh penguasa, harus dipertanggungjawabkan secara hukum sesuai ketentuan hukum, prosedur hukum, di hadapan lembaga hukum, dan sanksi hukum yang berlaku. Setiap orang dapat dihukum (dikenakan sanksi hukum) apabila ada hukum yang mengaturnya.

32 *Ibid*., 12.
33 Azhary, *Op.Cit.*, 50.
34 *Ibid*., 103.

Penerbit ANDI

Equality before the law merupakan ciri negara hukum yang menempatkan setiap orang adalah sama di hadapan hukum. Penguasa dan yang dikuasai (rakyat) tidak memiliki perbedaan di mata hukum. Meskipun hukum dibuat oleh penguasa, maka penguasa pun memiliki kedudukan dan kesamaan hukum dengan yang dikuasai (rakyat). Siapa pun berhak mendapatkan jaminan perlindungan hukum, perlakukan (proses atau prosedur) hukum, dan sanksi hukum yang sama sesuai hukum yang berlaku.

Terjaminnya hak asasi manusia di dalam undang-undang atau putusan pengadilan merupakan ciri yang menempatkan setiap orang memiliki hak asasi dan perlindungan hak asasinya. Meskipun seseorang berkedudukan sebagai rakyat (yang dikuasai atau yang diperintah), orang tersebut tidak dapat dihilangkan hak asasinya oleh penguasa. Orang tersebut tetap dijamin dan dilindungi bahkan diperlakukan oleh penguasa sesuai hak asasi yang dimilikinya. Apabila penguasa menghilangkan atau tidak memperlakukan hak asasi pada orang tersebut, maka penguasa dapat dimintakan pertanggungjawabannya secara hukum karena telah melanggar hukum yang mengatur dan melindungi hak asasi manusia. Menurut Brian Jones dan Thompson rumusan A.V. Dicey di atas mengandung tiga unsur yaitu tidak ada kekuasaan sewenang-wenang, kedudukan yang sama di depan hukum, dan perlindungan kebebasan warga negara[35]. Wade dan Godfrey Philips juga menyatakan *the rule of law* mengandung tiga konsep yaitu *the rule of law* yang mendahulukan hukum dan ketertiban dalam masyarakat daripada anarki, *the rule of law* yang menunjukkan doktrin hukum bahwa pemerintah harus dilaksanakan sesuai dengan hukum, dan *the rule of law* yang menunjukkan suatu kerangka pikir politik yang harus terperinci dalam peraturan-peraturan hukum[36].

Pada awalnya perbedaan *rechtsstaat* dan *rule of law* terus mengemuka dalam pandangan dan perdebatan para ahli hukum. *Rechsstaat* lahir dari perjuangan untuk menentang absolutisme sehingga memiliki jiwa revolusioner sedangkan *rule of law* memiliki jiwa evolusioner[37]. Perdebatan lain yang dikemukakan adalah *rechsstaat* memerlukan peradilan administrasi untuk mengadili pejabat

35 Ridwan, *Op.Cit.*, 56.
36 Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1999), 76-77
37 Philipus M. Hadjon, *Ide Negara Hukum..Op.Cit.*, 203.

Penerbit AND!

administrasi (pemerintah) sedangkan *rule of law* tidak memerlukan peradilan administrasi karena dengan adanya *equality before the law* maka pelanggaran pejabat administrasi (pemerintah) diadili oleh pengadilan yang sama dengan pelanggaran yang dilakukan oleh rakyat. Meskipun demikian pada dasarnya kedua paham itu mengandung kesamaan, yaitu adanya perlindungan hak asasi manusia, perlunya perlindungan hak-hak sipil dan warga negara, serta kedaulatan hukum atau supremasi hukum (hukum sebagai landasan bertindak). Selain itu, tujuan kedua negara hukum tersebut pada hakikatnya adalah sama yaitu melindungi individu terhadap pemerintah yang sewenang-wenang dan memungkinkan rakyat menikmati hak-hak sipil dan politiknya sebagai manusia[38]. Karena itu Philipus M. Hadjon mengatakan sulitlah untuk saat ini menarik perbedaan hakiki antara dua konsep negara hukum tersebut[39]. Keduanya mengarah pada sasaran yang sama yaitu membatasi kekuasaan supaya tercapai pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia dan kesejahteraan rakyat.

Berdasarkan uraian di atas penulis dapat mengatakan bahwa negara hukum adalah negara yang menjadikan hukum sebagai landasan atau dasar kekuasaan negara. Kekuasaan penguasa dan tindakan warga negara adalah bersumber pada hukum, sehingga tidak menimbulkan penyalahgunaan kekuasaan oleh penguasa dan tidak terjadi main hakim sendiri oleh warga negara. Keberadaan hukum menjadi keharusan (keniscayaan) dan berada pada posisi superior dari kekuasaan negara, sehingga hukum harus dibentuk dan digunakan sebagai landasan bertindak penguasa (pemerintah) dan warga negara. Meskipun demikian, hukum tidak perlu sangat kaku dalam membatasi tindakan penguasa (pemerintah), karena hal-hal yang bersifat kondisional, faktual, kasual, atau personal kerap dihadapi oleh penguasa, padahal belum terdapat norma hukum yang mengaturnya. Apabila hukum membatasi kekuasaan terlalu kaku, maka banyak hal seperti itu yang tidak dapat diatasi oleh penguasa, sehingga akan mengganggu tugasnya dalam mencapai tujuan negara. Karena itu, di dalam negara hukum diperlukan ruang gerak penguasa (pemerintah) dalam menjalankan tugas, kewajiban dan wewenangnya agar dapat mencapai tujuan negara.

Penerbit ANDI

38 Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Op.Cit*., 162. Lihat pula S. Tasrif, *Menegakkan Rule of Law di Bawah Orde Baru*, 15.

39 Philipus M. Hadjon, *Ide Negara Hukum..Op.Cit*., 77.

B. Cita Negara Hukum

Negara merupakan suatu wujud organisasi yang dikehendaki oleh manusia untuk hidup bersama. Negara juga merupakan bentuk pergaulan hidup manusia yang memiliki karakteristik berbeda dengan bentuk pergaulan hidup manusia dalam kelompok yang tidak berbentuk negara[40]. Perbedaan ini terletak pada tiga unsur yang dimiliki oleh negara, seperti yang diuraikan di atas, yang tidak dimiliki oleh organisasi lain yang bukan negara. Paling tidak ada dua karakteristik yang dimiliki organisasi negara, yang tidak dimiliki oleh organisasi lain yang bukan negara, yaitu:

1. Negara memiliki kekuasaan yang lebih tinggi daripada bentuk-bentuk pergaulan hidup lainnya yang bukan negara;
2. Negara memiliki kedudukan yang lebih tinggi daripada bentuk pergaulan hidup lain yang bukan negara[41].

Dengan karakteristik tersebut, negara dipilih oleh manusia sebagai bentuk organisasi yang dapat menjamin terwujudnya kenikmatan hidup yang lebih baik. Negara dapat mengatasi perbedaan kepentingan hidup individual dan konflik kepentingan yang dapat terjadi[42]. Karena itu negara dipilih sebagai bentuk organisasi pergaulan hidup manusia yang dipandang dapat mempertahankan kehidupan dan keselamatannya.

J.J. Rosseau menyatakan selama manusia tidak dapat melahirkan kekuatan baru dan hanya menyatukan kekuatan yang ada, manusia tidak akan memiliki cara lain untuk mempertahankan diri selain formasi yang sudah ada, yakni dengan suatu agregasi yang merupakan tambahan kekuatan yang cukup besar untuk mengatasi pertahanannya. Untuk semua ini manusia harus dibawa ke dalam permainan dengan suatu motivasi kekuasaan tunggal dan melahirkan suatu tindakan bersama dalam bentuk negara[43]. Meskipun manusia dapat dan telah memiliki organisasi pergaulan hidup dengan karakteristiknya masing-masing, pada akhirnya manusia tetap memerlukan organisasi yang berbentuk negara.

Penerbit ANDI

40 Nasroen, *Asal Mula Negara*, (Jakarta: Aksara Baru, 1986), 9-10.
41 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit.,* 3.
42 *Ibid*, 4.
43 *Ibid*. 4

Keinginan hidup bersama merupakan suatu "cita" hidup bersama, yang di dalamnya mengandung tujuan atau harapan yang ingin dicapai dalam organisasi kehidupan bersama. Jika kelompok hidup bersama berbentuk negara, maka cita kehidupan bersama itu menjadi "cita negara" (*Staatidee*)[44]. Dalam hal ini, cita negara diartikan sebagai hakikat negara yang paling dalam, yang dapat memberi bentuk pada negara atau menetapkan bentuk negara ideal[45]. Cita negara mengandung gambaran bentuk negara ideal yang diidam-idamkan oleh suatu bangsa. Cita negara menjadi pedoman dan penuntun dalam segala hal yang berhubungan dengan negara[46].

Pertama kali cita negara hukum berasal dari pandangan seorang filsuf Yunani (zaman Yunani Kuno) yang bernama Plato yang ditulis dalam karyanya yang berjudul *Politea* (*the Republic*), *Politicos* (*the Stateman*), dan *Nomoi* (*the Law*)[47]. Cita (ide) negara hukum merupakan gambaran bentuk negara ideal (yang dicita-citakan). Plato menghendaki negara hukum ideal sebagai negara yang damai, aman, dan tenteram, bebas dari kesewenang-wenangan, yang dipimpin oleh orang yang arif dan berpengetahuan. Pandangannya ini timbul dari adanya rasa keprihatinan terhadap kondisi Negara Kota Athena pada zamannya, yang diperintah oleh seorang raja yang kejam. Kemudian Plato menggagas agar Negara Kota Athena bebas dari para penguasa yang rakus dan jahat, dan menjadi negara yang damai, dan penuh rasa kekeluargaan, yang diibaratkan sebagai suatu keluarga.

Gagasan Plato didasarkan pada konsep keluarga, sehingga negara dianggap sebagai suatu komunitas etis. Semua orang adalah bersaudara sehingga kekuasaan bukanlah unsur esensi negara. Unsur esensi negara adalah ikatan atau hubungan keluarga atau persaudaraan yang sangat erat dan akrab di antara orang-orang yang hidup bersama[48]. Penguasa (pimpinan) negara harus bertindak sebagai kepala keluarga, yang dapat mengayomi, mengarahkan, dan menciptakan kedamaian. Penguasa yang memerintah harus memiliki moralitas yang baik dan terpuji, memiliki kebajikan, serta memiliki ilmu pengetahuan

44 Abdul Hamid S. Attamimi, "Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara, Disertasi, (Jakarta: UI, 1990), 50.
45 *Ibid*.
46 Padmo Wahyono, *Indonesia..Oh.Cit.*, 44-45.
47 *Ibid*., 11.
48 Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. Edisi Revisi. (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara, 1988), 38-39.

Penerbit ANDI

pemerintahan, sehingga dapat memerintah secara arif dan bijaksana. Orang yang dapat bertindak demikian adalah orang yang telah memiliki ilmu filsafat. Karena itu tipe penguasa negara (raja) yang ideal adalah sorang filsuf.

Meskipun negara dipimpin oleh seorang filsuf yang arif, Plato masih memandang perlunya hukum. Pada awalnya pandangan Plato terhadap hukum yang dikemukakan dalam karyanya berjudul *Politea* (*the Republic*), hukum yang dibentuk tidak diberlakukan kepada penguasa, karena penguasa adalah seorang filsuf yang arif dan berpengetahuan filsafat, tetapi diberlakukan bagi masyarakat agar hidup damai[49]. Seorang filsuf yang menjadi raja (penguasa) adalah orang yang terpilih secara moral dan pengetahuan, sehingga tidak mungkin menyalahgunakan kedudukan dan kekuasaannya, sehingga hukum tidak perlu untuk penguasa. Pada kenyataannya, gagasan pertama Plato tidak pernah terwujud, karena penguasa memiliki hawa nafsu dan kepentingan pribadi. Karena itu pada karyanya yang berjudul *Politicos* (*the Stateman*), hukum difungsikan sebagai instrumen penyelenggaraan negara. Hukum yang dibentuk menjadi dasar penguasa dalam menjalankan kekuasaannya[50]. Kemudian dalam karyanya yang berjudul *Nomoi* (*the law*) Plato menempatkan hukum sebagai norma yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan. Hukum dibuat bukan semata-mata untuk menciptakan ketertiban dan keamanan tetapi untuk menolong setiap warga negara untuk mencapai keutamaan dan kebajikan[51].

Cita (ide) negara hukum Plato dikembangkan oleh seorang muridnya bernama Aristoteles. Menurut Aristoteles ide negara hukum timbul dari Negara Kota (*Polis*) yang mempunyai wilayah kecil. Pada Negara Kota (*Polis*) semua urusan negara dilakukan dengan musyawarah (*ecclesia*) di mana seluruh rakyat negara ikut serta dalam urusan negara tersebut[52]. Hal ini penting karena negara merupakan bentuk persekutuan hidup tertinggi, yang tumbuh dari persekutuan hidup berbentuk keluarga, yang berkembang menjadi persekutuan hidup berbentuk desa, dan kemudian menjadi persekutuan hidup tertinggi berbentuk negara. Ide negara hukum Ariestoteles timbul pada bentuk negara *Politea* yaitu negara yang kekuasaan tertingginya ada di tangan

49 *Ibid*., 12-13.
50 *Ibid.*, 38-39.
51 Azhary, *Op.Cit.,* 20-21.
52 *Ibid.*, 153.

Penerbit AND

seluruh warga negara. Sesuai dengan makna *Politea* yang berarti konstitusi, maka *Politea* merupakan bentuk negara yang pemerintahannya berdasarkan konstitusi. Hukum adalah akal atau kecerdasan yang tidak dapat dipengaruhi oleh keinginan atau nafsu, sehingga keberadaannya diperlukan untuk menjalankan negara. Hukum harus menjadi sumber kekuasaan para penguasa agar pemerintahannya terarah pada pemenuhan kepentingan, keadilan, dan kesejahteraan umum. Hukum tidak hanya mempunyai kedaulatan yang tinggi, tetapi juga menjadi dasar atau landasan kehidupan bernegara. Hukum berlaku bagi penguasa dan yang dikuasai, sehingga keduanya sama-sama memiliki kedudukan hukum[53].

Ide negara hukum yang dikemukakan oleh Plato dan Aristoteles merupakan bentuk negara hukum ideal. Kemunculannya dilatarbelakangi oleh keadaan Negara Kota Athena Yunani yang dipimpin oleh penguasa sewenang-wenang. Negara hukum yang dikemukakan oleh kedua filsuf tersebut dikenal dengan sebutan negara hukum klasik, karena harus menciptakan kedamaian (Plato) dan keadilan (Aristoteles) warganya.[54]. Dalam perwujudannya, ide negara hukum ini muncul dalam bentuk-bentuk negara hukum yang berkembang sesuai dengan perkembangan kehidupan masyarakat[55].

Pada perkembangan berikutnya, abad ke-17 di Eropa Barat muncullah gerakan masyarakat yang menentang kekuasaan absolut negara (raja), yang kemudian dikenal dengan gerakan liberalisme. Gerakan ini dipengaruhi oleh ajaran J.J. Rouseou, John Locke, dan Montesquieu. J.J. Rouseou yang mengajarkan kedaulatan negara ada di tangan rakyat, rakyat adalah sumber kekuasaan, karena itu negara mendapatkan kekuasaan dari rakyat[56]. John Locke di dalam karyanya berjudul *Two Treaties of Civil Goverment* melahirkan doktrin persamaan kedudukan manusia sebagai ciptaan Tuhan. Raja dan Rakyat pada dasarnya mempunyai kedudukan yang sama sebagai ciptaan Tuhan. Hak raja memerintah rakyat tidak semata-mata merupakan pembawaan kodrat, tetapi atas persetujuan rakyat. Montesquieu dengan ajaran *Trias Politica* (tiga cabang kekuasaan) menghendaki adanya pemisahan kekuasaan negara menjadi tiga

Penerbit ANDI

53 J.H. Rapar, *Filsafat Politik Plato, Aristoteles, Augustinus, Marchiaveli*, (Jakarta: RajaGrafindo Perkasa, 2001), 182-183.
54 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*., hal. 10-19.
55 Padmo Wahyono, *Ilmu Negara*. Cetakan Ketiga. (Jakarta: IND HILL-CO.), 2003, 9.
56 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit.,* 20.

cabang kekuasaan, yaitu kekuasaan legislatif untuk membuat undang-undang, kekuasaan eksekutif untuk melaksanakan undang-undang, dan kekuasaan yudikatif untuk menindak semua pelanggar undang-undang[57]. Ketiga ajaran cita negara tersebut telah menimbulkan revolusi di Inggris dan Prancis yang menantang kekuasaan absolut raja, yang pada akhirnya melahirkan bentuk negara hukum.

Negara hukum atau negara berdasar atas hukum (*rechtsstaat*) merupakan salah satu bentuk negara, yang dibentuk berdasarkan cita kehidupan bernegara yang berdasarkan atas hukum. "Ide negara hukum" merupakan suatu ide yang dikehendaki manusia dalam hidup berkelompok. Manusia yang cenderung hidup berkelompok dan menginginkan kelangsungan kehidupannya dengan aman dan nyaman, pada awalnya membentuk kelompok kehidupan bernama keluarga, yang kemudian berkembang menjadi desa, dan pada akhirnya menjadi negara. Dari semua bentuk kelompok tersebut, yang paling ideal untuk menjamin kelangsungan hidup berkelompok secara aman dan nyaman adalah negara, sehingga negara menjadi bentuk kelompok yang dicita-citakan. Cita negara (*Staatsidee*) diartikan sebagai hakikat negara yang paling dalam[58], yang diidam-idamkan oleh suatu bangsa. Ketika negara yang dicita-citakan mengalami kesewenang-wenangan, maka munculnya ide negara hukum atau negara berdasarkan atas hukum (*Rechtsstaat*) untuk menghindari timbulnya kesewenang-wenangan penguasa. Karena itu ide negara hukum muncul sebagai antitesis dari pergaulan kesewenang-wenangan penguasa (raja)[59].

Dilihat dari macamnya, cita negara hukum merupakan salah satu dari macam cita negara lainnya. Schaper yang dikutip oleh Abdul Hamid S. Attamimi menyatakan cita negara ada bermacam-macan sesuai dengan cita-cita yang diinginkan oleh kelompok (bangsa)-nya. Ini dapat dilihat dari beberapa cita negara sebagai berikut:

1. Cita negara kekuasaan (*machtstaat)* di dalam bentuk negara kekuasaan.
2. Cita negara berdasarkan hukum (*rechtsstaat*) di dalam bentuk negara hukum.

57 *Ibid*, 21-25.

58 Attamimi, A. Hamid S., "Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaran Pemerintahan Negara Republik Indonesia. Disertasi Doktor. Jakarta: Fakultas Hukum UI, 1990., 50.

59 Philipus M. Hadjon, *Perlinduangan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1997), 72.

Penerbit ANDI

3. Cita negara kerakyatan (*volkstaat*) di dalam bentuk negara kerakyatan (demokrasi).
4. Cita negara kelas (*klassenstaat*) di dalam negara berbentuk negara kelas.
5. Cita negara liberal (*liberaalstaat*) di dalam negara berbentuk negara liberal.
6. Cita negara totaliter kanan (*totalitaire staat van rechts*) di dalam negara berbentuk negara totaliter kanan.
7. Cita negara totaliter kiri (*totalitaire staat van links*) di dalam bentuk negara totaliter kiri.
8. Cita negara kemakmuran (*welfarestaat*) di dalam bentuk negara kemakmuran[60].

Berbagai macam cita negara di atas menunjukkan adanya keanekaragaman cita-cita hidup bernegara sesuai dengan pandangan atau paham yang paling dalam, yang dianut oleh masing-masing manusia (bangsa) dalam bernegara. Sesuai dengan konteks uraian pada subbab ini, maka penulis tidak menyajikan lebih lanjut uraian semua macam cita negara di atas, tetapi hanya menguraikan cita negara hukum, sebagaimana telah dikemukakan di atas.

C. Tipe Negara Hukum

Cita negara hukum adalah cita negara yang ingin menjadikan hukum sebagai panglima, sebagai landasan, atau sebagai dasar kekuasaan negara. Kekuasaan dan berbagai aktivitas hidup bernegara berdasarkan atas hukum dan dipertanggungjawabkan secara hukum. Hukum akan mengawal penyelenggaraan kehidupan bernegara dan menjadi penentu kebenaran atau kesalahan penyelenggaraan kehidupan bernegara secara hukum.

Dalam perkembangannya, cita negara hukum berkembang dengan munculnya ciri-ciri atau karakteristik negara hukum yang berbeda-beda. Ciri-ciri atau karakteristik tersebut dipengaruhi oleh pandangan beberapa ahli pikir yang menentang kekuasaan absolut raja. Berdasarkan perbedaan ciri atau karakteristik tersebut, maka muncullah tipe-tipe negara hukum. Tipe-tipe negara hukum tersebut terdiri atas tipe negara hukum klasik, negara hukum formal, dan tipe negara hukum material.

60 Abdul Hamid S. Attamimi, "Peranan…Loc.Cit.", 52.

Penerbit ANDI

1. Negara Hukum Klasik

Sebagaimana dikemukakan di atas, ide negara hukum sudah muncul sejak Zaman Yunani Kuno, yang diprakarsai oleh Plato, yang kemudian dikembangkan oleh muridnya bernama Aristoteles. Ide ini muncul dari kekecewaannya terhadap kekuasaan Negara Kota Athena yang sewenang-wenang. Untuk membatasi kekuasaan raja yang sewenang-wenang tersebut, kedua filsuf di atas menggagas dan mencita-citakan bentuk negara ideal, adalah negara hukum yang dipimpin oleh seorang filsuf. Meskipun demikian, cita-citanya belum dapat terwujud pada zaman itu.

Pada perkembangannya, ide negara hukum muncul kembali sejak abad ke-17 di Eropa Barat meskipun istilah negara hukum baru lahir sejak abad ke-19[61]. Bentuk negara hukum pertama yang muncul adalah negara hukum jaga malam (*nachtwachter staat*)[62]. Pada bentuk negara ini, fungsi negara (penguasa) hanya menjaga ketertiban dan ketenteraman, sedangkan urusan perekonomian dan kesejahteraan rakyat dianggap merupakan urusan individu masing-masing. Ketertiban dan ketenteraman perlu dijaga oleh negara (penguasa) agar setiap individu dapat menjalankan aktivitasnya dengan aman dan dapat mencapai tujuannya masing-masing[63].

Negara hukum jaga malam disebut juga "negara hukum liberal" (*liberaal rechtsstaat*)[64], karena yang memperjuangkan bentuk negara hukum ini adalah masyarakat yang berhaluan liberal[65]. Perjuangan masyarakat atau golongan liberal dalam membentuk negara hukum jaga malam bukan didasarkan pada motif kekuasaan (politik), melainkan didasarkan pada motif ekonomi. Azhary menyatakan:

> "mereka (maksudnya golongan liberal) hanya menginginkan agar hak-hak dan kebebasannya pribadi masing-masing tidak diganggu, mereka tidak ingin dirugikan. Yang mereka inginkan hanyalah agar dibebaskan untuk mengurus kepentingannya sendiri, konkretnya ialah agar penyelenggaraan perekonomian

61 Juniarto. *Negara Hukum*, Yogyakarta: Jajasan Penerbit Gajah Mada, 1968), 82.
62 Abdul Hamid S. Attamimi, "*Der Rechtsstaat*…Loc.Cit., 8-9.
63 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*., 26.
64 Padmo Wahjono, *Ilmu…Op.Cit,*, Jakarta: Ind Hill-Co, 2003), 98.
65 Azhary, *Op.Cit*., 68.

PenerbitAND

> atau kemakmuran diserahkan kepada mereka dan negara jangan turut campur dalam penyelenggaraan perekonomian tersebut"[66].

Masyarakat liberal menghendaki agar negara hanya menjaga tata tertib masyarakat dan menjaga hak-hak rakyat agar tidak terganggu atau dilanggar. Negara bersifat pasif terhadap urusan rakyat artinya negara tidak mencampuri urusan individu dan kemakmuran rakyat. Dengan motif demikian, setiap orang dapat mengembangkan potensi dan talentanya secara bebas, memiliki kebebasan dalam berusaha, dan melaksanakan kegiatan ekonominya dengan bebas dan aman tanpa campur tangan pemerintah. Bahkan kebebasannya tersebut mendapatkan jaminan keamanan dan ketertiban dari negara (pemerintah).

Dilihat dari tujuannya, bentuk negara hukum jaga malam atau negara hukum liberal disebut juga negara hukum klasik. Sebagaimana diuraikan di atas, negara hukum klasik yang digagas oleh Plato dan dikembangkan oleh Aristoteles merupakan antitesis dari bentuk negara kekuasaan absolut. Kekuasaan negara (penguasa) perlu dibatasi agar hak-hak rakyat tidak dilanggar oleh penguasa. Karena itu bentuk negara hukum ini mengandung dua unsur, yaitu (a) Pemisahan kekuasaan negara dan (b) Perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia[67].

Unsur pemisahan kekuasaan pada negara hukum jaga malam atau negara hukum liberal atau negara hukum klasik didorong oleh ajaran (doktrin) pemisahan kekuasaan negara yang dikemukakan oleh Montesquieu. Montesquieu menyatakan:

> "*Again there is no liberty, if the judiciary power be not separated from legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitratry control, for the judge would then be the legislator. Were it joined eith the executive power, the jugde might behave with violence and oppression*" (tidak ada kebebasan jika kekuasaan yudisial tidak dipisahkan dari kekuasaan legislatif dan eksekutif, kehidupan dan kebebasan warga negara akan dihadapkan pada pengawasan

66 *Ibid*.
67 Abdul Hamid S. Attamimi, "Peranan…Loc.Cit.", 4, lihat pula Moch Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar…Op.Cit.*, 112.

Penerbit AND

> yang sewenang-wenang karena hakim menjadi pembentuk undang-undang. Jika kekuasaan yudisial bersatu degan kekuasaan eksekutif, hakim akan berperilaku jahat dan kejam)[68].

Doktrin di atas dikenal dengan sebutan *Trias Politica*, yang memisahkan kekuasaan negara ke dalam tiga cabang kekuasaan. Masing-masing cabang kekuasaan dijalankan oleh badan yang terpisah yaitu badan legislatif, badan eksekutif, dan badan yudikatif[69]. Dengan pemisahan kekuasaan ini, maka kekuasaan negara tidak berada pada satu tangan penguasa, sehingga dapat terhindar dari kekuasaan yang absolut.

Unsur perlindungan hak asasi manusia dalam negara hukum jaga malam atau negara hukum liberal atau negara hukum klasik bertujuan untuk memberikan jaminan hak-hak rakyat secara bebas dalam melakukan aktivitas ekonomi untuk kemakmurannya. Unsur ini dipengaruhi oleh ajaran persamaan kedudukan setiap orang oleh John Locke. Ajaran tersebut dikemukakan dalam karyanya berjudul *Two Treaties of Civil Government*. John Locke menyatakan bahwa manusia memiliki hak-hak alamiah (*natural rights*) yang melekat pada manusia sejak dilahirkan, misalnya hak untuk hidup, hak kemerdekaan, dan hak memiliki sesuatu. Hak alamiah tersebut adalah bukan pemberian negara, tetapi melekat sesuai harkat dan martabatnya sebagai makhluk ciptaan Tuhan[70]. Joh Locke yang pendapatnya diterjemahkan oleh Fans Magnis Suseno menyatakan:

> "tidak ada orang lebih berkuasa daripada yang lain, tidak yang lebih jelas nyata daripada bahwa mereka adalah makhluk-makhluk dari spesies-spesies dan peringkat yang sama, yang lahir dari perkawinan dengan siapa pun juga untuk menikmati manfaat-manfaat alam yang sama, dan penggunaan daya-daya kemampuan yang sama. Maka mereka harus sederajat yang satu terhadap yang lain, tanpa yang satu di bawah atau ditundukkan oleh yang lain"[71].

Ajaran persamaan kemudian menempatkan setiap orang mempunyai kedudukan yang sama dan mempunyai hak yang sama sebagai makhluk

68 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit.,* 23.
69 *Ibid.*, 25.
70 Frans Magnis Suseno, *Op.Cit.*, 212.
71 *Ibid*., 23.

Penerbit AMP

ciptaan Tuhan. Demikian juga raja dan rakyat tidak ada perbedaan kedudukan sebagai makhluk ciptaan Tuhan. Raja tidak memiliki hak istimewa dari Tuhan untuk memerintah rakyat, melainkan atas dukungan atau persetujuan rakyat. Meskipun raja diberikan kekuasaan untuk memerintah, tetapi rakyat tetap memiliki hak-hak kodratNya. Hak kodrat dari Tuhan yang melekat pada manusia itu yang disebut hak asasi manusia, yang harus dilindungi oleh negara (penguasa).

Uraian di atas menempatkan negara memiliki kekuasaan, sehingga seorang penguasa, seperti raja, mempunyai kekuasaan di dalam negara. Kekuasaannya tidak absolut karena kekuasaannya dipisahkan-pisahkan ke dalam tiga macam kekuasaan yang dipegang oleh lembaga atau badan yang berbeda. Penguasa sebagai legislatif, eksekutif, dan yudikatif mempunyai kekuasaan sesuai bidangnya masing-masing, dan satu dengan yang lain tidak dapat saling memengaruhi atau mencampuri. Selain itu, kekuasaan negara (penguasa) dibatasi oleh hak asasi manusia yang tetap melekat pada setiap manusia. Penguasa (termasuk pemerintah) wajib menjaga, melindungi, dan tidak boleh melanggar hak asasi manusia.

2. Negara Hukum Formal

Negara hukum formal merupakan bentuk perkembangan lebih lanjut dari negara hukum jaga malam atau negara hukum liberal atau negara hukum klasik. Tugas menjaga ketertiban dan keamanan serta adanya unsur pemisahan kekuasaan dan perlindungan hak asasi manusia tidak cukup bagi negara hukum klasik untuk menyejahterakan rakyatnya. Kegagalan ini mendorong pemikiran untuk melengkapi kekurangan unsur-unsur negara hukum klasik dengan unsur-unsur baru, yang kemudian timbul negara hukum formal.

Negara hukum formal dipelopori oleh Julius Stahl. Menurutnya negara hukum formal memiliki empat unsur, yaitu: (a) perlindungan terhadap hak asasi manusia, (b) pemisahan kekuasaan, (c) setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan peraturan perundang-undangan (hukum), dan (d) adanya peradilan administrasi yang berdiri sendiri[72]. Negara hukum

72 Moch Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar…Op.Cit*., 112, lihat pula Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*., 29-30.

Penerbit ANDI

demikian dikenal sebagai Negara Hukum Formal[73]. Dari unsur tersebut, negara hukum formal mengandung dua unsur negara hukum jaga malam atau negara hukum liberal atau negara hukum klasik, ditambah dua unsur baru sebagaimana disebutkan pada butir c dan d. Penambahan unsur negara hukum formal ini memberikan peluang kepada pemerintah untuk dapat turut campur tangan terhadap kepentingan rakyatnya meskipun sifatnya terbatas. Campur tangan pemerintah ini dipandang perlu agar kesejahteraan rakyatnya dapat diwujudkan.

Unsur perlindungan terhadap hak asasi manusia dan pemisahan kekuasaan negara adalah sama seperti yang dimiliki oleh negara hukum klasik. Penguasa (pemerintah) wajib mengakui, melindungi serta tidak boleh melanggar hak asasi manusia dalam menjalankan kekuasaannya. Kekuasaan penguasa juga wajib dilaksanakan sesuai dengan cabang kekuasaannya masing-masing dan tidak boleh saling memengaruhi atau mencampuri cabang kekuasaan lainnya. Ini artinya penguasa dalam negara hukum ini tidak memiliki kekuasaan absolut (sewenang-wenang).

Unsur tindakan pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan atau hukum memberikan peluang kepada pemerintah untuk turut campur dan sekaligus sebagai pembatas kekuasaan pemerintah dalam kehidupan pribadi rakyatnya. Maksudnya adalah pemerintah dapat masuk ke dalam atau mencampuri urusan pribadi atau hak-hak individu rakyatnya sepanjang hal itu telah diatur atau dirumuskan di dalam peraturan perundang-undangan atau hukum[74]. Pemerintah tidak berwenang turut campur tangan apa pun ke dalam urusan pribadi rakyatnya, apabila tidak ada peraturan atau hukum yang mengaturnya.

Unsur tindakan pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan atau hukum di atas mengandung arti adanya asas legalitas dalam negara hukum formal[75]. Asas legalitas adalah asas atau prinsip keabsahan segenap tindakan pemerintah berdasarkan undang-undang atau hukum yang berlaku, sebagai dasar yuridis pemerintah sehingga pemerintah

Penerbit ANDI

73 Padmo Wahyono, *Op.Cit*., 98-99.
74 Azhary, *Op.Cit*., 69.
75 Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review Di Mahkamah Agung RI Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-Undangan*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009), 65. Lihat pula Padmo Wahyono, Op.Cit., 4.

tidak sewenang-wenang[76]. Agar pemerintah memiliki dasar hukum yang sah dalam bertindak, maka dapat dibentuk berbagai undang-undang oleh lembaga legislatif. Secara formal kekuasaan negara (pemerintah) dirumuskan di dalam undang-undang, sehingga tindakan atau kekuasaan negara harus berdasarkan undang-undang atau hukum yang berlaku dalam mencampuri urusan kemakmuran rakyatnya. Penguasa (pemerintah) tidak dapat bertindak di luar undang-undang yang berlaku atau hukum yang berlaku. Tindakan turut campur tangan pemerintah terhadap kepentingan pribadi rakyat di luar undang-undang atau hukum adalah pelanggaran undang-undang atau hukum. Dengan demikian, campur tangan pemerintah tersebut bersifat terbatas, artinya sebatas diatur oleh undang-undang atau hukum yang berlaku.

Unsur adanya peradilan administrasi yang berdiri sendiri maksudnya adalah adanya peradilan administrasi yang merdeka atau bebas dari campur tangan kekuasaan apa pun. Di Indonesia peradilan administrasi disebut juga peradilan tata usaha negara[77]. Keberadaan peradilan administrasi ini diperlukan untuk menjaga keharmonisan antara unsur perlindungan hak asasi manusia dan tindakan pemerintah berdasarkan undang-undang. Pada negara hukum formal ini, pemerintah mempunyai wewenang untuk bertindak mencampuri kepentingan rakyatnya, sehingga berpotensi terjadinya konflik antara pemerintah dan rakyat. Konflik ini berpotensi pada timbulnya kerugian hak-hak individu rakyat oleh tindakan atau keputusan pemerintah, sehingga diperlukan lembaga atau badan peradilan yang dapat menyelesaikan konflik tersebut. Badan peradilan yang dimaksud adalah peradilan administrasi negara atau tata usaha negara. Dalam hal ini pemerintah sebagai subjek hukum, keputusannya dapat diuji oleh badan peradilan administrasi. Pengujian keputusan pemerintah tersebut bertujuan untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak individu sebagai bagian dari upaya memberikan rasa keadilan masyarakat[78].

Penerbit ANDI

76 Amiruddin Ilmar, *Hukum Tata Pemerintahan*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014), 55.

77 Indonesia, *Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tatas Usaha Negara*, Pasal 144.

78 Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review Di Mahkamah Agung, Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*. Ed. 1. Cet.1. (Jakarta: Rajawali Press, 2009), 63. Lihat pula Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*., 35.

3. Negara Hukum Material

Tipe negara hukum terus mengalami perkembangan. Tipe negara hukum formal dinilai belum dapat menciptakan kesejahteraan rakyatnya. Kehidupan bernegara yang dinamis, perkembangan, keinginan atau kebutuhan rakyat beraneka ragam dan cepat berubah menuntut tindakan pemerintah cepat dan mampu memenuhi dinamika tersebut. Negara hukum formal yang mengandung asas legalitas tidak memberikan kekuasaan dan kewenangan pemerintah untuk bertindak cepat sesuai dinamika tersebut. Tindakan pemerintah dalam negara hukum formal yang semata-mata harus berdasarkan undang-undang menjadi kendala, karena hal yang diatur di dalam undang-undang tersebut sudah tertinggal dari perkembangan nyata di masyarakat atau di kehidupan bernegara. Kondisi negara hukum formal menjadi dilema bagi pemerintah (penguasa). Karena itu negara hukum formal yang menganut asas legalitas sempit (*wetmatig*) dipandang tidak relevan lagi dipertahankan.

Kelemahan konsep negara hukum formal di atas menjadi pangkal pemikiran baru untuk menyempurnakan konsep negara hukum formal tersebut dengan cara meningkatkan peran pemerintah dalam memenuhi perkembangan kehidupan perekonomian dan sosial rakyatnya. Ciri atau unsur negara hukum formal dipandang tetap diperlukan dan dipertahankan, namun pemerintah dituntut untuk dapat menyejahterakan rakyatnya. Kemudian terbentuknya konsep negara hukum yang ideal, yang disebut negara hukum material atau negara hukum kesejahteraan (*welfare state* atau *welvaarstaats* atau *verzorgingsstaats*)[79]. Negara hukum ini disebut juga negara hukum sosial (*social service state*) atau negara hukum modern (*moderne rechtsstaat*)[80].

Kelahiran negara hukum material didorong oleh perkembangan tugas-tugas pemerintah yang makin kompleks. Perang dunia kedua telah menimbulkan dampak sosial ekonomi yang kurang baik bagi masyarakat. Pengangguran dan kemiskinan melanda masyarakat, yang mengakibatkan masyarakat mengalami kesulitan untuk mengatasi permasalahannya.

Penerbit ANDI

79 Pilipus M. Hadjon, *Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1997., 77.

80 Padmo Wahjono, *Indonesia..Op.Cit.*, 102-103.

Pemerintah dipandang sebagai instansi pertama yang harus bertanggung jawab untuk mengatasi permasalahan tersebut, sehingga kondisi sosial ekonomi masyarakat dapat pulih kembali. Pemerintah dituntut untuk tidak hanya bertugas menjaga keamanan dan ketertiban masyarakat. Pemerintah tidak hanya berurusan dengan perlindungan hak asasi manusia, pembagian kekuasaan, jaminan kepastian hukum bagi masyarakat tetapi menyelenggarakan seluruh kepentingan rakyat. Asas legalitas yang melandasi setiap tindakan pemerintah tidak lagi menjadi kaku, tetapi makin fleksibel sesuai kebutuhan kesejahteraan rakyat. Negara dituntut untuk memberikan kesejahteraan masyarakat (rakyatnya), sehingga pemerintah mempunyai tugas untuk menjamin terpenuhinya aspek politik, sosial, budaya, dan ekonomi masyarakat. Karena itu, dengan mengutip pendapat Miriam Budiardjo, Azhary mengatakan negara kesejahteraan adalah suatu negara yang selain sebagai penjaga malam, juga ikut dalam penyelenggaraan ekonomi nasional, sebagai pembagi jasa-jasa, penengah bagi berbagai kelompok yang bersengketa, dan ikut aktif dalam berbagai bidang kehidupan lainnya demi kemakmuran rakyatnya[81].

Pada negara hukum material (negara hukum modern) terjadi pergeseran ideologi dan ekonomi. Pergeseran ideologi terjadi pada perubahan ideologi liberal klasik yang mementingkan jaminan individu ke ideologi sosialis yang mengutamakan kepentingan masyarakat (bersama) untuk kesejahteraan umum. Pergeseran ekonomi terjadi pada sistem ekonomi liberal kapitalis ke sistem ekonomi sosialis. Sistem ekonomi liberal kapitalis yang memberikan kebebasan individu telah menimbulkan ketimpangan yaitu timbulnya jurang yang kaya dan yang miskin. Masyarakat miskin (mayoritas) tidak berdaya dan masyarakat kaya (minoritas) tidak peduli terhadap masyarakat miskin. Negara hukum formal tidak terlibat terhadap perekonomian masyarakat, sehingga kesenjangan perekonomian masyarakat tidak dapat dicarikan solusinya oleh negara. Asas legalitas, jaminan terhadap hak-hak individu, dan kepastian hukum menjadi dasar bagi negara hukum formal membenarkan tindakannya, karena masalah perekonomian dan kesejahteraan itu adalah masalah pribadi masyarakat. Berbeda dengan negara hukum material (modern) yang menuntut peran

81 Zainal Arifin Hoesien, *Judicial…Op.Cit.*, 65-66. dan lihat pula Azhary, *Op.Cit*., 54.

Penerbit ANDI

negara (pemerintah) bersifat aktif, kreatif, dan mengutamakan kepentingan umum daripada kepentingan individu. Negara ikut masuk dalam masalah perekonomian dan sosial warganya, sehingga negara (pemerintah) dapat bertindak untuk mengatasi kesenjangan perekonomian dan sosial untuk tujuan bersama (sosial) demi kesejahteraan bersama (umum).

Pemerintah di suatu negara hukum modern atau negara hukum kesejahteraan (*welfare state*) dipaksa –suatu konsekuensi yang memaksa- turut serta secara aktif dalam pergaulan sosial sehingga kesejahteraan sosial bagi semua orang terpelihara[82]. Oleh karena itu tugas pemerintah diperluas dengan maksud untuk menjamin kepentingan umum sehingga lapangan tugasnya mencakup berbagai aspek yang menjadi urusan masyarakat, seperti masalah kesehatan rakyat, pendidikan, perumahan, distribusi tanah, perekonomian, dan sebagainya. Jadi di dalam *welfare state* pemerintah diserahi *bestuurzorg* yaitu penyelenggaraan kesejahteraan umum[83].

Negara hukum material bertujuan untuk memberikan kesejahteraan rakyatnya atau kesejahteraan umum (*bestuurzorg*[84]). Ini membawa konsekuensi perubahan besar pada kedudukan, kekuasaan, dan kewenangan negara dan pemerintah dalam menjalankan tugas-tugasnya. Hotma P. Sibuea menyatakan perubahan besar tersebut mencakup dua hal, yaitu pertama negara dan pemerintah tidak lagi bersifat kaku tetapi lues (fleksibel), dan kedua negara dan pemerintah tidak lagi bersifat elitis tetapi bersifat polulis. Negara hukum material tidak terikat secara kaku pada undang-undang berdasarkan asas legalitas. Meskipun negara dan pemerintah masih terikat pada undang-undang dan asas legalitas, tetapi tidak terikat secara kaku (mutlak). Negara atau pemerintah dapat melanggar atau mengabaikan undang-undang atau asas legalitas apabila terdapat dasar atau alasan yang kuat. Pada situasi dan kondisi tertentu, untuk menghindari dampak atau kerugian yang lebih besar, pemerintah dapat bertindak atas dasar kewenangannya sendiri meskipun harus

Penerbit ANDI

82 Utrecht dalam Ridwan*, Op.Cit*., 60-

83 S.F. Marbun dan Mahfud M.D., *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: Iberty, 1987), 45

84 Istilah dari Lemaire dalam Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, (Bandug: Balai Buku Ichtiar, 1960), 22.

menyimpang atau mengabaikan undang-undang. Karena itu, pada negara hukum material penerapan asas legalitas dikombinasikan dengan asas kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri[85] demi kesejahteraan rakyat.

Pada negara hukum material kedudukan dan kewenangan pemerintah tidak hanya sebagai pelaksana undang-undang, tetapi pemerintah juga berkedudukan dan berwenang membentuk undang-undang dalam arti material[86]. Undang-undang dalam arti material adalah semua jenis peraturan yang dibentuk berdasarkan kewenangan legislatif atau pendelegasian yang berlaku mengikat secara umum. Dalam hal ini pemerintah diberi limpahan (delegasi) untuk membentuk peraturan perundang-undangan selain undang-undang (*legistation delegation*). Keterbatasan pembuat undang-undang (legislator) dalam mengatur semua aspek kehidupan bernegara, menyebabkan undang-undang hanya mengatur hal-hal yang bersifat pokok, sedangkan hal-hal yang bersifat faktual, personal, dan kondisional didelegasikan pengaturannya kepada pemerintah. Berdasarkan kewenangan delegasi ini, pemerintah dapat membentuk peraturan pelaksana dari undang-undang. Dalam konteks Indonesia, peraturan pelaksana dimaksud berupa peraturan pemerintah (PP), peraturan Presiden (PP), peraturan menteri (Permen), dan lain-lain.

Selain hal di atas, kedudukan dan kewenangan pemerintah pada negara hukum material adalah bukan semata-mata sebagai pelaksana undang-undang yang bersifat pasif tanpa inisiatif. Pemerintah bersifat aktif, kreatif, dan bertindak cepat dalam mengantisipasi perkembangan baru untuk menyejahterakan rakyatnya. Tugas dan tanggung jawab menciptakan kesejahteraan rakyat (kesejahteraan umum) menjadi beban yang harus diwujudkan pemerintah. Karena itu pemerintah memiliki kewenangan bertindak berdasarkan inisiatif sendiri, aktif, dan membuat kebijakan baru meskipun harus menyimpang dari undang-undang, apabila undang-undang tersebut tidak mampu memenuhi kesejahteraan umum.

Asas kebebasan bertindak memberikan peluang kepada pemerintah untuk membuat kebijakan-kebijakan dalam menjalankan tugas dan wewenangnya. Sebagai pelaksana undang-undang, secara prinsip,

85 Hotm P. Sibuea, *Op.Cit*., 38-39.
86 *Ibid*., 43

Penerbit ANDI

pemerintah perlu menjalankan tugas dan wewenangnya berdasarkan undang-undang, namun pemerintah dituntut dapat bertindak cepat dan memberikan solusi atas permasalahan yang mengganggu tercapainya kesejahteraan rakyatnya. Dalam hal ini, pemerintah dapat bertindak berdasarkan inisiatif sendiri, termasuk dalam bentuk membuat peraturan kebijakan yang bertujuan untuk menciptakan kesejahteraan rakyatnya.

Berkenaan dengan tanggung jawabnya menciptakan kesejahteraan rakyat, pemerintah telah mengubah perannya menjadi dua, yaitu sebagai penguasa dan sebagai pelayan masyarakat. Sebagai penguasa, pemerintah berwenang membuat peraturan dan mengatur kehidupan masyarakat agar tercipta kehidupan yang aman dan tertib, serta terlindunginya hak-hak individu. Sebagai pelayan masyarakat (pelayan publik), pemerintah bertugas untuk mengurus, menyelenggarakan, dan melayani segenap urusan dan kepentingan masyarakat. Kedua peran tersebut diemban pemerintah secara serasi dan harmoni, sehingga pemerintah tidak lagi sebagai pihak yang bertentangan atau lawan secara diametral dengan rakyat, tetapi sebagai rekan kerja dalam mencapai tujuan kesejahteraan umum. Sebaliknya rakyat tidak lagi terlalu konfrontatif dengan pemerintah seperti pada waktu mula-mula negara hukum dicetuskan, di mana rakyat melakukan sikap reaksi terhadap kekuasaan absolut, sedangkan pada negara hukum kesejahteraan sikap rakyat telah berubah dan menganggap pemerintah (penguasa) sebagai partner untuk mencapai kemakmurannya[87].

Penerbit ANDI

D. Negara Hukum Indonesia

Menurut Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 Indonesia adalah negara hukum. Fakta konstitusi ini telah menunjukkan perlu adanya hukum negara, dan telah melahirkan hukum yang terdiri atas peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan di dalam negara hukum Indonesia. Pemahaman tentang negara hukum Indonesia adalah sangat penting untuk memahami dengan jelas keberadaan dan fungsi peraturan kebijakan.

Konsep negara hukum Indonesia adalah suatu konsep tentang pemahaman negara hukum yang dianut oleh Negara Indonesia. Meskipun tidak dirumuskan

87 Azhary, *Op.Cit.*, 56-57. Dan lihat pula Padmo Wahyono, "Konsep Yuridis Negara Hukum Indonesia", Makalah September 1988, 4.

secara eksplisit tentang konsep negara hukum yang dianut oleh Negara Indonesia, namun unsur-unsur yang terdapat di dalam UUD 1945 dan sejarah berdirinya negara Kesatuan Republik Indonesia dapat diketahui adanya konsep negara hukum yang dianut oleh Negara Indonesia.

Negara Kesatuan Republik Indonesia (disingkat NKRI) berdiri sejak tanggal 17 agustus 1945. Pada saat itu Soekarno dan Muhammad Hatta, atas nama Bangsa Indonesia, memproklamasikan kemerdekaan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Kemerdekaan ini telah diraihnya berkat rahmat Allah SWT dan keinginan luhur Bangsa Indonesia untuk menjadi bangsa yang bebas dari belenggu penjajahan dan dapat menentukan nasibnya sendiri. Sejak itu, Indonesia menjadi sebuah negara yang memiliki kedaulatan, yang sejajar dengan negara-negara lain di dunia.

Satu hari setelah kemerdekaan, tepatnya tanggal 18 Agustus 1945, Bangsa Indonesia, melalui Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) menetapkan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia (disingkat UUD 1945). UUD 1945 yang ditetapkan terdiri atas Pembukaan dan Batang Tubuh UUD 1945. Meskipun tidak menyebutkan secara eksplisit tentang negara hukum, namun Negara Indonesia menganut prinsip negara hukum. Hal ini terlihat dari Pembukaan UUD 1945 Alinea keempat yang menyatakan "...maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia..." Kemerdekaan kebangsaan Indonesia mengandung arti berdirinya Negara Kesatuan Republik Indonesia, kedaulatan Bangsa Indonesia, dan kebebasan Bangsa Indonesia untuk menentukan nasib hidupnya sendiri atau terbebasnya Bangsa dan Negara Indonesia dari belenggu penjajahan bangsa lain. Segala kemauan atau kedaulatan bangsa Indonesia disusun di dalam UUD. UUD ini dinyatakan sebagian dari hukumnya dasar Negara Indonesia, yaitu hukum dasar yang tertulis[88] atau konstitusi negara yang dipakai sebagai landasan konstitusional kehidupan bernegara Kesatuan Republik Indonesia. Semua kekuasaan negara Indonesia ditentukan dan dilaksanakan berdasarkan hukum dasar (UUD) tersebut.

Penerbit ANDI

88 Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Kesaturan Republik Indonesia*, Penjelasan Umum angka I.

Pada tahun 1946, terbentuklah Penjelasan UUD 1945 yang diundangkan di dalam Berita Negara Republik Indonesia Nomor 75 Tahun 1946. Pada Penjelasan Umum angka IV dijelaskan mengenai Sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Salah satu bagian dari sistem pemerintahan dimaksud dijelaskan pada angka I bahwa "Indonesia, ialah negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*). Negara Indonesia berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*)". Penjelasan UUD 1945 ini mempertegas secara eksplisit konsep negara hukum Indonesia dengan menggunakan terminologi "negara yang berdasarkan atas hukum". Terminologi lain yang digunakan adalah *rechtsstaat* (bukan *rule of law*) yaitu paham negara hukum yang digunakan oleh negara-negara hukum Eropa Kontinental dan bukan paham negara hukum Anglo Saxon.

Pada tahun 1999, UUD 1945 dilakukan perubahan kali pertama (amendemen pertama) oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (disingkat MPR). Salah satu pasal yang diubah adalah Pasal 1. Pada awalnya rumusan Pasal 1 terdiri atas dua ayat, yaitu Ayat (1) yang menyatakan "Negara Indonesia adalah Negara Kesatuan yang berbentuk Republik" dan Ayat (2) yang menyatakan "Kedaulatan di tangan rakyat dan dilaksanakan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat". Setelah diubah, rumusan Pasal 1 menjadi tiga ayat yaitu Ayat (1) yang menyatakan "Negara Indonesia adalah Negara Kesatuan yang berbentuk Republik", Ayat (2) yang menyatakan "Kedaulatan di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar", dan Ayat (3) yang menyatakan "Negara Indonesia adalah Negara Hukum". Rumusan perubahan ini mempertegas dan memperkuat kedudukan hukum Indonesia sebagai negara hukum, karena penyataan negara hukum tercantum di dalam nomor batang tubuh hukum dasar yaitu di dalam Batang Tubuh (pasal-pasal) UUD 1945.

Berdasarkan hasil penelitiannya, Azhary menemukan unsur-unsur negara hukum Indonesia yang terdiri atas: (a) hukumnya bersumber pada Pancasila, (b) berkedaulatan rakyat, (c) sistem konstitusi, (d) persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan, (e) kekuasaan kehakiman yang bebas dari pengaruh kekuasaan lain, (f) pembentuk undang-undang adalah Presiden bersama Dewan Perwakilan Rakyat, dan (g) diaturnya Sistem MPR[89].

89 Azhary, *Negara Hukum...Op.Cit.*, 153.

Philipus M. Hadjon merumuskan unsur Negara Hukum Indonesia lebih singkat dengan menyatakan ada empat ciri di dalamnya. Keempat ciri Negara Hukum Indonesia dimaksud adalah (a) adanya hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan, (b) adanya hubungan fungsional dan proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara, (c) adanya penyelesaian sengketa melalui musyawarah dan peradilan sebagian sarana penyelesaian terakhir, serta (4) adanya keseimbangan antara hak dan kewajiban[90].

Ahli hukum lain, Muhammad Tahir Azhary menyatakan Negara hukum Indonesia memiliki lima ciri atau unsur. Kelima ciri atau unsur tersebut adalah (a) ada hubungan yang erat antara agama dan negara, (b) bertumpu pada Ketuhanan Yang Maha Esa, (c) kebebasan agama dalam arti sempit, (d) ateisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang, dan (e) asas kekeluargaan dan kerukunan[91].

Apabila penulis melihat dan mengkaji UUD 1945, maka sejak kelahirannya Negara Indonesia menganut konsep Negara Hukum kesejahteraan (*wefare state*) atau negara hukum material atau negara hukum modern. Hal ini dapat dilihat dari terpenuhinya ciri-ciri negara hukum kesejahteraan, yakni:

1. Adanya pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia.
   Pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia telah diatur dalam UUD 1945. Pada awalnya pengaturan hak asasi manusia secara implisit dimuat di dalam Pasal 26, Pasal 27, Pasal 28, dan Pasal 29 UUD 1945. Setelah dilakukan amendemen, pengaturan hak asasi manusia dibuat dalam pasal-pasal tersebut dan bab tersendiri yaitu Bab XA tentang Hak Asasi Manusia mulai dari Pasal 28A sampai dengan Pasal 28J. Aturan dasar ini telah diatur dan dijabarkan lebih lanjut dengan aturan formal ke dalam bentuk UU yaitu Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Bahkan Indonesia telah mengatur lembaga peradilan yang berwenang mengadili pelanggaran hak asasi manusia, yaitu Pengadilan Hak Asasi Manusia yang diatur di dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Penerbit ANDI

90 Philipus M. Hadjon, *Perlindungan...Op.Cit*., 85.

91 Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum-Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsinya Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini,* Cet. Pertama, (Jakarta: Bulan Bintang, 1992). 73.

2. Adanya pembagian kekuasaan negara.
   Sebagaimana diuraikan sebelumnya, Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk Republik. Sebagai negara kesatuan, Indonesia hanya memiliki satu negara yaitu Negara Indonesia, satu pemerintahan negara yaitu Pemerintah Negara Indonesia, dan satu konstitusi negara yaitu UUD 1945. Meskipun demikian, kekuasaan negara tidak dipegang oleh satu penguasa melainkan dipegang dan dilaksanakan oleh lembaga-lembaga negara berdasarkan sistem pembagian kekuasaan. Sesuai UUD 1945, sistem pembagian kekuasaan negara Indonesia secara horizontal adalah sebagai berikut:

   a. Kekuasaan konstitusi yaitu kekuasaan membentuk UUD dipegang oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), sebagaimana diatur di dalam Pasal-Pasal 3 jo Pasal 37;

   b. Kekuasaan legislatif yaitu kekuasaan membentuk undang-undang dipegang oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) bersama Presiden, dan dapat melibatkan Dewan Perwakilan Daerah (DPD) sebagaimana diatur di dalam Pasal 5 jo Pasal 20, Pasal 20A, Pasal 22C, dan Pasal 22D;

   c. Kekuasaan eksekutif yaitu kekuasaan melaksanakan undang-undang atau kekuasaan pemerintah yang dipegang oleh Presiden, sebagaimana diatur di dalam Pasal 4 Ayat (1);

   d. Kekuasaan yudikatif yaitu kekuasaan kehakiman untuk mengadili yang dipegang oleh Mahkamah Agung (MA) beserta empat lingkungan peradilan di bawahnya dan Mahkamah Konstitusi (MK), sebagaimana diatur dalam Pasal-Pasal 24, Pasal 24A, Pasal 24C, dan Pasal 25;

   e. Kekuasaan pemeriksaan keuangan (kekuasaan kontrol finansial) yang dipegang oleh Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), sebagaimana diatur di dalam Pasal 23E-Pasal 23C;

   f. Kekuasaan mengusulkan pengangkatan hakim agung dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim, yang dipegang oleh Komisi Yudisial, sebagaimana diatur dalam Pasal 24B;

Penerbit ANDI

g. Kekuasaan penyelenggaraan pemilihan umum yang dipegang oleh Komisi Pemilihan Umum sebagaimana diatur dalam Pasal-Pasal 22E;

Pembagian kekuasaan negara Indonesia juga dilakukan secara vertikal dengan pola desentralisasi (*decentralization*) dan tugas pembantuan (*medebewind*). Desentralisasi adalah penyerahan wewenang pemerintahan oleh pemerintahan pusat kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan sendiri dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Tugas Pembantuan adalah penugasan dari pemerintah kepada daerah dan/atau desa dari pemerintah provinsi kepada kabupaten/kota dan/atau desa serta dari pemerintah kabupaten/kota kepada desa untuk melaksanakan tugas tertentu.

Kekuasaan pemerintahan pusat dipegang oleh Presiden, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 4 Ayat (1) UUD 1945 bahwa Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar. Kekuasaan pemerintahan daerah dipegang oleh Kepala Daerah. Pasal 18 Ayat (1) UUD 1945 menyatakan Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah yang diatur dengan undang-undang. Undang-undang dimaksud yang terakhir adalah Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Penerbit ANDI

Melalui pola desentralisasi, setiap pemerintah daerah memiliki otonomi yaitu kewajiban, hak, dan wewenang daerah untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahannya sendiri. Otonomi dimaksud adalah otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang menurut undang-undang ditentukan sebagai urusan pemerintah Pusat [Pasal 18 Ayat (2) dan Ayat (5) UUD 1945]. Lebih lanjut Pasal 10 UU No. 32 Tahun 2004 menyatakan:

1) Pemerintah daerah menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh Undang-Undang Ini ditentukan menjadi urusan pemerintah.

2) Dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah sebagaimana dimaksud pada Ayat (1), pemerintah daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya untuk

mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan berdasarkan asas otonomi dan tugas pembantuan.

3) Urusan pemerintahan yang menjadi urusan pemerintah sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) meliputi:
   a) Politik luar negeri;
   b) Pertahanan;
   c) Keamanan
   d) Yustisi
   e) Moneter dan fiskal nasional; dan
   f) Agama.

Pemerintah daerah memiliki semua urusan pemerintahan kecuali enam urusan yang menjadi urusan pemerintah pusat. Meskipun demikian, pemerintah daerah dapat menyelenggarakan urusan pemerintah pusat apabila pemerintah pusat menugaskan kepada pemerintah daerah untuk menyelenggarakan urusan pemerintah pusat tertentu berdasarkan asas tugas pembantuan.

3. Adanya pemerintahan berdasarkan undang-undang atau hukum.
Pemerintahan berdasarkan undang-undang atau hukum telah diatur di dalam Pasal 4 Ayat (1) dan Pasal 9 UUD 1945. Pasal 4 Ayat (1) menyatakan Presiden memegang kekuasaan pemerintahan negara menurut Undang-Undang Dasar. Pasal 9 mengatur sumpah dan janji Presiden di hadapan Majelis Permusyawaratan Rakyat sebelum memangku jabatannya. Berikut adalah sumpah dan janji Presiden:

> Demi Allah, saya bersumpah akan mematuhi kewajiban Presiden Republik Indonesia (Wakil Presiden Republik Indonesia) dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya, memegang teguh Undang-Undang Dasar dan menjalankan segala undang-undang dan peraturannya dengan selurus-lurusnya serta berbakti kepada Nusa dan Bangsa.
>
> Saya berjanji dengan sungguh-sungguh akan memenuhi kewajiban Presiden Republik Indonesia (Wakil Presiden Republik Indonesia) dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya, memegang teguh

Penerbit ANDI

> Undang-Undang Dasar dan menjalankan segala undang-undang dan peraturannya dengan selurus-lurusnya serta berbakti kepada Nusa dan Bangsa.

Dengan mengingat kedua ketentuan di atas, maka peraturan perundang-undangan menjadi dasar semua tindakan pemerintah di semua sektor pemerintahannya.

4. Adanya persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan
   Jaminan negara dan pemerintah terhadap persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan bagi setiap warga negara Indonesia telah dicantumkan dalam Pasal 27 UUD 1945. Pasal tersebut menyatakan:

   > Setiap warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya, tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan, setiap warga negara berhak dan wajib ikut serta dalam upaya pembelaan negara.

   Persamaan kedudukan di dalam hukum dan pemerintahan diatur lebih lanjut dengan berbagai peraturan perundang-undangan sektoral, yang berlaku mengikat secara umum. Demikian juga penegakan hukum terhadap setiap orang yang melanggar peraturan perundang-undangan diproses melalui prosedur dan lembaga yang sama.

5. Adanya kekuasaan kehakiman yang bebas dari pengaruh kekuasaan lain.
   Kekuasaan kehakiman Negara Indonesia yang bebas dari pengaruh kekuasaan apa pun telah diatur di dalam Pasal 24 ayat (1) UUD 1945. Pasal tersebut menyatakan kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Untuk menjamin kemerdekaannya, kekuasaan kehakiman diselenggarakan oleh lembaga negara yang independen sebagaimana diatur dalam Pasal 24 ayat (2). Pasal 4 ayat (2) menyatakan kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan lain yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Penerbit ANDI

6. Adanya tugas negara/pemerintah untuk memajukan kesejahteraan umum dan mewujudkan keadilan sosial.
   Negara Indonesia mempunyai tugas memajukan atau menciptakan kesejahteraan umum dan keadilan sosial bagi warga negaranya. Hal ini tertera pada Pembukaan UUD 1945 Alinea 4, yang menyatakan "... membentuk Pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah dara Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial...".

   Tugas sebagaimana disebutkan di atas dikonkretkan lebih lanjut di dalam Pasal 33 Pasal 34 UUD 1945. Pasal 33 menyatakan perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan; cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara; buni dan air serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat; perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Pasal 34 UUD 1945 menentukan fakir miskin dan anak telantar dipelihara oleh negara; negara mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan; negara bertanggung jawab atas penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak.

   Dari beberapa pendapat berdasarkan hasil penelitian dan kajian terhadap UUD 1945 beserta peraturan pelaksananya tampak bahwa negara hukum Indonesia adalah negara hukum modern (*moderne staat*)[92], negara hukum material (*materiele staat*), atau negara hukum kesejahteraan (*wefare staat*), yang mempunyai ciri-ciri kombinasi anatara ciri yang dimiliki oleh *rechtsstaat* dan ciri yang dimiliki *rule of law*. Adanya jaminan pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia, pembagian kekuasaan,

92 Ridwan, *Op.Cit*., 79.

Penerbit ANDI

pemerintahan berdasarkan undang-undang, peradilan yang bebas, hukum menjadi dasar atau landasan kekuasaan (*supremacy of law*), persamaan di depan hukum, dan negara menciptakan kesejahteraan umum merupakan ciri-ciri negara hukum Indonesia.

Adanya kombinasi ciri-ciri negara hukum *rechtsstaat* dan *rule of law* pada Negara Hukum Indonesia merupakan hasil kompromi dari berbagai pola pemikiran yang muncul pada saat pembahasan tentang susunan negara Indonesia oleh para pendiri (*founding fathers*). Unsur-unsur pemikiran dari negeri Barat, nilai-nilai yang bersumber dari ajaran Islam, dan nilai-nilai yang khas dari pandangan hidup Bangsa Indonesia dimodifikasi menjadi konsep negara hukum khas Indonesia yang bertumpu pada paham monodualisme yang bersumber pada falsafah Pancasila dan UUD 1945[93]. Beberapa contoh paham monodualisme ini adalah manusia dipandang sebagai makhluk pribadi dan sekaligus sebagai makhluk sosial, pengakuan hak-hak asasi manusia tetapi adanya kewajiban asasi manusia, dan kepentingan pribadi dibatasi oleh kepentingan publik[94].

Sebagai negara hukum material atau modern, maka tugas negara dan pemerintah Indonesia adalah secara aktif mewujudkan kesejahteraan umum (rakyat Indonesia). Apabila merujuk Pembukaan UUD 1945 alinea keempat, maka tugas negara dan pemerintah adalah aktif melindungi segenap Bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia. Konsekuensi adalah pemerintah tidak terikat pada asas legalitas secara kaku tetapi fleksibel. Meskipun pada prinsipnya pemerintah bertugas berdasarkan hukum yang berlaku (*wetmatigheid van bestuur*) namun pemerintah dapat bertugas atau bertindak berdasarkan kewenangannya sendiri demi mewujudkan kesejahteraan umum bagi seluruh rakyat Indonesia.

Penerbit ANDI

93 *Ibid*., 83-84
94 Bagir Manan, *Perkembangan UUD 1945*, (Yogyakarta, FH UII Press, 2004) , 12-13.

Penerbit ANDI

BAB III

SISTEM PENGATURAN NEGARA

A. Pengertian Sistem Pengaturan Negara

Dalam kehidupan bernegara terdapat beberapa elemen yang saling berkaitan sehingga membentuk suatu sistem pengaturan negara. Dengan demikian, dalam sistem pengaturan negara terkait bagian-bagian pengaturan yang saling bergantung dan membentuk satu kesatuan yang utuh dalam mengatur negara.

Sistem pengaturan negara adalah sistem mengatur negara berdasarkan kekuasaan mengatur yang dimiliki lembaga atau pejabat melalui peraturan yang dibentuknya. Sistem ini muncul sebagai akibat dari paham Indonesia sebagai negara hukum. Sebagai negara hukum, maka keberadaan hukum di Indonesia merupakan keharusan, sehingga diperlukan sistem pengaturan negara Indonesia. Secara harfiah, yang dimaksud sistem adalah suatu keseluruhan terdiri dari beberapa bagian yang mempunyai hubungan fungsional antara bagian-bagian maupun hubungan fungsional terhadap keseluruhannya, sehingga hubungan itu menimbulkan suatu ketergantungan antara bagian-bagian yang akibatnya jika salah satu bagian tidak bekerja dengan baik maka akan memengaruhi keseluruhannya itu[1]. Bagian-bagian sistem tersebut mencakup elemen kekuasaan mengatur, lembaga atau pejabat yang berwenang mengatur, dan jenis peraturan yang dibuatnya.

Sistem pengaturan negara Indonesia sejalan dengan pandangan G. Jellinek yang menyatakan bahwa pemerintah mempunyai kekuasaan mengatur (*verordnungsgewalt*) dan kekuasaan memutus (*entscheidungsgewalt*)[2].

Penerbit ANDI

1 Carl J. Friedrich dalam oh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar…Op.Cit.,* (Jakarta: Sinar Bhakti, 1983), 171.

2 A. Hamid S. Attamimi, "Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalan Penyelenggaraan Pemerintahan Negara (Suatu Studi mengenai Keputusan Presiden yang berfungsi pengaturan dalam kurun waktu PELITA I – PELITA IV)", Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta 1990, 182.

Kekuasaan mengatur adalah kekuasaan membuat peraturan[3], sedangkan kekuasaan memutus adalah kekuasaan membuat keputusan, yaitu membuat norma individual dan konkret sebagai wujud implementasi norma peraturan terhadap peristiwa atau permasalahan konkret. Peraturan adalah norma hukum yang bersifat umum dan abstrak. Norma hukum umum adalah norma hukum yang berlaku bagi setiap orang, siapa saja, atau orang tidak ditentukan bilangannya (jumlahnya). Norma hukum abstrak adalah norma hukum yang mengatur perbuatan atau tingkah laku manusia yang tidak ditentukan waktu berlakunya, karena berlaku terus menerus.

Hans Nawiasky telah meneliti norma-norma hukum yang dibuat oleh negara-negara di dunia dalam rangka mengatur kehidupan bernegara. Berdasarkan hasil penelitiannya, negara dapat membentuk norma hukum untuk mengatur kehidupan bernegara, yang dapat digolongkan ke dalam empat kelompok norma hukum. Keempat kelompok norma hukum dimaksud adalah:

1. *Staatsfundamentalnorm* (norma fundamental negara);
2. *Staatsgrundgesetz* (aturan dasar negara/aturan pokok negara);
3. *Formell Gesetz* (undang-undang formal),
4. *Verordnung* dan *autonome Satzung* (aturan pelaksana dan aturan otonom)[4].

Staatsfundamentalnorm atau oleh Hans Kelsen disebut *grundnorm*[5] adalah norma hukum tertinggi di suatu negara. Norma ini ditetapkan (*pre-supposed*) oleh masyarakat dan diyakini sebagai norma tertinggi yang menjadi tempat bergantungnya norma-norma hukum di bawahnya. Norma ini merupakan landasan filosofis negara, yang mengandung kaidah-kaidah dasar pengaturan negara. Norma ini menjadi dasar pembentukan konstitusi (aturan dasar) atau undang-undang dasar negara (*staatsverfassung*)[6], yang harus ditetapkan lebih dahulu sebelum negara membentuk konstitusi. Melalui norma fundamental ini, negara menetapkan kaidah-kaidah filosofis (falsafah bangsa dan negara), sebagai dasar filosofis bangsa dan negara. Melalui norma ini juga negara dapat

Penerbit ANDI

3 Maria Farida Indrati S., *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*. (Yogyakarta: Kanisius, 2007), 131.
4 Hans Nawiasky dalam *Ibid*., 44-45.
5 Hans Kelsen dalam *Ibid*., 38-39.
6 *Ibid*. 46-47.

menetapkan dasar-dasar penjabaran filosofis bangsa dan negara ke dalam *staatgrungesetz* atau konstitusi negara.

Staatsgrundgesetz (aturan dasar negara) adalah norma yang dibentuk oleh negara berdasarkan *staatsfundamentalnorm*. Isinya berupa aturan dasar negara dalam garis besar mengenai organisasi negara, pembagian kekuasaan negara, hubungan antara lembaga-lembaga negara, dan hubungan antara negara dan warganya[7], yang kemudian disebut hukum dasar atau konstitusi. Menurut A. Hamid S. Attamimi isi penting bagi aturan dasar negara selain garis-garis besar atau pokok-pokok kebijaksanaan negara juga terutama aturan-aturan untuk memberlakukan atau memberi kekuatan mengikat norma-norma hukum atau peraturan perundang-undangan, atau dengan perkataan lain menggariskan tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan yang mengikat umum[8]. Berdasarkan norma ini, negara membentuk peraturan yang sifatnya menjabarkan lebih lanjut *staatsgrundgesetz* ke dalam *formell gesetz* (aturan formal).

Formell Gesetz diartikan secara harfiah adalah aturan (undang-undang) formal. Untuk Indonesia pengertian undang-undang formal menunjuk pada satu jenis peraturan yang ada di Indonesia yang disebut undang-undang, sehingga sebenarnya tidak perlu menambahkan kata formal dalam sebutan undang-undang di Indonesia. Norma ini merupakan penjabaran dari norma *staatsgrundgesetz* yang lebih konkret dan terinci dalam bentuk perbuatan nyata yang sudah dapat langsung berlaku di dalam masyarakat[9]. Melalui aturan formal ini, negara mengatur kehidupan bernegara pada aspek-aspek tertentu, yang dapat diikuti dengan sanksi hukumnya, baik sanksi pidana maupun sanksi pemaksa[10].

Verordnung dan autonome satzung adalah peraturan pelaksana dan peraturan otonom yang menjabarkan lebih lanjut *formell gesetz*. Peraturan pelaksana dibentuk berdasarkan kewenangan delegasi dan peraturan otonom dibentuk berdasarkan kewenangan atribusi. Atribusi kewenangan adalah pemberian kewenangan untuk membentuk peraturan perundang-undangan yang diberikan oleh *grondwet* (UUD) atau *wet* (UU) yang sifatnya melekat

7 Hans Nawiasky dalam Ibid., 48-49.
8 A. Hamid S. Attamimi, "Peranan...Loc.Cit"., 5.
9 Maria Farida Indrati S., *Op.Cit*., 51.
10 *Ibid.,* 52.

Penerbit ANDI

secara terus-menerus dan dapat dilaksanakan atas prakarsa sendiri pada setiap waktu apabila diperlukan. Delegasi kewenangan adalah pelimpahan kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kepada peraturan perundang-undangan yang lebih rendah, baik pelimpahan itu dinyatakan secara tegas maupun tidak dinyatakan secara tegas.[11]

Apabila sistem pengaturan negara menurut Hans Nawiasky di atas diimplementasikan di Negara Indonesia, maka dapat dikemukakan padanannya adalah sebagai berikut:

1. *Staatsfundamentalnorm* (norma fundamental negara) adalah Pancasila;
2. *Staatsgrundgesetz* (aturan dasar negara/aturan pokok negara) adalah UUD 1945 dan Tap MPR;
3. *Formell Gesetz* (undang-undang formal) adalah UU/PERPU;
4. *Verordnung* dan *autonome satzung* (aturan pelaksana dan aturan otonom)[12] adalah misalnya PP, Perpres, Permen, Pergub, Perbup, Perwali kota, dan lain-lain sebagai peraturan pelaksana, sedangkan Perda, Peraturan Kepala Badan Negara, Peraturan Komisi Independen, dan peraturan desa sebagai peraturan otonom.

Menurut hukum positif Indonesia, UUD 1945 adalah hukum dasar atau hukum tertinggi Negara Indonesia. Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 menyatakan kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Ketentuan ini menunjukkan Indonesia adalah negara demokrasi, yang berarti rakyat memegang kekuasaan tertinggi negara. Ini berarti, rakyat memegang kekuasaan tertinggi untuk mengatur negara[13]. Mengingat UUD 1945 menegaskan bahwa kedaulatan rakyat dilaksanakan menurut UUD maka pelaksanaan kedaulatan rakyat untuk mengatur negara perlu melihat ketentuan UUD 1945.

UUD 1945 telah menentukan dan mengatur lembaga atau pejabat yang melaksanakan kedaulatan pengaturan negara. Demikian juga UUD 1945 telah menentukan dan mengatur jenis peraturan yang dibentuknya, yang kemudian

11 *Ibid*., 55-56.
12 Hans Nawiasky dalam *Ibid*, 44-45.
13 Bintan R. Saragih, *Kedaulatan Rakyat dan pemilihan Umum*, (Jakarta: UI Press, 1984), 28.

Penerbit ANDI

disebut peraturan perundang-undangan. Ada beberapa pasal dalam UUD 1945 yang mengatur lembaga atau pejabat pembentuk dan jenis peraturan perundang-undangan, yang kemudian diatur lebih lanjut di dalam UU No. 12 tahun 2011. Selain itu, berdasarkan UU No. 30 Tahun 2014 jo yurisprudensi Putusan MA telah muncul aturan hukum mengenai kekuasaan mengatur negara berdasarkan kewenangan diskresi. Jenis peraturannya adalah peraturan kebijakan. Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, maka sistem pengaturan negara Indonesia meliputi dua subsistem, yaitu subsistem pengaturan negara melalui peraturan perundang-undangan dan subsistem pengaturan negara melalui peraturan kebijakan. Kedua subsistem pengaturan dimaksud adalah sebagai berikut di bawah ini.

B. Pengaturan Negara melalui Peraturan Perundang-undangan

UUD 1945 telah menciptakan kekuasaan mengatur negara dan jenis peraturan yang dibuatnya secara garis besar. Ada tiga macam kekuasaan mengatur dan jenis peraturan negara yang diatur oleh UUD 1945, yaitu:

1. Kekuasaan mengatur negara melalui konstitusi atau hukum dasar. Kekuasaan ini dimiliki dan dilaksanakan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (disingkat MPR). Jenis peraturan yang dibuatnya adalah UUD, sebagaimana diatur di dalam Pasal 3 jo Pasal 37 UUD 1945)[14] dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (disingkat Tap MPR).
2. Kekuasaan mengatur negara melalui legislasi. Kekuasaan ini dipegang dan dilaksanakan oleh Dewan Perwakilan Rakyat (disingkat DPR) dan bersama Presiden. Jenis peraturan yang dibuatnya adalah undang-undang

Percetakan ANDI

14 *Ibid*, Pasal 3 Ayat (1) menyatakan Majelis Permusyawaratan Rakyat berwenang mengubah dan menetapkan Undang-Undang Dasar. Pasal 37 Ayat (1) menyatakan Usul perubahan pasal-pasal Undang-Undang Dasar dapat diagendakan dalam sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat apabila diajukan oleh sekurang-kurangnya 1/3 dari jumlah anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat, (2) menyatakan setiap usul perubahan pasal-pasal Undang-Undang Dasar diajukan secara tertulis dan ditunjukan dengan jelas bagian yang diusulkan untuk diubah beserta alasannya, (3) menyatakan untuk mengubah pasal-pasal Undang-Undang Dasar, sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat dihadiri oleh sekurang-kurangnya 2/3 dari jumlah anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat, (4) menyatakan putusan untuk mengubah pasal-pasal Undang-Undang Dasar dilakukan dengan persetujuan sekurang-kurangnya lima puluh persen ditambah satu anggota dari seluruh anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat, (5) menyatakan khusus tentang bentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia tidak dapat dilakukan perubahan.

(disingkat UU), sebagaimana diatur di dalam Pasal 5 Ayat (1), jis Pasal 20, Pasal 20A ayat (1), dan Pasal 21 UUD 1945[15].

3. Kewenangan mengatur negara melalui eksekutif. Kekuasaan ini dipegang dan dilaksanakan oleh Presiden untuk membuat peraturan pemerintah pengganti undang-undang. Jenis peraturan yang dibuatnya adalah Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (disingkat PERPU), sebagaimana diatur di dalam Pasal 22 Ayat (1) UUD 1945[16]. Kekuasaan mengatur juga dipegang dan dilaksanakan oleh Presiden untuk melaksanakan UU sebagaimana mestinya. Jenis peraturan yang dibuatnya adalah Peraturan Pemerintah (disingkat PP) berdasarkan pelimpahan dari UU yang bersangkutan, sebagaimana disebutkan pada Pasal 5 Ayat (2) UUD 1945[17].

Kekuasaan mengatur melalui konstitusi dan legislasi merupakan kekuasaan mengatur melalui peraturan perundang-undangan, sedangkan kekuasaan mengatur melalui eksekutif disebut kekuasaan mengatur melalui peraturan kebijakan. Pasal 1 angka 2 UU No. 12 Tahun 2011 peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Jenis peraturan perundang-undangan menurut UU ini, sebagaimana telah penulis kemukakan pada Bab I terdiri atas UUD 1945

Penerbit ANDI

15 *Ibid.*, Pasal 5 (1) menyatakan Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada Dewan Perwakilan Rakyat. Pasal 20 Ayat (1) Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang, Ayat (2) menyatakan setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama. Ayat (3) menyatakan jika rancangan undang-undang itu tidak mendapatkan persetujuan bersama, rancangan undang-undang itu tidak boleh diajukan lagi dalam persidangan Desan Perwakilan Rakyat masa itu. Ayat (4) menyatakan Presiden mengesahkan rancangan undang-undang yang telah mendapat persetujuan bersama menjadi undang-undang. Ayat (5) menyatakan dalam hal rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu tiga puluh hari semenjak rancangan undang-undang itu disetujui, rancangan undang-undang tersebut sah menjadi undang-undang dan wajib diundangkan. Pasal 20A Ayat (1) Dewan Perwakilan Rakyat memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran, dan fungsi pengawasan. Pasal 21 menyatakan Anggota Desan Perwakilan Rakyat berhak mengajukan usul rancangan undang-undang.

16 *Ibid*., Pasal 22 Ayat (1) menyatakan Dalam hal ikwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang.

17 *Ibid*., Pasal 5 Ayat (2) menyatakan Presiden menetapkan peraturan pemerintah untuk melaksanakan undang-undang sebagaimana mestinya.

sampai dengan Peraturan Kepala Desa. Berdasarkan derajat normanya, sistem pengaturan negara terdiri atas dua subsistem pengaturan berikut.

1. Pengaturan Negara melalui Konstitusi

Subsistem pengaturan negara melalui konstitusi disebut subsistem pengaturan negara secara konstitusi, yaitu subsistem pengaturan negara berdasarkan kewenangan konstitusional. Subsistem ini memberikan kewenangan kepada lembaga konstitusi (konstituante), yaitu lembaga yang berwenang membentuk konstitusi atau aturan dasar negara (*staatsgrudgesetz*). Dalam literatur, masih belum banyak ahli hukum yang menyajikan pendapat tentang kewenangan mengatur negara oleh lembaga konstitusi, karena sebagian besar ahli hukum berpendapat bahwa kewenangan mengatur negara Indonesia ada pada lembaga legislator yang memiliki kekuasaan legislatif. Namun dalam sistem pengaturan negara Indonesia menurut UUD 1945, terdapat kewenangan mengatur negara Indonesia secara konstitusi.

Istilah konstitusi berasal dari istilah *konstitutie* atau *grondwet* (Belanda) atau *constitutions* (Bahasa Inggris) atau *grundgesetz* (Bahasa Jerman) dan dalam Bahasa Indonesia disebut juga Undang-Undang Dasar[18]. Konstitusi mengandung kata sifat (*adjective*) yang berarti bersifat UUD, yakni aturan-aturan yang sifat dasar yang disebut konstitusi atau UUD, yang menurut Hans Nawiasky disebut *staatsgrundgesetz*. Meskipun demikian, sampai saat ini para ahli hukum masih berbeda pendapat mengenai pengertian konstitusi dan UUD. Sebagian ahli hukum berpendapat bahwa konstitusi lebih luas daripada UUD, dan sebagian ahli hukum lainnya berpendapat bahwa konstitusi adalah sama dengan UUD.

L. J. Van Apeldoorn menyatakan *constitutie* lebih luas dari *grondwet*, karena *grondwet* hanya memuat bagian tertulis saja dari *constitutie*. Herman Heller yang diikuti oleh Harmailly Ibrahim berpendapat sama dengan L.J. van Apeldorn bahwa konstitusi itu lebih luas daripada UUD, karena UUD hanya merupakan salah satu pengertian dari tiga pengertian konstitusi. Ketiga pengertian konstitusi dimaksud adalah:

18 Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit*. 17.

PENERBIT ANDI

a. Konstitusi yang mencerminkan kehidupan politik di dalam masyarakat sebagai suatu kenyataan (*Die Politische Vervassung als gesellscheftliche Wirklichkeit*). Di sini konstitusi belum merupakan konstitusi dalam arti hukum (*ein Rechtsverfassung*) melainkan dalam arti sosiologis atau politik;

b. Konstitusi sebagai kesatuan kaidah hukum (*Die Verselbatandigte Rechtsverfassung*). Di sini konstitusi sudah mempunyai pengertian hukum namun masih belum dirumuskan dalam suatu naskah hukum konstitusi;

c. Konstitusi yang ditulis dalam suatu naskah sebagai peraturan perundang-undangan tertinggi" yaitu naskah konstitusi[19].

Menurut pendapat ini, UUD mengandung pengertian lebih sempit daripada konstitusi, karena UUD hanyalah sebuah naskah konstitusi tertulis, sedangkan konstitusi itu sendiri meliputi juga dua pengertian lainnya.

Pendapat yang hampir sama dikemukakan oleh K.C. Wheare. Ahli hukum ini mengatakan:

"*The word constitutions is commonly used in at leas two senses in any ordinary discussion of political affairs. First of all it is used to described the whole system of government on a country, the collection of rules which establish and regulate or govern the government. This rules are partly legal, in the sense that courts of law will recognize and apply them, and partly non-legal or extra legal, taking the form of usages, understandings, custom, or conventions which courts do not recognize as law but which are not less effective in regulating the government than the rules of law strictly co colled… Second, it is used to described not the whole collection of rules, legal, and non-legal, but rather a collection of them which has usually been embodied in one document or in a few closely relacted document*" [20] (istilah konstitusi pada umumnya dipergunakan di dalam dua pengertian dalam membicarakan negara. Pertama, istilah tersebut dipergunakan untuk menunjuk kepada seluruh sistem pemerintahan

19 Moc. Kusnadi dan Harmaily Ibrahim, *Op.Cit.*, 60-62.
20 K.C. Wear, *Modern Constitutional*, (London: Rousell & Rousell, 1973), 1-2.

Penerbit ANDI

negara, kumpulan peraturan mengenai pembentukan dan mengatur pemerintahan negara. Seluruh peraturan ini dapat digolongkan ke dalam dua golongan, yaitu peraturan yang berderajat legal yang disebut hukum yang dapat dipaksakan penerapannya oleh pengadilan dan yang disebut non-legal atau ekstra legal yang disebut *usages*, *understandings*, *customs*, atau *conventions* yang tidak dapat dipaksakan oleh pengadilan penerapannya, tetapi efektif dalam mengatur negara dibandingkan dengan peraturan legal. Kedua, istilah tersebut digunakan bukan untuk menunjuk kepada kumpulan peraturan yang legal dan tidak legal, tetapi suatu kumpulan peraturan yang biasanya dituangkan ke dalam satu dokumen).

Pendapat di atas memperlihatkan konstitusi memiliki dua pengertian, yaitu konstitusi yang tidak dituangkan ke dalam suatu dokumen dan yang dituangkan ke dalam suatu dokumen. UUD dianggap sebagai konstitusi yang dituangkan ke dalam suatu dokumen, sedangkan konstitusi meliputi juga hukum dasar yang tidak dituangkan ke dalam suatu dokumen. Ini berarti UUD diartikan lebih sempit dibandingkan dengan konstitusi.

Pendapat di atas juga diikuti oleh J.C.T. Simorangkir, dengan mengatakan bahwa "UUD 1945 adalah konstitusi yang tertulis sedangkan konvensi ketatanegaraan adalah konstitusi yang tidak tertulis. Konstitusi dipandang sebagai pengertian genusnya sedangkan UUD sebagai spesiesnya"[21]. G.J. Wolhoft juga memandang konstitusi sebagai genusnya sedangkan UUD sebagai spesiesnya[22]. Pendapat ini mengartikan UUD merupakan bagian dari konstitusi.

Pendapat-pendapat di atas pernah diperkuat oleh Penjelasan UUD 1945 (Penjelasan UUD 1945 sudah tidak digunakan lagi sejak tahun 1999) dengan menyebutkan "Undang-Undang Dasar adalah sebagian hukumnya dasar negara, karena selain hukum dasar negara yang tertulis terdapat pula hukum dasar negara yang tidak tertulis. Hukum dasar yang tidak tertulis ini disebut konvensi ketatanegaraan.

21 Simorangkir, J.C.T. *Hukum dan Konstitusi Indonesia* I. Cet. 2 (Jakarta: Gunung Agung, 1987), 2-3.

22 Wolhoft, I.G. *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Republik Indonesia*. (Jakarta: Timun Mas, 1960), 19.

Penerbit ANDI

Berbeda dengan pendapat-pendapat di atas, pendapat lain menyatakan UUD adalah sama dengan konstitusi. Penyamaan pengertian ini telah berkembang sejak abad ke 17, ketika Oliver Cromwell menamakan Undang-Undang Dasar sebagai *instrument of government* atau pegangan pemerintah untuk memerintah[23]. Paham ini kemudian diadopsi oleh Amerika Serikat dan Prancis, sehingga muncullah Konstitusi Amerika Serikat dan Konstitusi Prancis. Lasalle dan Struyken yang menganut paham modern juga mengikuti jejak Oliver Cromwell dengan menyatakan konstitusi sama dengan Undang-Undang Dasar.

Di Indonesia, Wirjono Prodjodikoro memiliki pendapat yang sepaham dengan pendapat Oliver Cromwell. Wirjono Prodjodikoro menyatakan:

> "Perkataan konstitusi berarti pembentukan, yang berasal dari kata kerja *constituer* (Prancis) yang berarti membentuk, sedangkan kita tahu yang dibentuk adalah negara. Jadi konstitusi mengandung permulaan dari segala peraturan mengenai suatu negara. Konstitusi sama dengan *Grondwet* dalam bahasa Belanda dan di Indonesia sama dengan Undang-undang Dasar"[24].

Juniarto juga mengatakan "untuk menyebut pengertian tersebut (maksudnya UUD) dalam kalangan orang Indonesia, di samping istilah Undang-Undang Dasar lazim pula digunakan istilah konstitusi. Demikian pula orang Belanda, di samping menyebut istilah *Grondwet* juga mengenal istilah *Konstitutie*"[25].

Sri Soemantri dalam tulisannya menyebutkan "Negara Republik Indonesia mempunyai Undang-undang Dasar atau Konstitusi"[26] Tulisannya ini mengandung arti bahwa UUD adalah sama dengan konstitusi. Hal ini dipertegas dengan pernyataannya yang ditulis dalam catatan kaki dari bukunya bahwa "penulis menggunakan istilah konstitusi adalah sama dengan Undang-Undang Dasar (*grondwet*)"[27].

Penerbit ANDI

23 *Ibid*.
24 Wirjono Prodjodikoro. *Azas-azas Hukum Tata Negara Di Indonesia*. (Jakarta: Dian Rakyat, 1970), 11
25 Juniarto. *Selayang Pandang Tentang Sumber-sumber Hukum Tata Negara DI Indonesia*. (Yogyakarta: Liberty, 1987), 27.
26 Sri Soemantri,. *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*. (Bandung: Alumni, 1986), 1.
27 *Ibid*.

Apabila memperhatikan praktik penggunaan kedua istilah di atas, Negara Republik Indonesia pernah menggunakan kedua istilah itu untuk maksud yang sama. Pada tahun 1945 Indonesia menggunakan istilah UUD ketika menetapkan Oendang-Oendang Dasar Negara Kesatoean Repoeblik Indonesia Tahoen 1945. Pada tahun 1949 Indonesia menggunakan istilah konstitusi ketika menetapkan Konstitusi Republik Indonesia Serikat (Konstitusi RIS). Pada tahun 1950 Indonesia menggunakan kembali istilah UUD ketika menetapkan Undang-Undang Dasar Sementara Tahun 1950. Kemudian sejak tahun 1959, dengan Dekrit Presiden 5 Juli 1959 Indonesia kembali menggunakan istilah UUD (yakni dengan menetapkan kembali UUD 1945 sebagai UUD Negara Kesatuan Republik Indonesia).

Berdasarkan praktik ketatanegaraan Indonesia tersebut, fakta menunjukkan bahwa penggunaan istilah UUD dan konstitusi di Negara Indonesia mengandung pengertian yang sama. Negara Indonesia menggunakan istilah UUD atau konstitusi sebagai hukum dasar negara Indonesia. Hal ini tampak pada pertama, digunakannya istilah UUD yakni Oendang-Oendang Dasar Negara Kesatoean Repoeblik Indonesia yang kemudian dikenal dengan sebutan UUD 1945 pada praktik kenegaraan periode tahun 1945-1949. Pada masa itu terdapat hukum dasar negara tertulis yakni UUD 1945 dan yang tidak tertulis konvensi ketatanegaraan. Kedua, pada periode ketatanegaraan tahun 1949-1950 negara Indonesia menggunakan istilah konstitusi yaitu Konstitusi Republik Indonesia Serikat yang dikenal dengan singkatan Konstitusi RIS. Pada masa itu terdapat hukum dasar tertulis dengan sebutan Konstitusi RIS dan hukum dasar tidak tertulis yaitu konvensi ketatanegaraan. Ketiga, pada periode ketatanegaraan tahun 1950-1959, negara Indonesia menggunakan istilah UUD yakni Undang-Undang Dasar Sementara, yang kemudian dikenal dengan singkatan UUDS tahun 1950. Pada masa itu terdapat hukum dasar tertulis dengan sebutan UUDS 1950 dan hukum dasar tidak tertulis dengan sebutan konvensi ketatanegaraan. Keempat, para periode ketatanegaraan tahun 1959 sampai dengan sekarang, Negara Indonesia menggunakan kembali istilah UUD yakni dengan memberlakukannya kembali UUD 1945 sebagai UUD Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pada masa ini terdapat hukum dasar tertulis dengan sebutan UUD 1945 dan hukum dasar tidak tertulis dengan sebutan konvensi ketatanegaraan.

Penerbit ANDI

Berdasarkan praktik ketatanegaraan di atas, Negara Indonesia mengartikan istilah UUD/konstitusi sebagai pengertian genus, sedangkan UUD 1945, Konstitusi RIS 1949, UUDS 1950 dan konvensi ketatanegaraan mengandung pengertian spesiesnya. Kedua istilah konstitusi dan UUD memiliki arti yang sama, yakni hukum dasar yang tertulis dan tidak tertulis. Persamaan ini dapat penulis gambarkan pada tabel 1 di bawah ini:

Tabel 1: Hukum Dasar Negara Indonesia[28]

NO	MASA KENEGARAAN	HUKUM DASAR TERTULIS	HUKUM DASAR TIDAK TERTULIS
1	Tahun 1945-1945, pakai istilah UUD	UUD 1945	Konvensi Ketatanegaraan
2	Tahun 1949-1950 pakai istilah konstitusi	Konstitusi RIS	Konvensi Ketatanegaraan
3	Tahun 1950-1959, pakai istilah UUD	UUDS 1950	Konvensi Ketatanegaraan
4	Tahun 1959-sekarang, pakai istilah UUD	UUD 1945	Konvensi Ketatanegaraan
Pengertian UUD/Konstitusi		UUD tertulis atau Konstitusi tertulis	UUD tidak tertulis atau Konstitusi tidak tertulis

Penerbit ANDI

Konstitusi atau UUD di atas menunjuk pada suatu dokumen tentang *a frame of political society, organized through an by law, that is to say, one in which law has established permanent institution with regoqnized functions and definite right* (sebuah kerangka masyarakat politik, yang diorganisasikan melalui dan oleh hukum, yang dapat dikatakan dengan hukum tersebut dibentuk oleh lembaga-lembaga permanen (tetap) dengan diberi fungsi dan hak-hak tertentu). Konstitusi dirumuskan juga sebagai *a collection of principles, according to which the power of the government, the rights of the government, and relations between the two are adjusted* (suatu kumpulan prinsip-prinsip kekuasaan pemerintah, hak-hak yang diperintah, dan hubungan antara keduanya). UUD atau konstitusi

28 Sebutan hukum dasar Negara Indonesia adalah sesuai dengan sebutan UUD yang ditetapkan pada tahun 1945, 1949, 1950, dan yang ditetapkan kembali tahun 1959.

menunjuk pada satu jenis peraturan yang mempunyai kedudukan, fungsi, dan materi muatan hukum dasar atau hukum tertinggi negara.

Ahli hukum lain yang memandang UUD dan konstitusi adalah tidak sama, membedakan pengertian konstitusi (UUD) dalam arti luas dan konstitusi (UUD) dalam arti sempit. Konstitusi (UUD) dalam arti luas adalah keseluruhan peraturan yang menggambarkan peraturan tertulis (legal) dan tidak tertulis (non-legal) yang tidak hanya tertuang dalam satu dokumen, sedangkan konstitusi (UUD) dalam arti sempit adalah hanya mencakup konstitusi/UUD tertulis. Apabila pengertian ini dihubungkan dengan Indonesia, maka konstitusi/UUD dalam arti luas mencakup konstitusi/UUD 1945 dan konvensi ketatanegaraan, sedangkan konstitusi/ UUD dalam arti sempit hanya mencakup konstitusi/UUD 1945.

Maksud pengaturan negara Indonesia melalui konstitusi adalah membuat aturan dasar negara. Peraturan ini disebut konstitusi atau UUD, yang dalam konteks pembuatan peraturan dasar di sini adalah konstitusi atau UUD yang tertulis, karena konvensi ketatanegaraan tidak dibentuk secara tertulis. Apabila mengacu pada hukum dasar/UUD tertulis yang berlaku saat ini, yakni UUD 1945, maka hukum dasar yang dibuat adalah UUD 1945. Pengaturan ini ditegaskan di dalam Pasal 3 dan Pasal 37 UUD 1945. Pasal 3 ayat (1) yang menyatakan Majelis Permusyawaratan Rakyat berwenang mengubah dan menetapkan Undang-undang Dasar. Pasal 37 menyatakan:

a. Usul perubahan pasal-pasal Undang-Undang Dasar dapat diagendakan dalam sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat apabila diajukan oleh sekurang-kurangnya 1/3 dari jumlah anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat.

b. Setiap usul perubahan Undang-Undang Dasar diajukan secara tertulis dan ditunjukkan dengan jelas bagian yang diusulkan untuk diubah dan alasannya.

c. Untuk mengubah pasal-pasal Undang-Undang Dasar sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat dihadiri oleh sekurang-kurangnya 2/3 dari jumlah anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat.

Penerbit ANDI

d. Putusan untuk mengubah pasal-pasal Undang-Undang Dasar dilakukan dengan persetujuan sekurang-kurangnya lima puluh persen ditambah satu anggota dari seluruh anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat.

e. Khusus tentang bentuk negara Kesatuan Republik Indonesia tidak yang dapat dilakukan perubahan.

Ketentuan di atas menetapkan bahwa kekuasaan pengaturan negara secara konstitusi (kekuasaan konstitusi) negara Indonesia berada dan dilaksanakan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Dalam hal ini, MPR berwenang mengatur negara melalui UUD. MPR berwenang membuat UUD baru dan mengubah UUD 1945. Sri Soemantri menyatakan pada satu sisi MPR adalah Konstituante atau majelis pembuat Undang-Undang Dasar, sedangkan di lain pihak lembaga ini adalah majelis pengubah Undang-Undang Dasar. Berbeda dengan pendapat Sri Soemantri, A. Hamid S. Attamimi menyatakan bahwa baik menetapkan maupun mengubah UUD, MPR bertindak sebagai Konstituante yaitu lembaga pembentuk UUD. Menurut penulis, fungsi menetapkan dan mengubah UUD adalah fungsi membuat UUD, baik UUD baru maupun UUD perubahan. Karena itu pada saat MPR melakukan kedua fungsi tersebut, MPR berkapasitas sebagai konstituante (pembentuk UUD).

Di lihat dari normanya, konstitusi atau UUD merupakan norma pembentukan negara atau permulaan negara, yang mengatur pokok-pokok atau dasar-dasar tentang negara. Isinya adalah aturan negara dalam garis besar mengenai tujuan dan kebijakan umum negara yang menyangkut kerangka dasar mengenai apa yang harus diperbuat oleh bangsa dan negara (*frame of nation and state*). UUD *is usually characterized as it fundamental law, is the bases of the national legal order* (biasanya bercirikan sebagai hukum dasar, yang merupakan dasar pembentukan hukum nasional) dan *regulating the creation of general norms* (*statutes*) *may also determine the content of future statutes* (mengatur pembentukan norma-norma umum (UU) yang bisa juga menentukan isi UU berikutnya). Karena itu pembentukan norma ini lebih awal daripada norma-norma hukum lainnya. Ini berarti UUD adalah aturan pertama yang dibentuk oleh negara, yang mengatur negara itu sendiri.

Penerbit ANDI

Ketika Penjelasan UUD 1945 masih berlaku mengikat secara umum dijelaskan bahwa Undang-Undang Dasar menciptakan pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan dan pasal-pasalnya. Pokok-pokok pikiran pembukaan UUD 1945 terdiri atas:

a. "Negara" –begitu bunyinya- yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dengan berdasar atas persatuan dengan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.
b. Dengan "pembukaan" ini diterima aliran pengertian Negara Persatuan, negara yang melindungi dan meliputi segenap bangsa seluruhnya. Jadi, negara mengatasi segala paham golongan, mengatasi segala paham perseorangan. Negara, menurut pengertian "pembukaan" itu menghendaki persatuan meliputi segenap bangsa Indonesia seluruhnya. Inilah suatu dasar negara yang tidak boleh dilupakan.
c. Negara hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat.
d. Pokok yang ketiga yang terkandung dalam "pembukaan" ialah negara yang berkedaulatan rakyat berdasarkan atas kerakyatan dan permusyawaratan perwakilan. Oleh karena itu, sistem negara yang terbentuk dalam Undang-Undang Dasar harus bersumber atas kedaulatan rakyat dan berdasar atas permusyawaratan perwakilan. Memang aliran ini sesuai dengan masyarakat Indonesia.
e. Pokok pikiran yang keempat yang terkandung dalam "pembukaan" ialah negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.
f. Oleh karena itu, Undang-Undang Dasar ini harus mengandung isi yang mewajibkan Pemerintah dan lain-lain penyelenggara negara, untuk memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur dan memegang teguh cita-cita moral rakyat yang luhur.

Keempat pokok pikiran di atas, dijabarkan lebih lanjut oleh lembaga konstitusi (MPR) ke dalam Batang Tubuh (pasal-pasal) UUD 1945.

Penerbit ANDI

Pembukaan UUD 1945 adalah wujud lain dari rumusan Pancasila, sehingga pada hakikatnya Pembukaan UUD 1945 adalah Pancasila. Pancasila adalah lima sila/dasar negara, yang menjadi dasar negara, falsafah bangsa dan negara, pandangan hidup bangsa, cita-cita luhur bangsa Indonesia, yang mencakup:

a. Ketuhanan Yang Maha Esa.
b. Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab.
c. Persatuan Indonesia.
d. Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan.
e. Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Pancasila adalah *staatsfundamentalnorm* (norma pokok negara). Untuk mengatur kehidupan bernegara secara garis besar, maka norma Pancasila dirumuskan lebih lanjut ke dalam bentuk aturan dasar di dalam UUD 1945. Norma aturan dasar tersebut dirumuskan dalam bentuk pasal-pasal, sehingga UUD 1945 sudah berwujud hukum atau peraturan negara yang disebut hukum dasar atau hukum tertinggi negara. Kemudian dijelaskan lebih lanjut dalam Penjelasan UUD 1945 bahwa:

> maka telah cukup jikalau Undang-Undang Dasar hanya memuat aturan-aturan pokok, hanya memuat garis-garis besar sebagai instruksi kepada pemerintah pusat dan lain-lain penyelenggara negara untuk menyelenggarakan kehidupan negara dan kesejahteraan sosial. Terutama bagi negara baru dan muda, lebih baik hukum dasar yang tertulis hanya memuat aturan-aturan pokok, sedang aturan-aturan yang menyelenggarakan aturan pokok itu diserahkan kepada undang-undang yang lebih mudah caranya membuat, mengubah, dan mencabut.

Ini berarti, pembentukan peraturan negara dalam jenis UUD oleh lembaga konstitutif (MPR) hanya untuk mengatur kehidupan bernegara dalam garis besar atau pokok-pokoknya saja. Berdasarkan aturan pokok ini, negara dalam mengatur lebih lanjut ke dalam jenis peraturan yang lebih rendah yang mengatur kehidupan bernegara lebih rinci lagi.

Penerbit ANDI

Meskipun pada awalnya, aturan dasar berjenis UUD, namun sejak ditetapkannya Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Nomor XX/MPRS/1966, telah dimunculkan aturan dasar berjenis Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (disingkat Tap MPR). Kedudukan Ketetapan MPR berada satu tingkat di bawah UUD 1945. Sejak itu, MPR selalu membentuk Ketetapan MPR pada setiap sidang MPR lima tahunan. Kemudian, keberadaan Ketetapan MPR pernah dihilangkan dari statusnya sebagai peraturan negara. Hal ini tampak dari penyebutan jenis peraturan perundang-undangan yang diatur di dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Menurut Pasal 7 ayat (1) UU tersebut jenis-jenis peraturan perundang-undangan terdiri atas:

a. Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945.
b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.
c. Peraturan pemerintah.
d. Peraturan Presiden.
e. Peraturan daerah.

Selanjutnya ayat (4) menyebutkan jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Dari ketentuan tersebut, keberadaan Ketetapan MPR sebagai peraturan negara telah dihilangkan/ditiadakan oleh lembaga legislatif.

Pada perkembangan selanjutnya, legislatif mengakui kembali Ketetapan MPR sebagai jenis peraturan negara yang berlaku mengikat secara hukum. Hal ini dinyatakan dalam UU No. 12 Tahun 2011 Pasal 7 yang menyatakan jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan terdiri atas:

a. Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945.
b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat.

Penerbit ANDI

c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.
d. Peraturan pemerintah.
e. Peraturan Presiden.
f. Peraturan Daerah Provinsi.
g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Meskipun Ketetapan MPR diakui kembali keberadaannya sebagai jenis peraturan negara, namun Penjelasan Pasal 7 Ayat (1) huruf b menyatakan:

> Yang dimaksud dengan "Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat" adalah Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara dan Majelis Permusyawaratan Rakyat yang masih berlaku sebagaimana dimaksud pada Pasal 2 dan Pasal 4 Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor 1/MPR/2003 tentang Peninjauan Terhadap Materi dan Status Hukum Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara dan Majelis Permusyawaratan Rakyat Tahun 1960 Sampai dengan Tahun 2002, tanggal 7 Agustus 2003.

Ini berarti pengakuan terhadap keberadaan Ketetapan MPR bukan dimaksudkan sebagai Ketetapan MPR baru yang dapat ditetapan oleh MPR, tetapi Ketetapan MPR yang telah ada sebelumnya yang oleh Ketetapan MPR No. 1/MPR/2003 dinyatakan masih berlaku.

Menurut MPR Ketetapan MPRS di atas, UUD 1945 dan Ketetapan MPR dimasukkan sebagai jenis peraturan perundang-undangan. Namun menurut A. Hamid S. Attamimi kedua jeis peraturan negara tersebut tidak tepat dimasukkan ke dalam jenis peraturan perundang-undangan. Alasannya adalah UUD 1945 terdapat dua norma di dalamnya yaitu "Pembukaan UUD 1945" yang pada hakikatnya adalah Pancasila sebagai *staatsfundamentalorm*, dan "Batang Tubuh UUD 1945" sebagai *staatsgrungesets*. UUD 1945 dan Ketetapan MPR berisi aturan dasar yang mengatur negara secara garis besar dan normanya masih bersifat norma tunggal yaitu norma yang belum dapat dilekati norma hukum yang berisi sanksi baik sanksi pidana maupun sanksi pemaksa. Hal ini berbeda dengan

Penerbit ANDI

norma undang-undang (*formell gesetz*) yang dapat berisi aturan formal dan normanya sudah dapat dilekati sanksi baik sanksi pidana maupun sanksi pemaksa. Selain itu, UUD 1945 tidak dibentuk berdasarkan kewenangan legislatif tetapi berdasarkan kewenangan konstitusi, sehingga UUD bukanlah *wet* (*formell gesetz*) tetapi *staatsgrundgesetz* (*konstitutie*).

Berdasarkan uraian di atas, Negara Indonesia mempunyai kekuasaan konstitusi, yaitu kekuasaan membentuk UUD/konstitusi. Kekuasaan ini berada pada tangan MPR, sehingga MPR dapat mengatur negara melalui konstitusi/UUD yang dibuatnya. Melalui UUD/konstitusi, MPR mengatur negara secara garis besar tentang pokok-pokok organisasi, kekuasaan, lembaga, tujuan, dan hak warga negara, yang masih berupa aturan dasar. Selanjutnya UUD ini menjadi dasar pembentukan peraturan di bawahnya yang dilakukan oleh lembaga legislatif dan lembaga eksekutif.

2. Pengaturan Negara melalui Legislasi

Pengaturan negara secara legislasi adalah subsistem pengaturan negara berdasarkan kekuasaan legislatif (*legislative power, wetgevende macht, gesetzgebunde gewelt*) serta berdasarkan kekuasaan atribusi atau delegasi legislatif (*atribition or delegation legislative power*). Kekuasaan legislasi dimiliki oleh lembaga legislatif, sedangkan kekuasaan atribusi atau kekuasaan delegasi dari kekuasaan legislatif dimiliki oleh lembaga pemerintah yang mendapatkan atribusi atau delegasi kekuasaan legislatif.

Di Indonesia pengaturan negara melalui legislasi masih terdapat perbedaan pendapat mengenai pengertian kekuasaan legislasi itu sendiri dan yang berwenang mengatur melalui kekuasaan legislatif. Sebagian ahli hukum berpendapat kekuasaan legislasi adalah kekuasaan membentuk peraturan, sehingga UUD, Ketetapan MPR, dan UU dibentuk berdasarkan kekuasaan legislasi oleh lembaga legislatif. Pendapat ini menyatakan bahwa lembaga legislatif terdiri atas MPR, DPR, dan DPD, bahkan DPRD pun dikatakan sebagai legislatif daerah. Sebagian ahli hukum lain berpendapat bahwa kekuasaan legislatif adalah kekuasaan membentuk UU dan lembaga legislatifnya adalah DPR.

Penerbit ANDI

Apabila melihat dan mengkaji ketentuan UUD 1945, di sana dapat ditemukan dan dipahami mengenai apa kekuasaan legislatif dan siapa yang mempunyai kekuasaan legislatif. Pasal 5 Ayat (1) menyatakan Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada Dewan Perwakilan Rakyat. Pasal 20 menyatakan:

(1) Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang.
(2) Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapatkan persetujuan bersama.
(3) Jika rancangan undang-undang itu tidak mendapatkan persetujuan bersama, rancangan undang-undang itu tidak boleh diajukan lagi dalam persidangan Dewan Perwakilan Rakyat masa itu.
(4) Presiden mengesahkan rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama untuk menjadi undang-undang.
(5) Dalam hal rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu tiga puluh hari semenjak rancangan undang-undang tersebut disetujui, rancangan undang-undang tersebut sah menjadi undang-undang dan wajib diundangkan.

Pasal 20A menyatakan:

(1) Dewan Perwakilan Rakyat memiliki fungsi legislasi, fungsi, anggaran, dan fungsi pengawasan.
(2) Dalam melaksanakan fungsinya, selain hak yang diatur dalam pasal-pasal lain dalam Undang-Undang Dasar ini, Dewan Perwakilan Rakyat mempunyai hak interpelasi, hak angket, dan hak menyatakan pendapat.
(3) Selain hak yang diatur dalam pasal-pasal lain dalam Undang-Undang Dasar ini, setiap anggota Dewan Perwakilan Rakyat mempunyai hak mengajukan pertanyaan, menyampaikan usul dan pendapat, serta hak imunitas.
(4) Ketentuan lebih lanjut tentang hak Dewan Perwakilan Rakyat dan hak anggota Dewan Perwakilan Rakyat diatur dalam undang-undang.

Penerbit ANDI

Pasal 21 menyatakan:

(1) Anggota Dewan Perwakilan Rakyat berhak mengajukan rancangan undang-undang.

(2) Jika rancangan itu, meskipun disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat, tidak disahkan Presiden, maka rancangan tadi tidak boleh dimajukan lagi dalam persidangan Dewan Perwakilan Rakyat masa itu.

Pasal 22D Ayat (1) dan Ayat (2) menyatakan:

(1) Dewan Perwakilan Daerah dapat mengajukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah.

(2) Dewan Perwakilan Daerah ikut membahas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah, serta memberikan pertimbangan kepada Dewan Perwakilan Rakyat atas rancangan undang-undang anggaran pendapatan dan belanja negara dan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan, dan agama.

Pasal-pasal di atas memperlihatkan ketentuan bahwa kekuasaan legislatif adalah kekuasaan membentuk UU (*wetggevende functie* atau *law making function*). Kekuasaan tersebut dipegang oleh DPR, namun dalam pelaksanaannya dilakukan bersama-sama Presiden. Bahkan dalam hal terkait dengan masalah otonomi daerah, pembuatan UU juga melihatkan Dewan Perwakilan Daerah. Ini berarti MPR adalah bulan lembaga legislatif, sehingga UUD dan Ketetapan MPR adalah bukan produk legislatif tetapi produk konstitusi.

Menurut Jimly Asshiddiqie kekuasaan membentuk undang-undang, merupakan fungsi negara di bidang pengaturan (*regelende functie*) yang dimiliki oleh lembaga legislatif untuk mengatur kehidupan bersama.

Penerbit ANDI

Fungsi ini berkenaan dengan kewenangan untuk menentukan peraturan yang mengikat warga negara dengan norma-norma hukum yang mengikat dan membatasi. Dalam sistem UUD 1945, peraturan yang dibentuk berdasarkan kewenangan legislatif dinamakan undang-undang. Di Amerika Serikat undang-undang ini disebut *law* atau *legislative act*, di Belanda disebut *wet*, dan di Jerman disebut *gesetz*.

Selanjutnya untuk pengaturan secara operasional, lembaga legislatif dapat melimpahkan kewenangan mengatur (*legislative delegation of rule making power*) atau memberikan kewenangan mengatur (*legislative atribution of rule making power*) kepada lembaga eksekutif untuk menentukan pengaturan lebih lanjut. Delegasi adalah pelimpahan kewenangan dari badan dan/atau pejabat pemerintahan yang lebih tinggi kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan yang lebih rendah dengan tanggung jawab dan tanggung gugat beralih sepenuhnya kepada penerima delegasi. Atribusi adalah pemberian kewenangan kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau Undang-Undang. Berdasarkan kewenangan delegasi atau atrubusi tersebut lembaga eksekutif atau pemerintah mempunyai kewenangan mengatur negara melalui jenis peraturan yang kedudukannya di bawah undang-undang. Pengaturan negara secara legislatif beserta delegasi atau atribusinya disebut sebagai pengaturan negara secara peraturan perundang-undangan, melalui jenis peraturan yang disebut peraturan perundang-undangan (*gesetzgebungs*, *wetgeving*, *legislation*).

Menurut Pasal 1 angka 1 UU No. 12 Tahun 2011 peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Apabila melihat Pasal 7 dan Pasal 8 UU ini, maka jenis peraturan perundang-undangan menurut hukum positif. Menurut Pasal 7 jenis peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang terdiri atas:

Penerbit ANDI

1. Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945.
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan rakyat.
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang,
4. Peraturan pemerintah.
5. Peraturan Presiden.
6. Peraturan daerah provinsi.
7. Peraturan daerah kabupaten/kota.

Selain jenis peraturan sebagaimana disebutkan pada angka 1 sampai dengan angka 7, masih terdapat jenis peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8. Pasal 8 menyatakan:

> Peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Mahkamah agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dengan undang-undang atau Pemerintah, atau perintah undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/ Wali Kota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Pasal 8 di atas tidak menentukan nama jenis peraturan perundang-undangan, namun dalam praktik lembaga atau pejabat membentuk peraturan perundang-undangan dengan nama "peraturan". Misalnya Mahkamah Agung membentuk peraturan perundang-undangan dengan nama "Peraturan Mahkamah Agung", Mahkamah Konstitusi membentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi, Bank Indonesia membentuk Peraturan Bank Indonesia, Menteri membentuk Peraturan Menteri, Gubernur membentuk Peraturan Gubernur, Bupati membentuk Peraturan Bupati, Desa membentuk Peraturan Desa, Kepala Desa membentuk Peraturan Kepala Desa, dan sebagainya.

Penerbit ANDI

Beberapa pendapat di atas menunjukkan adanya perbedaan mengenai pengertian dan jenis peraturan perundang-undangan menurut para ahli hukum yang dipengaruhi oleh pandangan hukum positif pandangan teoretis. Menurut pandangan teoretis, peraturan perundang-undangan adalah peraturan yang dibentuk berdasarkan wewenang legislatif atau atribusinya atau delegasinya, yang normanya bersifat umum (*generalnorm*) dan abstrak (*abstractnorm*), berlaku terus menerus (*douerhaftig*), dan sudah dilekati sanksi pidana atau sanksi pemaksa. Sebagaimana telah disinggung di atas, kewenangan legislatif adalah kewenangan membentuk undang-undang. Kewenangan atribusi dari legislatif adalah kewenangan yang diberikan oleh legislatif melalui undang-undang kepada pejabat pemerintah. Kewenangan delegasi dari undang-undang adalah kewenangan limpahan dari legislatif untuk membentuk peraturan pelaksana dari undang-undang. Pandangan hukum positif lebih luas daripada pandangan teoretis. Berdasarkan pandangannya tersebut maka secara teoretis UUD 1945 dan Tap MPR tidak termasuk sebagai jenis peraturan perundang-undangan, sedangkan menurut hukum positif kedua jenis peraturan tersebut termasuk sebagai peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini, penulis mengikuti pandangan hukum positif, karena hukum positif memiliki kekuatan mengikat.

Norma peraturan perundang-undangan bersifat umum dan Abstrak. Norma bersifat umum artinya *the norm regulate behavior of men, no behavior of one individual* (norma yang mengatur tingkah laku banyak orang, setiap orang, bukan tingkah laku perorangan atau orang tertentu saja). Norma bersifat abstrak artinya norma yang mengatur hal-hal, peristiwa-peristiwa, perbuatan, atau tingkah laku manusia dalam waktu yang tidak ditentukan . Norma yang berlaku terus menerus (*douerhaftig*) artinya norma peraturan perundang-undangan tidak berlaku sekali selesai (*einmahlig*) tetapi berlaku setiap saat, kapan saja terhadap sasaran dan perbuatan yang sama sampai dengan ada norma baru yang mencabut atau menggantinya.

Peraturan perundang-undangan adalah peraturan yang sudah dapat dilekati sanksi pidana atau pemaksa. Artinya peraturan perundang-undangan sudah boleh mengatur sanksi pidana atau sanksi pemaksa terhadap pelanggarnya. Setiap perbuatan atau tingkah laku secara formal

Penerbit ANDI

sudah diatur secara jelas dalam peraturan perundang-undangan, sehingga sanksi yang dikenakan terhadap pelanggar juga jelas. Sanksi ini bertujuan agar norma peraturan perundang-undangan berlaku efektif.

Apabila dikaitkan dengan kelompok norma hukum negara yang dikemukakan oleh Hans Nawiasky, maka menurut Hans Kelsen norma peraturan perundang-undangan dimulai dari *formell gesetz* sampai dengan *verordnung* dan *autonome satzung*. Selanjutnya A. Hamid S. Attamimi menyatakan jika pendapat Hans Kelsen tersebut dicerminkan ke norma hukum negara Indonesia, maka peraturan perundang-undangan Indonesia adalah dimulai dari UU/Perpu sebagai *formell gesetz*, PP dan Perpres sebagai peraturan pelaksana, Perda provinsi dan Perda Kabupaten/ Kota sebagai peraturan otonom, peraturan gubernur dan peraturan bupati atau wali kota sebagai peraturan pelaksana, peraturan yang dibuat oleh lembaga negara atau lembaga pemerintah lainnya sepanjang diperintahkan oleh peraturan yang di atasnya sebagai peraturan pelaksana.

UUD 1945 dan Ketetapan MPR tidak dibentuk berdasarkan kewenangan legislatif aau delegasinya atau atribusinya melainkan dibentuk berdasarkan kewenangan konstitusi. Normanya bersifat norma dasar yang dirumuskan dengan norma tunggal, dan belum dapat diberi norma sanksi baik pidana maupun pemaksa. Karena itu secara teoretis kedua jenis peraturan tersebut tidak termasuk ke dalam peraturan perundang-undangan yang dibuat berdasarkan subsistem pengaturan secara legislatif. Hal ini juga ditegaskan oleh Jimly Asshiddiqie bahwa peraturan yang paling tinggi dibuat oleh legislatif adalah jenis peraturan yang tingkatannya berada di bawah UUD. Mengingat UU No. 12 Tahun 2011 menyatakan bahwa Ketetapan MPR yang masih diakui dan mempunyai kekuatan mengikat secara hukum adalah Ketetapan MPR yang telah ada dan yang dinyatakan berlaku menurut Ketetapan MPR No. 1/MPR/2003, maka yang dimaksud jenis peraturan di bawah UUD 1945 adalah UU dan peraturan perundang-undangan di bawahnya.

Kekuasaan legislatif memberikan wewenang kepada DPR dan Presiden untuk mengatur kehidupan bernegara melalui UU. DPD dapat terlibat dalam pembentukan UU yang berkaitan dengan otonomi daerah.

Penerbit ANDI

Dalam pembentukan UU, masing-masing lembaga negara tersebut dapat berperan sebagai berikut:

a. Peran Dewan Perwakilan Rakyat, meliputi:
   1) Pemegang kekuasaan membentuk undang-undang.
   2) Dapat mengajukan rancangan undang-undang.
   3) Membahas rancangan undang-undang.
   4) Memberikan persetujuan atau tidak persetujuan terhadap rancangan undang-undang yang dibahasnya.
b. Peran Presiden meliputi:
   1) Dapat mengajukan rancangan undang-undang.
   2) Membahas rancangan undang-undang.
   3) Memberikan persetujuan atau tidak persetujuan terhadap rancangan undang-undang yang dibahasnya.
   4) Mengesahkan rancangan undang-undang menjadi undang-undang.
c. Peran DPD meliputi:
   1) Dapat mengajukan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah.
   2) Membahas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah, pajak, pendidikan, dan agama.

UUD 1945 juga memberikan kekuasaan dan wewenang kepada Presiden untuk mengatur kehidupan bernegara melalui peraturan pemerintah. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 5 Ayat (2) bahwa Presiden menetapkan peraturan pemerintah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Peraturan ini dibentuk untuk melaksanakan UU, sehingga materi pengaturan oleh PP ini adalah materi muatan UU yang perlu diatur lebih lanjut pelaksanaannya dengan PP.

Pasal 22 UUD 1945 memberikan juga kekuasaan dan wewenang kepada Presiden untuk mengatur kehidupan bernegara melalui Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu). Hal ini sebagaimana ditegaskan dalam pasal tersebut bahwa:

Penerbit ANDI

1) Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan Peraturan Pemerintah sebagai pengganti undang-undang.

2) Peraturan Pemerintah itu harus mendapatkan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut.

3) Jika tidak mendapat persetujuan, maka Peraturan Pemerintah itu harus dicabut.

Kewenangan membentuk Perpu adalah kewenangan mengatur yang bersifat mandiri yang diberikan oleh UUD 1945 (konstitusi) kepada pemerintah, untuk membentuk peraturan yang mempunyai kedudukan, kekuatan, dan materi muatannya sama dengan UU. Pengaturan dilakukan dengan Perpu karena kondisi negara dalam keadaan genting yang memaksa (darurat), perlu pengaturan secara cepat, dan pembentukan UU memerlukan waktu yang cukup lama. Pemberian kewenangan ini kepada Presiden sejalan dengan adanya kewenangan Presiden untuk menyatakan negara dalam keadaan bahaya (Pasal 12 UUD 1945). Presiden berwenang untuk mengambil tindakan penyelamatan bangsa dan negara, termasuk melalui peraturan yang dibentuknya yaitu Perpu.

Peraturan lain yang pembentukannya diamanatkan oleh UUD 1945 adalah Peraturan Daerah (Perda). Pasal 18 Ayat (6) menyatakan Pemerintah daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan. Ketentuan ini mengatribusikan kewenangan kepada pemerintah daerah untuk mengatur kehidupan bernegara, khususnya yang berkaitan dengan pelaksanaan otonomi daerah dan tugas pembantuan, dengan Perda atau peraturan lain. Otonomi daerah adalah hak, wewenang, dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Tugas pembantuan adalah penugasan dari Pemerintah Pusat kepada daerah otonom untuk melaksanakan sebagian urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Pemerintah Pusat atau dari Pemerintah Daerah Provinsi kepada daerah kabupaten/kota untuk melaksanakan sebagian urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan

Penerbit AMDI

daerah provinsi. Selanjutnya yang dimaksud dengan daerah otonom atau disebut daerah adalah kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai batas-batas wilayah yang berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Sejalan dengan kebutuhan pengaturan kehidupan bernegara, pada tahun 1966 Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara telah menetapkan Ketetapan Permusyawaratan Rakyat Sementara Nomor XX/MPRS/1966 tentang Sumber Tertib Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Ketetapan MPRS tersebut menetapkan jenis peraturan perundang-undangan yang digunakan untuk mengatur kehidupan bernegara, yang terdiri atas:

a. Undang-Undang Dasar,
b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat.
c. Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.
d. Peraturan pemerintah.
e. Keputusan Presiden (yang *einmahlig*).
f. Peraturan Pelaksana lainnya:
    1) Peraturan Menteri
    2) Instruksi Menteri.

Menurut Bagir Manan dan Bintan R. Saragih mengakui semua peraturan di atas sebagai peraturan perundang-undangan. Bahkan kedua ahli hukum tersebut menyatakan jenis peraturan perundang-undangan adalah sampai dengan peraturan kepala desa. Berbeda dengan kedua ahli hukum tersebut, Amiruddin Syarif berpendapat bahwa peraturan perundang-undangan mulai dari UU ke bawah. Menurutnya peraturan perundang-undangan itu jenisnya tertentu, yaitu:

Penerbit ANDI

a. Jenis-jenis yang ditentukan oleh UUD 1945
   1) Undang-undang (UU) berdasarkan Pasal 5 Ayat (1) dan Pasal 20 Ayat (1).
   2) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) berdasarkan Pasal 22.
   3) Peraturan pemerintah (PP) berdasarkan Pasal 1 ayat (1).
b. Peraturan pelaksana yang terdapat dalam praktik
   1) Keputusan Presiden (Keppres).
   2) Instruksi Presiden (Inspres).
   3) Peraturan Menteri (Permen).
   4) Keputusan Menteri (Kepmen).
   5) Instruksi Menteri (Insmen).
   6) Peraturan Kepala Lembaga Pemerintah Non Departemen.
   7) Peraturan Badan Negara.
c. Peraturan-peraturan tingkat daerah dalam rangka pelaksanaan otonomi daerah.
   1) Peraturan Daerah Tingkat I (Perda Tk. I).
   2) Keputusan Kepala daerah Tingkat I (Kep. KDH Tk. I).
   3) Peraturan Daerah Tingkat II (Perda Tk.II).
   4) Keputusan Kepala Daerah Tingkat II (Kep. KDH Tk. II).

Penyebutan nama jenis peraturan di atas masih dipengaruhi Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 dan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pemerintahan Di Daerah.

Meskipun dipengaruhi oleh kedua peraturan di atas, A. Hamid S. Attamimi menyatakan jenis-jenis peraturan perundang-undangan yang digunakan untuk mengatur kehidupan bernegara adalah:

a. Undang-undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.
b. Peraturan Pemerintah.

Penerbit ANDI

c. Keputusan Presiden (yang *douerhaftig*).

d. Keputusan Menteri.

e. Keputusan Kepala Lembaga Pemerintah Non departemen.

f. Keputusan Direktur Jenderal departemen.

g. Keputusan Kepala Badan Negara.

h. Peraturan daerah Tingkat I.

i. Keputusan Gubernur/Kepal daerah Tingkat I.

j. Peraturan Daerah Tingkat II.

k. Keputusan Bupati/Kepala Daerah Tingkat II (yang *douerhaftig*).

Dari uraian di atas dapat dikatakan bahwa pengaturan negara secara legislatif adalah pengaturan negara melalui UU dan peraturan di bawahnya. Pengaturan ini dilakukan oleh lembaga legislatif (DPR bersama Presiden) dan lembaga pemerintah yang berdasarkan atribusi wewenang atau delegasi wewenang yang diberikan UU kepada lembaga pemerintah.

Sejalan dengan perkembangan pengaturan negara, Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 di atas dipandang perlu disempurnakan, sehingga pada tahun 2000 telah ditetapkan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor III/MPR/2000 tentang Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan. Menurut Ketetapan MPR tersebut, pengaturan kehidupan bernegara dilakukan dengan jenis-jenis peraturan perundang-undangan yang terdiri atas:

a. Undang-Undang Dasar.

b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat.

c. Undang-Undang.

d. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.

e. Peraturan Pemerintah.

f. Keputusan Presiden.

g. Peraturan Daerah

Pengaturan negara melalui peraturan perundang-undangan menurut

Penerbit ANDI

Ketetapan MPRR No. III/MPR/2000 masih mendapat kritik dari berbagai kalangan. Pengaturan perundang-undangan sebagai sarana untuk mengatur kehidupan bernegara dipandang kurang tepat. Pada tahun 2010, melalui lembaga legislatif, negara telah meninjau kembali jenis peraturan perundang-undangan yang ada, dan menetapkan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Undang. UU tersebut memberikan wewenang kepada negara untuk melakukan pengaturan kehidupan bernegara, berbangsa, dan bermasyarakat melalui:

a. Undang-Undang Dasar 1945 (disingkat UUD 1945), yang dilakukan oleh MPR.
b. Undang-Undang (disingkat UU), yang dilakukan oleh DPR bersama Presiden) dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (disingkat PERPU), yang dilakukan oleh Presiden.
c. Peraturan Pemerintah (disingkat PP), yang dilakukan oleh Presiden.
d. Peraturan Presiden (disingkat Perpres) yang dilakukan Presiden, dan
e. Peraturan Daerah (disingkat Perda), yang dilakukan oleh Kepala Daerah bersama DPRD).

Selain jenis peraturan yang disebutkan secara tegas di atas, UU No. 10 Tahun 2004 juga memberikan kewenangan kepada lembaga negara atau lembaga pemerintah untuk membuat peraturan sepanjang diperintahkan oleh peraturan yang lebih tinggi. Dengan berlakunya UU ini maka pengaturan negara melalui berbagai jenis peraturan perundang-undangan menurut Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 dinyatakan tidak berlaku.

Meskipun beberapa kali telah dilakukan penyempurnaan, tampaknya negara masih memandang adanya kelemahan dalam sistem pengaturan negara, sehingga negara terus melakukan evaluasi dan penyempurnaan. Pada tahun 2011, melalui lembaga legislatif, negara menetapkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. UU ini merupakan penyempurnaan dan sekaligus sebagai pengganti UU No. 10 Tahun 2004. Berdasarkan UU No. 12 tahun 2011 negara berwenang mengatur kehidupan bernegara, berbangsa, dan bermasyarakat melalui:

Penerbit ANDI

a. Undang-Undang Dasar 1945 (disingkat UUD 1945), yang dilakukan oleh MPR.
b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (disingkat TaP MPR);
c. Undang-Undang (disingkat UU), yang dilakukan oleh DPR bersama Presiden) dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (disingkat PERPU), yang dilakukan oleh Presiden.
d. Peraturan Pemerintah (disingkat PP), yang dilakukan oleh Presiden.
e. Peraturan Presiden (disingkat Perpres) yang dilakukan Presiden,
f. Peraturan Daerah Provinsi (disingkat Perda Provinsi), yang dilakukan oleh Kepala Daerah bersama DPRD Provinsi;
g. Peraturan Daerah Kabupaten (Perda Kabupaten) yang dilakukan oleh Kepala Daerah bersama DPRD Kabupaten, dan Peraturan Daerah Kota (disingkat Perda Kota) yang dilakukan oleh Kepala Daerah bersama DPRD Kota).

Hal yang sama dengan UU No. 10 Tahun 2004 adalah pemberian kewenangan kepada lembaga negara atau lembaga pemerintah untuk membuat peraturan sepanjang diperintahkan oleh peraturan yang lebih tinggi.

Berdasarkan uraian di atas dapat ditarik penegasan bahwa pada saat ini pengaturan negara secara legislasi dilaksanakan oleh lembaga legislatif, lembaga eksekutif berdasarkan kewenangan delegasi atau atribusi dari legislatif, dan lembaga-lembaga negara lain berdasarkan kewenangan delegasi dari kewenangan legislatif. Ketiga dasar pengaturan secara legislatif tersebut dapat dikemukakan sebagai berikut:

a. Pengaturan negara secara legislatif dilakukan oleh lembaga legislatif, yaitu DPR bersama Presiden, bahkan dalam hal berkaitan dengan otonomi daerah dapat dilibatkan DPD. Jenis peraturan yang digunakan untuk mengatur negara adalah undang-undang.
b. Pengaturan negara secara atribusi yang dilakukan oleh lembaga eksekutif (pemerintah), yaitu oleh:
    1) Presiden dengan jenis peraturannya adalah Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;

Penerbit ANDI

2) Gubernur bersama DPRD Provinsi dengan jenis peraturan adalah Peraturan Daerah Provinsi;

3) Bupati/Wali Kota bersama DPRD Kabupaten atau Kota dengan jenis peraturannya adalah Peraturan Daerah Kabupaten atu peraturan Daerah Kota.

4) Kepala Desa bersama Badan Permusyawaratan Desa dengan jenis peraturannya adalah peraturan desa.

c. Pengaturan negara secara delegasi yang dilakukan oleh lembaga eksekutif (pemerintah) yaitu:

1) Presiden dengan jenis peraturannya adalah peraturan pemerintah;

2) Presiden dengan jenis peraturannya adalah peraturan presiden;

3) Menteri dengan jenis peraturannya adalah peraturan menteri;

4) Kepala lembaga pemerintah non kementerian dengan jenis peraturannya adalah peraturan kepala lembaga nonkementerian;

5) Kepada badan negara dengan jenis peraturannya adalah peraturan kepala badan negara;

6) Gubernur dengan jenis peraturannya peraturan gubernur;

7) Bupati atau Wakil kota dengan jenis peraturannya adalah peraturan bupati atau peraturan wali kota

8) Kepala Desa dengan jenis peraturannya adalah peraturan kepala desa.

d. Pengaturan negara secara delegasi yang dilakukan oleh lembaga negara yaitu:

1) Majelis permusyawaratan Rakyat dengan jenis peraturannya adalah peraturan majelis permusyawaratan rakyat;

2) Dewan Perwakilan Rakyat dengan jenis peraturannya adalah Peraturan Dewan Perwakilan Rakyat;

3) Dewan Perwakilan Daerah dengan jenis peraturannya adalah Peraturan Dewan Perwakilan Daerah;

Penerbit ANDI

4) Badan Pemeriksa Keuangan dengan jenis peraturannya adalah Peraturan Badan Pemeriksa Keuangan;

5) Mahkamah Agung dengan jenis peraturannya adalah peraturan Mahkamah Agung;

6) Mahkamah Konstitusi dengan jenis peraturannya adalah peraturan Mahkamah konstitusi;

7) Bank Indonesia dengan jenis peraturannya adalah Peraturan Bank Indonesia;

8) Komisi Independen jenis peraturannya adalah Peraturan Komisi.

C. Pengaturan Negara melalui Peraturan Kebijakan

1. Istilah dan Pengertian Peraturan Kebijakan

Dalam Bahasa Indonesia terdapat dua kata yang sekilas mempunyai arti yang sama, yaitu "kebijakan" dan "kebijaksanaan". R.M. Girindro Pringgodigdo menyatakan bahwa "kebijakan" adalah terjemahan dari kata "*policy*" (Inggris) atau "*beleid*" (Belanda), sedangkan "kebijaksanaan" terjemahan dari kata "*wisdom*" (Inggris) atau "*wijshed*" (Belanda). R.M. Girindro Pringgodigdo mengartikan "kebijakan" sebagai tindakan-tindakan seketika (*instan decision*) berdasarkan situasi yang dihadapi, berupa pengambilan keputusan yang bersifat pengaturan berdasarkan wewenang diskresioner (*discretionary power*/*authority*, *freies ermessen*), sedangkan "kebijaksanaan" diartikan sebagai serangkaian tindakan dan kegiatan yang direncanakan untuk mencapai sasaran atau tujuan yang diinginkan. A. Hamis S. Attamimi menyatakan "kebijakan" dan "kebijaksanaan" merupakan tindakan berdasarkan kewenangan yang dimilikinya, baik berkaitan dengan rencana pelaksanaan kerja maupun untuk mengatasi masalah yang dihadapi. Dalam praktik tindakan tersebut berbentuk keputusan atau tindakan fisik. Keputusan ditujukan pada masalah yang dihadapi atau rencana kerja yang akan datang, sedangkan tindakan fisik hanya ditujukan pada masalah yang dihadapi, sehingga "kebijakan bersifat mengatur" dan "kebijaksanaan" bersifat menetapkan. Dari pengertian tersebut, penulis menggunakan kata "kebijakan" sebagai tindakan mengatur.

Penerbit ANDI

Istilah peraturan kebijakan merupakan terjemahan dari istilah dalam bahasa Belanda yaitu *beleidregel, pseudowetgeving, dan speigelrecht* (Belanda), atau *policy rule,* (Inggris). J. Mannoury berpendapat bahwa *beleidregel* ibarat *speigelrecht* (hukum cermin) yaitu hukum yang timbul dari pantulan cermin. Menurutnya *speigelrecht* bukan hukum melainkan sekadar mimpi hukum (*...niet als recht maar als spegeling van recht-op recht galijked-beschoul*). J. Van Der Hovven memandang peraturan kebijakan *(beleidsregel)* adalah *pseudowetgeving* (perundang-undangan semu) karena pembuatannya tidak didukung oleh kewenangan perundang-undangan namun memiliki karakteristik perundang-undangan. Dalam Kamus Bahasa Belanda istilah *psudowetgeving* berarti *regelsteling door een betrokken bestuursorgaan zonder dat dit op grond van een uitdrukkelijke wettelike befaling die bevoegdheid bezit* (perundang-undangan semu adalah tata aturan oleh organ pemerintahan yang terkait tanpa memiliki dasar ketentuan undang-undang yang secara tegas memberikan kewenangan kepada organ tersebut. Sementara para warga hampir-hampir tidak dapat membedakan peraturan kebijakan *(beleidsregel)* dengan peraturan perundang-undangan. Dari pandangan tersebut, nampak bahwa peraturan kebijakan dipandang sebagai hukum tetapi bukan peraturan perundang-undangan.

Philipus M. Hadjon menyatakan peraturan kebijakan (*beleidregel, policy rule, pseudowetgeving, speigelrecht*) adalah peraturan yang diciptakan oleh pejabat pemerintah untuk melaksanakan tugas-tugas pemerintah. Eksistensi peraturan ini merupakan konsekuensi atas negara hukum kesejahteraan yang membebankan pemerintah tugas sangat luas, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan rakyat (*welfare state*). Tugas-tugas pemerintah dapat diselenggarakan apabila pemerintah diberi kebebasan untuk mengambil kebijakan sesuai dengan situasi dan kondisi faktual. Kebijakan-kebijakan tersebut dituangkan ke dalam peraturan kebijakan. Peraturan kebijakan ini dimaksudkan untuk memberikan petunjuk atau pedoman pejabat pemerintah dalam melaksanakan undang-undang. Meskipun demikian, dasar kewenangan pemerintah dalam menciptakan peraturan kebijakan bukan dari peraturan perundang-undangan (*legislation*), melainkan berdasarkan kewenangan bebas atau diskresi atau *freies ermesen* yang dimilikinya. Kewenangan bebas dimaksud adalah

Penerbit ANDI

kewenangan pemerintah yang tidak terikat pada peraturan perundang-undangan, sehubungan dengan kondisi faktual yang dihadapi pemerintah.

Sepaham dengan hal di atas, Van Kreveld yang ikuti oleh A. Hamid S. Attamimi, yang kemudian dikutip pula oleh Hotma P. Sibuea menyatakan ciri-ciri peraturan kebijakan sebagai berikut:

a. Peraturan itu, langsung atau tidak langsung, tidak berdasar pada ketentuan *formele wet* atau *grondwet* yang memberikan kewenangan mengatur, dengan perkataan lain tidak mempunyai dasar hukum yang tegas dalam *wet*.

b. Peraturan itu dapat:

    1) Tidak tertulis, kemudian terjadi serangkaian keputusan instansi Administrasi Negara yang berdiri sendiri dalam rangka menyelenggarakan kewenangan Administrasi Negara yang tidak terikat;

    2). Ditetapkan dengan tegas secara tertulis oleh suatu instansi Administrasi Negara.

Peraturan itu pada umumnya menunjukkan bagaimana suatu instansi Administrasi Negara akan bertindak dalam menyelenggarakan kewenangan Administrasi Negara yang tidak terikat terhadap setiap orang dalam situasi sebagaimana dimaksud pada peraturan itu.

Penerbit ANDI

P. de Haan dan kawan-kawan mengemukakan empat elemen peraturan kebijakan. Keempat elemen tersebut adalah:

a. *een algemene regel* (peraturan umum);

b. *omtrent de uitoefening van een bestuursbevoegdheid jegens de burger* (berkenaan dengan pelaksanaan wewenang pemerintah terhadap warga negara);

c. *vastgesteld door een bertuursinstantie die de bevoegdheid daartoe niet uitdrukkelijk aan de grondwet of formele wet ontleent, doch impliciet aan de bestuursbevoegdheid zelf* (ditetapkan oleh suatu instansi pemerintahan yang berwenang untuk itu, dan kewenangannya bukan berasal dari UUD atau undang-undang formal, tetapi implisit pada wewenang pemerintahan itu sendiri);

d. *welke in beginsel bindend is ingevolge de algemene beginselen van behoorlijk bestuur* (peraturan kebijakan itu terikat dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik).

Pengertian ini memperlihatkan bahwa peraturan kebijakan merupakan peraturan yang berlaku mengikat secara umum dan dibuat berdasarkan wewenang pemerintahan.

Menurut Bagir Manan ada enam ciri peraturan kebijakan. Keenam ciri tersebut adalah:

a. Peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan;

b. Asas-asas pembatasan dan pengujian peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijakan;

c. Peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara *wetmatigeheid* karena memang tidak ada dasar peraturan perundang-undangan untuk membuat keputusan peraturan kebijakan;

d. Peraturan kebijakan dibuat berdasarkan *freies ermessen* dan ketiadaan wewenang Administrasi Negara bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan;

e. Pengujian terhadap peraturan kebijakan lebih diserahkan pada *doelmatigeheid* sehingga batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang layak;

f. Dalam praktik diberi format berupa berbagai bentuk dan jenis aturan, yakni: keputusan, instruksi, SE-P, pengumuman, dan lain-lain, bahkan dijumpai dalam bentuk peraturan.

Dari pendapat tersebut, Bagir Manan mengakui dan membenarkan adanya peraturan kebijakan sebagai peraturan, tetapi bukan sebagai peraturan perundang-undangan.

Meskipun bukan peraturan perundang-undangan, peraturan kebijakan mempunyai kesamaan dengan peraturan perundang-undangan. Menurut A. Hamid S. Attamimi, kesamaan peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan adalah:

Penerbit ANDI

a. Aturan yang berlaku umum
   Peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan mempunyai *adressat* dan subjek norma dan pengaturan berperilaku atau objek norma yang sama, yaitu bersifat umum dan abstrak (*algemene regeling atau algemene regel*).

b. Peraturan yang berlaku keluar
   Peraturan perundang-undangan berlaku "ke luar" dan ditujukan kepada masyarakat umum (*naar buiten werkend, tot een ieder gericht*), demikian juga peraturan kebijakan berlaku "ke luar" dan ditujukan kepada masyarakat umum yang bersangkutan.

c. Kewenangan pengaturan yang bersifat umum/publik
   Peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan dibuat oleh lembaga/pejabat yang mempunyai kewenangan umum/publik untuk itu.

Selain persamaan, peraturan kebijakan mempunyai perbedaan dengan peraturan perundang-undangan. A.Hamid S. Attamini mengemukakan perbedaan tersebut adalah:

a. Pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan fungsi negara.
   Pembentukan hukum melalui peraturan perundang-undangan dilakukan oleh rakyat sendiri, oleh wakil-wakil rakyat, atau sekurang-kurangnya dengan persetujuan wakil-wakil rakyat. Kekuasaan di bidang perundang-undangan atau kekuasaan legislatif hanya diberikan kepada lembaga yang khusus untuk itu, yaitu lembaga legislatif.

b. Fungsi pembentukan peraturan kebijakan ada pada pemerintah dalam arti sempit (eksekutif).
   Kewenangan pemerintah dalam arti sempit atau ketataprajaan (kewenangan eksekutif) mengandung juga kewenangan pembentukan peraturan-peraturan dalam rangka penyelenggaraan fungsinya. Oleh karena itu, kewenangan pembentukan peraturan kebijakan yang bertujuan mengatur lebih lanjut penyelenggaraan pemerintahan senantiasa dapat dilakukan oleh setiap lembaga pemerintah yang mempunyai kewenangan penyelenggaraan pemerintahan.

Penerbit ANDI

c. Materi muatan peraturan perundang-undangan berbeda dengan materi muatan peraturan kebijakan.
   Peraturan kebijakan mempunyai materi muatan yang berhubungan dengan kewenangan membentuk keputusan-keputusan dalam arti *beschikkingen*, kewenangan bertindak dalam bidang hukum privat, dan kewenangan membuat rencana-rencana (plan) yang memang ada pada lembaga pemerintahan. Materi muatan peraturan perundang-undangan mengatur tata kehidupan masyarakat yang jauh lebih mendasar, seperti mengadakan suruhan atau larangan untuk berbuat atau tidak berbuat, yang apabila perlu disertai sanksi pidana adat sanksi pemaksa.

d. Sanksi dalam peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan
   Sanksi pidana dan sanksi pemaksa yang jelas mengurangi dan membatasi hak-hak asasi warga negara dan penduduk hanya dapat dituangkan dalam undang-undang yang pembentukannya dilakukan dengan persetujuan wakil rakyat. Peraturan perundang-undangan yang lebih rendah lainnya hanya dapat mencantumkan sanksi pidana bagi pelanggar ketentuannya apabila hal itu secara tegas diatribusikan oleh undang-undang. Peraturan kebijakan hanya dapat mencantumkan sanksi administrasi.

Laica Marzuki menambahkan bahwa *beleidsregel* mempunyai unsur-unsur yang menyebabkan itu disebut peraturan kebijakan. Unsur-unsur seperti berikut:

a. Dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara sebagai perwujudan *freies ermessen* (*discretionary power*) dalam bentuk tertulis, yang diumumkan keluar guna diberlakukan kepada warga;

b. Isi peraturan kebijakan dimaksud, pada nyatanya telah merupakan peraturan umum (*generale rule*) tersendiri, jadi tidak sekedar sebagai petunjuk pelaksanaan operasional sebagaimana tujuan semula dari peraturan kebijkan atau *beleidsregel* itu sendiri. Badan atau pejabat tata usaha negara yang mengeluarkan peraturan kebijakan itu sama sekali tidak memiliki kewenangan membuat peraturan umum (*generale rule*) namun tetap dipandang *legitimated* mengingat *beleidsregel* merupakan perwujudan *freies ermessen* yang diberi bentuk tertulis.

Penerbit ANDI

Pendapat di atas memperlihatkan bahwa peraturan kebijakan merupakan peraturan yang berlaku umum dan *legitimated*, meskipun tidak dibentuk berdasarkan wewenang membuat peraturan umum.

Pendapat lain dikemukakan oleh J.P. Tak bahwa peraturan kebijakan merupakan peraturan yang berlaku umum. Hal ini tampak dari rumusannya yang menyatakan:

> *Beleidsregels zijn algemene regels die een bestuursinstantie stelt omtrent de uitoefening van enn bestuursbevoegdheid jegens de burgers of een andrere bestuursinstantie en voor welke regelsteling de grondwet noch de formele wet direct of indirect een uitdrukkelijke gronslag biedien. beleidsregels berusten dus niet op een bevoegdheid tot wetgeving-en kunnen daarom ook geen algemeen verbindende voorschriften zijn-maar op een bestuursbevoegdheid van een bestuursorgaan en betreffen de uitooefening van die bevoegdheden* (Peraturan kebijakan adalah peraturan umum yang dikeluarkan oleh instansi pemerintahan berkenaan dengan pelaksanaan wewenang pemerintahan terhadap warga negara atau terhadap instansi pemerintahan lainnya dan pembuatan peraturan tersebut tidak memiliki dasar yang tegas dalam UUD dan undang-undang baik langsung maupun tidak langsung. Artinya peraturan kebijakan tidak didasarkan pada kewenangan pembuatan undang-undang –oleh karena itu tidak termasuk peraturan perundang-undangan yang mengikat umum- tetapi dilekatkan pada wewenang pemerintahan dari suatu organ administrasi dan terait dengan pelaksanaan kewenangannya).

Peraturan kebijakan tersebut diumumkan keluar, lalu mengikat warga negara (*burger*).

Berdasarkan beberapa pendapat di atas dapat dikatakan bahwa peraturan kebijakan adalah peraturan yang dibuat oleh pemerintah berdasarkan wewenang administrasi. Wewenang administrasi adalah wewenang melaksanakan peraturan perundang-undangan, yaitu mengimplementasikan peraturan perundang-undangan pada tugas-tugas pemerintahan. Peraturan kebijakan tidak dibentuk berdasarkan

Penerbit ANDI

kewenangan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan, karena itu peraturan ini bukan peraturan perundang-undangan. Normanya adalah seperti peraturan perundang-undangan, karena itu peraturan kebijakan juga disebut sebagai peraturan perundang-undangan semu atau peraturan bayangan dari peraturan perundang-undangan.

2. Dasar Kewenangan Mengatur Melalui Peraturan Kebijakan

Pemerintah adalah pelaksana kekuasaan eksekutif, yaitu kekuasaan untuk melaksanakan atau menjalankan perintah undang-undang. Pada awalnya, pada masa negara hukum formal, kekuasaan menjalankan undang-undang dibatasi oleh norma-norma yang ditentukan oleh undang-undang, sehingga dalam hal ini pemerintah harus tunduk pada asas legalitas. Pada perkembangan berikutnya, pada masa negara hukum material atau negara hukum modern atau negara hukum kesejahteraan, pemerintah tidak hanya terikat pada asas legalitas tetapi dapat membuat kebijakan untuk menciptakan kesejahteraan rakyat, karena "eksekutif juga mempunyai kewenangan mengatur".

Dalam rangka membuat kebijakan, Abdul Latief menyatakan bahwa selain terikat pada peraturan perundang-undangan, pemerintah juga bisa menyelenggarakan kebijakan pemerintahan yang tidak terikat (*vrijbeleid*), yang akan dikeluarkan dalam bentuk berbagai peraturan kebijakan (*beleidsregel*) yang bersumber pada fungsi eksekutif . Kebijakan pemerintahan yang tidak terikat dimaksud adalah kewenangan bebas pemerintah. Hal senada juga disampaikan oleh A. Hamid S. Attamimi bahwa:

> Kewenangan pemerintahan dalam arti sempit atau ketataprajaan (kewenangan eksekutif) mengandung juga kewenangan pembentukan peraturan-peraturan dalam rangka penyelenggaraan fungsinya. Oleh karena itu, kewenangan pembentukan peraturan kebijakan yang bertujuan untuk mengatur lebih lanjut penyelenggaraan pemerintahan senantiasa dapat dilakukan oleh setiap lembaga pemerintahan yang mempunyai kewenangan penyelenggaraan pemerintahan.

Penerbit ANDI

Pendapat ini menegaskan bahwa dasar kewenangan membuat peraturan kebijakan adalah kewenangan mengatur yang bersumber pada fungsi eksekutif, bukan berdasarkan pada kewenangan mengatur yang bersumber pada legislasi, delegasi legislasi, atau atribusi legislasi.

Sebagaimana dikemukakan di atas, dalam kewenangan eksekutif terdapat kewenangan pemerintah untuk bebas bertindak yang disebut dengan *discretion* atau kebebasan bertindak. Kebebasan bertindak ini adalah atas dasar inisiatif sendiri yang diberikan oleh undang-undang kepada pejabat pemerintah untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan yang dihadapi. Karena itu peraturan kebijakan dibentuk oleh pemerintah berdasarkan kewenangan bertindak bebas atau diskresi (*discretion*) atau *freies ermessen*. Bagir Manan menyatakan:

> Peraturan kebijakan (*beleidsregel, pseudowegeving, policy rules*) yaitu peraturan yang dibuat –baik kewenangan maupun materi muatannya tidak berdasarkan pada peraturan perundang-undangan, delegasi, atau mandat, melainkan berdasarkan wewenang yang timbul dari *freies ermessen* yang diletakkan pada administrasi negara untuk mewujudkan suatu tujuan tertentu yang dibenarkan oleh hukum. Aturan kebijakan hanya didapati dalam lapangan administrasi negara.

Kebebasan bertindak tersebut semata-mata berdasarkan kewenangan administratif/pemerintahan untuk melaksanakan undang-undang, bukan berdasarkan kewenangan pembentukan peraturan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Penggunaan diskresi atau *freies ermessen* merupakan konsekuensi dari dianutnya prinsip negara hukum kesejahteraan, yang salah satu cirinya adalah tindakan pemerintah berdasarkan atas hukum atau undang-undang. Undang-undang atau hukum yang berlaku umum dan abstrak hanya mengatur hal-hal pokok, sehingga tidak menjawab kebutuhan hukum terhadap semua masalah dan kondisi yang dihadapi. Karena itu, peraturan kebijakan diperlukan dalam rangka menjamin ketaatasasan tindakan pemerintah. Ketaatasasan pemerintah tidak hanya berlaku bagi tindakan yang bersumber pada peraturan perundang-undangan, juga berlaku bagi tindakan-tindakan yang berdasarkan pada kebebasan bertindak. Dengan adanya peraturan kebijakan tersebut maka akan terjamin ketaatasasan

Penerbit ANDI

tindakan pemerintah dan untuk setiap peristiwa yang mengandung persamaan, kepastian hukum, dan tindakan-tindakan dapat dipercaya karena didasarkan pada "peraturan" yang sudah ditentukan.

Para ahli masih berbeda pemahaman mengenai maksud dari tindakan bebas atau diskresi (*discretion* atau *freies ermessen*) pemerintah. Akibat perbedaan paham tersebut, muncul beberapa pertanyaan, antara lain, apa yang dimaksud tindakan bebas? Apakah tindakan bebas dimaksud adalah tanpa batas? Bukankah tindakan pemerintah harus berdasarkan atas hukum atau undang-undang? dan bukankah tindakan bebas itu akan menimbulkan kesewenang-wenangan?

Pertanyaan-pertanyaan di atas berkaitan dengan kekhawatiran akan munculnya dampak negatif dari penerapan kewenangan bebas bertindak. Hal ini seperti dikemukakan oleh A.V. Dicey yang menyamakan diskresi dengan kekuasaan sewenang-wenang. Di mana ada diskresi di situ ada ruang kesewenang-wenangan dan kewenangan diskresi yang diberikan pada pemerintah secara pasti berarti ancaman bagi kebebasan hukum warga negara. Kekhawatiran yang senada juga dikemukakan oleh Cora Hoexter dan Rosemary Lyster, yang menyatakan kewenangan diskresi tidak selalu memiliki reputasi yang baik. Para ahli hukum selama beberapa tahun cenderung curiga, lebih suka menempatkan kepercayaannya terhadap netralitas, keumuman, dan kepastian aturan hukum yang dianggap benar.

Penerbit ANDI

P.P. Crag berpendapat diskresi tidak sesuai dengan prinsip *rule of law*. Kekuasaan diskresi telah menimbulkan kekhawatiran para sarjana. Diskresi tanpa batas merupakan sosok kejam. Diskresi seperti ini lebih menghancurkan kebebasan dibandingkan intervensi seseorang atas pihak lain. Karena itu, perlu pembatasan terhadap penggunaan *discretionery power* agar tidak mengarah pada penyalahgunaan wewenang atau perbuatan sewenang-wenang.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 pada Pasal 1 angka 9 telah merumuskan batas kewenangan diskresi yang dapat digunakan oleh pemerintah. Pasal tersebut menyebutkan 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 memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap, tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Rumusan pasal ini secara prinsip menghendaki penggunaan diskresi untuk mengambil keputusan atau tindakan pemerintah, tetapi bukan pembuatan peraturan. Keputusan yang dimaksud adalah keputusan administrasi (pemerintah) atau keputusan tata usaha negara yaitu ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan dan/atau pejabat pemerintah dalam melaksanakan pemerintahan (Pasal 1 angka 7 UU No, 30 Tahun 2014). Tindakan yang dimaksud adalah tindakan administrasi negara atau pemerintah yaitu perbuatan pejabat pemerintah atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan. Penggunaan diskresi ini dalam lingkup atau tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Pemerintah dapat menggunakan diskresi untuk membuat keputusan atau tindakan di luar peraturan perundang-undangan apabila peraturan perundang-undangan tidak mengatur atau tidak lengkap mengatur kondisi yang dihadapi pemerintah.

Manurut kamus hukum "*discretionair, bij begoegdheid of macht: de zodanig die niet aan vaste regels, aan instructies vooraf of controle achteraf is gebonden; net vrije goedvinden der administratie*" (diskresi adalah wewenang atau kekuasaan yang tidak terikat secara tegas pada peraturan, instruksi, atau pengawasan; kehendak bebas pemerintahan). Pengertian ini menunjukan kebebasan bertindak pemerintah tanpa batas. Pemerintah dapat menggunakan kewenangannya sendiri untuk bertindak walaupun menyimpang dari peraturan, instruksi, atau pengawasan.

Philipus M. Hadjon berpandangan bahwa kebebasan bertindak (*freies ermessen*) pada dasarnya berarti kebebasan untuk menerapkan peraturan dalam situasi konkret, kebebasan untuk mengatur situasi konkret tersebut, dan kebebasan untuk bertindak meskipun tidak ada atau belum ada pengaturannya secara tegas (sifat aktifnya pemerintah). Lebih lanjut Philipus M. Hadjon menyatakan *discretionary power* hakikatnya sebagai lawan dari wewenang terikat (*gebonden begoegdheid*). Dengan demikian yang dimaksud kewenangan bebas (kebebasan bertindak) dalam hal ini bukan dalam arti kemerdekaan (*onafhankelijkheid*) yang lepas dari bingkai hukum

Penerbit ANDI

. Demikian juga dikatakan oleh H.D. van Wijk dan Wilemkonijnembelt bahwa *bestuursorganen bij het hanteren die voortuloeien uit algemene wet vestuursrecht en het ongecchreven rechtorgeschreven beginselen van behoorlik bertuur* (organ pemerintah dalam menggunakan kewenangan-kewenangannya selalu tetap pada norma hukum yang berasal dari undang-undang hukum administrasi umum dan norma hukum tertulis asas-asas pemerintahan yang baik yang tidak tertulis).

Pandangan yang sedikit berbeda dengan ahli hukum di atas, adalah pandangan Bagir Manan, yang menyatakan:

> Prinsip-prinsip *doelmatigheid* tidak boleh digunakan untuk mengesampingkan prinsip *rechtmatigheid*, kecuali benar-benar dapat ditunjukkan bahwa hal tersebut sangat diperlukan sebagai sesuai terpaksa (*compelling interest*) untuk mencapai tujuan pemerintahan yang sah menurut prinsip negara berdasarkan atas hukum. Penggunaan prinsip *freies ermessen* atau *discretionary power* harus dibatasi pada hal yang tidak melanggar asas penyelenggaraan administrasi negara yang baik (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*) yang tetap menjadi kepastian hukum, persamaan perlakuan, tidak bias (karena ada *conflict of interest*), dan lain-lain.

Pada bagian lain, Bagir Manan menegaskan bahwa kebebasan bertindak (diskresi) adalah dalam lingkup hukum. Penggunaan *freies ermessen* atau *beleidsvrijheid* yang semata-mata berkaitan dengan *doelmatigheid* dan tidak terikat dengan unsur *rechtmatigheid*, bahkan dapat menyimpangi *rechtmatigheid* adalah tidak benar (keliru). Kebebasan bertindak adalah kebebasan dalam lingkup hukum atau wewenang yang telah ditentukan berdasarkan hukum. Segala tindakan administrasi negara di luar wewenang yang telah ditentukan hukum, termasuk tindakan berdasarkan *freies ermessen* adalah tindakan melampaui wewenang (*deteurnement de pouvoir*) bahkan dapat melawan hukum (*onrechtmatige overheidsdaad*), atau penyalahgunaan wewenang (*misbruk van recht*).

Pendapat di atas mengandung pemahaman bahwa pada prinsipnya penggunaan kekuasaan diskresi dibatasi oleh hukum. Kebebasan bertindak pemerintah bukan kekuasaan tanpa batas, karena harus

Penerbit ANDI

memperhatikan ketentuan hukum (undang-undang), tujuan hukum, atau asas penyelenggaraan pemerintahan yang baik. Pengecualian terhadap pembatasan tersebut dapat dilakukan, apabila terdapat alasan keadaan terpaksa demi mencapai tujuan atau tugas pemerintahan, sehingga penggunaan kekuasaan diskresi oleh pemerintah boleh menyimpang dari aspek-aspek tersebut. Tentu saja penyimpangan ini hanya bersifat sementara dan merupakan pilihan terbaik dibandingkan tidak mengeluarkan peraturan kebijakan.

S. Prajudi Atmosudirjo lebih tegas membedakan kebebasan bertindak (diskresi) pemerintah ke dalam dua macam, yaitu diskresi bebas dan diskresi terikat. Pada diskresi bebas, undang-undang hanya menetapkan batas-batas, dan administrasi negara (pemerintah) bebas mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui/melanggar batas-batas tersebut. Pada diskresi terikat, undang-undang menetapkan beberapa alternatif, dan administrasi negara (pemerintah) bebas memilih salah satu alternatif tersebut. Pendapat ini hanya membedakan kedua macam diskresi dari kriteria ruang kebebasan yang diberikan oleh undang-undang. Pada kebebasan bertindak yang terikat, ruang kebebasan pemerintah berada pada pilihan alternatif yang diberikan undang-undang. Pada kebebasan bertindak yang bebas (tidak terikat), ruang kebebasan pemerintah berada pada batas-batas atau rambu-rambu yang ditetapkan oleh undang-undang. Dari kedua macam diskresi tersebut dapat dikatakan bahwa tindakan bebas (diskresi) pemerintah menurut pandangan S. Prajudi Admosudirjo adalah masih dalam ruang lingkup undang-undang. Dengan lain perkataan bahwa tindakan bebas pemerintah menurut S. Prajudi Atmosudirjo tidak boleh menyimpang atau keluar dari undang-undang.

Markus Lukman juga membedakan diskresi menjadi dua macam, dengan menggunakan istilah *objectieve beoordelingstuimte* dan *soebjectieve beoordelingruimte*. *Objectieve beoordelingstuimte* adalah sama dengan diskresi terikat yaitu kebebasan bertindak yang bertitik tolak pada pertimbangan objektif yang diberikan oleh undang-undang. Dalam hal ini undang-undang hanya mengatur kriteria, tanda-tanda, atau ketentuannya masih samar mengenai tindakan yang harus dilakukan oleh pejabat pemerintah terhadap situasi, kondisi, atau objek permasalahan yang

Penerbit ANDI

dihadapi. *Soebjectieve beoordelingruimte* adalah sama dengan diskresi bebas, yaitu kebebasan bertindak yang bertitik tolak pada pertimbangan subjektif yang diberikan oleh undang-undang. Dalam hal ini undang-undang memberikan kebebasan yang lebih luas kepada pejebat pemerintah untuk mengambil keputusan atau tindakan nyata berdasarkan inisiatif sendiri meskipun dalam batas-batas yang ditentukan undang-undang.

Menurut H.D. van Wijk dan Willem Konijnembelt pemerintah memiliki dua kebebasan bertindak dalam menggunakan wewenang diskresinya. Pertama adalah kebebasan mengambil kebijakan (*beleidsvrijheid*) yaitu kebebasan yang diambil pemerintah ketika undang-undang tidak memberikan arahan kapan wewenang itu dilaksanakan atau tidak dilaksanakan atau dalam hal apa wewenang itu dilaksanakan atau tidak dilaksanakan. Kedua adalah kebebasan mempertimbangkan yaitu kebebasan yang diambil oleh pemerintah ketika undang-undang memuat pengertian atau norma-norma yang samar yang harus dirinci untuk kepentingan praktik.

Berbeda dengan pendapat di atas, menurut J.B.J.M Ten Berge pemerintah mempunyai tiga macam kebebasan dalam menggunakan wewenang diskresinya, yaitu *interpretatievrijheid* (kebebasan interpretasi), *beoordelingsvrijheid* (kebebasan mempertimbangkan), dan *beleidsvrijheid* (kebebasan mengambil kebijakan). Kebebasan interpretasi adalah kebebasan yang dilakukan pemerintah untuk menafsirkan undang-undang atau peraturan perundang-undangan, mengingat ketentuan undang-undang atau peraturan perundang-undangan kurang atau tidak jelas. Dalam hal ini, tindakan bebas pemerintah dilakukan dengan cara melakukan penafsiran terhadap norma peraturan perundang-undangan yang bersifat umum-abstrak terhadap kondisi faktual, kasual, konkret, atau detail yang dihadapi pemerintah. Kebebasan mempertimbangkan dapat digunakan pemerintah ketika undang-undang atau peraturan perundang-undangan menawarkan dua alternatif wewenang atau syarat-syarat tertentu yang dapat dipilih oleh pemerintah. Dalam hal ini peraturan perundang-undangan menyerahkan penerapannya kepada pertimbangan pemerintah sesuai dengan kondisi faktual atau peristiwa yang dihadapi pemerintah. Kebebasan mengambil kebijakan dapat dilakukan ketika undang-undang

Penerbit ANDI

atau peraturan perundang-undangan memberikan wewenang kepada pemerintah untuk melakukan inventarisasi dan memperhatikan berbagai kepentingan.

Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 telah mengatur penggunaan kewenangan diskresi secara sah oleh pemerintah. Pasal 7 ayat (2) huruf e menyatakan penggunaan diskresi disesuaikan dengan tujuannya (*doelmatigheid*). Pasal 22 ayat (2) menggariskan tujuan setiap penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah, yaitu untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, serta mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum. Menurut Pasal 23 lingkup tindakan diskresi yang dapat dilakukan oleh pejabat pemerintah meliputi:

a. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan 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.
d. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.

Lebih lanjut Pasal 24 menentukan persyaratan sahnya penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah, yaitu:

a. Sesuai tujuan diskresi sebagaimana dimaksud pada 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.
f. Dilakukan dengan itikad baik.

Berdasarkan beberapa pendapat dan peraturan di atas dapat dikatakan

Penerbit ANDI

bahwa dasar kewenangan pemerintah dalam membentuk peraturan kebijakan adalah adanya kewenangan diskresi atau *freies ermessen* (tindakan bebas) yang dimiliki setiap pejabat pemerintah. Tindakan bebas pemerintah dibedakan atas dua macam yaitu tindakan bebas terbatas dan tindakan beban tanpa batas. Tindakan bebas terbatas dimaksud adalah tindakan beban pemerintah yang masih tetap dalam ruang lingkup hukum atau peraturan perundang-undangan atau asas-asas umum pemerintahan yang baik. Tindakan bebas tanpa batas dimaksud adalah tindakan bebas pemerintah yang dapat menyimpang dari lingkup hukum atau peraturan perundang-undangan dan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Tindakan bebas tanpa batas ini hanya bersifat pengecualian dan sementara mengingat keadaan terpaksa atau darurat dengan maksud mencapai tujuan tugas-tugas pemerintah. Penggunaan kewenangan diskresi yang mengarah pada penyimpangan peraturan perundang-undangan dan kesewenang-wenangan adalah tidak sah. Penggunaan kewenangan diskresi yang mengarah pada penyelenggaraan pemerintahan yang efektif dan efisien serta tidak bertentangan dengan norma hukum yang berlaku adalah sah.

3. Kedudukan Peraturan Kebijakan dalam Sistem Pengaturan Negara

Sebagaimana dikemukakan pada uraian di atas, para ahli dan pemerintah telah mengakui keberadaan peraturan kebijakan. Peraturan kebijakan dibuat dan digunakan oleh pemerintah dalam melaksanakan tugas-tugas pemerintahannya. Meskipun masih terdapat perbedaan pendapat mengenai status norma peraturan kebijakan, apakah merupakan norma hukum atau bukan norma hukum, tetapi dalam kenyataannya peraturan kebijakan mempunyai kekuatan mengikat.

Kewenangan diskresi melekat pada setiap pejabat pemerintah. Pada dasarnya pemerintah atau eksekutif berfungsi untuk melaksanakan undang-undang atau peraturan perundang-undangan. Dalam melaksanakan tugasnya, pemerintah kerap kali berhadapan dengan permasalahan yang sangat kondisional, faktual, personal, temporer, ketidakjelasan norma peraturan perundang-undangan, atau hal-hal yang belum diatur oleh peraturan perundang-undangan. Pada sisi lain, pemerintah berkewajiban memberikan pelayanan kepada masyarakat umum. Karena itu, pemerintah mempunyai kewenangan bebas untuk mengatur hal-hal tersebut dengan

Penerbit ANDI

membentuk peraturan kebijakan berdasarkan kewenangan administrasi atau pemerintah semata-mata. Artinya dalam hal ini pemerintah tidak mendapatkan delegasi atau atribusi dari UUD 1945 atau peraturan perundang-undangan untuk membuat peraturan di bawahnya.

Menurut S. Prajudi Atmosudirjo kewenangan diskresi merupakan pelengkap dari asas legalitas yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindakan atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan undang-undang. Undang-undang tidak mungkin mengatur segala macam kasus posisi dalam praktik kehidupan sehari-hari. Oleh karena itu, perlu adanya kebebasan atau diskresi dari administrasi negara untuk mengambil kebijakan . Kebijakan tertulis dituangkan ke dalam peraturan kebijakan, yang akan dijadikan landasan atau dasar bertindak badan atau pejabat pemerintah dalam menjalankan tugasnya. Dengan demikian, peraturan kebijakan merupakan pelengkap dari peraturan perundang-undangan yang digunakan oleh pemerintah sebagai landasan atau dasar hukum bertindak pemerintah dalam penyelenggaraan tugas-tugasnya.

Hukum positif Indonesia, yakni UU No. 30 Tahun 2014 tidak mengatur secara jelas dan tegas pengaturan kebijakan. UU tersebut mengatur kewenangan diskresi, yang menurut Pasal 22 Ayat (2) tujuan setiap penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah adalah untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, serta mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum. Perkembangan sosial politik yang begitu cepat, kerap kali hukum atau peraturan perundang-undangan ketinggalan. Meskipun demikian, kewenangan diskresi yang diberikan oleh UU tersebut kepada pejabat pemerintah, bukan untuk membuat peraturan kebijakan, tetapi untuk membuat keputusan pemerintah (keputusan TUN) dan tindakan konkret/nyata pemerintah. Karena itu hukum positif belum menempatkan kedudukan peraturan kebijakan dalam sistem pengaturan negara.

Penerbit ANDI

Manurut J. Mannoury peraturan kebijakan berkedudukan sebagai hukum bayangan (*speigelrecht*) karena tidak dibentuk berdasarkan kewenangan membuat peraturan tetapi berdasarkan kewenangan melaksanakan peraturan atau melaksanakan undang-undang. Sepaham dengan J. Mannoury, J. Van Der Hovven menyebutkan kedudukan peraturan kebijakan sebagai perundang-undangan semu (*pseudowetgeving*), karena pembuatannya tidak didukung oleh kewenangan membuat peraturan perundang-undangan tetapi peraturan itu mempunyai karakter perundang-undangan. Dari kedua pendapat ini pun tampak bahwa peraturan kebijakan dipandang sebagai hukum tetapi bukan peraturan perundang-undangan.

4. Jenis-Jenis Peraturan Kebijakan dalam Pengaturan Negara

Hukum positif Indonesia tidak mengatur secara jelas jenis peraturan kebijakan yang dapat dibuat oleh pemerintah. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 hanya menyebutkan bentuk tindakan bebas (diskresi) yang dapat dilakukan pemerintah adalah pembuatan "keputusan" dan melakukan "tindakan". Menurut Pasal 1 angka 7 yang dimaksud dengan "keputusan" adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Selanjutnya menurut Pasal 1 angka 8 yang dimaksud dengan "tindakan" adalah perbuatan pejabat pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.

Apabila yang dimaksud "keputusan" adalah ketetapan tertulis, maka norma yang dibentuk berdasarkan kewenangan diskresi tersebut adalah *beschikking*, bukan *regeling*. Padahal semua pendapat ahli hukum sebagaimana dimaksud di atas, peraturan kebijakan merupakan legislasi semu, yang artinya walaupun bukan peraturan perundang-undangan, tetapi normanya menyerupai peraturan perundang-undangan. Norma peraturan perundang-undangan adalah umum-abstrak, sehingga norma peraturan kebijakan pun adalah norma umum-abstrak, sedangkan norma

Penerbit ANDI

beschikking adalah norma individual-konkret. Karena itu pengertian "keputusan" sebagai hasil kewenangan diskresi menurut UU No. 30 Tahun 2014 adalah bukan merupakan peraturan kebijakan tetapi keputusan TUN atau tindakan konkret.

Selain itu, hasil penggunaan wewenang diskresi berupa "tindakan" pemerintah masih belum mengandung kejelasan. Apakah tindakan itu menghasilkan norma atau tindakan fisik? UU No. 30 Tahun 2014 tidak memberikan penjelasan. Jika memperhatikan pengertian tindakan dalam Pasal 1 angka 8, maka tindakan pemerintah berdasarkan kewenangan diskresi bukan menghasilkan norma atau kaidah hukum, tetapi berupa tindakan konkret/fisik.

Van Kreveld yang dikutip oleh Markus Lukman dan Ridwan, mengemukakan ada beberapa jenis peraturan kebijakan yang ditemui dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, seperti: *beleidslijnen* (garis-garis kebijakan), *het beleid* (kebijakan), *voorschriften* (peraturan-peraturan), *richtkijnen* (pedoman-pedoman), *regelingen* (petunjuk-penunjuk), *circulaires* (SE-P), *resoluties* (resolusi-resolusi), *aauschrijvingen* (instruksi-instruksi), *beleidsnota's* (nota kebijakan), *reglementen ministeriele* (peraturan-peraturan menteri), *beschikkingen* (keputusan-keputusan), *en bekenmakingen* (pengumuman-pengumuman).

Beberapa ahli hukum lain juga menyebutkan beberapa jenis peraturan kebijakan berbeda-beda. Bagir Manan mengemukakan bahwa yang termasuk dalam kategori peraturan kebijakan adalah SE-P, juklak (maksudnya petunjuk pelaksana), dan juknis (maksudnya petunjuk teknis). Philipus M. Hadjon menyebutkan jenis-jenis peraturan kebijakan antara lain peraturan, pedoman, pengumuman, dan SE-P. Demikian juga dikemukakan oleh Zafrullah Salim, bahwa selain SE-P, petunjuk pelaksana, petunjuk teknis, yang termasuk ke dalam jenis peraturan kebijakan juga adalah petunjuk operasional, instruksi, dan pengumuman. Ida Zuraida menambahkan jenis peraturan kebijakan berupa memorandum, buku, *standard operating procedure* (SOP).

Penerbit ANDI

Ronald S. Lumbun mengemukakan jenis-jenis peraturan kebijakan terdiri dari: SE-P (*circulair*), surat perintah (suprin), instruksi, pedoman kerja atau manual, petunjuk pelaksana (juklak), petunjuk teknis (juknis), buku panduan atau *guide* (*guidance*), kerangka acuan (*term of reference*), desain kerja atau desain proyek (*project design*), dan lain sebagainya.

Berdasarkan pendapat para ahli hukum di atas dan UU No. 30 Tahun 2014 tampak bahwa jenis-jenis peraturan kebijakan yang muncul dalam praktik sangat beragam, yaitu: peraturan, keputusan, SE-P, pedoman, petunjuk pelaksana, petunjuk teknis, memo, surat perintah, resolusi, instruksi, kerangka acuan, pengumuman, maklumat, buku panduan, pedoman kerja, dan sebagainya. Semua jenis peraturan kebijakan tersebut dapat dibuat oleh setiap pejabat/badan pemerintah dan tidak ada gradasi atau tata susunan yang jelas. Hal ini dikarenakan tidak ada hukum positif, termasuk UU No. 30 Tahun 2014 yang menetapkan secara definitif nama, jumlah, dan tata susunan peraturan kebijakan.

Dari semua jenis peraturan kebijakan di atas, sampai saat ini belum terdapat rumusan pengertiannya jenis peraturan kebijakan secara hukum. Berdasarkan kamus dan pendapat para ahli hukum, pengertian setiap jenis peraturan kebijakan adalah:

a. Peraturan adalah norma atau kaidah yang bersifat umum-abstrak yang dibuat berdasarkan kewenangan administrasi atau pemerintahan.

b. Keputusan adalah norma atau kaidah yang bersifat individual-konkret yang dibuat berdasarkan kewenangan administrasi atau pemerintahan.

c. SE-P (*circulaires*) disingkat SE adalah surat yang diedarkan kepada perseorangan atau kantor-kantor yang berisi pengumuman. SE ini dibuat oleh badan atau pejabat (termasuk pemerintah) yang digunakan untuk memberitahukan kepada jajaran di bawahnya mengenai suatu kebijakan yang harus dilaksanakan yang berkaitan dengan pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan.

d. Pedoman adalah petunjuk yang digunakan sebagai pegangan, patokan, atau rujukan perbuatan pemerintah dalam melaksanakan tugas-tugasnya.

Penerbit ANDI

e. Petunjuk Pelaksana yang disingkat Juklak adalah suatu bentuk kebijakan yang dikeluarkan oleh pejabat sebagai pedoman pelaksanaan norma yang di atasnya bagi bawahan untuk melaksanakan peraturan tertentu yang termasuk dalam tugas pokok dan fungsinya.

f. Petunjuk operasional atau petunjuk teknis adalah petunjuk yang memuat berbagai tata cara teknis administratif dan pelaksanaan (operasional) mengenai tugas tertentu.

g. Instruksi adalah suatu bentuk perintah yang dikeluarkan oleh pimpinan kepada jajaran bawahannya untuk menjalankan tugas tertentu.

h. Pengumuman adalah pemberitahuan suatu bentuk kebijakan yang antara lain berisi informasi yang diperlukan bagi masyarakat yang berkepentingan mengenai suatu pelayanan publik yang disediakan oleh instansi pemerintah.

i. Maklumat adalah pemberitahuan atau pengumuman yang dibuat oleh pejabat atau badan pemerintah berkaitan dengan kebijakan yang ditetapkannya.

j. Memo adalah pesan singkat yang digunakan secara intern dalam sebuah kantor atau organisasi untuk keperluan menyampaikan berita pendek dan sederhana. Memo berisi pesan/perintah yang meminta atau memberi informasi atau pengiriman pesan, memberi petunjuk, mengingatkan kembali sesuatu yang telah diberitahukan sebelumnya, meminta suatu bantuan, dan instruksi kepada bawahannya.

k. Kerangka acuan adalah standar rujukan pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan dalam melaksanakan fungsinya.

l. Buku panduan adalah buku yang digunakan sebagai panduan kerja bawahannya yang dibuat oleh pejabat atau badan pemerintah yang berwenang.

m. Pedoman kerja adalah panduan atau rujukan teknis pelaksanaan pekerjaan yang dibuat oleh pejabat atau badan pemerintah untuk pejabat yang ada di bawahnya.

Penerbit ANDI

n. Disposisi adalah pendapat seseorang pejabat mengenai urusan yang termuat dalam surat dinas yang langsung ditulis pada surat yang bersangkutan atau lembar khusus.

Jenis-jenis peraturan kebijakan di atas dibuat oleh pejabat yang berwenang berdasarkan kewenangan administrasi/pemerintahan semata, karena pembentukannya tidak berdasarkan kewenangan delegasi atau atribusi dari undang-undang atau peraturan perundang-undangan lainnya. Dalam rangka pelaksanaan tugas pemerintahan atau eksekutif, setiap pejabat atau badan pemerintah dapat mengeluarkan setiap jenis peraturan kebijakan di atas sesuai dengan kebutuhan pejabat atau badan pemerintah yang bersangkutan.

D. Kekuatan Mengikat Peraturan Kebijakan dalam Sistem Pengaturan Negara

Para ahli hukum, khususnya ahli hukum administrasi negara, masih berbeda pandangan mengenai kekuatan mengikatnya peraturan kebijakan. Kekuatan mengikat yang dimaksud adalah daya paksa berlakunya peraturan kebijakan, agar ditaati oleh semua pihak yang terikat. Pandangan para ahli hukum dibedakan atas dua pendapat. Pertama adalah pendapat yang menyatakan peraturan kebijakan tidak berlaku mengikat secara hukum. Kedua adalah pendapat yang menyatakan peraturan kebijakan berlaku mengikat secara hukum.

Penerbit ANDI

Bagir Manan menyatakan "sebagai peraturan yang bukan peraturan perundang-undangan, peraturan kebijakan tidak secara langsung mengikat secara hukum tetapi mengandung relevansi hukum. Alasannya adalah karena pembuat peraturan kebijakan tidak mempunyai kewenangan perundang-undangan. Lebih lanjut dikatakannya bahwa "meskipun demikian, ketentuan dimaksud (maksudnya ketentuan peraturan kebijakan) secara tidak langsung akan dapat mengikat masyarakat umum. Misalnya, suatu Juklak pelaksanaan tender hanya berisi ketentuan mengenai tata cara administrasi penyelenggaraan tender, akan tetapi ketentuan-ketentuan tersebut secara tidak langsung akan mengikat calon peserta tender

. Ini berarti peraturan kebijakan mempunyai kekuatan mengikat masyarakat umum, namun kekuatan mengikat umumnya adalah tidak langsung. Pandangan senada dikemukakan oleh Indro Harto, yang menyatakan suatu peraturan kebijakan itu berlaku bagi masyarakat, namun keterikatan masyarakat adalah tidak langsung. Karena itu, peraturan kebijakan adalah bukan peraturan perundang-undangan, melainkan suatu tindakan hukum TUN yang hanya menimbulkan akibat yang tidak langsung.

Pengertian kekuatan mengikat secara "tidak langsung" maksudnya adalah peraturan kebijakan tidak ditujukan kepada masyarakat umum sebagai sasaran langsung yang harus menaati peraturan kebijakan. Peraturan kebijakan mengikat dua pihak, yaitu:

1. Para pejabat pemerintah yang terikat secara langsung oleh peraturan kebijakan, karena peraturan kebijakan itu ditujukan atau dialamatkan kepada para pejabat pemerintah di bawahnya;
2. Masyarakat umum yang diikat secara tidak langsung karena masyarakat umum terkena dampak atau pengaruh berlakunya peraturan kebijakan.

Masyarakat umum ikut terikat pada peraturan kebijakan. Sebagai contoh, pada saat masyarakat umum berkepentingan dengan pejabat pemerintah, sedangkan pejabat pemerintah telah diikat secara langsung oleh peraturan kebijakan, maka pada akhirnya masyarakat umum tersebut harus mengikuti ketentuan peraturan kebijakan yang ditetapkan oleh pemerintah.

Pengaruh peraturan kebijakan terhadap masyarakat umum juga dikemukakan oleh S. Prajudi Atmosudirdjo. Dengan menggunakan istilah legislasi semu, S. Prajudi Atmosudirdjo menyatakan bahwa legislasi semu ini berasal dari kata diskresi atau *freies ermessen* yang dipunyai oleh administrasi negara yang pada umumnya dipakai untuk menetapkan *policy* pelaksanaan ketentuan undang-undang. Walaupun legislasi semu bukan hukum hanya merupakan garis-garis pedoman intern departemen belaka, pengaruhnya terhadap praktik besar sekali, karena memang dimaksudkan untuk mempunyai akibat hukum.

Penerbit ANDI

Menurut teori hukum, akibat hukum yang timbul dari peraturan adalah munculnya hak dan kewajiban. Hak dan kewajiban hanya dapat diciptakan oleh pemegang kekuasaan legislatif. Menurut teori kedaulatan rakyat, pemegang kekuasaan legislatif adalah rakyat atau wakil rakyat . Pemerintah hanya menjalankan atau menerapkan hak dan kewajiban yang sudah ditetapkan oleh legislatif melalui peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, peraturan kebijakan tidak menciptakan atau membuat hak dan kewajiban baru masyarakat. Meskipun demikian, pemerintah dapat membuat pedoman atau petunjuk pelaksanaan atau penerapan hak dan kewajiban tersebut melalui peraturan kebijakan. Meskipun pedoman atau petunjuk tersebut diperuntukkan bagi para pejabat pemerintah di bawahnya, pada akhirnya masyarakat harus mengikuti ketentuan peraturan kebijakan.

Penerbit ANDI

Penerbit ANDI

BAB IV

PENGATURAN MELALUI SURAT EDARAN PEMERINTAH

A. Pemahaman Tentang Pemerintah

1. Istilah dan Pengertian Pemerintah

Pada saat ini, di Indonesia terdapat istilah pemerintah, tetapi para ahli hukum belum sepakat atau belum ada kesatuan pendapat mengenai istilah tersebut dan pengertian. Para ahli hukum masih menggunakan istilah lain selain istilah pemerintah dan merumuskan pengertiannya menurut sudut pandang masing-masing. Beberapa ahli hukum yang menggunakan istilah pemerintah juga masih merumuskan pengertiannya berbeda-beda. Karena itu, dalam konteks penulisan Disertasi ini, penulis perlu membatasi istilah dan pengertiannya, agar tidak terjadi kesalahpahaman mengenai istilah dan pengertian pemerintah dalam konteks Disertasi ini.

Penerbit UNDI

Ridwan HR telah merangkum perbedaan istilah yang digunakan para ahli tersebut yaitu istilah pemerintah, "administrasi", "administrasi negara", "administrasi negara Indonesia", "tata pemerintahan", "tata usaha", "tata usaha negara", tata usaha pemerintahan, dan "karya tantra". Perbedaan istilah tersebut dipengaruhi oleh perbedaan pandangan masing-masing ahli hukum terhadap pengertiannya. Secara garis besar perbedaan pandangan ahli hukum tersebut dapat dibedakan menjadi dua. Pertama adalah pandangan yang menyatakan istilah tersebut mempunyai pengertian luas atau sempit berbeda. Kedua adalah pandangan yang menyatakan semua istilah tersebut mempunyai pengertian yang sama.

Dalam kepustakaan dan praktik di beberapa negara juga terdapat istilah-istilah yang berbeda untuk menunjuk istilah pemerintah. Prancis menggunakan istilah "*administratif*" untuk menunjuk istilah pemerintah. Istilah *administratif* berasal dari Bahasa Latin yakni "*administrare*" yang berarti mengatur (*to manage*). Kata "mengatur" di sini sudah mengandung pengertian "negara" di dalamnya, sehingga kata "mengatur" tidak dimaksudkan untuk mengatur bidang atau urusan di luar negara. Dari penggunaan istilah tersebut, maka dalam lingkungan hukum muncul sebutan atau istilah *droit administratif* (hukum administrasi negara).

Di Belanda terdapat dua istilah yang digunakan untuk menunjuk istilah pemerintah, yaitu istilah "*administratief*" dan "*bestuur*". Dari penggunaan istilah tersebut, maka dalam lingkungan hukum muncul istilah "*administratiefrecht*" atau "*administratief recht*" (hukum administrasi negara) dan "*bestuurrecht*" atau *bestuur recht* (hukum tata pemerintahan). Inggris menggunakan istilah "*Administrative*" untuk padanan istilah pemerintah. Penggunaan istilah ini dipengaruhi oleh istilah dalam bahasa Latin "*administrare*". Dari penggunaan istilah tersebut, maka dalam lingkungan hukum di Inggris muncul istilah "*administrativelaw*" (hukum administrasi negara).

Sampai saat ini belum ada kesatuan pendapat para ahli hukum Indonesia untuk menggunakan satu istilah tertentu. Karena itu dalam bahan pustaka dan praktik hukum ahli hukum menggunakan istilah masing-masing yang dianggapnya tepat. Hal ini berbeda dengan istilah perdata, istilah pidana, istilah tata negara, yang disepakati oleh para ahli hukum. Akibat belum ada kesepakatan istilah, maka para ahli hukum merumuskan pengertian istilah-istilah tersebut dengan sudut pandangnya masing-masing.

Menurut kamus Bahasa Indonesia, istilah administrasi mempunyai empat pengertian. Pertama, administrasi diartikan sebagai usaha dan kegiatan yang meliputi penetapan tujuan serta penetapan cara-cara penyelenggaraan pembinaan organisasi. Kedua, administrasi diartikan

Penerbit ANDI

sebagai usaha dan kegiatan yang berkaitan dengan penyelenggaraan kebijaksanaan serta mencapai tujuan. Ketiga, administrasi sebagai kegiatan yang berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan. Keempat administrasi sebagai kegiatan kantor dan tata usaha. Dalam kamus Bahasa Indonesia lainnya, kata administrasi diartikan sebagai tata usaha, urusan pemerintahan negeri, atau urusan perusahaan. Rumusan ini belum memperlihatkan pengertian administrasi negara secara hukum. Karena itu penulis perlu mengemukakan pengertian menurut para ahli hukum.

Philipus M. Hadjon et al menggunakan istilah administrasi negara. Menurutnya, administrasi negara dapat diartikan dari dua sudut pandang. Pertama adalah administrasi negara menurut sudut pandang Ilmu Administrasi dan kedua adalah administrasi negara menurut sudut pandang Hukum Administrasi Negara. Dari sudut pandang Ilmu Administrasi, pengertian Administrasi Negara mencakup lapangan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Dari sudut pandang Hukum Administrasi Negara, pengertian Administrasi Negara hanya mencakup lapangan eksekutif.

Pendapat yang hampir senada dengan Philipus M. Hadjon dikemukakan oleh Wiratno. Wiratno menggunakan istilah administrasi negara dan mengartikan administrasi negara dari dua pengertian, yaitu administrasi negara dalam arti luas dan administrasi negara dalam arti sempit. Menurut Wiratno administrasi dalam arti sempit adalah semua kegiatan tulis menulis, catat-mencatat, surat-menyurat, ketik-mengetik, serta penyimpanan, dan pengurusan hal-hal yang bersifat teknis ketatausahaan semata-mata. Administrasi dalam arti luas adalah proses kerja sama antara dua orang atau lebih berdasarkan rasionalitas tertentu untuk mencapai tujuan yang ditetapkan. Meskipun sudut pandang pengertiannya sama dengan Philipus M. Hadjon namun ruang lingkupnya berbeda. Pengertian yang dikemukakan oleh Wiratno kurang memperlihatkan administrasi dalam konteks negara, tetapi terkait dalam konteks tata kerja yang digunakan di luar konteks negara. Pengertian administrasi demikian lazim digunakan dalam organisasi sosial pada umumnya dan/atau pada organisasi perusahaan.

Penerbit ANDI

Denock & Koening mengartikan administrasi dalam konteks negara. Menurutnya pengertian administrasi negara dalam arti luas adalah kegiatan negara dalam melaksanakan kekuasaan politiknya (bidang legislatif, eksekutif, dan yudikatif), sedangkan pengertian administrasi negara dalam arti sempit adalah kegiatan dari badan eksekutif dalam melaksanakan pemerintahan. Dengan lain perkataan, administrasi negara dalam arti luas adalah seluruh kegiatan (aktivitas) negara dalam melaksanakan politiknya, sedangkan dalam arti sempit hanya mencakup kegiatan (aktivitas) eksekutif saja. Aktivitas eksekutif dimaksud adalah khususnya aktivitas-aktivitas badan eksekutif saja dalam melaksanakan pemerintahan. Jika pendapat ini dihubungkan dengan pendapat Philipus M. Hadjon, maka pengertian administrasi negara dari sudut pandang Ilmu Administrasi adalah sama dengan administrasi negara dalam arti luas. Pengertian administrasi negara dari sudut pandang Hukum Administrasi Negara adalah sama dengan administrasi negara dalam arti sempit.

Pendapat senada juga dikemukakan oleh Stelinga, yang mengartikan administrasi negara dalam arti luas dan dalam arti sempit. Pendapatnya dikaitkan dengan teori pembagian kekuasaan catur praja yang dikemukakan oleh Van Vollenhoven. Menurutnya administrasi negara dalam arti luas adalah administrasi negara yang mencakup lapangan *wetgeving* (peraturan perundang-undangan), *bestuur* (pemerintahan dalam arti sempit), *politie* (keamanan), dan *rechtspraak* (kehakiman), sedangkan administrasi negara dalam arti sempit adalah hanya meliputi lapangan *bestuur*. Dalam konteks ini M. Nata Saputra menegaskan bahwa administrasi negara dalam arti sempit adalah keseluruhan aparatur pemerintah yang melakukan berbagai aktivitas atau tugas-tugas negara selain tugas pembuatan undang-undang dan peradilan.

Kuntjoro Poerbopranoto juga menggunakan istilah administrasi negara, namun merumuskan pengertiannya dari sudut organnya. Menurutnya administrasi negara hanya mencakup satu organ atau lembaga, yakni Presiden. Pengertian ini adalah sama dengan pengertian administrasi negara dalam arti sempit sebagaimana dikemukakan oleh

Penerbit ANDI

Philipus M. Hadjon dan beberapa ahli hukum di atas. Dengan demikian, organ atau lembaga negara yang lain yang melaksanakan kekuasaan lain selain kekuasaan eksekutif adalah tidak termasuk pengertian administrasi negara dalam arti sempit.

Ahli hukum lain yang menggunakan istilah administrasi negara adalah S. Prajudi Atmosudirdjo. Projudi Atmosudirdjo menyatakan pengertian administrasi negara dapat dilihat dari tiga aspek, yaitu aspek fungsional, aspek struktural (aparat), dan aspek proses tata kerja penyelenggara. Dari aspek fungsional, administrasi negara adalah fungsi melaksanakan (aktivitas) pemerintahan (eksekutif) yang tidak termasuk fungsi legislatif dan yudikatif. Pengertian ini sama dengan pengertian administrasi negara sebagai fungsi hukum (*juridische functie*) yaitu penyelenggara dari undang-undang atau pelaksanaan dari ketentuan undang-undang secara konkret, kasual, dan (kebanyakan) individual.

Dilihat dari aspek struktural, administrasi negara adalah keseluruhan organ atau pejabat administrasi negara. Administrasi negara adalah aparatur negara yang dikepalai dan digerakkan oleh pemerintah, yang menurut UUD 1945 pemerintah adalah Presiden, guna menyelenggarakan undang-undang serta kebijaksanaan-kebijaksanaan dan kehendak-kehendak (keputusan) pemerintah.

Selanjutnya di lihat dari aspek proses tata kerja, administrasi negara adalah proses tata kerja pemerintah atau suatu proses teknis dalam melaksanakan tugas-tugas pemerintah sebagaimana disebutkan di atas. Proses ini melibatkan semua fungsi dan struktur administrasi negara (pemerintah), sehingga terdapat hubungan kerja antara fungsi administrasi negara yang satu dengan fungsi administrasi negara yang lain, serta antara aparat administrasi negara yang satu dengan aparat administrasi negara yang lain.

Dengan pengertian di atas, S. Prajudi Atmosudirdjo menyatakan istilah tata usaha negara lebih sempit dari pengertian administrasi negara. Hal ini dapat dilihat dari rumusan pengertiannya bahwa:

Penerbit ANDI

Administrasi negara di dalam definisi tersebut mempunyai arti yang luas, yaitu kombinasi daripada (a) tata pemerintahan (*berstuur*, *government*, *administrative* di Amerika Serikat), (b) tata usaha negara, (c) administrasi (*administratie, staatsbeheer*) atau pengurusan rumah tangga, (d) pembangunan (*ontwekkeling*), dan (e) pengadilan lingkungan.

Dari rumusan tersebut, lebih lanjut S. Prajudi Atmosudirdjo menyatakan bahwa tata usaha dari negara memang merupakan bagian dari pekerjaan yang luas, akan tetapi dalam negara modern hanya merupakan bagian kecil saja dari administrasi negara. Pendapat ini mengartikan istilah tata usaha negara lebih sempit dari istilah administrasi negara.

Sepaham dengan pendapat tersebut, Andrew Dunsire mengatakan "*administration is work of directing, or establishing the principles of, the execution or implementation of the law, or of publik policy, as contrasted with both the determination of those laws or that policy, and the detailed or routine stages of such execution or implementation*" (administrasi adalah pekerjaan mengarahkan, atau menetapkan prinsip-prinsip, pelaksanaan atau implementasi undang-undang, atau kebijakan publik, yang berbeda dengan ketentuan undang-undang tersebut atau kebijakan itu, dan tahapan terperinci atau rutin dari pelaksanaan atau penerapan undang-undang atau kebijakan tersebut).

W. Friedman menggunakan istilah pemerintah. Menurutnya fungsi pemerintahan adalah "*the process of performing particular acts, of isuing particular order, or (as usualy) of making decision which apply general rules of particular case*" (proses melakukan tindakan tertentu, mengeluarkan urusan tertentu, atau (seperti biasanya) membuat keputusan yang menerapkan aturan umum ke kasus tertentu).

Philipus M. Hadjon menyatakan bahwa pemerintah dalam arti fungsional adalah fungsi melaksanakan undang-undang dan kebijakan umum (ini tugas pokok), membuat asas atau dasar pelaksanaan/penerapan undang-undang dan kebijakan umum, yang berarti membuat peraturan pelaksana dari undang-undang dan kebijakan umum, serta membuat

Penerbit ANDI

keputusan atas kasus-kasus tertentu (penerapan peraturan secara konkret terhadap kasus yang dihadapi). Dengan kata lain pemerintahan dari aspek fungsional meliputi fungsi pelaksanaan undang-undang atau kebijakan umum dalam bentuk membuat peraturan pelaksana, tindakan material (fisik), serta membuat keputusan (*beschikking*) atas kasus konkret yang dihadapi.

E. Utrecht dan Bachsan Mustafa adalah dua ahli hukum yang tidak menggunakan istilah pemerintah atau administrasi negara melainkan menggunakan istilah tata usaha negara. Secara harfiah, istilah tata usaha negara berasal dari kata "tata" yang berarti aturan atau susunan, "usaha" yang berarti pekerjaan untuk mencapai maksud tertentu, "negara" yang menurut G. Pringgodigdo adalah organisasi kekuasaan atau kewibawaan yang memenuhi persyaratan unsur-unsur tertentu yaitu harus ada pemerintahan yang berdaulat, wilayah tertentu, dan rakyat yang hidup dengan teratur sehingga merupakan suatu bangsa (*nation*) . Dari unsur kata tersebut, tata usaha negara adalah aturan atau susunan pekerjaan yang dilakukan oleh organisasi kekuasaan atau kewibawaan yang mempunyai pemerintah, wilayah, dan rakyat. Pengertian harfiah ini kurang memberikan kejelasan makna secara hukum, karena itu banyak ahli yang memberikan rumusan pengertian tata usaha negara secara hukum.

Penerbit ANDI

Lebih lanjut E. Utrecht dan Bachsan Mustaka menyatakan bahwa arti tata usaha negara adalah sama dengan administrasi negara. Hal ini tampak dari pernyataan E. Utrecht bahwa:

> Tata usana negara (administrasi negara) adalah gabungan jabatan-jabatan (*compleks van ambten*) yang di bawah pimpinan pemerintah yang melakukan sebagian dari pekerjaan pemerintah (tugas pemerintah/*overheidstaak*) yang tidak ditugaskan kepada badan-badan peradilan, legislatif (pusat) dan badan-badan pemerintah dari persekutuan-persekutuan hukum (*rechtsgemeenschappen*) yang lebih rendah daripada negara.

Hal yang sama dikemukakan oleh Bachsan Mustafa bahwa administrasi negara adalah gabungan jabatan-jabatan yang dibentuk dan disusun secara bertingkat (*trapgewijs*) yang diserahi tugas pemerintahan dalam arti luas (*overheid*), yang tidak diserahkan kepada badan pembuat undang-undang dan badan kehakiman.

Dalam konteks Indonesia, selain dikenal istilah pemerintah juga dikenal istilah pemerintahan. Sebagian orang masih belum dapat membedakannya, sehingga masih terjadi kerancuan penggunaannya. Karena itu penulis berpendapat keduanya perlu dipahami secara jelas agar tidak menimbulkan kesalahpahaman mengenai pengertian keduanya. Selain itu, dengan memahami keduanya, maka keduanya dapat mudah dibedakan sehingga tidak menimbulkan kerancuan paham mengenai keduanya.

Dalam bahasa Indonesia, pemerintah diartikan sebagai lembaga atau organ yang bertugas mengatur dan memajukan negara dengan rakyatnya. Pemerintahan diartikan segala urusan yang dilakukan oleh lembaga atau organ negara dalam menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat dan kepentingan negara. Wiratno menyatakan pemerintah adalah badan eksekutif, sedangkan pemerintahan adalah fungsi pemerintah (*het bestuuren, het regeren*) dalam arti menjalankan tugas-tugas memerintah (*bestuurfunctie*) oleh badan eksekutif. Arti pemerintahan dapat dipandang sejajar atau berhadapan dengan fungsi peradilan (*rechtspraak*) dan tugas perundang-undangan (*wetgeving*). Oleh karena itu pengertian pemerintah dapat dirumuskan secara negatif yaitu tugas penguasa yang bukan merupakan tugas peradilan dan perundang-undangan.

Sebagian ahli hukum menggolongkan pengertian pemerintah dalam arti luas (*in the broad sense*) dan dalam arti sempit (*in the narrow sense*). Dalam arti luas, pemerintah adalah semua alat kelengkapan negara, yang pada pokok terdiri dari cabang-cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudisial atau alat-alat kelengkapan negara lain yang bertindak untuk dan atas nama negara. Pemerintah dalam pengertian sempit adalah alat kelengkapan negara yang hanya mencakup cabang kekuasaan eksekutif.

Penerbit ANDI

Sejalan dengan pengertian di atas, S.F. Marbun mengartikan pemerintah dalam arti sempit adalah organ/alat perlengkapan negara yang diserahi tugas pemerintahan atau melaksanakan undang-undang, sedangkan dalam arti luas mencakup semua badan yang menyelenggarakan semua kekuasaan negara, baik eksekutif, legislatif, maupun yudikatif. Dalam pengertian ini Wiratno membatasi pengertian pemerintah dalam arti sempit hanya mencakup badan eksekutif atau *bestuur*, sedangkan dalam arti luas mencakup semua pemegang kekuasaan di dalam negara.

Pendapat lain melihat pengertian pemerintahan dari dua aspek, yaitu aspek fungsi dan aspek organisasi. Menurut P. De Haan et al. pengertian pemerintahan dari aspek fungsi (*bestuur als functie, dat wil zeggen het bestuuren-is de uitoefening van bestuurstaak. In de worden van Donner: de ambtelijke behartinging van openbare belangen door de openbare dienst. Onder het* (*openbaar*) *bestuur als orgaan wonder al die organen uit de overheidsorganisatie samengevat die belast zijn met de uitoefening van de bestuurstaak* (pemerintahan dari segi fungsi yakni aktivitas pemerintah – adalah melaksanakan tugas-tugas pemerintahan. A.M. Donner menyatakan aktivitas pemerintah tersebut dengan istilah penyelenggaraan kepentingan oleh dinas publik. Pemerintahan sebagai organ adalah kumpulan organ-organ dari organisasi pemerintahan yang dibebani dengan pelaksanaan tugas pemerintahan). Apa pun nama organnya, apabila diberikan tugas dan wewenang untuk melaksanakan fungsi pemerintahan maka organ-organ tersebut adalah organ pemerintah.

Soehardjo menyatakan pemahaman pemerintahan sebagai organisasi bilamana cara memahaminya dengan mempelajari ketentuan-ketentuan susunan organisasi, termasuk di dalamnya mempelajari fungsi, penugasan, kewenangan, dan kewajiban masing-masing departemen pemerintahan, badan-badan, instansi, serta dinas-dinas pemerintahan. Berbeda dengan itu, bilamana memahami pemerintahan dengan cara mempelajari ketentuan-ketentuan yang mengatur apa dan cara tindakan pemerintah sesuai dengan kewenangan masing-masing, maka pemahaman pemerintahan tersebut dilihat dari pemerintahan sebagai fungsi. Secara negatif, fungsi

PENERBIT ANDI

pemerintahan dimaksud adalah kegiatan-kegiatan penguasa yang tidak dapat disebutkan sebagai kegiatan perundang-undangan dan peradilan (*alle activiteiten van de overheid die niet als wetgeving en rechtspraak*).

Sebagai negara hukum, penulis perlu melihat istilah-istilah tersebut di atas dan pengertiannya yang digunakan oleh hukum positif Indonesia. Batang Tubuh UUD 1945 menggunakan istilah pemerintah dan tata usaha negara. Hal ini tampak pada rumusan Pasal 4 ayat (1), Pasal 18, Pasal 18A, dan Pasal 24 ayat (2). Pasal 4 ayat (1) menyatakan Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan "pemerintahan" menurut Undang-Undang Dasar". Pasal 18 menyatakan:

a. Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai "pemerintahan" daerah, yang diatur dengan undang-undang,

b. "Pemerintahan" daerah provinsi, daerah kabupaten, dan daerah kota mengatur dan mengurus sendiri urusan "pemerintahan" menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.

c. "Pemerintah" daerah provinsi, daerah kabupaten, dan daerah kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum.

d. "Pemerintahan" daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh udang-undang ditentukan sebagai urusan "pemerintah" pusat.

e. "Pemerintahan" daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi daerah dan tugas pembantuan.

f. Susunan dan tata cara penyelenggaraan "pemerintahan" daerah diatur dalam undang-undang.
   Pasal 18A menyatakan:

Penerbit ANDI

a. Hubungan wewenang antara "pemerintah" pusat dan "pemerintahan" daerah provinsi, kabupaten, dan kota, atau antara provinsi dan kabupaten dan kota, diatur dengan undang-undang dengan memperhatikan kekhususan dan keragaman daerah.

b. Hubungan keuangan, pelayanan umum, pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya antara "pemerintah" pusat dan "pemerintahan" daerah diatur dan dilaksanakan secara adil dan selaras berdasarkan undang-undang.

Pasal 18B ayat (1) menyatakan Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan "pemerintahan" daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang.

Pasal 22 Ayat (1) dan Ayat (2) menyatakan:

a. Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan Peraturan "Pemerintah" sebagai pengganti undang-undang.

b. Peraturan "Pemerintah" itu harus mendapat persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut.

Pasal 23 Ayat (3) menyatakan apabila Dewan Perwakilan Rakyat tidak menyetujui rancangan anggaran pendapatan dan belanja negara yang diusulkan oleh Presiden, "pemerintah" menjalankan anggaran pendapatan dan belanja negara tahun yang lalu.

Pasal 27 Ayat (1) menyatakan segala warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan "pemerintahan" wajib menjunjung tinggi hukum dan "pemerintahan" itu tanpa ada kecualinya.

Pasal 31 menyatakan:

a. Setiap warga negara wajib mengikuti pendidikan dasar dan "pemerintah" wajib membiayainya.

b. "Pemerintah" mengusahakan dan menyelenggarakan satu sistem pendidikan nasional, yang meningkatkan keimanan dan ketakwaan serta akhlak mulia dalam rangka mencerdaskan kehidupan bangsa, yang diatur dengan undang-undang.

Perum ANDI

c. "Pemerintah" memajukan ilmu pengetahuan dan teknologi dengan menjunjung tinggi nilai-nilai agama dan kesatuan bangsa untuk kemajuan peradaban serta kesejahteraan umat manusia.

Selain menggunakan istilah "pemerintah", UUD 1945 juga menggunakan istilah "tata usaha negara". Hal ini dapat dilihat dari rumusan Pasal 24 ayat (2) yang menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan "tata usaha negara", dan oleh sebuah Mahkamah konstitusi.

Pada peraturan perundang-undangan di bawah UUD 1945, selain digunakan istilah pemerintah, tata usaha negara, juga digunakan istilah administrasi, dan eksekutif. Hal ini dapat dilihat pada contoh undang-undang berikut ini.

a. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara menggunakan istilah tata usaha negara, istilah administrasi, istilah pemerintah, dan istilah eksekutif. Hal ini sebagaimana terlihat dari rumusan nama UU tersebut, juga dari rumusan Pasal 1 angka 1 dan penjelasannya, Penjelasan Pasal 1 angka 3, serta Pasal 144. Nama UU No. 5 Tahun 1986 adalah Undang-Undang tentang "Peradilan Tata Usaha Negara". Pasal 1 angka 1 menyebutkan "tata usaha negara" adalah "administrasi negara" yang melaksanakan fungsi untuk menyelenggarakan urusan "pemerintahan" baik di pusat maupun di daerah. Menurut Penjelasan Pasal 1 angka 1 urusan "pemerintahan" ialah kegiatan yang bersifat "eksekutif". Pasal 1 angka 2 menyebutkan istilah tata usaha negara dan pemerintah, dalam rumusannya bahwa badan atau pejabat "tata usaha Negara" adalah badan atau pejabat yang melaksanakan urusan "pemerintahan" baik di pusat maupun di daerah. Lebih lanjut dijelaskan pada Penjelasan Pasal 1 angka 3 bahwa yang dimaksud badan atau pejabat "tata usaha Negara" adalah badan atau pejabat di pusat dan daerah yang melakukan kegiatan yang bersifat "eksekutif". Pasal 144 menyebutkan Undang-undang ini disebut Undang-undang "Peradilan Administrasi Negara".

Penerbit ANDI

b. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah menggunakan istilah "pemerintah". Hal ini selain sebagaimana digunakan sebagai nama undang-undang tersebut, juga dapat dilihat dari rumusan Pasal 1 angka 1 dan angka 3. Rumusan Pasal 1 angka 1 merumuskan pengertian "pemerintah" pusat, yaitu Presiden Republik Indonesia yang memegang kekuasaan "pemerintahan" negara Republik Indonesia yang dibantu oleh Wakil Presiden dan menteri sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal 1 angka 3 merumuskan "pemerintah" daerah, yaitu kepala daerah sebagai unsur penyelenggara "pemerintahan" daerah yang memimpin pelaksanaan urusan "pemerintahan" yang menjadi kewenangan daerah otonomi. Dalam undang-undang ini terdapat istilah administrasi dan eksekutif, namun kedua istilah tersebut diartikan sebagai bagian dari urusan pemerintahan. Hal ini seperti disebutkan dalam Pasal 12 Ayat (2) bahwa urusan pemerintahan wajib yang tidak terkait dengan pelayanan dasar antara lain "administrasi" kependudukan dan pencatatan sipil. Istilah "administrasi" juga digunakan untuk menunjukkan sebagian wilayah kerja pemerintah pusat di daerah. Hal ini seperti dirumuskan pada Pasal 1 angka 3 bahwa wilayah "administratif" adalah wilayah kerja perangkat pemerintah pusat termasuk gubernur sebagai wakil pemerintah pusat untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan pemerintah pusat di daerah dan wilayah kerja gubernur dan bupati atau wali kota dalam melaksanakan urusan pemerintahan umum di daerah. Pada penjelasan umum angka 2 undang-undang ini disebutkan penyelenggaraan urusan "pemerintahan" pusat meliputi lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif.

c. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan menggunakan istilah pemerintah, administrasi, dan tata usaha. Hal ini sebagaimana terlihat dari nama undang-undang tersebut, juga dapat dilihat dari, antara lain, Pasal 1 angka 1, Pasal 1 angka 3, dan Pasal 1 angka 7. Pasal 1 Angka 1 menyebutkan "administrasi" "pemerintahan" adalah tata laksana pengambilan keputusan dan/

Penerbit ANDI

atau tindakan oleh badan dan/atau pejabat "pemerintahan". Pasal 1 angka 3 menyebutkan badan dan/atau pejabat "pemerintahan" adalah unsur yang melaksanakan fungsi pemerintahan, baik di lingkungan "pemerintah" maupun penyelenggara negara lainnya. Pasal 1 angka 7 menyebutkan keputusan administrasi pemerintahan yang disebut juga keputusan "tata usaha negara" atau keputusan "administrasi negara" yang selanjutnya disebut keputusan adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan.

d. Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme menggunakan istilah "pemerintah" dan "administrasi". Penggunaan istilah pemerintah dapat dilihat dari, antara lain, rumusan Pasal 17 ayat (2) huruf b yang menyatakan "…instansi "pemerintah" tentang dugaan adanya korupsi, kolusi, dan nepotisme dari para penyelenggara negara". Penggunaan istilah administrasi seperti tampak pada penjelasan Pasal 15 ayat (1) menyatakan "…pelayanan administrasi untuk kelancaran pelaksanaan tugas Komisi Pemeriksa". Penggunaan istilah eksekutif seperti terlihat pada penjelasan Pasal 11 yang merumuskan yang dimaksud dengan lembaga independen dalam pasal ini adalah lembaga yang dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bebas dari pengaruh kekuasaan "eksekutif", legislatif, yudikatif, dan lembaga negara lainnya.

Meskipun para ahli hukum dan ahli ilmu administrasi negara berbeda pendapat dalam menggunakan dan mengartikan istilah-istilah tersebut di atas, namun sesungguhnya perbedaan itu disebabkan oleh cara melihat atau sudut pandangnya yang berbeda. Herman Heller menegaskan perbedaan penggunaan istilah tersebut tidak menimbulkan perbedaan maknanya. Perbedaan penggunaan istilah hanyalah terletak dalam soal selera dan manisnya istilah. Ridwan H.R. juga menyatakan istilah administrasi negara dan pemerintahan mengindikasikan pengertian yang sama, karena pemerintahan itu sendiri merupakan terjemahan dari kata administrasi . *The administrative agency is a governmental authority other than a court*

Penerbit ANDI

and other than a legislative body (badan administrasi adalah otoritas pemerintah selain dari pengadilan dan selain dari badan legislatif), sehingga dalam hal penamaan hukum muncul sebutan *administratiefrechts* adalah *bestuurrechts* dan sebaliknya. Artinya, perbedaan penamaan ini tidak menyebabkan perbedaan isi atau materi dari hukum administrasi negara.

Mengingat hal di atas, penulis berpendapat bahwa dalam konteks hukum, istilah-istilah administrasi negara, pemerintah, tata usaha, dan eksekutif mempunyai pengertian yang sama. Sesuai konteks penulisan Disertasi ini penulis menggunakan istilah pemerintah, dengan pertimbangan bahwa istilah pemerintah:

a. UUD 1945 lebih banyak menggunakan istilah "pemerintah" dan penggunaan istilah lain pada peraturan perundang-undangan lainnya hanya menunjukkan perbedaan istilah sedangkan maknanya adalah sama;

b. lebih dipahami secara umum oleh rakyat atau warga negara Indonesia;

c. memiliki kesamaan makna atau pengertian dengan istilah administrasi negara, administrasi, dan tata usaha negara.

d. digunakan dalam praktik penyelenggaraan negara, seperti adanya pemerintah negara (pemerintah pusat), pemerintah daerah, dan pemerintah desa.

e. dalam Hukum Administrasi Negara, kata administrasi negara adalah sama dengan kata tata usaha negara atau kata eksekutif atau kata pemerintah, yang secara teoretis atau menurut paham Ilmu Administrasi disebut administrasi negara/pemerintah/tata usaha negara dalam arti sempit.

Meskipun penulis menggunakan istilah pemerintah, namun di dalam konteks pembahasan pada sub-sub bahasan dari Disertasi ini, penulis masih menuliskan istilah-istilah lain sesuai dengan pendapat para ahli yang dikutip penulis. Dalam konteks penulisan ini, penulisan istilah-istilah lain tersebut dimaksudkan oleh penulis mempunyai pengertian yang sama dengan istilah pemerintah.

PenerbitANDI

2. Lembaga Pemerintah

Lembaga pemerintah dimaksud dalam suburaian ini adalah institusi dan organ dalam struktur organisasi pemerintahan Indonesia. Apabila mengikuti pendapat S. Prajudi Atmosudirjo, yang dimaksud dengan lembaga pemerintah adalah organisasi keadministrasian negara yaitu keseluruhan tata susunan administrasi negara (dalam arti institusional). Ini dimaksudkan untuk menyajikan gambaran dari pertanyaan, siapa yang dimaksud pemerintah di Indonesia. Uraian ini menjadi penting bagi pembatasan dalam Disertasi ini, mengingat sampai saat ini masih terdapat perbedaan pendapat atau pandangan mengenai siapa yang dimaksud pemerintah di Indonesia.

Lembaga pemerintah adalah pemerintah dalam pengertian struktural, yaitu seluruh aparatur negara yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan. Dengan perkataan lain, lembaga pemerintah adalah kumpulan jabatan pemerintah (*complex van de bestuursambten*) atau gabungan jabatan-jabatan yang dibentuk dan disusun secara bertingkat yang diserahi tugas melaksanakan sebagian pekerjaan pemerintahan yang tak diserahkan kepada badan-badan pembuat undang-undang dan badan kehakiman. Jabatan (*ambt*) adalah *is een instituut met eigen werkkring waaraan bij de instelling duurzaam en welamschreven taak en bevoegdheden zijn verleend* (adalah suatu lembaga dengan lingkungan pekerjaan sendiri yang dibentuk untuk waktu lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang). Bagir Manan juga menyatakan jabatan adalah lingkungan pekerjaan tetap yang berisi fungsi-fungsi tertentu yang secara keseluruhan mencerminkan tujuan dan tata kerja suatu organisasi pemerintah. Menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, lembaga atau jabatan pemerintah tersebut dapat berbentuk badan atau pejabat tata usaha negara.

Secara akademik, pemahaman tentang lembaga pemerintah dipengaruhi oleh perbedaan pemahaman tentang istilah dan pengertian pemerintah. Karena itu, secara garis besar, lembaga pemerintah pun dipahami secara berbeda, yang dapat dibedakan atas lembaga pemerintah

Penerbit ANDI

dalam arti luas (*bewindvoering* atau *regering*) dan dalam arti sempit (*berstuur* atau *administratie*). Perbedaan sudut pandang ini mengakibatkan timbulnya perbedaan struktur jabatan, organ, atau badan dan pejabat dalam organisasi pemerintah.

Safri Nugraha et all menggambarkan lembaga pemerintah dengan menggunakan beberapa teori pemisahan kekuasaan, yaitu teori trias politika dari Montesquieu, teori catur praja dari van Vollenhoven, dan teori dwi praja dari A.M. Donner. Teori trias politika yang dikemukakan oleh Mantesquieu (nama lengkapnya adalah Charles de Secondat Baron de La Brede at de Montesquieu) membagi kekuasaan negara menjadi tiga cabang kekuasaan yaitu legislatif (kekuasaan membuat undang-undang), eksekutif (kekuasaan melaksanakan undang-undang), dan yudikatif (kekuasaan menghakimi atau mengadili). Dari teori ini, maka yang dimaksud lembaga pemerintah dalam arti luas adalah seluruh organ, jabatan, atau alat kelengkapan negara yang melaksanakan tiga fungsi kekuasaan tersebut. Organ, jabatan, atau alat-alat kelengkapan negara tersebut bertindak untuk dan atas nama negara, dalam mencapai tujuan negara. Sebaliknya lembaga pemerintah dalam arti sempit dilihat dari teori trias politika adalah seluruh organ, jabatan, atau alat kelengkapan negara yang hanya melaksanakan fungsi eksekutif, sedangkan organ, jabatan alat kelengkapan negara yang melaksanakan fungsi legislatif dan yudikatif tidak termasuk ke dalam lembaga pemerintah.

Menurut teori catur praja yang dikemukakan oleh van Vollenhoven, kekuasaan negara dibagi ke dalam empat cabang kekuasaan, yaitu pemerintah dalam arti sempit (*bestuur*), polisi (*politie*), peradilan (*rechtspraak*), dan pengaturan (*regeling*). Berdasarkan teori ini, maka yang dimaksud lembaga pemerintah dalam arti luas adalah keseluruhan organ, jabatan, atau alat kelengkapan negara yang melaksanakan empat fungsi negara tersebut, sedangkan lembaga pemerintah dalam arti sempit adalah seluruh organ, jabatan, alat kelengkapan negara yang memegang dan melaksanakan fungsi kekuasaan *bertuur*.

Penerbit ANDI

Menurut teori Dwipraja yang dikemukakan A.M. Doner, negara mempunyai dua cabang kekuasaan yaitu kekuasaan untuk menentukan haluan politik negara (*politiek taakstelling*) dan kekuasaan yang menyelenggarakan/ merealisasikan haluan politik negara yang telah ditentukan (*verwekenlijking van de taak*) tersebut. Lembaga pemerintah dalam arti luas menurut teori ini adalah seluruh organ, jabatan, atau alat kelengkapan negara yang memegang dan melaksanakan kedua cabang kekuasaan tersebut, sedangkan lembaga pemerintah dalam arti sempit adalah seluruh organ, jabatan, atau alat kelengkapan negara yang hanya memegang dan melaksanakan kekuasaan pelaksana (*verwekenlijking van de taak*).

Selain pemahaman di atas, para ahli juga membedakan pemahaman lembaga pemerintah dari aspek ilmu politik, ilmu administrasi, dan ilmu hukum. Menurut ilmu politik, lembaga pemerintah adalah aparatur negara yang berwenang, bertugas, dan bertanggung jawab atas pelaksanaan serta penyelenggaraan dari kebijaksanaan-kebijaksanaan negara atau kebijaksanaan-kebijaksanaan politik. Kebijaksanaan negara menyangkut semua aspek kehidupan bernegara dalam mencapai tujuan negara. Meskipun demikian, pemerintah tidak boleh dipengaruhi oleh kekuatan-kekuatan atau cara-cara berpikir politik. Pemahaman ini adalah sejalan dengan pemahaman lembaga pemerintah dalam arti luas.

Menurut ilmu administrasi, pemerintah adalah aparatur penyelenggara dan aktivitas penyelenggaraan dari kebijaksanaan-kebijaksanaan, tugas-tugas, kehendak-kehendak, dan tujuan-tujuan pemerintah (negara). Ilmu administrasi memandang undang-undang dasar, undang-undang, dan peraturan lainnya merupakan bentuk-bentuk perumusan kebijaksanaan atau kehendak negara yang harus dijunjung tinggi dan diselenggarakan . Pemahaman lembaga pemerintah dari aspek ini adalah sejalan dengan pemahaman lembaga pemerintah dari aspek ilmu politik atau pemahaman lembaga pemerintah dalam arti luas yang meliputi semua aparatur negara yang melaksanakan semua fungsi Negara.

PenerbitANDI

Menurut ilmu hukum, khususnya Hukum Administrasi Negara, pemerintah merupakan aparatur penyelenggara serta aktivitas pelaksana/ penyelenggara undang-undang (hukum). Aparatur pelaksanaan dimaksud tidak meliputi aparatur yang melaksanakan fungsi legislasi sebagai pembuat/ pembentuk undang-undang (hukum) dan aparatur yang melaksanakan fungsi yudikatif yang menegakkan hukum melalui peradilan. Pemahaman lembaga pemerintah dalam pengertian ini adalah sejalan dengan pemahaman lembaga pemerintah dalam arti sempit, yang hanya mencakup aparatur, organ, atau struktur jabatan yang melaksanakan fungsi eksekutif.

Apabila teori-teori di atas dihubungkan dengan kekuasaan negara yang ada di Indonesia, maka yang dimaksud lembaga pemerintah Indonesia dalam pengertian luas adalah semua lembaga negara atau struktur jabatan yang memegang dan melaksanakan semua kekuasaan negara Indonesia. Selanjutnya yang dimaksud lembaga pemerintah Indonesia dalam arti sempit adalah lembaga atau struktur jabatan yang melaksanakan undang-undang.

UUD 1945 mengatur secara eksplisit sembilan lembaga negara yang ada di Negara Indonesia, yang terdiri atas Majelis Permusyawaratan Rakyat (disingkat MPR), Dewan Perwakilan Rakyat (disingkat DPR), Dewan Perwakilan Daerah (disingkat DPD), Presiden, Mahkamah Agung (disingkat MA), Mahkamah Konstitusi (disingkat MK), Komisi Yudisial (disingkat KY), Badan Pemeriksa Keuangan (disingkat BPK), dan Komisi Pemilihan Umum (disingkat KPU). Lembaga-lembaga negara tersebut memiliki kekuasaan masing-masing, yang kesemuanya adalah dalam rangka mencapai tujuan politik negara Indonesia. Kekuasaan masing-masing lembaga negara dimaksud adalah:

a. MPR mempunyai kekuasaan konstitusi untuk membentuk, mengubah, dan menetapkan UUD, melantik Presiden dan Wakil Presiden, serta memberhentikan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam masa jabatannya (Pasal 3 jo Pasal 37).

Penerbit ANDI

b. DPR memegang kekuasaan legislatif untuk membentuk undang-undang bersama Presiden, kekuasaan anggaran (*budgeter*) untuk menetapkan anggaran negara, dan kekuasaan pengawasan (*control*) untuk melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan undang-undang, anggaran, dan kebijakan Presiden (Pasal 20 jis Pasal 20A dan Pasal 21).

c. DPD mempunyai kekuasaan legislatif terbatas untuk mengajukan dan membahas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta yang berkaitan dengan pertimbangan keuangan pusat dan daerah, serta melakukan pengawasan atas pelaksanaan undang-undang tersebut (Pasal 22C jo Pasal 22D).

d. Presiden mempunyai kekuasaan eksekutif untuk memegang pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar serta mengajukan rancangan undang-undang, pembahasan dan memberikan persetujuan atas rancangan undang-undang bersama DPR, dan mengesahkan rancangan undang-undang yang telah mendapatkan persetujuan bersama Presiden dan DPR menjadi UU (dalam rangka melaksanakan kekuasaan legislatif) [Pasal 4 ayat (1), Pasal 5 Ayat (1), jo Pasal 20)]. Selain itu, Presiden juga mempunyai kekuasaan tertinggi atas Angkatan Dasar, Angkatan Laut, dan Angkatan Udara (Pasal 10). Presiden berwenang menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain dengan persetujuan DPR (Pasal 11). Presiden mempunyai kekuasaan untuk menyatakan negara dalam keadaan bahaya (Pasal 12). Presiden mempunyai kekuasaan untuk mengangkat duta dan konsul serta menerima penempatan duta negara lain (Pasal 13). Presiden mempunyai kekuasaan untuk memberikan grasi dan rehabilitasi dengan memperhatikan pertimbangan Mahkamah Agung serta memberikan amnesti dan abolisi dengan memperhatikan pertimbangan DPR (Pasal 14). Presiden berwenang memberi gelar, tanda jasa, dan lain-lain tanda kehormatan (Pasal 15). Presiden berwenang membentuk suatu dewan pertimbangan yang bertugas memberikan nasihat dan pertimbangan kepada Presiden (Pasal 16).

Penerbit ANDI

e. MA dan MK mempunyai kekuasaan kehakiman (kekuasaan yudikatif) untuk menyelenggarakan peradilan (Pasal 24 jis Pasal 24 A, dan Pasal 24C, Pasal 7A).

f. KY mempunyai kekuasaan mengusulkan calon hakim agung serta menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim (Pasal 24B).

g. BPK mempunyai kekuasaan pemeriksaan pengelolaan dan tanggung jawab keuangan negara (Pasal 23).

h. KPU mempunyai kekuasaan menyelenggarakan pemilihan umum (Pasal 22E).

Semua lembaga tersebut memegang dan melaksanakan kebijaksanaan-kebijaksanaan negara dalam rangka mencapai tujuan negara Indonesia. Menurut ilmu politik atau ilmu administrasi negara atau pengertian pemerintah dalam arti luas, semua lembaga negara tersebut adalah lembaga pemerintahan. Sebaliknya menurut Hukum Administrasi Negara atau pemerintah dalam arti sempit, hanya Presidenlah yang merupakan lembaga pemerintah.

Pada saat ini pemahaman lembaga pemerintah Indonesia dalam arti luas dan dalam arti sempit, seperti di atas, sudah tidak tepat lagi. Ketidaktepatan ini dipengaruhi oleh perkembangan Hukum Administrasi Negara (disingkat HAN) atau banyak ahli hukum lain menyebutnya dengan sebutan lain, seperti Hukum Tata Pemerintahan (disingkat HTP), dan sebagainya yang memisahkan diri dari Hukum Tata Negara (HTN) (*staatsrecht*).

Pada awalnya, di dalam bidang hukum tidak dikenal HAN, karena yang dikenal adalah HTN. Materi atau bidang kajian administrasi negara atau pemerintah berada atau menjadi bagian dari materi HTN, sehingga di dalam kurikulum pun yang ada hanyalah HTN. Pada awal hingga menjelang pertengahan abad ke-19, sebagian dari objek kajian atau materi "administrasi" atau "pemerintah" berkembang dan perkembangan itu mengarah pada pemisahan diri dari HTN untuk menjadi bidang kajian

Penerbit ANDI

hukum tersendiri. Pada tahun 1947 di Universitas Indonesia materi administrasi negara atau pemerintah sudah mulai diajarkan sebagai mata kuliah tersendiri dengan nama HAN (*administratiefrecht*). Meskipun demikian, materi HAN masih tetap menjadi bagian dari HTN.

Akibat perkembangan HAN di atas muncullah sebutan secara teoretis HTN dalam arti luas (*staatsrecht in ruime zin*) dan HTN dalam arti sempit (*staatsrecht in enge zin*) di kalangan akademisi. HTN dalam arti luas adalah HTN dalam arti sempit ditambah dengan HAN. HTN dalam arti sempit adalah HTN dalam arti luas dikurangi HAN. Setelah tahun 1950an, HAN sudah menjadi hukum yang berdiri sendiri karena mempunyai kajian hukum tersendiri, sehingga HTN dan HAN sudah menjadi dua hukum yang berbeda. Secara hukum sebutan HTN dalam arti luas dan HTN dalam arti sempit sudah tidak ada lagi. Ketika menyebut HTN, maka yang dimaksud adalah HTN itu sendiri. Demikian juga jika menyebut HAN, maka yang dimaksud adalah HAN itu sendiri. Hal ini seperti yang dinyatakan oleh Bagir Manan bahwa hukum yang mengatur tingkah laku negara (alat kelengkapan negara) adalah HTN, sedangkan hukum yang mengatur tingkat laku pemerintah adalah hukum administrasi negara. Karena itu pengertian lembaga pemerintah berbeda dengan lembaga negara. Maksud lembaga pemerintah Indonesia secara hukum adalah semua aparatur pemerintah atau alat kelengkapan pemerintah yang dikepalai oleh Presiden untuk melaksanakan tugas pemerintah atau eksekutif.

Menurut Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, lembaga pemerintah dapat berbentuk badan atau pejabat tata usaha Negara (pemerintah). Badan atau pejabat tata usaha negara adalah badan atau pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Tata usaha negara adalah administrasi negara yang melaksanakan fungsi untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan baik di pusat maupun di daerah. Pemerintahan adalah *bestuurvoering* atau pelaksanaan tugas pemerintah yaitu pelaksanaan cabang kekuasaan eksekutif baik di pusat maupun di daerah. Dengan demikian, lembaga pemerintah Indonesia adalah badan atau

Penerbit ANDI

struktur jabatan yang melaksanakan urusan pemerintah atau eksekutif baik di puat maupun di daerah.

D.A. Sumantri, Safri Nugraha et all menyatakan badan atau struktur jabatan pemerintah pusat disebut organ administrasi (pemerintah) pusat, sedangkan badan atau struktur jabatan pemerintah daerah disebut organ administrasi (pemerintah) daerah. Organ administrasi pusat adalah seluruh lembaga atau instansi yang secara struktural berada di bawah eksekutif tingkat pusat. Organ ini terdiri atas lembaga kepresidenan, kementerian, lembaga pemerintah non-kementerian, badan, dan komisi independen yang langsung di bawah pemerintah. Pimpinan tertinggi pemerintahan pusat adalah Presiden. Kementerian meliputi jabatan Menteri beserta unsur jabatan di bawahnya yaitu direktur jenderal, sekretariat jenderal, inspektorat jenderal, beserta unsur jabatan di bawahnya. Lembaga pemerintah non-kementerian adalah Kepala Lembaga Pemerintah Non-Kementerian beserta struktur jabatan yang ada di bawahnya yang melaksanakan fungsi pemerintahan tertentu di luar kementerian, misalnya kejaksaan Agung, Kepolisian Negara Republik Indonesia, dan sebagainya. Badan adalah Kepada badan beserta struktur jabatan di bawahnya yang melaksanakan fungsi pemerintahan di bidang tertentu.

Lembaga yang termasuk organisasi administrasi (pemerintah) daerah adalah kepala daerah, dewan perwakilan rakyat daerah, perangkat daerah, dan unsur penunjang di tingkat provinsi, kabupaten, dan kota. Kepala Daerah Provinsi adalah Gubernur dibantu Wakil Gubernur. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi (disingkat DPRD Provinsi). Perangkat Daerah Provinsi meliputi sekretariat daerah, sekretariat DPRD Provinsi, dinas, dan lembaga teknis. Kepala Daerah kabupaten atau kota adalah Bupati atau Wali kota dibantu oleh Wakil Bupati atau Wakil Wali kota. DPRD Kabupaten/kota adalah ketua dan anggota DPRD Kabupaten atau Kota. Perangkat daerah kabupaten/kota yang meliputi sekretariat daerah kabupaten/kota, dinas kabupaten/kota, dan lembaga teknis kabupaten/kota, kecamatan, kelurahan/desa.

Penerbit ANDI

Dalam menjalankan urusan pemerintahan, lembaga atau instansi pemerintah dapat melimpahkan (mendelegasikan) sebagian urusannya kepada lembaga atau pihak swasta (bukan instansi pemerintah) berdasarkan sistem perizinan. Karena itu Philipus M Hadjon menyatakan bahwa:

> Wewenang hukum publik hanya dapat dimiliki oleh penguasa. Dalam ajaran ini terkandung bahwa setiap orang atau setiap badan yang memiliki hukum publik harus dimasukkan dalam golongan penguasa sesuai dengan definisinya. Ini berarti bahwa setiap orang atau badan yang memiliki wewenang hukum publik dan tidak termasuk dalam daftar nama badan-badan pemerintahan umum seperti disebutkan dalam UUD (pembuat undang-undang, pemerintah, menteri, badan-badan provinsi dan kota praja) harus dimasukkan dalam desentralisasi (fungsional). Bentuk organisasi yang bersifat yuridis tidak menjadi soal. Badan yang bersangkutan dapat dibentuk suatu badan yang didirikan oleh undang-undang tetapi dapat juga badan pemerintahan dari yayasan/lembaga yang bersifat hukum perdata yang memiliki wewenang hukum publik.

Pendapat di atas membedakan lembaga pemerintah ke dalam dua kategori. Kategori pertama adalah lembaga atau instansi pemerintah resmi yang disebut instansi pemerintah. Kategori kedua adalah lembaga privat atau swasta yang dapat disamakan dengan lembaga atau instansi pemerintah resmi karena menjalankan fungsi hukum publik berdasarkan pelimpahan wewenang atau perizinan yang diberikan oleh pemerintah.

Sejalan dengan Philipus M. Hadjon, Indroharto mengategorikan organ atau lembaga pemerintah atau tata usaha negara ke dalam lima kategori, yaitu:

a. Instansi-instansi resmi pemerintah yang berada di bawah Presiden (kepala eksekutif).

b. Instansi-instansi dalam lingkungan negara di luar kekuasaan eksekutif yang berdasarkan peraturan perundang-undangan melaksanakan urusan pemerintahan.

Penerbit ANDI

c. Badan-badan hukum perdata yang didirikan oleh pemerintah dengan maksud untuk melaksanakan tugas-tugas pemerintahan.

d. Instansi-instansi yang merupakan kerja sama antara pihak pemerintah dengan pihak swasta yang melaksanakan tugas-tugas pemerintahan.

e. Lembaga-lembaga hukum swasta yang berdasarkan peraturan perundang-undangan dan/atau sistem perizinan melaksanakan tugas pemerintahan.

Pendapat lain dikemukakan S.F. Marbun, yang mengategorikan lembaga pemerintah Indonesia berdasarkan urusan, fungsi, dan tugasnya. Lembaga pemerintah Indonesia dimaksud adalah:

a. Mereka yang masuk dalam lingkungan eksekutif, mulai dari Presiden sebagai kepala pemerintahan (termasuk pembantu-pembantunya di pusat seperti wakil Presiden, para menteri, dan para kepala lembaga pemerintah non kementerian).

b. Mereka yang menyelenggarakan urusan desentralisasi yaitu kepala daerah tingkat I (termasuk sekretariat daerah tingkat I dan dinas-dinas daerah tingkat I), kepala daerah tingkat II (termasuk sekretariat daerah tingkat II dan dinas-dinas daerah tingkat II), dan pemerintahan desa.

c. Mereka yang menyelenggarakan urusan dekonsentrasi, seperti gubernur (termasuk sekretariat wilayah dan kanwil-kanwil), bupati (termasuk sekretariat wilayah dan kandep-kandep), wali kota madya, wali kota kota administratif, camat, serta lurah.

d. Pihak ketiga atau pihak swasta yang mempunyai hubungan istimewa atau hubungan biasa dengan pemerintah, baik diatur atau atas dasar hukum publik maupun hukum privat.

e. Pihak ketiga atau swasta yang memperoleh konsesi atau izin dari pemerintah.

f. Pihak ketiga atau swasta yang diberi subsidi oleh pemerintah, misalnya sekolah-sekolah swasta.

g. Yayasan-yayasan yang didirikan dan diawasi oleh pemerintah.

Penerbit ANDI

h. Pihak ketiga atau koperasi yang didirikan dan diawasi oleh pemerintah.

i. Pihak ketiga atau bank-bank yang didirikan atau diawasi oleh pemerintah.

j. Pihak ketiga atau swasta yang bertindak bersama-sama pemerintah (Persero), seperti BUMN yang memperoleh atribusi wewenang, PLN, Pos dan Giro, PAM, Telkom, Garuda, dan lain-lain.

k. Ketua Pengadilan Negeri, Ketua Pengadilan Tinggi, dan Ketua Mahkamah Agung, serta panitra dalam lingkungan pengadilan.

l. Sekretariat pada lembaga Tertinggi Negara (MPR) dan Lembaga-lembaga Tinggi Negara, serta Sekretariat DPRD.

Pendapat SF Marbun di atas cukup menggambarkan lembaga atau struktur jabatan pemerintah Indonesia, namun masih dipengaruhi oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat itu. Penyebutan daerah tingkat I, daerah tingkat II dan sebagainya pada saat ini sudah tidak ada lagi, karena itu sebutan istilah-istilah oleh SF. Marbun dimaksudkan sekarang adalah daerah provinsi dan daerah kabupaten atau kota.

Secara hukum positif, lembaga atau struktur jabatan telah diatur di dalam peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan yang secara eksplisit mengatur lembaga atau struktur jabatan pemerintah adalah:

a. Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945;

b. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2008 tentang Kementerian Negara.

c. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2014 tentang aparatur Sipil Negara.

d. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

e. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi pemerintahan.

f. Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa.

g. Peraturan Presiden Nomor 7 Tahun 2015 tentang Organisasi Kementerian Negara.

Penerbit ANDI

h. Peraturan Presiden Nomor 103 Tahun 2001 tentang Kedudukan, Tugas, Fungsi, Wewenang, Susunan Organisasi, dan Tata Kerja Lembaga Pemerintah Non Kementerian, sebagaimana telah diubah, dan perubahan terakhir dengan Peraturan Presiden Nomor 3 Tahun 2013 tentang Perubahan Ketujuh Atas Peraturan Presiden Nomor 103 Tahun 2001 tentang Kedudukan, Tugas, Fungsi, Wewenang, Susunan Organisasi, dan Tata Kerja Lembaga Pemerintah Non Kementerian.

Sebelum menguraikan lembaga atau struktur jabatan pemerintah Indonesia menurut hukum positif di atas, penulis perlu mengemukakan pembagian kewenangan pemerintah menurut UUD 1945. UUD 1945 membagi kewenangan pemerintah ke dalam dua kewenangan, yaitu kewenangan pemerintah pusat dan kewenangan pemerintah daerah. Hal ini dapat dilihat dari rumusan Pasal 4 dan Pasal 18 UUD 1945. Pasal 4 Ayat (1) menyatakan Presiden memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-undang Dasar, dan ayat (2) menyatakan dalam melakukan kewajibannya, Presiden dibantu oleh seorang Wakil Presiden. Selanjutnya Pasal 18 menyatakan:

a. Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi dibagi atas daerah kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.

b. Pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.

c. Pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum.

d. Gubernur, Bupati, dan Wali Kota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis.

e. Pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan pemerintah pusat.

Penerbit ANDI

f. Pemerintahan daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.

g. Susunan dan tata cara penyelenggaraan pemerintahan daerah diatur dalam undang-undang.

Dengan adanya pembagian urusan dan wewenang pemerintahan antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah, maka struktur lembaga atau jabatan pemerintah juga dibagi atas lembaga pemerintah pusat dan lembaga pemerintah daerah. Berikut ini adalah uraian yang dimaksud pemerintah pusat dan pemerintah daerah.

a. Pemerintah pusat.
Sesuai ketentuan Pasal 4 Ayat (1) UUD 1945 Presiden adalah kepala pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Menurut Penjelasan Pasal 4 ayat (1) UUD 1945 (sebelum diubah atau amendemen), Presiden adalah kepala kekuasaan eksekutif. Ini berarti Presiden adalah pemegang kekuasaan tertinggi pemerintahan negara, sehingga dapat dikatakan bahwa pemerintah adalah Presiden. Kekuasaan dan tanggung jawab pemerintahan adalah di tangan Presiden (*concentration of power and responsibility upon the President*) . Meskipun demikian, jabatan Presiden dan Wakil Presiden dalam memimpin pemerintahan negara adalah sebagai pimpinan pemerintahan dalam arti politik yaitu pemimpin negara. Secara hukum, pemerintah dalam arti eksekutif adalah semua aparatur atau organ atau jabatan baik berupa badan maupun pejabat pemerintah yang dikepalai dan digerakkan oleh Presiden. Dengan adanya pembagian urusan pemerintahan, maka Presiden menjadi pemegang kekuasaan pemerintahan pusat (nasional).

Pasal 17 Ayat (1) sampai dengan ayat (4) UUD 1945 menyebutkan bahwa Presiden dibantu oleh menteri-menteri negara, menteri-menteri itu diangkat dan diberhentikan oleh Presiden, setiap menteri membidangi urusan tertentu dalam pemerintahan, dan pembentukan, pengubahan, dan pembubaran kementerian negara diatur dalam undang-undang yakni Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2008 tentang Kementerian Negara dan Peraturan Pemerintah Nomor 7 Tahun 2015

Penerbit ANDI

tentang Organisasi Kementerian Negara. Ketentuan ini menempatkan jabatan menteri sebagai jabatan pemerintah, yang membidangi urusan pemerintahan tertentu. Keberadaannya ditetapkan oleh Presiden, yang berarti para menteri (kabinet) adalah pembantu Presiden, yang diangkat dan diberhentikan, serta bertanggung jawab kepada Presiden. Meskipun demikian, menteri bukan pejabat tinggi biasa. Menteri itu adalah pemimpin pemerintahan yang sesungguhnya dalam bidangnya masing-masing. Menterilah yang sesungguhnya merupakan pemimpin pemerintahan riil dan operasional dalam pengertian sehari-hari atau pemimpin pemerintahan dalam arti teknis. Keadaan ini mencerminkan sistem pemerintahan Indonesia sebagai sistem pemerintahan presidensial.

Sesuai dengan UUD 1945 dan beberapa peraturan perundang-undangan di atas, maka lembaga atau struktur jabatan yang terdapat lembaga pemerintahan pusat (nasional) adalah:

a. Presiden sebagai Kepala Pemerintahan Negara atau Pemerintah Pusat;

b. Wakil Presiden, yang mewakili Presiden dalam menjalankan urusan pemerintahan negara atau pemerintah pusat [Pasal 4 Ayat (2) UUD 1945];

c. Menteri beserta seluruh aparatur atau jajaran jabatan di bawahnya. Menteri adalah pejabat yang membantu Presiden dan memimpin urusan pemerintahan tertentu di lembaga kementeriannya (Pasal 17 UUD 1945. Menurut UU No. 39 Tahun 2008 jo Perpres No. 7 Tahun 2015);

d. Kepala Lembaga Pemerintah Non Kementerian beserta aparatur atau jajaran jabatan di bawahnya. Kepala Lembaga Pemerintah Non-Kementerian adalah pejabat yang membantu dan memimpin urusan pemerintahan tertentu di lembaga pemerintah non kementeriannya (Pasal 17 UUD 1945 jo UU No. 39 Taun 2008 jo Peraturan Presiden Nomor 103 Tahun 2001 jo Peraturan Presiden Nomor 3 Tahun 2013).

Penerbit ANDI

e. Pejabat Setingkat Menteri, yaitu pejabat yang mempunyai kedudukan setingkat menteri yang memimpin unit kerja pemerintahan tertentu di bawah Presiden.

f. Kepala badan usaha milik negara (BUMN) beserta jajarannya, yang memimpin dan mengelola unit-unit usaha negara.

Sesuai dengan Peraturan Presiden No. 39 Tahun 2015 menteri terdiri atas menteri koordinator, menteri kelompok I, menteri kelompok II, menteri kelompok III dan menteri kelompok IV [Pasal 2 Ayat (1)]. Secara singkat para menteri tersebut dijelaskan sebagai berikut:

1). Menteri koordinator, yaitu menteri yang memimpin kementerian koordinator, yang memiliki tugas menyelenggarakan koordinasi, sinkronisasi, dan pengendalian urusan kementerian dalam menyelenggarakan di bidangnya. Kementerian koordinator terdiri atas Kementerian Koordinator Bidang Politik, Hukum, dan Keamanan; Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian; Kementerian Koordinator Bidang Pembangunan Manusia dan Kebudayaan; dan Kementerian Koordinator Bidang Kemaritiman. Menteri Koordinator diwakili oleh seorang Wakil Menteri dan dibantu oleh seluruh jajaran aparatur di bawahnya, yang kesemua itu termasuk ke dalam jabatan pemerintah.

2). Menteri Kelompok I, yaitu menteri yang memimpin kementerian, yang menangani urusan pemerintahan yang nomenklatur kementeriannya secara tegas disebutkan di dalam UUD 1945. Kementerian kelompok ini terdiri atas Kementerian Luar Negeri, Kementerian Dalam Negeri, dan Kementerian Pertahanan. Setiap Menteri memiliki seorang Wakil Menteri dan dibantu oleh jajaran aparatur di bawahnya, yang kesemua itu termasuk ke dalam jajaran pemerintah.

3). Menteri Kelompok II, yaitu menteri yang memimpin kementerian, yang menangani urusan pemerintahan yang ruang lingkupnya disebutkan di dalam UUD 1945. Kementerian kelompok ini

Penerbit ANDI

terdiri atas Kementerian Agama; Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia; Kementerian Keuangan; Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan; Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi; Kementerian Kesehatan; Kementerian Sosial, Kementerian Ketenagakerjaan; Kementerian Perdagangan; Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral; Kementerian Pekerjaan Umum dan Perumahan Rakyat; Kementerian Perhubungan; Kementerian Komunikasi dan Informatika; Kementerian Pertanian; Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan; Kementerian Kelautan dan Perikanan; Kementerian Desa, Pembangunan Daerah tertinggal, dan Transmigrasi; Kementerian Agraria dan Tata Ruang. Setiap menteri memiliki seorang Wakil Menteri dan dibantu oleh jajaran aparatur di bawahnya, yang kesemua itu termasuk ke dalam jajaran pemerintah.

4). Menteri Kelompok III, yaitu menteri yang memimpin kementerian, yang menangani urusan pemerintahan dalam rangka penajaman, koordinasi, dan sinkronisasi program pemerintah. Kementerian ini terdiri atas Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional; Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi; Kementerian Badan Usaha Milik Negara; Kementerian Koperasi dan Usaha Kecil dan Menengah; Kementerian Pariwisata; Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak; Kementerian Olah Raga; dan Kementerian Sekretariat Negara. Setiap menteri memiliki seorang Wakil Menteri dan dibantu oleh jajaran aparatur di bawahnya, yang semua itu termasuk ke dalam jajaran pemerintah.

Sesuai UU No. 39 Taun 2008 jo Peraturan Presiden Nomor 103 Tahun 2001 jo Peraturan Presiden Nomor 3 Tahun 2013, Kepala Lembaga Pemerintah Non Kementerian terdiri atas Kepala:

(1) Arsip Nasional Republik Indonesia (ANRI).

(2) Badan Ekonomi Kreatif (BEK).

(3) Badan Informasi Geospasial (BIG).

Penerbit ANDI

(4) Badan Intelijen Negara (BIN).

(5) Badan Keamanan Laut Republik Indonesia (Bakamla)[3].

(6) Badan Kepegawaian Negara (BKN).

(7) Badan Kependudukan dan Keluarga Berencana Nasional (BKKBN).

(8) Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM).

(9) Badan Meteorologi, Klimatologi, dan Geofisika (BMKG).

(10) Badan Narkotika Nasional (BNN).

(11) Badan Nasional Penanggulangan Bencana (BNPB).

(12) Badan Nasional Penanggulangan Terorisme (BNPT).

(13) Badan Nasional Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia (BNP2TKI).

(14) Badan Pengawas Keuangan dan Pembangunan (BPKP).

(15) Badan Pengawas Tenaga Nuklir (Bapeten).

(16) Badan Pengawasan Obat dan Makanan (BPOM).

(17) Badan Pengkajian dan Penerapan Teknologi (BPPT).

(18) Badan Perencanaan Pembangunan Nasional (Bappenas).

(19) Badan Pertanahan Nasional (BPN).

(20) Badan Pusat Statistik (BPS).

(21) Badan SAR Nasional (Basarnas).

(22) Badan Standardisasi Nasional (BSN).

(23) Badan Tenaga Nuklir Nasional (Batan).

(24) Lembaga Administrasi Negara (LAN).

(25) Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI).

(26) Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (LKPP).

Penerbit ANDI

(27) Lembaga Ketahanan Nasional (Lemhanas).

(28) Lembaga Penerbangan dan Antariksa Nasional (Lapan).

(29) Lembaga Sandi Negara (Lemsaneg).

(30) Perpustakaan Nasional Republik Indonesia (Perpusnas).

Lembaga-lembaga pemerintah non kementerian di atas dibentuk untuk melaksanakan tugas tertentu yang diberikan oleh Presiden. Kedudukan lembaga ini berada di bawah Presiden dan bertanggung jawab kepada Presiden. Oleh karena itu lembaga-lembaga tersebut beserta seluruh jajaran jabatan di bawahnya adalah lembaga pemerintah pusat.

Pada jajaran pembantu presiden, selain terdapat jabatan menteri, dan kepala lembaga pemerintah non kementerian, juga terdapat pembantu presiden yang jabatannya setingkat dengan menteri. Pejabat setingkat menteri dimaksud terdiri atas Kepala Kepolisian Republik Indonesia, Panglima Tentara Nasional, Jaksa Agung. Semua pejabat setingkat menteri beserta jajaran aparatur di bawahnya merupakan lembaga pemerintah.

Dalam organisasi dan tata kerja lembaga atau pejabat pemerintah pusat, terdapat pejabat pemerintah pusat yang ditempatkan di daerah. Penempatan pejabat ini adalah dalam rangka menyelenggarakan urusan pemerintah pusat di daerah tertentu berdasarkan asas dekonsentrasi. Dekonsentrasi adalah pelimpahan sebagian urusan pemerintahan yang menjadi wewenang pemerintah pusat kepada gubernur sebagai wakil pemerintah pusat, kepada instansi vertikal di wilayah tertentu, dan/atau kepada gubernur dan bupati dan/atau wali kota sebagai penanggung jawab urusan pemerintahan umum.

Instansi vertikal dipimpin oleh seorang kepada instansi vertikal yang sebutannya disesuaikan dengan ketetapan masing-masing kementerian atau lembaga pemerintah non kementerian. Instansi vertikal dimaksud adalah:

a. Kantor Wilayah (Kanwil) kementerian atau lembaga pemerintah non kementerian di daerah provinsi, yang dipimpin oleh seorang Kepala Kantor Wilayah.

Penerbit ANDI

b. Kepolisian Daerah (Polda) di provinsi yang dipimpin oleh Kepala Kepolisian Daerah Provinsi, Kepolisian Resort Daerah Kabupaten/ Daerah Kota yang dipimpin oleh seorang Kepala Kepolisian Resort, Kepolisian Sektor di wilayah kecamatan yang dipimpin oleh seorang Kepala Kepolisian Sektor, serta jika diperlukan dapat dibentuk kantor pos polisi di desa atau kelurahan yang dipimpin oleh Kepala Pos Kepolisian.

c. Kejaksaan Tinggi di daerah provinsi yang dipimpin oleh seorang Kepala Kejaksaan Tinggi, serta Kejaksaan Negeri di daerah kabupaten dan daerah kota yang dipimpin oleh seorang Kepala Kejaksaan Negeri.

d. Komando Daerah Militer di daerah provinsi yang dipimpin oleh Panglima Komando Daerah Militer, Komando Distrik Militer di daerah kabupaten dan daerah kota yang dipimpin oleh Komandan Distrik Militer, Komando Rayon Militer di wilayah kecamatan yang dipimpin oleh seorang Komandan Rayon Militer.

Karena hanya menjalankan tugas atau urusan pemerintah pusat di daerah, maka kepala pejabat instansi vertikal beserta jajaran jabatan di bawahnya adalah bagian dari lembaga atau struktur jabatan pemerintah pusat yang ditempatkan di daerah.

a. Pemerintah daerah

Sesuai dengan ketentuan Pasal 18 UUD 1045 di Indonesia terdapat daerah provinsi, daerah kabupaten, dan daerah kota. Masing-masing daerah memiliki pemerintahan daerah. Pemerintahan Daerah Provinsi dipimpin oleh Gubernur, Pemerintahan Daerah Kabupaten dipimpin oleh Bupati, dan Pemerintahan Daerah Kota dipimpin oleh Wali kota. Ketentuan tentang pemerintahan daerah ini telah diatur lebih lanjut dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

Setiap daerah merupakan daerah otonom yang memiliki hak, kewajiban, dan wewenang untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahannya sendiri yang disebut otonomi daerah. Selain itu, daerah juga dapat menyelenggarakan urusan pemerintahan pusat berdasarkan asas tugas pembantuan. Tugas pembantuan

Penerbit ANDI

adalah penugasan dari pemerintah pusat kepada daerah otonom untuk melaksanakan sebagian urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan pemerintah pusat atau pemerintah daerah provinsi kepada daerah kabupaten/kota untuk melaksanakan sebagian urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah provinsi.

Urusan otonomi atau tugas pembantuan dilaksanakan oleh pemerintah daerah. Pemerintah daerah adalah kepala daerah sebagai unsur penyelenggara pemerintahan daerah yang memimpin pelaksanaan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah otonom. Selain kepala daerah, unsur penyelenggara pemerintahan daerah, baik daerah provinsi, kabupaten, maupun kota adalah juga DPRD dan dibantu oleh perangkat daerah. Perangkat daerah adalah unsur pembantu kepala daerah dan DPRD dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah.

Berdasarkan ketentuan di atas, dapat dikatakan bahwa lembaga atau struktur jabatan pemerintah daerah yang menyelenggarakan urusan pemerintahan daerah terdiri atas kepada daerah, DPRD, dan perangkat daerah, baik pada daerah provinsi, daerah kabupaten, maupun daerah kota. Lembaga pemerintah pada daerah provinsi adalah:

1) Gubernur dan Wakil Gubernur sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah;
2) Ketua dan anggota DPRD provinsi;
3) Sekretariat daerah provinsi, sekretariat DPRD provinsi, inspektorat provinsi, dinas provinsi, dan badan yang dibentuk oleh pemerintah provinsi sebagai perangkat daerah provinsi.
4) Badan usaha milik daerah (BUMD) dalam bentuk perusahaan umum daerah maupun perusahaan perseroan daerah.

Lembaga pemerintah pada daerah kabupaten atau daerah kota adalah:

1) Bupati atau wali kota dan wakilnya sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah;
2) Ketua dan anggota DPRD kabupaten atau kota;

Penerbit ANDI

3) Sekretariat daerah kabupaten atau kota, sekretariat DPRD kabupaten atau kota, inspektorat kabupaten atau kota, dinas kabupaten atau kota, badan yang dibentuk oleh pemerintah daerah kabupaten atau kota, dan kecamatan sebagai perangkat daerah kabupaten atau kota.

4) Badan usaha milik daerah (BUMD) dalam bentuk perusahaan umum daerah maupun perusahaan perseroan daerah.

5) Kepala desa dan perangkat desa

Dalam melaksanakan tugas pemerintahan daerah, ternyata tidak semua urusan perintah daerah dilaksanakan secara langsung oleh lembaga pemerintah daerah. Banyak urusan pemerintah yang didelegasikan atau diatribusikan pelaksanaannya kepada pihak swasta. Karena itu dalam hal kewenangannya, pihak swasta tersebut dapat disamakan atau termasuk dalam lembaga atau struktur jabatan pemerintah. Pihak swasta dimaksud adalah yang melaksanakan urusan pemerintah berdasarkan izin atau konsesi yang diberikan oleh pemerintah daerah.

3. Perbuatan Pemerintah

Pemerintah merupakan subjek hukum, karena sebagai *drager van de rechten en plichten* (pendukung hak dan kewajiban). Sebagaimana subjek hukum lainnya, pemerintah dapat melakukan perbuatan. Dalam kamus Bahasa Indonesia perbuatan diartikan apa yang dilakukan, dibuat, atau kelakuan. Dalam konteks pemerintahan, yang dimaksud perbuatan adalah tindakan atau aktivitas pemerintah dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan.

Setiap tindakan pejabat pemerintah dalam melaksanakan tugas-tugasnya harus berlandaskan pada wewenang yang sah yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan. Wewenang merupakan konsep inti dalam hukum tata negara atau hukum administrasi negara (*het begrip bepoeghdheid is en ook een kernbegrip in het staat en administratiefrecht*). Dalam aspek bahasa wewenang berarti hak, kuasa, atau kekuasaan untuk melakukan sesuatu. P. Nicolai et all menyatakan wewenang adalah *het vermogen tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen* (kemampuan

Penerbit ANDI

untuk melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu). Menurut Bagir Manan wewenang dalam bahasa hukum tidak sama dengan kekuasaan (*macht*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat sedangkan wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*). Sejalan dengan itu, H.D. Stout menyatakan wewenang adalah *het geheel van rechten en plichten dat hetzij expliciet door de wetgever aan publiekrechtelijke rechtssubjecten is toegekend* (keseluruhan hak dan kewajiban yang secara eksplisit diberikan oleh pembuat undang-undang kepada subyek hukum publik). Dengan demikian, perbuatan pemerintah dalam menyelenggarakan urusan pemerintahannya sesuai dengan wewenang yang dimilikinya.

Sesuai prinsip negara hukum yang dianut oleh Indonesia, wewenang pemerintah untuk melakukan perbuatan berdasarkan pada asas legalitas dan asas diskresi. Safri Nugraha et al menambahkan satu dasar wewenang tindakan pemerintah yaitu asas yuridikitas. Asas yuridikitas (*rechtmatigheid*) adalah asas yang menyatakan setiap tindakan pejabat pemerintah tidak boleh melanggar hukum secara umum (harus sesuai dengan rasa keadilan dan kepatutan). Rumusan asas ketiga ini tampaknya sama dengan asas legalitas yang menghendaki tindakan pemerintah berdasarkan hukum atau peraturan perundang-undangan. Karena itu, penulis berpendapat asas yuridikitas ini dapat dimasukkan ke dalam asas legalitas.

Asas legalitas berarti kewenangan yang dilaksanakan oleh organ pemerintah itu secara langsung atau tidak langsung harus berdasarkan pada peraturan perundang-undangan (*het legaliteitbeginsel dat de begoegdheid die bestuursorgaan uitoefenen direct of indirect op een wettelijke grondslag moeten rusten*). Penganut asas legalitas ini dapat dipahami dari salah satu ciri negara hukum yaitu pemerintahan berdasarkan atas hukum atau undang-undang, sebagaimana telah penulis kemukakan di atas.

Pada awalnya asas legalitas dikenal dalam hukum pidana dengan adagiumnya "*nullun delictum nulla peona sine praevia lege peonali*" (tidak ada hukum tanpa undang-undang). Kemudian penggunaan

Penerbit ANDI

asas ini berkembang ke bidang hukum lain, termasuk hukum administrasi negara. Asas legalitas dalam hukum administrasi negara, yang menjadi dasar bagi penyelenggaraan pemerintahan dirumuskan dengan pemerintahan berdasarkan atas hukum atau undang-undang (salah satu ciri negara hukum). H.D. van Wijk/Millem Konijnembelt menyebutkan asas tersebut dengan istilah lain "*de heerschappij van de wet*" (kekuasaan undang-undang). Pemerintah tunduk pada undang-undang (*dat het bestuur van de wet onderwerpen*).

Asas legalitas menjadi prinsip keabsahan pemerintahan (*het beginsel van wetmatigheid*) dalam melakukan perbuatan. Safri Nugraha et al menyatakan asas legalitas (*wetmatigheid*) adalah asas yang menyatakan setiap tindakan pejabat administrasi negara (pemerintah) harus ada dasar hukumnya (ada peraturan dasar yang melandasinya). Apalagi Indonesia adalah negara hukum , maka asas legalitas adalah hal yang paling utama dalam setiap tindakan pemerintah. Menurut H.D. Stout prinsip ini menggantung tiga aspek, yaitu aspek negatif (*het negatieve aspect*), aspek formal-positif (*het formeel-positieve aspect*), dan aspek material-positif (*het materiil-positieve aspect*). Aspek negatif menentukan bahwa tindakan pemerintahan tidak boleh bertentangan dengan undang-undang. Tindakan pemerintah adalah tidak sah apabila bertentangan dengan undang-undang. Aspek formal-positif menentukan bahwa pemerintah hanya memiliki kewenangan tertentu sepanjang diberikan atau berdasarkan undang-undang. Aspek materiil-positif menentukan bahwa undang-undang memuat aturan umum yang mengikat tindakan pemerintah. Semua tindakan pemerintah harus berdasarkan hukum yang berlaku. Hal ini karena kewenangan itu harus memiliki dasar perundang-undangan dan juga bahwa kewenangan itu isinya ditentukan oleh undang-undang.

Asas legalitas menimbulkan wewenang terikat, artinya pemerintah terikat pada undang-undang dalam melaksanakan wewenangnya. Wewenang terikat ini menjadikan tindakan pemerintah harus sesuai undang-undang, sehingga pemerintah tidak bebas bertindak. P. De Haan et all menyatakan *de overheid kan alleen optreden op basis van toegekende an afgebakende bevoegdheden* (pemerintah hanya dapat melakukan tindakan atas dasar kewenangan yang diakui dan dibatasi oleh undang-

Penerbit ANDI

undang). Pemerintah harus tunduk pada undang-undang, karena undang-undang sudah menentukan wewenang pemerintah. Tindakan pemerintah adalah sah apabila sesuai dengan undang-undang. Sebaliknya, tindakan pemerintah tidak sah apabila tindakan itu tidak sesuai dengan undang-undang. Bahkan pemerintah dikatakan melanggar undang-undang apabila tindakannya tidak sesuai, tidak berdasarkan, atau menyimpang dari undang-undang.

Pemerintah juga dapat melakukan tindakan berdasarkan asas diskresi. Pada mulanya wewenang diskresi yang dimiliki oleh pemerintah dipahami berdasarkan pandangan doktrinal para ahli hukum, khususnya hukum administrasi negara. Menurut ahli hukum administrasi negara, pemerintah (administrasi negara) memiliki wewenang (hak dan kewajiban) yang dimilikinya berdasarkan undang-undang, namun dibalik itu pejabat pemerintah dilekati wewenang diskresi dalam menjalankan tugas dan kewajibannya. Sejak tahun 2014 wewenang diskresi pemerintah Indonesia telah diberikan oleh undang-undang yaitu UU No. 30 Tahun 2014. Hal ini tampak dinyatakan dalam Pasal 6 ayat (1) yang menyatakan "Pejabat Pemerintahan memiliki hak untuk menggunakan kewenangannya dalam mengambil keputusan dan atau tindakan". Selanjutnya ayat (2) menyatakan "Hak sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi:...e. menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya".

Penerbit ANDI

Penganut asas diskresi sebagai dasar kewenangan pemerintah adalah sebagai konsekuensi dari konsep negara hukum kesejahteraan (*welfare state*) Indonesia, yang pengertiannya sebagaimana penulis telah kemukakan di atas. Penggunaan asas diskresi ini telah dipertegas oleh UU No. 30 Tahun 2014 Pasal 6 ayat (3) yang menyatakan pejabat pemerintahan memiliki hak untuk menggunakan kewenangannya dalam mengambil keputusan dan/atau tindakan dengan menggunakan diskresi sesuai tujuannya.

Istilah diskresi dikenal juga di negara lain dengan sebutan *discretion* (Inggris), *discretion* (Perancis), *Freies ermessen* (Jerman), dan dalam bahasa Belanda dikenal beberapa istilah *discretie, voorzichtigheid, omzichtigheid, behoedzaamheid – in spreken en handelen; bescheidenheid; bescheidenheid, eigen ordiil, goedvinden, willekeur, grootmoedigheid, genade en engenage* (diskresi, sifat hati-hati, kewaspadaan, sikap hati-hati – dalam pembicaraan

dan tindakan; berkelakuan sederhana; pertimbangan sendiri, kehendak, pilihan bebas, berbudi luhur atau tanpa pamrih, ampunan, dan tanpa belas kasihan).

Dalam kamus bahasa Inggris-Indonesia, diskresi atau *discretion* adalah kebijaksanaan, keleluasaan, penilaian, kebebasan untuk menentukan. *Discretionary* adalah kebebasan untuk menentukan atau memilih yang diserahkan kepada kebijaksanaan seseorang. *Discretionary power to act* berati kebebasan untuk bertindak. Menurut Indrawan W.S. diskresi adalah kebebasan untuk memutuskan sendiri tentang sesuatu dalam situasi yang dihadapi. Pengertian diskresi menurut aspek bahasa tersebut masih perlu dikaitkan dengan aspek hukum, khususnya hukum administrasi negara, sehingga pemahaman tentang diskresi dalam konteks hukum adalah benar secara hukum.

S. Prajudi Atmosudirjo menyatakan yang dimaksud dengan diskresi adalah kebebasan bertindak atau mengambi keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapatnya sendiri. Diskresi ini sebagai pelengkap dari asas legalitas karena tidak mungkin bagi undang-undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam praktik kehidupan sehari-hari. Dari rumusan tersebut, terdapat frasa yang mengandung pertanyaan besar, yaitu frasa "menurut pendapat sendiri". Apakah frasa tersebut mengandung makna kebebasan berdasarkan kehendak sendiri pejabat pemerintah tanpa harus atau tetap harus memperhatikan norma atau ketentuan peraturan perundang-undangan?

Penerbit ANDI

Terhadap pertanyaan di atas, para ahli hukum masih berbeda pendapat. Florence Heffron dan Neil Mc.Feerley mengemukakan bahwa diskresi pemerintahan mengandung makna:

Allowing administrators to decide if, when, how, dan against whom the laws and rules will be enforced. This administrative discretion is manigfied when legislature provides no or vague, meaningless standards which permit and require that administrators themselves must determine the substance and applicability of the laws. Choice is the essence of discretion and discretion is essence of administration (memperkenankan pemerintah untuk mengambil keputusan ketika, kapan, bagaimana, dan terhadap siapa

peraturan dan ketentuan itu akan diterapkan. Diskresi pemerintah ini diperluas ketika pembuat undang-undang tidak merumuskan standar atau standar yang samar atau tidak memiliki arti tegas yang membolehkan dan mengharuskan pemerintah menentukan sendiri substansi dan penerapan peraturan. Pilihan merupakan esensi diskresi dan diskresi adalah esensi administrasi).

Pendapat di atas memperlihatkan pandangan bahwa kebebasan bertindak pejabat pemerintah tidak tanpa batas, melainkan dibatasi oleh peraturan perundang-undangan.

Sejalan dengan pendapat di atas, J.B.J.M. ten Berge et all mengemukakan penggunaan wewenang diskresi sebagai berikut:

> *Deze beleidsvrijheid is echter niet onbegrensd, naar wordt ingeperkt door de inhoud van de wettelijke bepaling waarop de bevoegdheid berust en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alsmede door eventueel ter zake gelgende beleidsregels of privaatrechttelijke overeenkomst* (meskipun demikian, kebebasan mengambil keputusan ini bukan tanpa batas, tetapi dibatasi oleh isi ketentuan undang-undang yang menjadi dasar wewenang diskresi tersebut dan asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan juga tidak boleh menyimpang dari peraturan kebijakan yang berlaku atau perjanjian perdata).

Pendapat di atas juga memperlihatkan bahwa penggunaan asas diskresi dibatasi oleh peraturan perundang-undangan, bahkan dibatasi oleh asas-asas umum pemerintahan yang baik, kebijakan, dan perjanjian.

Indroharto menyatakan wewenang atau kekuasaan diskresioner mengandung dua aspek pokok, yaitu:

> Pertama, kebebasan mengartikan atau menafsirkan ruang lingkup (modalitas) wewenang yang dirumuskan dalam peraturan dasar wewenangnya (kebebasan menilai yang bersifat objektif); kedua, kebebasan untuk menentukan sendiri dengan cara bagaimana dan kapan wewenang yang dimilikinya itu akan ia laksanakan (kebebasan menilai yang bersifat subjektif).

Rumusan di atas, sedikit berbeda bila dibandingkan dengan pendapat para ahli sebelumnya, khususnya pada aspek kedua. Jika aspek pertama,

Penerbit ANDI

kebebasan pemerintah masih dalam ruang lingkup undang-undang, sedangkan pada aspek kedua kebebasan bertindak pemerintah berdasarkan kehendak sendiri.

Safri Nugraha et all menyatakan menggunakan kebebasan bertindak pemerintah tidak boleh melanggar asas yuridikitas dan legalitas. Meskipun pejabat pemerintah tidak boleh menolak untuk mengambil keputusan jika ada seorang warga masyarakat mengajukan permohonan kepada pejabat pemerintah, namun keputusannya tetap tidak boleh melanggar kedua asas tersebut. Apabila penggunaan asas diskresi tidak memperhatikan kedua asas lainnya, maka tindakan pemerintah akan menimbulkan *abuse of power* (pelampauan wewenang), *detournement de pouvoir* (penyalahgunaan wewenang), atau *ultra vires* (di luar wewenang).

Philipus M. Hadjon menyatakan pada dasarnya kebebasan bertindak mengandung arti kebebasan untuk *mengetrapkan* peraturan dalam situasi konkret, kebebasan untuk mengukur situasi konkret tersebut, dan bebas untuk bertindak meskipun tidak ada atau belum ada peraturan secara tegas. Wewenang bebas ini pada hakikatnya sebagai lawan dari wewenang terikat (*gebonden bevoegheid*), namun wewenang bebas itu bukanlah dalam arti kemerdekaan (*onafhankelijkheid*) yang lepas dari bingkai hukum. Hal ini juga dikatakan oleh H.D. van wijk dan Willem Konijnembelt bahwa:

> *Bestuursorganen bij het hanteren van hun bevoegdheden altijd gebonden blijven aan de algemene rechtsnormen die voortvloeien uit algemene wet bertuursrecht en het ongeschreven recht – ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur* (organ pemerintahan dalam menggunakan kewenangan-kewenangannya selalu tetap terikat pada norma hukum umum yang berasal dari undang-undang, hukum administrasi umum, dan norma hukum tidak tertulis – asas-asas pemerintahan yang baik yang tidak tertulis).

Norma hukum yang tertulis maupun yang tidak tertulis merupakan dasar, bingkai, dan kerangka dari tindakan diskresi pejabat pemerintah. Keputusan atau tindakan pemerintah terhadap kasus konkret, kasual, kondisional, personal, atau temporer merupakan konkretisasi dari norma hukum yang bersifat umum, karena itu penggunaan diskresi tetap dalam kerangka peraturan umum.

Penerbit ANDI

Secara sistematis S. Parjudi Atmosudirjo membedakan diskresi ke dalam dua macam, yaitu diskresi bebas dan diskresi terikat. Diskresi bebas adalah diskresi yang diberikan kepada administrasi negara untuk mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui/melanggar batas-batas yang ditetapkan oleh undang-undang. Dalam hal demikian, undang-undang hanya mengatur batas-batas kewenangan pemerintahan dan pemerintah diberikan kebebasan untuk mengambil keputusan atau tindakan terhadap kasus-kasus konkret yang dihadapi. Diskresi tidak bebas adalah diskresi yang diberikan kepada pemerintah terhadap beberapa alternatif yang sudah ditentukan oleh udang-undang. Dalam hal ini undang-undang telah mengatur beberapa alternatif tindakan atau keputusan yang dapat dilakukan oleh pemerintah. Pemerintah diberikan kebebasan untuk memilih salah satu alternatif tersebut, yang tepat bagi kasus konkret yang dihadapinya.

Doktrin ahli hukum di atas belum diperkuat oleh hukum positif Indonesia. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Pasal 1 angka 9 mengartikan 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 memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. UU ini memberikan landasan hukum kepada pemerintah untuk menggunakan diskresi, namun kewenangan diskresi tersebut hanya digunakan untuk mengambil keputusan dan/atau tindakan. Meskipun suatu peraturan perundang-undangan memberikan pilihan-pilihan kepada pemerintah untuk menggunakan kewenangan bebasnya (diskresi), pilihan-pilihan itu hanya untuk mengambil tindakan atau keputusan. Demikian pula dalam hal norma atau kaidah peraturan perundang-undangan tidak jelas, tidak lengkap, tidak diatur secara rinci, atau terjadi stagnan dalam pemerintahan, pemerintah dapat menggunakan diskresi juga untuk mengambil keputusan atau tindakan.

UU No. 30 Tahun 2014 tidak memberikan dasar yuridis dari diskresi untuk pembuatan peraturan kebijakan, karena pengambilan keputusan dan/atau tindakan pemerintah bukanlah peraturan kebijakan. Pada Pasal 7 ayat (1) disebutkan pejabat pemerintahan berkewajiban untuk

Penerbit ANDI

menyelenggarakan administrasi pemerintahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, kebijakan pemerintahan, dan AAUPB. Kemudian pada penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf a menyatakan yang dimaksud dengan "asas kepastian hukum" adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, *keajegan*, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan. Kedua ketentuan tersebut menegaskan agar "kebijakan pemerintah" yang wajib dijadikan dasar tindakan dan/atau keputusan pemerintah, dan bukan dimaksudkan memberikan landasan hukum bagi pemerintah untuk membentuk peraturan kebijakan. Karena itu undang-undang ini tidak memberikan makna diskresi sebagai kebebasan untuk membentuk peraturan kebijakan, karena kebebasan tersebut hanya untuk pengambilan keputusan dan/atau tindakan pemerintah, dengan tetap dibatasi oleh undang-undang.

Negara hukum kesejahteraan (*welfare state*) Indonesia telah membentuk peraturan perundang-undangan, yang antara lain juga mengatur tindakan-tindakan pemerintah, sehingga peraturan perundang-undangan itu menjadi dasar hukum bertindaknya pemerintah. Selain wajib menjalankan hukum atau peraturan perundang-undangan, pemerintah juga dituntut dan wajib bertanggung jawab untuk menyejahterakan warga negaranya. Pemerintah wajib bersifat aktif mengambil keputusan atau tindakan untuk menciptakan kesejahteraan rakyatnya. Namun dalam banyak hal, norma peraturan perundang-undangan atau hukum yang bersifat umum kerap tertinggal dari kebutuhan hukum masyarakat, sehingga ketika timbul kasus atau persoalan konkret tertentu norma itu tidak mudah untuk diterapkan. Di sisi lain, pemerintah tidak boleh menolak untuk melayani masyarakat dengan alasan tidak ada peraturannya (*leemten in het recht*), tidak jelas aturannya (*vage norm*), multi interpretasi, atau normanya terbuka (*open norm*). Dalam hal ini, pemerintah dapat menggunakan wewenang diskresi untuk menafsirkan, menilai, dan menetapkan norma hukum yang dibutuhkan dalam bentuk peraturan kebijakan untuk melayani kebutuhan hukum masyarakat. Diskresi merupakan sumber utama kreativitas dan inovasi dalam pemerintahan dan hukum, karena diskresi memperkenankan pemerintah untuk melakukan eksperimen melalui interpretasi, implementasi, dan penegakan hukum.

Penerbit ANDI

Untuk mengetahui pemerintah memperoleh wewenang menggunakan diskresi untuk membentuk peraturan kebijakan, dapat ditelusuri cara pemberiannya. Para ahli masih berbeda pendapat mengenai cara itu, yaitu ada yang berpendapat melalui dua cara dan ada yang melalui tiga cara. F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyatakan hanya ada dua cara pemerintah untuk memperoleh wewenang yaitu atribusi dan delegasi. *F*.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek mengartikan kedua cara tersebut sebagai berikut:

> *Bij attributie gaat het om het toekennen van een nieuwe bevoegheid; Bij delegatie gaat het om overdragen van een reeds bestaande bevoegheid (door het organ dat die bevoegheidgeattributueerd heeft gekregen, aan een ander orgaan; aan delegatie gaat dus altijd logischewijsvooraf* [atribusi berkenaan dengan penyerahan wewenang baru; sedangkan delegasi menyangkut pelimpahan wewenang yang telah ada (oleh organ yang telah memperoleh wewenang secara atribusi kepada organ lain; jadi delegasi secara logis selalu didahului oleh atribusi).

Indroharto menjelaskan ada tiga cara pemerintah memperoleh wewenang bertindak atau memutuskan, yaitu:

a. Atribusi. Pada atribusi terjadi pemberian wewenang pemerintah yang baru oleh suatu peraturan perundang-undangan. Di sini peraturan perundang-undangan melahirkan atau menciptakan wewenang baru kepada pemerintah, karena sebelumnya pemerintah tidak memiliki wewenang tersebut.

b. Delegasi. Pada delegasi terjadi pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh badan atau jabatan pemerintah yang telah memperoleh kewenangan atributif kepada badan atau pejabat tata usaha negara lainnya. Jadi suatu delegasi selalu didahului oleh adanya suatu atribusi wewenang.

c. Mandat. Pada mandat terjadi penggunaan wewenang oleh badan atau pejabat lain untuk menjalankan urusan pemerintahan atas nama badan atau pejabat pemberi mandat.

H.D. van Wijk dan Willem Konijnembelt memiliki pendapat yang sama dengan Indroharto. Lebih lanjut H.D. van Wijk dan Willem Konijnembelt menjelaskan atribusi, delegasi, dan mandat sebagai berikut:

Penerbit ANDI

a. *Atributie: toekenning van en bertuursbevoegheid door een wetgever aan een bestuursorgaan* (atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintah).

b. *Delegatie: overdracht van een bevoegheid van het een bertuursorgaan aan een ander* (delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari suatu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya).

c. *Mandaat: een bestuursorgaan laat zijn bevoegheid namens hem uitoefenen door een ander* (mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengijinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya).

Dari beberapa pendapat ahli hukum di atas dapat dikatakan bahwa wewenang berdasarkan atribusi adalah wewenang baru yang diciptakan atau diberikan oleh undang-undang atau peraturan perundang-undangan lainnya kepada pemerintah. Pada awalnya pemerintah tidak memiliki wewenang bertindak atau mengambil keputusan, namun setelah peraturan perundang-undangan memberikan atau menciptakan wewenang kepada pemerintah, maka pemerintah memiliki wewenang. Setelah dimiliki, wewenang tersebut menjadi wewenang mandiri pemerintah. Demikian juga tanggung jawab atas wewenang ini berada pada penerima atribusi. Kapan dan dalam hal bagaimana wewenang itu digunakan, pemerintah dapat menentukannya sendiri. Penggunaan wewenang tersebut tidak perlu diperintah atau dipaksa oleh lembaga lain. Contoh untuk hal ini, dapat penulis kemukakan kewenangan pemerintah daerah berdasarkan Pasal 17 UU No. 23 Tahun 2014. Ayat (1) pasal tersebut menyatakan "Daerah berhak menetapkan kebijakan daerah untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah". Melalui ketentuan tersebut, UU menciptakan atau memberikan wewenang kepada daerah untuk menetapkan kebijakan daerah. Wewenang tersebut sebelumnya tidak dimiliki oleh daerah, tetapi dengan diciptakannya wewenang tersebut maka daerah memiliki wewenang untuk menetapkan kebijakan daerah. Wewenang ini menjadi wewenang mandiri daerah, karena kapan dan dalam hal yang bagaimana daerah dapat menetapkannya sendiri kebijakan daerah tersebut tanpa diperintah atau dipaksa oleh pemerintah pusat.

Penerbit ANDI

Pada delegasi wewenang, sesungguhnya wewenang itu telah ada dan dimiliki oleh pemerintah pemberi delegasi. Wewenang yang telah ada tersebut dilimpahkan lebih lanjut pelaksanaannya kepada badan atau pejabat pemerintah di bawahnya. Demikian juga wewenang dan tanggung jawab beralih dari pemberi delegasi ke penerima delegasi. Pelaksanaan wewenang delegasi tidak bisa ditentukan oleh pejabat atau badan penerima delegasi wewenang, melainkan wajib dilaksanakan apabila delegasi tersebut telah terjadi. Contoh untuk hal ini dapat penulis kemukakan pengaturan standar pelayanan berdasarkan Pasal 18 UU No. 23 Tahun 2014. Pasal tersebut menyatakan:

a. Penyelenggaraan pemerintahan Daerah memprioritaskan pelaksanaan Urusan Pemerintahan Wajib yang berkaitan dengan Pelayanan Dasar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 Ayat (3).

b. Pelaksanaan pelayanan dasar pada Urusan Pemerintahan Wajib yang berkaitan dengan pelayanan dasar sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) berpedoman pada standar pelayanan minimal yang ditetapkan oleh Pemerintah Pusat.

c. Ketentuan lebih lanjut standar pelayanan minimal diatur dengan peraturan pemerintah.

Melalui Ayat (1) dan Ayat (2) pasal di atas, pembuat UU No. 23 Tahun 2014 telah menciptakan kewenangan pada pemerintah pusat untuk membuat standar pelayanan minimal. Namun melalui Ayat (3), pembuat UU (legislatif) tersebut melimpahkan (mendelegasikan) pengaturan lebih lanjut mengenai standar minimal tersebut dengan peraturan pemerintah. Ini berarti pemerintah mendapatkan delegasi wewenang untuk membuat peraturan yaitu peraturan pemerintah mengenai standar minimal pelayanan. Pelaksanaan kewenangan pemerintah untuk membuat peraturan ini tidak bersifat mandiri, artinya tidak ditentukan menurut kehendak pemerintah sendiri melainkan harus segera dilaksanakan, karena pembuat UU telah memerintahkannya untuk membuat peraturan tersebut.

Penerbit ANDI

Pada wewenang berdasarkan mandat, sesungguhnya wewenang itu berada dan dimiliki oleh pemberi mandat. Penerima mandat hanya berkedudukan sebagai pelaksanaan atas mana pemberi mandat. Wewenang dan tanggung jawab hukum terhadap pihak ketiga tetap ada pada pemberi mandat, sedangkan tanggung jawab penerima mandat sebesar kewajiban melaksanakan mandat kepada pemberi mandat. Contoh wewenang berdasarkan mandat seorang Sekretaris Daerah mendapatkan penugasan agar memuat keputusan dalam bentuk surat atas nama Kepala Daerah. Surat tersebut di buat dan ditandatangani Sekretaris Daerah tetapi atas nama (a.n.) Kepala Daerah.

Menurut G. Jellinek pemberian kewenangan kepada pemerintah menyebabkan pemerintahan mengandung dua arti yaitu pemerintahan dalam arti formal dan pemerintahan dalam arti material. Pemerintahan dalam arti formal adalah pemerintahan yang mempunyai kekuasaan mengatur (*verordnungsgewalt*) dan kekuasaan memutus (*entscheidungsgewalt*). Pemerintahan dalam arti material adalah pemerintahan yang mempunyai kekuasaan memerintah dan melaksanakan peraturan/keputusan (*das element der regierung und das der vollziehung*). Berdasarkan pendapat tersbut, pemerintah berwenang melakukan perbuatan mengatur yaitu membuat peraturan (membuat norma yang berlaku umum-abstrak), perbuatan memutus yaitu membuat keputusan (membuat norma yang berlaku individual-konkret), dan perbuatan nyata yaitu melakukan tindakan/perbuatan fisik/nyata. Perbuatan mengatur oleh pemerintah adalah perbuatan mengatur berdasarkan kewenangan delegasi atau atribusi dari legislatif (*legislative delegation of rule-making power*) kepada pemerintah (eksekutif). Perbuatan membuat keputusan adalah perbuatan untuk menerapkan peraturan (norma umum-abstrak) terhadap kasus konkret atau memuat ketetapan (norma individual konkret). Perbuatan nyata adalah melaksanakan tindakan nyata atau fisik tugas pemerintahan sesuai norma peraturan atau keputusan pemerintah.

C.J.N. Versteden membedakan perbuatan pemerintah menjadi dua yaitu perbuatan nyata (*feitelijkhandelingen*) dan perbuatan hukum (*rechtshandelingen*). Perbuatan nyata adalah perbuatan-perbuatan yang tidak ada relevansinya dengan hukum dan oleh karenanya tidak menimbulkan akibat-akibat hukum, sedangkan perbuatan hukum adalah

Penerbit ANDI

perbuatan yang menimbulkan akibat hukum. Menurut R.J.H.M. Huisman perbuatan *een rechtshandelingen is gericht op het scheppenvan rechten van plichten* (tindakan hukum adalah tindakan yang dimaksud untuk menciptakan hak dan kewajiban). Dalam konteks perbuatan pemerintah, H.J. Romeijn menyatakan *een administratieve rechtshandeling* is en *een wilsverklaring in een bijzonder geval uitgaandevan een administratief orgaan, gericht op het in het leven ropenvan een rechtsgevolgop het gebeid van administratiefrecht* (tindakan hukum administrasi/pemerintah adalah suatu pernyataan kehendak yang muncul dari organ administrasi/pemerintah dalam keadaan khusus, yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dalam bidang hukum administrasi/pemerintah negara). Akibat hukum tersebut mengikat warga negara tanpa memerlukan persetujuan terlabih dahulu dari warga negara yang bersangkutan.

S. Prajudi Atmosudirjo juga membedakan perbuatan pemerintah dalam dua sebutan, yaitu perbuatan yuridis (*rechtshandelingen*) dan perbuatan non-yuridis. Perbuatan yuridis atau perbuatan hukum adalah perbuatan administrasi negara/pemerintah yang secara langsung menciptakan hubungan hukum dan/atau akibat-akibat hukumnya. Perbuatan non-yuridis atau perbuatan yang bukan perbuatan hukum, yang menurut C.J.N. Versteden disebut perbuatan nyata, yaitu perbuatan yang secara langsung atau tidak langsung tidak menciptakan hubungan hukum atau memiliki akibat hukum.

Perbuatan yuridis (hukum) pemerintah dibedakan atas perbuatan hukum publik dan perbuatan hukum privat. Perbuatan hukum publik adalah perbuatan pemerintah yang didasarkan pada hukum publik. Perbuatan ini apabila dilakukan oleh pejabat atau badan pemerintah dalam kedudukannya sebagai pemerintah atau pihak yang memelihara kepentingan umum. Perbuatan hukum privat adalah perbuatan pemerintah yang didasarkan pada hukum privat. Perbuatan ini apabila dilakukan oleh pejabat atau badan pemerintah dalam kedudukannya bukan sebagai pemerintah atau tidak memelihara kepentingan umum. Perbedaan juga dapat dilihat dari kedudukan pemerintah (*overheid*) sebagai pemegang kewenangan pemerintahan dan sebagai badan hukum (*lichaam*). Misalnya, pemerintah daerah adalah badan hukum publik

Penerbit ANDI

yang di satu sisi sebagai *overheid* dan di sisi lain sebagai *lichaam*. Sebagai *overheid*, pemerintah daerah melaksanakan kewenangan atau tugas-tugas pemerintahan yang diberikan atau diatur oleh hukum publik. Sebagai *lichaam*, pemerintah daerah adalah wakil badan hukum yang dapat melaksanakan perbuatan dalam bidang hukum keperdataan, dan tunduk pada hukum perdata. Sebagai contoh perbuatan keperdataan pemerintah adalah ketika bupati membeli kendaraan untuk kendaraan dinas. Bupati membuat dan melaksanakan perjanjian jual beli kendaraan tersebut dengan dealer kendaraan sesuai dengan hukum perdata.

Hukum privat adalah hukum yang mengatur kepentingan perorangan (individu), dengan kata lain mengatur hubungan hukum perorangan. Hukum publik adalah hukum yang mengatur kepentingan umum, dengan kata lain mengatur hubungan antara negara atau pemerintah dengan warga negaranya. Menurut sistematika hukum sipil (Eropa Kontinental), yang termasuk dalam kelompok hukum publik adalah hukum tata negara, hukum administrasi negara (hukum tata pemerintahan), hukum pidana, sedangkan yang termasuk dalam kelompok hukum privat adalah hukum perdata, hukum adat, dan hukum Islam. Berdasarkan jenis hukum tersebut, perbuatan yang dilakukan pemerintah dapat termasuk dalam perbuatan hukum administrasi negara (misalnya mengeluarkan keputusan administrasi negara), perbuatan hukum pidana (misalnya melakukan tindak pidana korupsi), hukum perdata (misalnya melakukan jual-beli), hukum agama (misalnya melaksanakan ibadah agama), namun tidak bisa melalukan perbuatan dalam hukum tata negara. Dalam konteks penulisan Disertasi ini, yang dimaksud dengan perbuatan pemerintah adalah perbuatan menurut hukum administrasi negara (hukum tata pemerintahan).

Selanjutnya S. Prajudi Atmosudirjo membedakan perbuatan hukum administrasi negara (hukum tata pemerintahan) ke dalam empat macam, yaitu: penetapan (*beschikking, administrative discretion*), rencana (*plan*), norma jabaran (*concrete normgeving*), dan legislasi semu (*pseudo-wetgeving*). Perbuatan hukum ini dapat dilakukan oleh pejabat atau badan pemerintah baik di pusat maupun di daerah sesuai dengan kewenangannya masing-masing.

Penerbit ANDI

Penetapan adalah norma ketetapan (*beshikking, administrative discretion*) adalah perbuatan hukum sepihak (*eenzijdig*) pemerintah yang dikeluarkan oleh pejabat atau instansi pemerintah yang berwenang dan berwajib khusus untuk itu. Ketetapan mengandung norma yang bersifat individual dan konkret. Norma individual adalah norma yang ditujukan atau dialamatkan (*addressat*-nya) pada seseorang, beberapa orang, atau banyak orang yang telah ditentukan bilangannya. Norma konkret artinya norma yang melihat perbuatan seseorang secara lebih nyata, ada batasnya, tertentu perbuatannya. Daya berlakunya (validitasnya) ketetapan hanya satu kali (berlaku sekali) selesai (*einmahlig*), artinya setelah norma itu dilaksanakan maka daya lakunya selesai (berakhir). Ketetapan ini dimuat dalam bentuk keputusan, yang pada umumnya tertulis. Bentuk keputusan dapat berupa surat keputusan (SK), surat biasa, ataupun beberapa disposisi surat.

Rencana (*plan*) adalah bentuk perbuatan pemerintah yang menciptakan hubungan hukum yang mengikat antara penguasa dan para warganya yang akan dilaksanakan pada masa yang akan datang. Di dalamnya memuat serangkaian tindakan yang terpadu, dengan tujuan agar tercipta suatu keadaan yang tertib bilamana tindakan tersebut telah selesai direalisasikan. Rencana yang dibuat pemerintah menunjukkan kebijakan yang akan dijalankan pemerintah pada suatu lapangan atau urusan pemerintahan tertentu. Karena itu, rencana merupakan tindakan hukum sepihak (*eenzijdige*) yang dilakukan oleh organ pemerintah yang berwenang. Secara normatif, rencana ini dituangkan dalam bentuk keputusan pemerintah, sehingga mempunyai kekuatan hukum mengikat, agar tertib keadaan yang dikehendaki benar-benar terwujud.

Safri Nugraha et all menyatakan perbuatan membuat rencana (*plan*) termasuk dalam kategori perbuatan hukum yang bersegi satu (*eenzijdige publiek rechtelijke handelingen*), artinya perbuatan hukum yang dihendaki secara sepihak oleh pemerintah. P. de Haan dan Fernhout membedakan tiga macam rencana yang dapat dibuat oleh pemerintah, yaitu:

a. Rencana informatif, yang merupakan kumpulan program yang akan terjadi pada tahun mendatang, tidak membawa akibat apa pun bagi warga;

Penerbit ANDI

b. Rencana indikatif, yang merupakan kumpulan niat. Rencana kebijaksanaan seperti nota perencanaan pendidikan tinggi. Tidak membawa akibat hukum secara langsung, tetapi merupakan kerangka kebijaksanaan untuk tindakan hukum atau materiil oleh pemerintah. Kebijaksanaan perizinan dapat dilihat dalam rencana peruntukan suatu daerah tertentu;

c. Rencana normatif, yang mengandung norma hukum yang mengikat bagi warga dan pemerintah. Contohnya adalah rencana tata kota, rencana pemberian subsidi, dan rencana pembebasan tanah.

Dengan kewenangan yang dimilikinya, pemerintah menetapkan rencana atau program kerja pemerintahan, yang akan dilaksanakan pada masa yang akan datang. Melalui rencana ini, diharapkan tugas pemerintah dapat dipandu dan dilaksanakan dengan baik, dan berhasil mencapai tujuannya.

Norma jabaran adalah suatu perbuatan hukum pemerintah untuk membuat agar suatu ketentuan undang-undang mempunyai isi yang konkret dan praktis serta dapat diterapkan menurut keadaan waktu, tempat, dan personal. Norma ini dibentuk pemerintah untuk menjabarkan norma undang-undang yang mengandung ketentuan yang bersifat prinsip atau bersifat umum dan abstrak terhadap praktik kehidupan yang selalu bersifat konkret, kasual (menurut kasus tertentu), dan personal. Undang-undang telah menetapkan norma yang harus dilaksanakan oleh pemerintah, tetapi dalam pelaksanaannya pemerintah memerlukan norma yang lebih konkret sesuai tugas yang dihadapinya. Karena itu, pemerintah membuat norma yang menjabarkan ketentuan tersebut ke dalam keadaan yang konkret, kasual, dan personal.

Norma jabaran berlaku mengikat secara umum, karena itu norma jabaran bukanlah ketetapan (*beschikking*). Pembentukannya didasarkan pada dua hal, yaitu kewenangan delegasi dan kewenangan mandiri. Kewenangan delegasi adalah kewenangan yang dilimpahkan dari pejabat yang ada di atasnya kepada pejabat di bawahnya untuk membuat peraturan pelaksana yang melaksanakan peraturan perundang-undangan di atasnya. Berdasarkan kewenangan delegasi ini maka pemerintah berwenang membuat peraturan perundang-undangan yang menjabarkan peraturan

Penerbit ANDI

perundang-undangan di atasnya. Peraturan yang dibuatnya ini disebut peraturan delegasi berdasarkan wewenang delegasi (*delegated legislation*). Bentuk norma seperti ini misalnya peraturan menteri, peraturan gubernur, peraturan bupati, dan sebagainya. Kewenangan mandiri adalah kewenangan pemerintah untuk melaksanakan undang-undang. Dalam hal ini pemerintah tidak mendapatkan delegasi dari legislasi, tetapi pemerintah berkendak sendiri untuk menjabarkan peraturan perundang-undangan demi kepentingan tugas yang dihadapinya. Norma atau peraturan jabatan yang seperti ini bukan peraturan perundang-undangan yang berlaku umum (undang-undang dalam arti luas) karena bukan *delegated legislation*. Contoh bentuk norma jabaran adalah SE-P (SE), surat instruksi dinas (SI), atau dalam bentuk rambu-rambu lalu lintas.

Legislasi semu (*pseudo-wetgeving*) adalah penciptaan aturan hukum oleh pejabat pemerintah yang berwenang berdasarkan wewenang diskresi atau *freies ermessen*. Aturan ini dimaksudkan sebagai garis-garis pedoman (*richtlijnen*) untuk menjalankan undang-undang dan dipublikasikan secara luas. Sebagian ahli hukum menyatakan aturan ini adalah bukan hukum yang sebenarnya, tetapi merupakan hukum bayangan (*spiegelrecht*) dari hukum asli yang dibuat oleh legislator. Hukum bayangan ini dibentuk untuk membayang-bayangi undang-undang, karena mempunyai norma yang serupa dengan undang-undang. Hukum asli dirumuskan di dalam undang-undang atau berasal dari undang-undang, sedangkan hukum bayangan berasal dari pemerintah, yang disebut peraturan kebijakan . Legislasi semu ditujukan kepada para pejabat pelaksana di bawah pejabat pemerintah yang bersangkutan, tetapi dapat berdampak luas. Artinya ketika pejabat pelaksana menjalankan garis-garis pedoman yang dibuat atasannya, warga masyarakat yang berkepentingan wajib menaatinya (terikat secara tidak langsung). Garis-garis pedoman ini dapat dituangkan ke dalam keputusan, SE, pengumuman, atau bentuk lainnya.

Seperti dikemukakan sebelumnya, UU No. 30 Tahun 2014 telah merumuskan perbuatan-perbuatan pemerintah yang terdiri atas pengambilan keputusan dan tindakan. Kedua perbuatan tersebut dijabarkan lebih lanjut dalam hak dan kewajibannya sebagaimana diatur di dalam Pasal 6 dan Pasal 7, yang meliputi:

Penerbit ANDI

a. Melaksanakan wewenang berdasarkan peraturan perundang-undangan dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB);
b. Menyelenggarakan aktivitas sesuai wewenang yang dimiliki;
c. Menetapkan keputusan berbentuk tertulis atau elektronik dan/atau menetapkan tindakan;
d. Menerbitkan atau tidak menerbitkan, mengubah, mengganti, mencabut, menunda, dan/atau membatalkan keputusan dan/atau tindakan;
e. Menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya;
f. Mendelegasikan dan memberikan mandat kepada pejabat administrasi negara lainnya sesuai peraturan perundang-undangan;
g. Menunjuk pelaksana harian atau pelaksana tugas untuk melaksanakan tugas apabila pejabat definitif berhalangan;
h. Memberi izin, dispensasi, dan/atau konsesi sesuai dengan peraturan perundang-undangan;
i. Memperoleh perlindungan hukum dan jaminan keamanan dalam menjalankan tugasnya;
j. Memperoleh bantuan hukum dalam pelaksanaan tugasnya;
k. Menyelesaikan sengketa kewenangan di lingkungan atau wilayah kewenangannya;
l. Menyelesaikan upaya administratif yang diajukan masyarakat atas keputusan dan/atau tindakan yang dibuatnya; dan
m. Menjatuhkan sanksi administrasi kepada bawahan yang melaksanakan pelanggaran sebagaimana diatur dalam undang-undang ini.

Selanjutnya perbuatan-perbuatan pemerintah yang termasuk dalam kategori kewajiban meliputi:

a. Membuat Keputusan dan/atau tindakan sesuai dengan kewenangannya;
b. Mematuhi AUPB sesuai dengan peraturan perundang-undangan;

Penerbit ANDI

c. Mematuhi persyaratan dan prosedur pembuatan keputusan dan/atau tindakan;

d. Mematuhi undang-undang ini dalam menggunakan diskresi;

e. Memberikan bantuan kedinasan kepada badan dan/atau pejabat administrasi negara yang meminta bantuan untuk melaksanakan penyelenggaraan administrasi tertentu;

f. Memberikan kesempatan kepada warga masyarakat untuk didengar pendapatnya sebelum membuat keputusan dan/atau tindakan sesuai peraturan perundang-undangan;

g. Memberitahukan kepada warga masyarakat yang berkaitan dengan keputusan dan/atau tindakan yang menimbulkan kerugian paling lama 10 (sepuluh) hari kerja terhitung sejak keputusan dan/atau tindakan ditetapkan dan/atau dilakukan;

h. Menyusun standar operasional prosedur pembuatan keputusan dan/atau tindakan;

i. Memeriksa dan meneliti dokumen administrasi negara, serta membuka akses dokumen administrasi negara kepada warga masyarakat, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang;

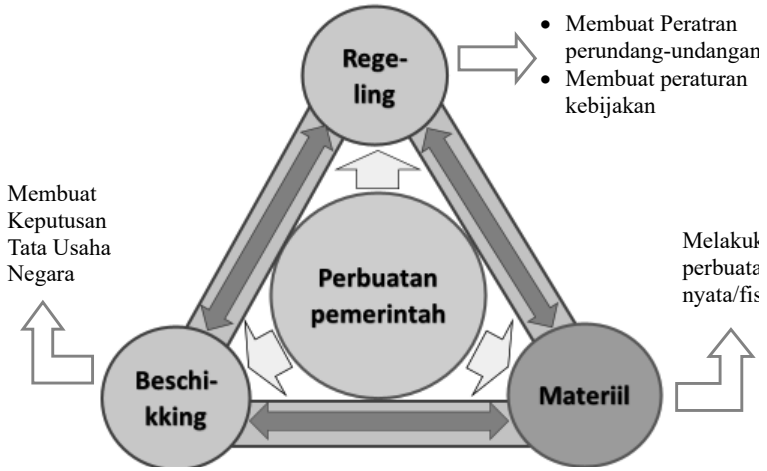
j. Menerbitkan keputusan terhadap permohonan warga masyarakat, sesuai dengan hal-hal yang diputuskan dalam keberatan/banding;

k. Melaksanakan keputusan dan/atau tindakan yang sah dan keputusan yang telah dinyatakan tidak sah atau dibatalkan oleh pengadilan, pejabat yang bersangkutan, atau atasan pejabat; dan

l. Mematuhi putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap.

Berdasarkan uraian di atas, penulis dapat mengatakan bahwa pemerintah berwenang melakukan tiga macam perbuatan memiliki karakteristik berbeda. Ketiga macam perbuatan dimaksud adalah sebagaimana digambarkan pada bagan 1 di bawah ini:

Penerbit ANDI



Bagan 1: Perbuatan Pemerintah[1]

Ketiga perbuatan pemerintah tersebut adalah perbuatan membuat peraturan (*regeling*), pembuatan membuat keputusan (*beschikking*), dan perbuatan nyata (*materiil*).

Perbuatan membuat peraturan adalah perbuatan pemerintah membentuk norma umum dan abstrak yang disebut peraturan. Peraturan yang dibentuknya terdiri atas peraturan perundang-undangan (*wetgeving*) dan peraturan kebijakan (*beleidregels*). Perbuatan pemerintah membentuk peraturan perundangan-undangan berdasarkan kewenangan delegasi (*delegated legislation*) dan/atau kewenangan atribusi (*atribution legislation*) dari kekuasaan perundang-undangan (*legislation power*). Perbuatan menghasilkan norma hukum yang disebut peraturan perundang-undangan, yang terdiri atas Perpu, PP, Perpres, dan peraturan perundang-undangan lain di bawahnya, sebagaimana yang telah dikemukakan penulis pada subbab B di atas. Peraturan perundang-undangan ini dapat menjadi dasar hukum pemerintah dalam membuat keputusan (*beschikking*) atau melakukan perbuatan materiil.

Perbuatan pemerintah membentuk peraturan kebijakan berdasarkan kewenangan diskresi (*freies ermessen*) administrasi negara/pemerintah/

Penerbit ANDI

1 Perbuatan pemerintah dimaksud adalah perbuatan atau tindakan yang dapat diakukan pemerintah berdasarkan tugas dan wewenang yang dimiliki.

eksekutif semata. Tujuannya adalah untuk mengatur perbuatan pemerintah melalui norma yang berlaku keluar sebagai suatu kebijakan tertulis (*naar buiten gebracht schriftelijk beleid*), ketika peraturan perundang-undangan belum mengatur secara tidak jelas, memberikan pilihan kepada pemerintah, atau terjadi stagnasi penyelenggaraan pemerintahan, agar tugas pemerintahan berjalan dengan baik. Karena itu pada kenyataannya, kewenangan pemerintah membuat peraturan kebijakan merupakan bagian dari kegiatan pemerintah (*bestuuren*)[2]. Perbuatan ini menghasilkan norma peraturan kebijakan yang terdiri atas SE-P dan lain-lain, sebagaimana yang telah diuraikan oleh penulis pada subbab B di atas. Peraturan kebijakan ini dapat menjadi dasar pemikiran atau inspirasi pemerintah untuk membentuk peraturan perundang-undangan dan/atau melakukan perbuatan materiil. Ketika inspirasi pemerintah yang ada pada peraturan kebijakan digunakan untuk membentuk peraturan perundang-undangan, dan peraturan perundang-undangan tersebut telah terbentuk, maka peraturan kebijakan tersebut dicabut atau dinyatakan tidak berlaku.

Perbuatan materiil adalah perbuatan nyata (real) atau fisik yang dilakukan pemerintah dalam menjalankan tugas dan kewajibannya. Bentuk perbuatan ini misalnya melakukan pelayanan umu, pembangunan, pengawasan, pembinaan, dan perbuatan nyata/fisik lainnya. Perbuatan ini dilakukan berdasarkan *regeling* (peraturan perundang-undangan atau peraturan kebijakan) atau *beschikking* (keputusan). Perbuatan materiil juga dapat menjadi inspirasi pemerintah untuk membentuk peraturan atau mengambil keputusan terhadap permasalahan hukum yang dihadapinya.

Penerbit ANDI

B. Pengaturan Melalui SE-P

1. SE-P Pemerintah sebagai Peraturan Kebijakan

SE-P adalah salah satu jenis peraturan kebijakan yang banyak dibuat oleh pemerintah. Secara normatif, tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang SE-P, sehingga penulis tidak menemukan definisi hukum tentang SE-P. Para ahli hukum juga sangat jarang memberikan definisi atau pengertian SE-P, sehingga penulis-pun tidak menemukan pengertian SE-P secara baku.

2 Philipus M. Hadjon et al, *Op.Cit.*, 148.

Dilihat dari tata persuratan, SE-P adalah salah satu bentuk surat. Secara etimologi istilah "SE-P" terdiri dari dua kata yaitu "surat" dan "edaran" yang memiliki arti berbeda. Surat adalah sarana komunikasi untuk menyampaikan informasi dalam bentuk tulisan pada kertas oleh satu pihak kepada pihak lainnya, baik perorangan maupun organisasi[3]. Indrawan W.S. mendefinisikan "surat sebagai kertas yang bertuliskan untuk dikirim ke orang lain; berbagai-bagai tulisan di carik kertas untuk suatu tujuan (keterangan dsb)"[4]. Dalam konteks yang sama, Badudu dan Zain mengartikan "surat adalah 1. Apa yang ditulis, ditik, atau dicetak; isinya bermacam-macam sesuai dengan yang dituju oleh penulis; 2. Kertas yang berisi keterangan atau penjelasan, dsb"[5]. Menurut Prajudi Atmosudirdjo surat adalah helai kertas yang ditulis atas nama pribadi penulis atau atas nama kedudukannya dalam organisasi yang ditujukan pada alamat tertentu dan memuat bahan komunikasi. Selain itu, menurut Darji surat adalah suatu sarana untuk menyampaikan informasi atau pernyataan secara tertulis kepada pihak lain baik atas nama sendiri ataupun jabatannya dalam organisasi[6]. Edaran atau sirkuler adalah yang diedarkan[7] atau sesuatu yang dikirim kepada banyak pihak di mana isi dan bentuknya sama[8].

Selanjutnya J.S. Badudu dan Moh. Zain mendefinisikan "SE-P (*circulaires*) disingkat SE adalah surat yang diedarkan kepada perseorangan atau kantor-kantor yang berisi pengumuman"[9]. SE-P juga sebagai surat pemberitahuan tertulis yang ditujukan kepada banyak pihak di mana isi dan bentuk suratnya adalah sama[10]. Gerald Prambudi menyatakan SE adalah surat resmi yang dibuat oleh badan atau pejabat (termasuk pemerintah) yang digunakan untuk memberitahukan kepada jajaran

Penerbit ANDI

3 Anonim, Macam - macam Surat dan Pengertiannya, http://raehun.blogspot.co.id/2014/04/macam- macam-surat-dan-pengertiannya.html, diunduh 4 Febr 2016), 1-2.
4 Indramawan W.S., *Kamus…Op.Cit.,* 527.
5 J.S. Badudu dan Moh. Zain, *Kamus...Opt.Cit*, 1361.
6 Anonim, Pengertian SE-P, Fungsi, Jenis, Ciri-Ciri, Bagian SE-P, https://www. maxmanroe.com/vid/surat/pengertian-surat-edaran.html, diunduh 12 Desember 2018, 1-2
7 *Ibid*., 370.
8 Anonim, Macam-macam...Loc.Cit., 1-2.
9 J.S. Badudu dan Moh. Zain, *Kamus...Opt.Cit*, 1361.
10 Anonim, Macam-macam...Loc.Cit., 1-2.

di bawahnya mengenai suatu kebijakan yang harus dilaksanakan yang berkaitan dengan pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan[11].

SE-P berfungsi untuk menyampaikan informasi kepada orang banyak dan bersifat tidak rahasia[12]. Tujuan adalah agar isinya diketahui banyak orang. Isinya berupa kehendak atau kebijakan yang bersifat anjuran, larangan, pemberitahuan, petunjuk, tata cara pelaksanaan, dan pengumuman, yang dapat dijadikan dasar untuk pengambilan kebijaksanaan lebih lanjut.[13]

SE-P memiliki bentuk bermacam-macam dengan format berbeda-beda. Hal ini disebabkan oleh tidak ada standar bentuk dan format yang ditetapkan secara yuridis oleh peraturan perundang-undangan. Secara garis besar format SE-P terdiri atas bagian kepala, isi surat, kaki surat, dan lampiran surat[14], yaitu:

a. Kepala SE-P.
   Kepala SE-P terdapat dua model yaitu model surat biasa dan model khusus SE-P. Kepala SE-P model surat biasa berisi kop surat, nama, dan alamat instansi yang bersangkutan yang diletakkan di bagian atar SE-P. Kemudian nomor surat, lampiran, dan perihal SE-P yang diletakkan di bagian atas kiri SE-P. Alamat sasaran yang dituju surat edaran yang terletak di bagian kanan atas SE-P. Pada model khusus SE-P terdiri atas kop surat, nama, dan alamat instansi yang diletakkan di atas SE-P. Penulisan kata SE-P diikuti dengan penomoran dan tentang judul SE-P yang diletakkan di bagian tengah (senter), alamat yang dituju SE-P dapat diletakkan di atas kanan SE-P atau di bawah kata SE-P.

Penerbit ANDI

11 Gerald Prambudi, "Lengkap Pengertian SE-P dan Jenis-jenisnya", (on-line) tersedia di http:// geraldprambudi.blogspot.co.id/2011/12/lengkap-pengertian-surat-edaran-dan.html, 4 **Febr 2016).**

12 Anonim, Pengertian, Fungsi dan Sifat Serta Contoh SE-P, (on-line) tersedia di http:// dd- kalapanunggal.blogspot.co.id/2011/11/pengertian-fungsi-dan-sifat-beserta.html, diunduh 4 Febr 2016, 1-2.

13 Anonim, Arti SE, Memo, Poengumuman, Disposisi, (on-line) tersedia di (http:// coretan-berkelas. blogspot.com/2013/11/memahami-memo-surat-edaran-disposisi.html. 14 Juni 2016,. 1-2.

14 Penulis berdasarkan hasil penelitian terhadap berbagai SE-P pemerintah dan lihat juga Anonim, Pengertian SE-P, (on-line) tersedia di http://www.temukanpengertian.com/2015/ 09/pengertian-surat-edaran.html, diunduh 4 Febr 2016), 1-2.

b. Isi SE-P
Isi SE-P berupa pembukaan yang menjelaskan dasar pemikiran, tujuan yang ingin dicapai; isi berupa kehendak yang diinginkan oleh pejabat pembuat SE-P; dan penutup berupa harapan pembentuk SE-P terhadap sasaran SE-P.

c. Kaki SE-P
Kaki SE-P berisi tempat, tanggal, bulan, dan tahun pembuatan, jabatan pembuat, tanda tangan pembuat, nama pembuat. Pada bagian kaki ini juga dapat disertakan alamat tembusan SE-P.

d. Lampiran
Dalam hal diperlukan, SE-P juga dapat disertai lampiran. Lampiran berisi materi tambahan untuk melengkapi atau menambah isi SE-P.[15].

Secara yuridis formal tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengatur SE-P dan memberikan kewenangan pemerintah membentuk SE-P. namun secara teori Hukum Administrasi Negara pemerintah dapat membentuk SE-P berdasarkan wewenang administratif yang dimilikinya. Sebagaimana telah diuraikan pada uraian sebelumnya, salah satu jenis peraturan kebijakan yang dibentuk oleh pemerintah berdasarkan kewenangan administrasi adalah SE-P.

2. Pengaturan Melalui SE-P

Semua tingkatan pejabat pemerintah, mulai dari Presiden sampai dengan Ketua RT telah membentuk SE-P. Hal ini tampak dari contoh data hasil penelitian sebagai berikut: [16]

a. Surat Presiden SE No. Se-12/Seskab/ XI/ 2014 tentang rapat atau pertemuan jajaran Pemerintah dengan DPR.

b. SE-P Menteri Dalam Negeri No. 120/253/SJ. tentang Penyelenggaraan Urusan Pemerintahan Setelah Ditetapkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

15 Anonim, Pengertian SE-P, Contohnya, Serta Bagian-Bagiannya, (on-line) tersedia di http:// www.pengertianku.net/2015/09/pengertian-surat-edaran-dan-contohnya-serta-bagian-bagiannya.html, diunduh 4 Febr 2016), 1-2.

16 Dikutif dari SE-P pejabat pemerintah masing-masing.

Penerbit ANDI

c. SE-P Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah No. 03/SE/KA/2009 tentang Pemberlakuan Sertifikat Keahlian Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

d. SE-P Kepala Badan Kepegawaian Negara No. 01/SE/1977 tentang Permintaan Dan Pemberian Cuti Pegawai Negeri Sipil.

e. SE-P Gubernur Jawa Tengah Nomor 421.3/ 001.011 tentang Penyelenggaraan dan pengelolaan pendidikan menengah di Provinsi Jawa Tengah.

f. SE-P Bupati Sambas Nomor 180/1/HK/2015 tentang Format Rancangan Peraturan Desa tentang APB Desa, Perubahan APB Desa, dan Pertanggungjawaban APB Desa di Kabupaten Sambas.

g. SE-P Walikota Kota Bekasi Nomor 470/1274-Disdukcasip/IV/ 2013 tentang Percepatan penyelesaian perekaman e-KTP secara reguler bagi penduduk wajib KTP.

h. SE-P Camat Rancasari Kota Bandung Nomor 003.1/149- Kec.Rcs. tentang Pengaturan Tema Dan Logo HUT Ke-69 Kemerdekaan RI.

i. SE-P Lurah Petemon Kecamatan Sawah- an Kota Surabaya Nomor 660/89/436.11.11.1/2014 tentang Larangan Membuang/ Mengalirkan Air Tinja Dari WC/ Jamban Langsung Ke Kali Atau Saluran Air Dan Tidak Buang Air Besar Di Kali Atau Di Saluran Air.

j. SE-P Kepala Desa Padamulya Majalaya Kabupaten Bandung Nomor 145/ 08/Sekret tentang Permintaan Bingkisan Lebaran Kepada Pimpinan Perusahaan.

k. SE-P Ketua Rukun Warga 011 Kelurahan Kalimulya Kecamatan Cilodong Kota Depok No. 39/E/RW.011/V/ 2013 tentang Menjaga Ketertiban Umum Di Taman Anyelir 3.

l. SE-P Ketua Rukun Tetangga 007 RW16 Kelurahan Rangkepan Jaya Kecamatan Pancoran Mas Depok tentang Kewajiban melaksanakan kerja bakti untuk kebersihan lingkungan Rukun Tetangga.

Penerbit ANDI

Data di atas memperlihatkan satu jenis peraturan kebijakan yaitu "SE-P" dapat dibentuk oleh setiap pejabat pemerintah, yang materi muatannya disesuaikan dengan bidang urusan pejabat masing-masing. Hal ini berbeda dengan setiap jenis peraturan perundang-undangan hanya dibentuk oleh lembaga atau pejabat tertentu. Ini memberi pengertian bahwa SE-P tidak memiliki derajat kedudukan tertentu, karena tingkat kedudukannya mengikuti derajat atau tingkat kedudukan pejabat pemerintah yang membuatnya. SE-P juga tidak memiliki batasan materi muatan tertentu yang berwenang diatur, melainkan disesuaikan dengan bidang urusan pejabat pemerintah masing-masing. Ini mengandung pengertian bahwa berbagai materi muatan dapat diatur di dalam SE-P pemerintah, sepanjang masih berada dalam lingkup bidang urusan pejabat yang bersangkutan. (Ini perlu disesuaikan lgi dengan bab IIIa yang sdh diprint)

Selain pejabat dan Lembaga pemerintah, itu, Sesuai dengan latarbelakang dan metode penelitian, SE-P pemerintah (SE-P) menjadi sampel objek penelitian disertasi ini. SE-P yang dimaksud adalah SE yang dibentuk oleh pemerintah. Mengingat materi disertasi ini termasuk materi ilmu hukum, maka pengertian pemerintah di sini adalah pemerintah dalam arti sempit atau menurut Hukum Administrasi Negara, yaitu yang melaksanakan fungsi eksekutif, mulai Presiden sampai dengan Ketua Rukun Tetangga (RT).

Dari hasil penelitian, penulis menemukan data bahwa SE-P dibentuk oleh semua pejabat pemerintah. Alasannya adalah pejabat pemerintah memerlukan pedoman atau aturan sebagai dasar kewenangan untuk melaksanakan tugas dan wewenangnya sah secara hukum. Pedoman ini untuk mengatasi kondisi kekosongan hukum, hukunya tidak jelas, memberikan pilihan kepda pemerintah, atau terjadi stagnasi penyelenggaraan pemerintahan, karena pejabat pembentuk SE-P tidak memiliki kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan.

Praktik pembentukan SE-P sudah merambah kepada lembaga-lembaga negara. Ini menunjukkan SE-P dibutuhkan oleh lembaga negara dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya. Keberadaan dan keberlakuan SE sebagai norma hukum tidak bisa diabaikan. Sebagai contoh, berikut ini

Penerbit ANDI

fakta SE yang dibentuk oleh pejabat negara, yaitu:

a. SE-P Presiden Nomor Se-12/Seskab/XI/2014 perihal Rapat atau Pertemuan Jajaran Pemerintah dengan Dewan Perwakilan Rakyat.
b. SE-P Mahkamah Agung Nomor 14 Tahun 2010 tentang Dokumen Elektronik sebagai Kelengkapan Permohonan Kasasi dan Peninjauan Kembali.
c. SE-P Badan Pemeriksa Keuangan Nomor 17/SE/X- XII.2/12/ 2010 tentang Kehati-hatian Terhadap Berbagai Bentuk Permintaan yang Mengatasnamakan Sekretaris Jenderal, Pejabat Eselon I, Kepala Perwakilan, atau Dharma Wanita Badan Pemeriksa Keuangan.
d. SE-P Gubernur Bank Indonesia Nomor 17/17/DKMP tentang Perhitungan Giro Wajib Minimum Bank Umum dalam Rupiah dan Valuta Asing bagi Bank Umum Konvensional.
e. SE-P Komisi Pemilihan Umum Nomor 907/KPU/XII/2015 tentang Pelaksanaan Pemungutan Suara dan Perhitungan Suara di tempat pemungutan suara (TPS).

Berdasarkan hasil penelitian, SE tidak memiliki format dan sistematika standar pembentukannya karena tidak ada peraturan yang mengaturnya. Akibatnya SE yang dibentuk oleh pejabat-pejabat tersebut menggunakan format dan sistematika berbeda-beda. Hal itu berbeda dengan peraturan perundang-undangan yang sudah memiliki format dan sistematika standar, sebagaimana diatur di dalam UU No. 12 Tahun 2011.

Penerbit ANDI

3. Sasaran dan Materi Muatan SE-P

Secara teoretis setiap norma memiliki dua unsur yang melekat pada isi norma yaitu sasaran dan materi muatan (hal yang diatur). Dengan kedua unsur tersebut, suatu norma dapat diketahui sebagai norma yang mengatur yang kemudian disebut peraturan atau norma yang menetapkan yang kemudian disebut ketetapan. Sasaran SE-P adalah orang atau badan yang terikat, yang dituju, atau yang wajib menaati atau menjalankan SE-P. Materi muatan (materi pokok yang diatur[17]) SE-P adalah materi muatan

17 Istilah "materi pokok yang diatur" adalah istilah yang digunakan oleh Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Istilah ini mempunyai kesamaan arti dengan materi muatan. Dalam konteks penulisan Disertasi ini, penulis menggunakan istilah materi muatan.

yang mengatur perbuatan atau tingkah laku orang atau badan yang menjadi sasaran sesuai dengan kehendak pejabat pembentuk SE-P.

Sasaran SE-P dibedakan ke dalam dua kelompok sasaran, sasaran internal dan sasaran eksternal. Sasaran internal, yaitu para pejabat internal lingkungan unit pemerintahan yang dituju atau menjadi sasaran SE-P. Sasaran eksternal adalah setiap orang/lembaga di luar lingkungan unit pemerintahan yang menjadi sasaran SE-P atau pejabat internal dan orang/ lembaga di luar lingkungan unit pemerintahan. Sasaran yang bersifat internal mengandung pengertian norma ketetapan, sedangkan sasaran yang bersifat eksternal atau kombinasi internal dan eksternal mengandung arti sasaran peraturan.

Materi muatan SE-P yang perlu dianalisis dibedakan atas dua materi muatan. Pertama materi muatan yang bersifat abstrak yaitu materi muatan yang berlaku terus menerus (*dauerhaftig*). Kedua materi muatan yang bersifat konkret yaitu materi muatan yang berlaku sekali selesai (*einmahlig*). Materi muatan yang berlaku terus menerus mengandung pengertian materi muatan peraturan. Materi muatan yang berlaku sekali selesai mengandung pengertian materi ketetapan.

Sampai saat ini, tidak dapat ditemukan jumlah total (populasi) SE-P yang dibentuk oleh pemerintah, karena pembentukan SE-P oleh setiap pejabat pemerintah dan pertumbuhan SE-P sangat cepat, di mana saja, dan kapan saja, serta belum adanya satu sistem pendokumentasian dan kearsipan semua SE-P oleh pemerintah. Untuk memperoleh representasi data penelitian serta sesuai dengan pembagian pemerintahan ke dalam pemerintahan pusat dan pemerintahan daerah, maka diambil 368 sampel SE-P[18] untuk dianalisis sasaran dan materi muatan SE-P yang dibentuk oleh pejabat pemerintah pusat dan pejabat pemerintah daerah.

a. Sasaran dan Materi Muatan SE-P Pemerintah Pusat
   Sampel SE-P pejabat pemerintahan pusat terdiri atas pejabat pemerintahan di lingkungan kementerian, lembaga pemerintah non kementerian, dan pejabat setingkat menteri. Pengambilan sampel ini

18 Rasji, "Pengujian Peraturan Kebijakan Di Indonesia (Suatu Penelitian Terhadap SE-P Yang Diterbitkan Oleh Pemerintah), Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara Jakarta tahun 2019, hal. 281-439.

Penerbit ANDI

didasarkan pada adanya tiga lingkungan pemerintahan pusat sebagai pelaksana pemerintahan pusat dan paling banyak membentuk SE-P.

1) Sasaran dan Materi Muatan SE-P yang Dibentuk oleh Pejabat di Lingkungan Kementerian

   Pada saat ini terdapat 33 kementerian yang dipimpin oleh 33 menteri, yang terdiri atas 4 Menteri Koordinator dan 29 Menteri Sektoral. Menteri koordinator bertugas untuk mengkoordinir tugas-tugas menteri di bidang koordinasinya. Menteri sektoral adalah menteri yang memimpin kementerian pada sektor pemerintahan masing-masing. Dari 368 sampel SE-P, terdapat 209 SE-P yang dibentuk oleh pejabat pemerintah di lingkungan kementerian. Pejabat yang dimaksud adalah menteri itu sendiri maupun pejabat selain menteri yang berada di dalam lingkungan kementerian.

   Hasil penelitian terhadap 209 SE-P pejabat kementerian menunjukkan sasaran SE-P beragam, yaitu badan, pejabat, dan masyarakat. Di lihat dari unit kerja pejabat pembuat SE-P, data memperlihatkan Sebagian besar (129 atau 61,73%) SE-P ditujukan atau disasarkan kepada pejabat internal unit pembuat SE-P, dan sebagian kecil (80 atau 38,27%) SE-P ditujukan atau disasarkan kepada pejabat internal pembuat SE-P dan masyarakat umum.

   Jika di lihat dari tingkat kedudukan pejabat, SE-P yang merujuk kepada pejabat internal dibedakan ke dalam empat sasaran pejabat internal, yaitu:

   a) SE-P ditujukan ke pejabat atasan (yang mempunyai tingkat kedudukan lebih tinggi) dari kedudukan pembuat SE-P sebanyak 4 SE-P atau 1,92%, yang artinya pejabat pembuat SE-P mengatur sasaran di luar kewenangannya, sehingga dapat dikatakan SE-P mengatur sasaran eksternal.
   b) SE-P ditujukan ke pejabat yang mempunyai kedudukan setara dengan kedudukan pembuat SE-P sebanyak 51 SE atau 24,41%, yang artinya SE-P ini mengatur sasaran di luar

Penerbit ANDI

kewenangannya, sehingga dapat dikatakan SE-P ini mengatur sasaran eksternal.

c) SE-P ditujukan ke pejabat yang mempunyai kedudukan lebih rendah dari kedudukan pembuat SE-P sebanyak 125 SE-P atau 59,80%, yang artinya SE-P ini mengatur sasaran internal; dan

d) SE-P ditujukan ke masyarakat umum sebanyak 29 SE-P atau 13,87%, yang artinya SE-P ini mengatur sasaran eksternal.

Data di atas memperlihatkan Sebagian lebih banyak (59,80%) SE-P ditujukan kepada pejabat bawahan dari pembuat SE-P, meskipun ada 40,20% SE-P yang ditujukan kepada bukan pejabat bawahannya.

Dari aspek materi muatan, ditemukan materi muatan SE-P berisi kehendak atau keinginan pejabat pemerintah yang ditujukan ke sasaran di atas. Hasil penelitian terhadap 209 SEP, ditemukan sebanyak 50 SE-Patau 24,04% SE-P menghendaki agar sasaran melakukan perbuatan sekali selesai, dan sebanyak 159 SE-P atau 75,96% SE-P menghendaki agar sasaran melakukan perbuatan terus menerus. Artinya adalah sebagian besar SE-P mengandung materi muatan yang bersifat mengatur.

Berdasarkan sasaran dan materi muatan SE-P di lingkungan kementeri, tampak bahwa SE-P ada yang mengandung sasaran umum dan sasaran individual, serta mengandung materi muatan abstrak dan materi muatan konkret. Namun sebagian besar perbuatan yang dikehendaki oleh SE-P bersifat terus menerus, artinya bersifat mengatur. Meskipun sasarannya internal, namun jika materi muatannya berlaku terus-menerus maka SE-P tersebut bersifat mengatur.

2) Sasaran dan Materi Muatan SE-P yang dibentuk oleh pejabat di lingkungan Lembaga Pemerintah Non Kementerian dan Pejabat Setingkat Menteri

Selain dibentuk oleh Menteri dan pejabat di lingkungan kementerian. Dari 368 SE-P sampel penelitian terdapat 46 SE-P

Penerbit ANDI

sampai penelitian yang dibentuk oleh pejabat di lingkungan lembaga pemerintah non kementerian dan pejabat setingkat menteri. Hasil penelitian memperlihatkan sasaran SE-P yang dibuat oleh pejabat lembaga pemerintah non kementerian dan pejabat setingkat menteri beragam. Di lihat dari lingkungan unit kerja pejabat pembuat SE-P, sebanyak 21 SE-P atau 45,66% SE-P ditujukan atau disasarkan ke pejabat internal di lingkungan unit kerja pejabat pembuat SE-P, serta 25 SE-P atau 54,34% SE-P ditujukan atau disasarkan ke pejabat internal dan eksternal lingkungan unit kerja pejabat pembuat SE-P dan masyarakat umum sebanyak.

Di lihat dari tingkat kedudukan sasaran SE-P, hasil penelitian memperlihatkan:

a) Sebanyak 2 SE-P atau 4,35% SE-P ditujukan atau disasarkan ke pejabat atasan (yang mempunyai kedudukan lebih tinggi), yang artinya SE-P mengatur sasaran di luar kewenangan pejabat pembuat SE-P.
b) Sebanyak 16 SE-P atau 34,79% SE-P ditujukan atau disasarkan ke pejabat yang mempunyai kedudukan setara dengan pejabat pembuat SE-P, yang artinya SE-P mengatur sasaran di luar kewenangan pembuat SE-P.
c) Sebanyak 22 SE-P atau 47,83% SE-P ditujukan atau disasarkan ke pejabat bawahan (yang mempunyai kedudukan lebih rendah) dari pejabat pembentuk SE-P, yang artinya SE-P mengatur sasaran di dalam kewenangan pembuat SE-P.
d) Sebanyak 6 SE-P atau 13,03% SE-P ditujukan atau disasarkan ke masyarakat umum, yang artinya SE-P mengatur sasaran di luar kewenangan pembuat SE-P.

Dari data tersebut tampak bahwa SE-P lebih banyak (52,17%) mengatur sasaran pejabat dan masyarakat umum di luar kewenangan pejabat pembuat SE-P, dan hanya 47,83% SE-P yang

Penerbit ANDI

mengatur sasaran di dalam kewenangan pembuat SE-P. Ini berarti Sebagian besar SE-P bersifat mengatur.

Dari aspek materi muatannya, sebanyak 10 SE-P atau 22,22% SE-P menghendaki perbuatan yang berlaku sekali selesai, dan sebanyak 35 SE-P atau 77,78% SE-P yang menghendaki perbuatan yang berlaku terus menerus. Ini bartinya Sebagian besar SE-P yang dibuat oleh pejebat di lingkungan Non Kementerian dan pejabat setingkat menteri bersifat mengatur

b. Sasaran dan Materi Muatan SE-P yang Dibentuk oleh Pejabat Pemerintah Daerah.

Pada tingkat Daerah, SE-P telah dibentuk oleh pejabat pemerintah di lingkungan daerah. Menurut Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 18 jo Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, yang dimaksud daerah adalah Daerah Provinsi, Daerah Kabupaten, dan Daerah Kota. Indonesia memiliki 34 Daerah Provinsi, 415 Daerah Kabupaten, dan 93 Daerah Kota[19]. Dari 368 sampel SE-P terdapat 113 sampel SE-P yang dibuat oleh pemerintah daerah.

SE-P pemerintah daerah juga memiliki sasaran yang dituju dan materi muatan yang dikehendaki. Hasil penelitian terhadap 113 SE-P yang dibuat oleh pemerintah daerah menunjukkan SE-P pejabat di lingkungan pemerintahan daerah mempunyai sasaran beragam. Dilihat dari lingkungan kewenangan pejabat pembuat SE-P, sasaran SE-P yang dibuat pemerintah daerah adalah:

1) Sebanyak 66 SE-P atau 58,40% SE-P ditujukan ke pejabat internal di lingkungan unit kerja pejabat pembuat SE-P;

2) Sebanyak 47 SE atau 41,60% ditujukan ke pejabat internal dan eksternal di luar lingkungan uni kerja pejabat pembentuk SE-P dan masyarakat umum.

Itu berarti norma SE-P tidak hanya mengatur pejabat internal di lingkungan pembuat norma SE-P tetapi juga mengatur pejabat lain di luar lingkungan unit kerja pejabat pemerintah daerah pembuat

19 Anonim, 34 Nama Provinsi di Indonesia dan Ibukotanya Lengkap [Terbaru], (on-line), tersedia di https:// www.zonareferensi.com/provinsi-di-indonesia/2018: 1.

Penerbit ANDI

SE-P. SE-P sedikit lebih banyak ditujukan kepada pejabat internal lingkungan pemerintah pembuat SE-P dibandingkan dengan sasaran di luar lingkungan pejabat pembuat SE-P.

Dilihat dari tingkat kedudukan sasaran, sasaran SE-P pejabat pemerintah daerah ditujukan dengan:

1) Sebanyak 0 SE-P atau 0% SE-P ditujukan ke pejabat atasan (yang mempunyai kedudukan lebih tinggi) dari pejabat pembuat SE-P, yang berarti SE-P tidak mengatur sasaran di luar kewenangan pembuat SE-P.

2) Sebanyak 13 SE-P atau 11,51% SE-P ditujukan ke pejabat yang mempunyai kedudukan setara dengan pejabat pembentuk SE-P, yang artinya SE-P ditujukan ke sasaran di luar kewenangan pembuat SE-P.

3) Sebanyak 64 SE-P atau 56,64% SE-P ditujukan pejabat bawahan (yang mempunyai kedudukan lebih rendah) dari pejabat pembentuk SE-P, yang artinya SE-P mengatur sasaran di dalam lingkungan kewenangan pembuat SE-P.

4) Sebanyak 36 SE atau 31,85%SE-P ditujukan ke masyarakat umum, yang artinya SE-P mengatur sasaran di luar lingkungan kewenangan pembuat SE-P.

Jika dilihat dari batas kewenangan pejabat pembuat SE-P, maka sebanyak 56,64% SE-P ditujukan atau disasarkan kepada pejabat di lingkungan kewenangan pembuat SE-P, dan sebanyak 43,36% SE-P ditujukan atau disasarkan kepada pejabat atau masyarakat di luar lingkungan kewenangan pejabat pembuat SE-P.

Dari aspek materi muatannya, SE-P mengatur materi muatan berupa perbuatan yang diinginkan oleh pejabat pemerintah daerah pembuat SE-P. Materi muatan SE-P yang dibuat oleh pejabat pemerintah daerah adalah: sebanyak 41 SE-P atau 36,27% SE-P mengatur perbuatan yang bersifat konkret yaitu perbuatan yang dikehendaki hanya berlaku sekali selesai, dan sebanyak 71 SE-P atau 63,73% SE-P mengatur perbuatan yang bersifat abstrak yaitu

Penerbit ANDI

perbuatan yang dikehendaki berlaku terus menerus. Artinya sebagian besar materi muatan SE-P pemerintah daerah mengatur perbuatan yang berlaku terus menerus sebagai peraturan.

Sasaran dan materi muatan SE-P di atas merupakan wujud dari norma atau kehendak pemerintah agar pejabat dan/atau masyarakat yang menjadi sasaran (dituju) melakukan atau tidak melakukan perbuatan dalam rangka keberhasilan pelaksanaan tugas pejabat pembuat SE-P. Dengan SE-P ini, pejabat pemerintahan daerah memiliki dasar hukum untuk bertindak dalam rangka melaksanakan tugasnya, sehingga tugasnya adalah sah menurut hukum dan berhasil dengan baik.

C. SE-P Yang Bertentangan

Berdasarkan data penelitian, penulis menemukan beberapa SE-P yang materi muatannya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Materi muatan SE-P terebut tidak sesuai, tidak sama, tidak sejalan, atau berbeda dengan materi muatan peraturan perundang-undangan. SE demikian merugikan hak-hak hukum masyarakat sasaran (yang terikat pada SE) yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan, karena hak hukum masyarakat tersebut menjadi hilang atau berkurang.

Penerbit ANDI

Meskipun data penelitian ini hanya fokus pada SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, namun sebagai gambaran, penulis perlu memperlihatkan satu sampel data SE yang dibuat oleh lembaga negara yaitu MA yang bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Pada tanggal 31 Desember 2014 MA menerbitkan SE-P Nomor 7 Tahun 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali Dalam Perkara Pidana (disingkat SEMA No. 7 Tahun 2014). Pada norma angka 3 disebutkan "permohonan peninjauan kembali dalam perkara pidana dibatasi hanya 1 (satu) kali". Norma SEMA tersebut mengacu pada Pasal 268 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, yang menyatakan "peninjauan kembali (disingkat PK) atas suatu putusan hanya dapat dilakukan satu kali saja".

Sebelum SEMA tersebut diterbitkan, pada tahun 2013 telah ditetapkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XI/2013 mengenai pengujian secara material (*Judicial Review*) atas Pasal 268 (3) UU No. 8 Tahun 2081,

yang amar putusannya menyatakan atas Pasal 268 (3) UU No. 8 Tahun 2081 bertentangan dengan UUD 1945 [Pasal 1 ayat (3), Pasal 24 ayat (1) Pasal 28C ayat (1)] dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum. Berdasarkan Putusan MK tersebut maka tidak ada lagi aturan yang membatasi pengajuan PK hanya satu kali, karena permohonan PK dapat diajukan lebih dari satu kali[20]. Ketika MA mengatur kembali batas permohonan PK hanya satu kali melalui SEMA No. 7 Tahun 2014, maka SEMA tersebut bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi[21] dan UUD 1945.

Dari 368 sampel SE-P, terdapat 17 (tujuh belas) SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Ketujuh belas SE-P dimaksud adalah sebagai berikut.

1. SE-P Menteri Dalam Negeri Nomor 482.3/4439/SJ bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 dan Pasal 28 UUD 1945.
   SE-P Menteri Dalam Negeri Nomor 482.3/4439/SJ mengatur penyesuaian prosedur kunjungan jurnalis asing ke Indonesia. Dalam SE-P tersebut disebutkan jurnalis asing serta kru film yang hendak melakukan kegiatan di Indonesia harus memiliki izin dari Tim Koordinasi Kunjungan Orang Asing di Kementerian Luar Negeri serta Direktorat Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri. Bagi jurnalis asing yang meliput di daerah provinsi atau kabupaten/kota perlu mendapat izin dari pemerintah di tingkat provinsi, kabupaten atau kota. Semua aktivitas ini di bawah kendali Tim Koordinasi Kunjungan Orang Asing.

   Norma SE-P di atas bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers (UU Pers) dan Peraturan Pemerintah Nomor 49 Tahun 2005 tentang Pedoman Kegiatan Peliputan Lembaga Penyiaran Asing. Menurut Pasal 2 UU Pers "kemerdekaan pers adalah salah satu wujud kedaulatan rakyat yang berasaskan prinsip-prinsip demokrasi, keadilan, dan supremasi hukum". Lebih lanjut Pasal 16 UU Pers menyatakan "peredaran pers asing dan pendirian perwakilan perusahaan pers asing di Indonesia disesuaikan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan

20 Gayus Lumbun, "SE Mahkamah Agung Bertentangan dengan MK", (on-line), tersedia di http://berita.suaramerdeka.com/smcetak/se-mahkamah-agung-bertentangan-dengan-mk/ diunduh 14 Juli 2015), 1.

21 *Ibid*.

Penerbit AND

yang berlaku". Kemudian Pasal 3 PP No. 49 Tahun 2005 menyatakan "Lembaga Penyiaran Asing hanya dapat melakukan kegiatan siaran secara tidak tetap dan/atau kegiatan jurnalistik di Indonesia dengan izin Menteri". Karena itu, norma SE-P di atas yang menambahkan syarat perizinan dari Tim Koordinasi Kunjungan Orang Asing di Kementerian Luar Negeri serta Direktorat Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri bertentangan dengan UU Pers jo PP No. 49 Tahun 2005 jo. PP No. 49 Tahun 2005. Bahkan Iman D. Nugroho sebagai Ketua Bidang Advokasi Asosiasi Jurnalis Indonesia (disingkat AJI) menyatakan SE-P di atas bertentangan dengan Pasal 28 UUD 1945 yang menjamin kemerdekaan berserikat serta mengeluarkan pendapat secara lisan dan tulisan setiap warga negara[22].

2. SE-P Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor M.H.H.-04/ PK.01.05.06 Tahun 2013 bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012.

   SE-P Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor M.H.H.-04/ PK.01.05.06 Tahun 2013 mengatur pemberian remisi bagi narapidana. SE-P itu berisi Petunjuk Pelaksanaan Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 tentang Syarat dan Tata Cara Pelaksanaan Hak Warga Binaan Pemasyarakatan. Isi SE-P ini antara lain menyatakan :

   > "Memperhatikan berbagai penafsiran terhadap berlakunya Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012, khususnya berkaitan dengan pemberian remisi, asimilasi dan pembebasan bersyarat bagi pelaku tindak pidana terorisme, narkotika dan prekursor narkotika, psikotropika, korupsi, kejahatan terhadap keamanan negara, kejahatan hak asasi manusia yang berat, serta kejahatan transnasional terorganisasi lainnya, dengan ini kami jelaskan bahwa Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 diberlakukan bagi narapidana yang putusan pidananya telah berkekuatan hukum tetap setelah tanggal 12 November 2012,"

22 Iman D. Nugroho, Ketua Bidang Advokasi AJI, dalan Edwin Firdaus, "Pers Asing Bebas Meliput di Indonesia, Tapi Harus Penuhi Prosedur", (on-line), tersedia di http://www.rappler.com/ indonesia/104009-surat-edaran-akses-jurnalis-asing-dibatalkan, diunduh 23 Sept 2015.

Penerbit ANDI

Berdasarkan SE-P tersebut, nara pidana yang setelah tanggal 12 November 2012 sedang menjalani masa hukuman (sanksi) pidana tetapi putusan pengadilannya telah memperoleh kekuatan hukum tetap sebelum tanggal 12 November 2012 tidak diberlakukan ketentuan remisi menurut PP No. 99 Tahun 2012. Bagi nara pidana yang setelah tanggal 12 November 2012 sedang menjalani hukuman (sanksi) pidana dan putusan pengadilannya telah memperoleh kekuatan hukum tetap setelah tanggal 12 November 2012 mendapatkan remisi menurut ketentuan PP No. 99 Tahun 2012.

Norma SE-P di atas bertentangan dengan Pasal II Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012[23]. Pasal II menyatakan Peraturan Pemerintah ini mulai berlaku sejak tanggal diundangkan. Dalam penetapan pengundangan disebutkan "diundangkan di Jakarta pada tanggal 12 November 2012". Berdasarkan Pasal II di atas, pemberian remisi, asimilasi, dan pembebasan bersyarat bagi pelaku tindak pidana terorisme, narkotika dan prekursor narkotika, psikotropika, korupsi, kejahatan terhadap keamanan negara, kejahatan hak asasi manusia yang berat, serta kejahatan transnasional terorganisasi lainnya menurut PP No.99 Tahun 2012 diberlakukan bagi semua narapidana yang sedang menjalani hukuman (sanksi) pidana pada tanggal 12 November 2012 dan sesudahnya, meskipun masing-masing narapidana telah memperoleh putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap sebelum atau sesudah tanggal 12 November 2012. Karena itu SE Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia No. M.H.H.-04/PK.01.05.06 Tahun 2013 yang merupakan Petunjuk Pelaksanaan Pemberlakuan PP No. 99 Tahun 2012 bertentangan dengan PP No. 99 Tahun 2012 itu sendiri.

3. SE-P Menteri Komunikasi dan Informasi Nomor 01/SE/M/Kominfo/1/2007 bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang

23 Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia, SE Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor M.H.H.-04/PK.01.05.06 Tahun 2013 tentang Pentunjuk Pelaksanaan pemberlakuan Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 tentang Syarat dan Tata Cara Pelaksanaan Hak Warga Binaan Pemasyarakatan, Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 tentang Syarat dan Tata Cara Pelaksanaan Hak Warga Binaan Pemasyarakat, Pasal 34. Lihat juga Ismail Fahmi, "PP 99/2012 Tak Bisa Berlaku Surut, Menkumham Pertahankan Mati-matian", Bisnis.co., 15 Juli 2013.

Penerbit ANDI

Larangan Praktik Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.[24]

SE-P Menteri Komunikasi dan Informasi Nomor 01/SE/M/Kominfo/1/2007 mengatur tentang Pengiriman Surat. Pada butir 2 dikatakan agar instansi pemerintah dan swasta mengindahkan ketentuan yang berlaku. Ketentuan yang berlaku dimaksud adalah Pasal 3 Ayat (1) dan Pasal 3 Ayat (3), yang menyatakan "pos diselenggarakan oleh negara dan ditugaskan kepada Perusahaan Umum (sekarang PT) Pos Indonesia, dan Perusahaan Umum adalah satu-satunya badan yang bertugas menerima, membawa, dan/atau menyampaikan surat, warkatpos, kartu pos, dengan memungut biaya. Dengan ketentuan ini, maka SE Menteri di atas meminta instansi pemerintah atau swasta agar mengirim surat, warkat, dan/atau kartu pos hanya melalui perusahaan umum Pos Indonesia. Hal ini mengandung sifat monopoli sehingga bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat[25].

4. SE-P Badan Pengatur Hilir Minyak dan Gas Bumi (BPH Migas) Nomor 29/07/Ka.BPH/2014 bertentangan dengan Peraturan Presiden Nomor 15 Tahun 2012.[26]

   SE-P BPH Migas melarang penjualan bahan bakar minyak bersubsidi ke kapal nelayan yang berukuran 30 gross ton (GT). Larangan tersebut bertentangan dengan Peraturan Presiden Nomor 15 Tahun 2012[27] tentang Harga Jual Eceran dan Konsumen Pengguna Jenis Bahan Bakar Minyak Tertentu. Keputusan Presiden tersebut melarang atau membatasi penjualan eceran bahan bakar minyak tertentu kepada kapal nelayan kecil berukuran di bawah 30 GT. Ini berarti Keputusan Presiden tidak melarang penjualan

Penerbit ANDI

24 Anonim, "Surat edaran Bukan Peraturan Perundang-undangan, (on-line), tersedia di http://www.kopertis12. or.id/2013/03/07/membahas-edaran -dirjen-terkait-izin-penyelenggaraan- dan-akreditasi-prodi.html#sthash.rmyEPpwX.dpuf, diunduh 12 Nopember 2014., 2.

25 Anonim, "SE Menteri Kominfo tentang Penguruman Surat Berdasarkan Ketentuan yang Diatur dalam Konstitusi UPU (Universitas Post uhion) dan UU Pos No.6 Tahun 1984", (on-line), tersedia di http://postel.go.id/berita-surat-edaran-menteri-kominfo-tentang-pengiriman-surat-berdasarkan- ketentuan-26-1573, 1.

26 Anonim, "Hatta Rajasa: Surat edaran BPH Migas Bertentangan Dengan Prepres", (on-line), tersedia di http //www.kafeberita. com/berita-hatta-rajasa-surat -edaran -bph-migas-bertentangan-dengan-perpres.html#ixzz3Iq0jFm28, diundur 12 Nopember 2014.

27 Hatta Rajasa, "Hatta: Pelarangan BBM Subsisi untuk nelayan langgar Perpres", (on-line), tersedia di https://www.merdeka.com/uang/hatta-pelarangan-bbm-subsidi-untuk-nelayan-langgar- perpres.html, 28 Januari 2018, 1.

eceran ke kapak berukuran 30 GT ke atas, sedangkan SE BPH Migas melarang penjualan eceran kepada kapal berukuran 30 GT atau lebih. Dengan demikian norma SE BPH Migas bertentangan dengan norma Keputusan Presiden Nomor 15 Tahun 2012.

5. SE-P Kepala Badan Pemeliharaan Keamanan Markas Besar Kepolisian Republik Indonesia (Kabaharkan Mabes Polri) Nomor B/194/I/2013/ Baharkam bertentangan dengan Pasal 28E Ayat (3) UUD 1945 jo UU No. 13 Tahun 2003 jo UU No. 21 Tahun 2000.

   SE-P Kepala Badan Pemeliharaan Keamanan Markas Besar Kepolisian Republik Indonesia (disingkat Kabaharkam Mabes Polri) di atas mengatur anggota satuan pengamanan (disingkat Satpam) tidak boleh menjadi anggota serikat pekerja, baik Serikat Pekerja Seluruh Indonesia (disingkat SPSI), Serikat Buruh Seluruh Indonesia (disingkat SBSI), maupun sejenisnya. Materi muatan norma SE tersebut bertentangan dengan hak kebebasan berserikat bagi setiap warga negara sebagaimana diatur di dalam Pasal 28E Ayat (3) UUD 1945 jo Pasal 104 Ayat (1) UU No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan, jo Pasal 5 Ayat (1) UU No. 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja/Serikat Buruh. Pasal 28E Ayat (3) UUD 1945 menyatakan setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat. Pasal 104 Ayat (1) UU No. 13 Tahun 2003 menyatakan "setiap pekerja/buruh berhak membentuk dan menjadi anggota serikat pekerja/serikat buruh. Kemudian Pasal 5 Ayat (1) UU No. 21 Tahun 2000 menyebutkan setiap pekerja/buruh berhak membentuk dan menjadi anggota serikat pekerja/buruh. Menurut Pasal 16 Ayat (1) seorang pekerja/buruh hanya dapat menjadi anggota dari satu federasi/ serikat pekerja/buruh. Karena itu SE-P di atas yang melarang anggota Satpam menjadi anggota serikat pekerja/buruh bertentangan dengan Pasal 28E Ayat (3) UUD 1945 jo UU No. 13 Tahun 2003 jo UU No. 21 Tahun 2000.

6. SE-P Bupati Bengkulu Selatan Nomor 800/2.2/SE/B.3/2017 bertentangan dengan Peraturan Daerah Nomor 04 Tahun 211.

   SE-P Bupati Bengkulu Selatan Nomor 800/2.2/SE/B.3/2017 menyatakan ketentuan Bab V tentang Retribusi Izin Gangguan Pasal 17 sampai dengan Pasal 24 Peraturan Daerah Nomor 4 Tahun 2011 tentang Retribusi Perizinan Tertentu, khusus mengenai retribusi izin gangguan dicabut

Penerbit ANDI

dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum. SE-P juga melarang Organisasi Perangkat Daerah (disingkat OPD) untuk tidak melayani izin gangguan dan tidak memungut retribusi izin gangguan. Norma SE-P tersebut tidak memiliki wewenang dan kekuatan untuk mencabut dan menyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikatnya Perda karena norma SE Bupati tidak bisa mengalahkan norma Perda. Karena itu SE tersebut bertentangan dengan Perda No. 04 Tahun 2011[28].

7. SE-P Bupati Bekasi Nomor 560/SE-59/DISNAKER/XI/2015 bertentangan dengan Pasal 28 Huruf b UU Nomor 21 Tahun 2000.

   SE-P Bupati Bekasi No. 560/SE-59/DISNAKER/XI/2015 mengatur pengusaha agar tidak membayarkan upah kepada buruh selama buruh melakukan mogok kerja nasional. SE Bupati tersebut merupakan reaksi terhadap rencana pekerja/buruh dan serikat pekerja/buruh melakukan mogok kerja nasional pada tanggal 20 November 2015, dan untuk mendesak Presiden agar mencabut Peraturan Pemerintah Nomor 78 Tahun 2015 tentang Pengupahan[29]. Isi SE tersebut bertentangan dengan Pasal 28 huruf b UU No. 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja. Pasal 28 huruf b menyatakan "Siapa pun dilarang menghalang-halangi atau memaksa pekerja/buruh untuk membentuk atau tidak membentuk, menjadi pengurus atau tidak menjadi pengurus, menjadi anggota atau tidak menjadi anggota, dan/atau menjalankan atau tidak menjalankan kegiatan serikat pekerja/buruh dengan cara...c. tidak membayar atau mengurangi upah pekerja/buruh". Pasal 28 huruf b memberikan jaminan bahwa buruh yang mogok kerja tetap mendapatkan upah kerja dari perusahaan, namun SE Bupati melarang pengusaha untuk membayar upah kepada pekerja/buruh yang melakukan mogok kerja. Karena itu SE Bupati bertentangan dengan Pasal 28 Huruf b UU Serikat Pekerja.

8. SE-P Direktur Jenderal Pendidikan Islam Departemen Agama No Dj.I/PP.00.9/973/2009 bertentangan dengan Pasal 6 Ayat (4) Keputusan Menteri Pendidikan Nasional Nomor 36/D/O/2001.

28 Bupati Bengkulu Selatan, SE Bupati Bengkulu Selatan Nomor 800/2.2/SE/B.3/2017 tentang Pencabut Izin Gangguan. Lihat juga Bupati Bengkulu Selatan, Peraturan Daerah Nomor 4 Tahun 2011 tentang Restribusi Izin Gangguan.

29 Adhitya Himawan, "SE Bupati Bekasi Bertentangan dengan Konstitusi", Suara.com, 23 November 2015.

Penerbit AND

SE-P Direktorat Jenderal Pendidikan Islam Departemen Agama No Dj.I/PP.00.9/973/2009 mengatur Tata Cara Pengajuan Usul Penetapan Jabatan Guru Besar/Profesor di Perguruan Tinggi Agama Islam. Salah satu materi muatan SE-P tersebut mengatur syarat untuk mendapatkan jabatan fungsional Profesor atau Guru Besar. Salah satu syaratnya adalah doktor yang ingin bergelar guru besar mewajibkan menulis di jurnal berbahasa asing. Jurnal berbahasa asing dimaksud adalah jurnal dalam bahasa asing yang diterbitkan di dalam negeri yang terakreditasi yang editornya sekurang-kurangnya 3 pakar dari tiga negara yang berbeda". Isi SE-P tersebut bertentangan dengan Pasal 6 ayat (4) Keputusan Menteri Pendidikan Nasional Nomor 36/D/O/2001 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Penilaian Angka Kredit Jabatan Dosen. Pasal 6 Ayat (4) menyatakan:

(4) Hasil penelitian atau pemikiran yang dipublikasikan dalam majalah ilmiah:

a. Majalah ilmiah internasional adalah majalah ilmiah yang terbit pada negara lain yang memiliki reputasi yang tidak diragukan atau majalah ilmiah nasional terakreditasi yang menurut penilaian Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi disamakan dengan majalah ilmiah internasional.

b. Majalah ilmiah nasional terakreditasi adalah majalah ilmiah yang di samping memenuhi kriteria sebagai majalah ilmiah nasional, juga mendapat akreditasi dari Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi yang daya lakunya 3 (tiga) tahun sehingga suatu majalah ilmiah yang terakreditasi pada suatu tahun dapat saja tidak terakreditasi pada tahun berikutnya, sangat tergantung hasil penilaian dari Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi yang kemudian ditetapkan dalam suatu SE Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi.

c. Majalah ilmiah nasional tidak terakreditasi adalah majalah ilmiah yang memenuhi kriteria sebagai berikut:

1) Bertujuan menampung/mengomunikasikan hasil-hasil penelitian ilmiah dan/atau konsep ilmiah dan disiplin ilmu tertentu.

Penerbit ANDI

2) Ditujukan kepada masyarakat ilmiah/peneliti yang mempunyai disiplin-disiplin keilmuan yang relevan.
3) Diterbitkan oleh badan ilmiah/organisasi/perguruan tinggi dengan unit-unitnya.
4) Mempunyai dewan redaksi yang terdiri dari para ahli dalam bidangnya.
5) Mempunyai *Internasional Standard of Serial Number* (ISSN).
6) Diedarkan secara nasional.

Kedua ketentuan di atas adalah berbeda, sehingga SE Dirjen di atas bertentangan dengan ketentuan Pasal 6 Ayat (4) Keputusan Menteri Pendidikan Nasional di atas.

9. SE-P Gubernur Sumatra Barat Nomor 521.1/1984/ Distanhorbun/2017 bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2013 dan Undang-Undang Nomor 34 Tahun 2004

   SE-P Gubernur Sumatra Barat Nomor 521.1/1984/ Distanhorbun/2017 mengatur petani agar melakukan percepatan tanam padi setelah 15 hari panen padi. Apabila 30 hari setelah panen petani tidak menanam padi, maka pengelolaannya diambil alih oleh Koramil bekerja sama dengan UPT Pertanian Kecamatan setempat. SE Gubernur juga mengatur pembagian hasil usaha tani antara petani dengan pengelola yaitu pengelola mendapatkan hasil usaha sebanyak 80% dan petani mendapatkan hasil usaha 20%. Isi SE tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2013 tentang Perlindungan dan Pemberdayaan Petani. Menurut Pasal 13 UU No. 19 Tahun 2013 Pemerintah dan Pemerintah Daerah sesuai dengan kewenangannya bertanggung jawab atas perlindungan petani. Kemudian Pasal 12 Ayat (2) menyebutkan perlindungan petani diberikan kepada petani penggarap tanaman pangan yang tidak memiliki lahan usaha tani dan menggarap paling luas 2 (dua) hektare, serta petani hortikultura, perkebunan, atau peternak skala usaha kecil. Karena itu perintah Gubernur kepada Koramil dan UPT Pertanian Kecamatan untuk menanam padi bertentangan dengan Pasal 13 UU No. 19 Tahun 2013[30].

30 LBH Padang, "SE Gubernur Sumbar Mengintimidasi Petani", (on-line), tersedia di http://www.berdikarionline.com/surat-edaran-gubernur-sumbar-mengintimidasi-petani/24 Januari 2018.

Penerbit ANDI

Selain itu, pemberian pengelolaan penanaman padi kepada Koramil merupakan bentuk kegiatan Tentara Nasional Indonesia (TNI) ke dalam kegiatan bisnis[31]. TNI bertindak sebagai pengusaha yang mencari keuntungan dari kegiatan pengelolaan penanaman padi. Hal ini bertentangan dengan Pasal 39 Angka 3 Undang-Undang Nomor 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia (TNI), yang menyatakan "Prajurit dilarang terlibat dalam kegiatan bisnis[32].

10. SE-P Koordinator Perguruan Tinggi Swasta Wilayah III Daerah Khusus Ibu kota Jakarta (disingkat Kopertis III) Nomor 3774/K3/KP/2012 bertentangan dengan Pasal 67 Ayat (4) UU No. 14 Tahun 2005 tentang Guru dan Dosen (disingkat UUGD) dan Pasal 70 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2012 tentang Pendidikan Tinggi (disingkat UUPT).
    Pada tanggal 30 November 2012 Koordinator Perguruan Tinggi Swasta Wilayah III Daerah Khusus Ibu Kota Jakarta (Kopertis III Jakarta) mengeluarkan SE Nomor 3774/K3/KP/2012 perihal Batas Usia Pengurusan Jabatan Fungsional Dosen (SE Kopertis III Jakarta). SE tersebut ditujukan kepada Pimpinan Perguruan Tinggi Swasta di lingkungan Wilayah III Jakarta. Pada bagian akhir SE tersebut disebutkan:

    > …, maka Kopertis Wilayah III Jakarta hanya dapat memproses usulan kenaikan jabatan fungsional dosen (JFD) bagi dosen yang belum usia 64 tahun untuk usulan ke Asisten Ahli dan Lektor, sedangkan untuk usulan ke Lektor Kepala dan Guru Besar sebelum usia 63 tahun.

    SE Kopertis III Jakarta menyebutkan dasar pertimbangannya terhadap pembatasan usia pengusulan JFD, yaitu:

    1. Undang-Undang Republik Indonesia No. 14 Tahun 2005 tentang Guru dan Dosen khususnya pada:
        a. Pasal 1 Ayat 2
            Dosen adalah pendidik profesional dan ilmuwan dengan tugas utama mentransformasikan, mengembangkan, dan

31 Koalisi Masyarakat Sipil Sumatera Barat (KMSS) dalam Admin SPI, "Cabut SE Gubernur Sumatera Barat tentang Percepatan Tanam Padi", (on-line), tersedia di https://www.spi.or.id/cabut- surat-edaran-gubernur-sumatera-barat-tentang-percepatan-tanam-padi/20 Maret 2017.

32 LBH Padang, Loc.Cit.

Penerbit ANDI

menyebarluaskan ilmu pengetahuan, teknologi, dan seni melalui pendidikan, penelitian, dan pengabdian kepada masyarakat.

b. Pasal 67 ayat (1)
Dosen diberhentikan dengan hormat dari jabatan sebagai dosen karena:

1) Meninggal dunia,
2) Mencapai batas usia pensiun,
3) Atas permintaan sendiri,
4) Tidak dapat melaksanakan tugas secara terus menerus selama 12 bulan

c. Pasal 67 ayat (4)
Pemberhentian dosen sebagaimana dimaksud pada ayat 1) dan (2) dilakukan oleh penyelenggara pendidikan atau satuan pendidikan tinggi yang bersangkutan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

2. Berdasarkan standar baku layanan Kopertis III Jakarta yang sudah diterbitkan tahun 2012 untuk proses usulan jabatan fungsional dosen memerlukan waktu maksimal 2 (dua) bulan sejak usulan diterima di Kopertis.

Berdasarkan SE di atas setiap dosen yang mengusulkan JFD ke Asisten Ahli atau Lektor tetapi berusia 64 tahun atau lebih tidak dilayani bahkan ditolak oleh Kopertis III. Demikian juga setiap dosen yang mengusulkan JFD ke Lektor Kepala atau Guru Besar (Profesor) tetapi usianya sudah 63 tahun atau lebih tidak dilayani bahkan ditolak oleh Kopertis III.

Pada saat SE di atas mulai berlaku telah berlaku Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2005 tentang Guru Dan Dosen (UUGD) sejak tanggal 30 Desember 2005 dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2012 tentang Pendidikan Tinggi (UUPT) sejak tanggal 10 Agustus 2012. Pasal 67 ayat (4) UUGD menyatakan batas usia pensiun dosen adalah 65 tahun, dan ayat (4) menyatakan Profesor yang berprestasi dapat diperpanjang batas usia pensiunnya sampai 70 (tujuh puluh) tahun. Khusus Pasal 67 ayat (4) telah diubah secara tegas oleh Pasal 72 Ayat (4) UUPT bahwa

Penerbit ANDI

"batas usia pensiun dosen yang menduduki jabatan akademik Profesor ditetapkan 70 (tujuh puluh) tahun. Pembatasan usia mengajukan JFD oleh SE Kopertis III telah menghilangkan hak dosen untuk mendapatkan JFD yang lebih tinggi yang dijamin oleh UUGD dan UUPT. Apabila alasan pembatasan usia di atas karena adanya kebutuhan waktu 2 (dua) bulan untuk pemrosesan usulan JFD itu adalah tidak tepat, karena seorang dosen masih dapat menyandang dan menjalankan JFD Asisten Ahli atau Lektor selama sebelas bulan sebelum pensiun atau JFD Profesor selama enam tahun sebelas bulan sebelum pensiun. Dengan demikian maka SE Koptertis III di atas bertentangan dengan UUGD dan UUPT.

11. SE-P Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Nomor 03.E/31/DJB/2009 Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral bertentangan dengan Pasal 8 Ayat (1) huruf b dan Pasal 173 Ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara.

    Pada tanggal 30 Januari 2009 Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral mengeluarkan SE Nomor 03.E/31/DJB/2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batu Bara. Dalam SE-P tersebut disebutkan bahwa SE ini diterbitkan sebagai peraturan pelaksana dari Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (disingkat UU No. 4 Tahun 2009), sebelum terbitnya peraturan pemerintah sebagai peraturan pelaksana undang-undang. Sebagian materi muatan SE di atas, pada huruf A angka 2 menyebutkan "Gubernur dan Bupati/Wali kota di seluruh Indonesia agar menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksana UU No. 4 Tahun 2009.

    Materi muatan SE huruf A angka 2 di atas bertentangan dengan Pasal 8 Ayat (1) huruf b dan Pasal 173 Ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009. Pasal 8 Ayat (1) huruf b menyatakan "kewenangan pemerintah kabupaten/kota dalam pengelolaan pertambangan mineral dan batu bara antara lain adalah pemberian IUP...". Pasal 175 menyatakan "undang-undang ini mulai berlaku sejak diundangkan", yaitu pada tanggal 12 Januari 2009. Sesuai dengan Pasal 175, sejak tanggal 12 Januari 2009 UU No. 4 TAhun

Penerbit ANDI

2009 termasuk di dalamnya adalah Pasal 8 Ayat (1) huruf b berlaku dan mempunyai kekuatan mengingat umum. Artinya, Bupati atau Wali Kota berwenang menerbitkan IUP. Karena itu SE Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Nomor 03.E/31/DJB/2009 bertentangan dengan Pasal 8 Ayat (1) huruf b UU No. 4 Tahun 2009.

Hal di atas diperkuat dengan Ketentuan Penutup Pasal 173 Ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009 yang menyatakan:

> Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku, semua peraturan perundang-undangan yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 22, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2831) dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Undang-Undang ini.

UU No. 11 Tahun 1967 telah dinyatakan dicabut dan dinyatakan tidak berlaku, kemudian diganti dengan UU No. 4 Tahun 2009 [Pasal 173 Ayat (1) UU No. 4 Tahun 2009]. Meskipun demikian, peraturan pemerintah sebagai peraturan pelaksana dari UU No. 11 TAhun 1967, sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan UU No. 4 Tahun 2009, masih dinyatakan berlaku sebagai peraturan pelaksana dari UU No. 4 Tahun 2009. Karena itu materi muatan SE huruf A angka 2 juga bertentangan dengan ketentuan Pasal 173 Ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009.

12. SE-P Komisi Pemilihan Umum Nomor 649/15/VII/2007 bertentangan dengan Pasal 57 Ayat (1) dan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Komisi Pemilihan Umum (KPU) mengeluarkan SE 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. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut adalah putusan atas pengujian UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang amarnya menyatakan Pasal 56 Ayat (2) UU No. 32 Tahun 2004 bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan dinyatakan tidak memiliki kekuatan mengikat secara hukum serta mengabulkan perubahan Pasal 59 Ayat (1), Ayat (2), dan Ayat (3) menjadi:

Penerbit ANDI

Pasal 59

(1) Peserta pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah adalah pasangan calon.

(2) Partai politik atau gabungan partai politik dapat mendaftarkan pasangan calon apabila memenuhi persyaratan perolehan sekurang kurangnya 15% (lima belas persen) dari jumlah kursi DPRD atau 15% (lima belas persen) dari akumulasi perolehan suara sah dalam pemilihan umum anggota DPRD di daerah yang bersangkutan.

(3) Membuka kesempatan bagi bakal calon perseorangan yang memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 58 melalui mekanisme yang demokratis dan transparan.

SE KPU dimaksudkan untuk mengisi kekosongan hukum Pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah setelah Pasal 56 ayat (2) dinyatakan tidak berlaku dan Pasal 59 diubah. KPU berpendapat seharusnya lembaga legislatif membuat UU Perubahan atas UU No. 32 Tahun 2004 berdasarkan amat Putusan MA No. 05/PUU-V/2007. Karena sampai menjelang pelaksanaan Pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah, lembaga legislatif belum membuat UU perubahan atas UU No. 32 Tahun 2004, sehingga KPU berpendapat telah terjadi kekosongan hukum. Untuk mengatasi kekosongan hukum tersebut KPU mengeluarkan SE tersebut di atas[33]. Materi muatan SE KPU pada angka 2 dan angka 3 menyatakan:

1. Berdasarkan Amar Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia tersebut di atas, dalam pelaksanaan pencalonan bagi calon perseorangan dalam pemilihan umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah, perlu terlebih dahulu dilakukan perubahan undang-undang.

2. Berdasarkan hal-hal angka 1 dan angka 2 tersebut, sepanjang belum ada perubahan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dalam pelaksanaan pemilihan umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah, KPU Provinsi dan KPU Kabupaten/Kota tetap menggunakan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Materi muatan SE tersebut memberikan wewenang kepada KPU untuk tetap memberlakukan Pasal 56 ayat (2) dan Pasal 59 UU No. 32 Tahun 2004.

33 Mahkamah Agung, Putusan Mahkamah Agung Nomor 04P/HUM/2008, 5-6.

Penerbit AND

Materi muatan SE KPU yang tetap memberlakukan UU yang telah diuji material dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan berlaku mengikat bertentangan dengan Pasal 57 Ayat (1) dan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Pasal 57 Ayat (1) menyatakan:

> Putusan Mahkamah Konstitusi yang amar putusannya menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian Undang-Undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Selanjutnya Pasal 58 menyatakan:

> Undang-Undang yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi tetap berlaku sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa Undang-Undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
>
> Pasal 56 Ayat (2) dan Pasal 59 UU No. 32 Tahun 2004 telah diuji oleh Mahkamah Agung dan Pasal 56 Ayat (2) dinyatakan tidak berlaku sedangkan Pasal 59 diubah rumusan materi muatannya. Karena itu SE KPU yang tetap memberlakukan UU No. 32 Tahun 2004 bertentangan dengan UU No. 23 Tahun 2003.

13. SE-P Direktur Jenderal Pajak Nomor SE-118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai Atas Penyerahan Air Bersih bertentangan dengan Peraturan Menteri Nomor 31 Tahun 2008.

    Direktur Jenderal Pajak telah mengeluarkan SE Nomor SE-118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai Atas Penyerahan Air Bersih. Pada materi muatan angka 5 huruf d disebutkan:

    > Perusahaan yang bidang usahanya bukan sebagai Perusahaan Air Minum, seperti Pengelola Kawasan Industri (*Industrial Estate*), maka perusahaan tersebut bukan merupakan Perusahaan Air Minum sebagaimana dimaksud dalam ketentuan tersebut di atas, sehingga air bersih yang dihasilkan dan diserahkan tidak termasuk dalam kriteria air bersih yang ditetapkan sebagai Barang Kena Pajak Yang Bersifat Strategis.

Penerbit ANDI

Akibat ketentuan SE tersebut maka air bersih yang dihasilkan atau diserahkan oleh pengelola Kawasan Industri dikenakan Pajak Pertambahan Nilai (PPN).

Materi muatan SE di atas bertentangan dengan Pasal 4 Peraturan Menteri Keuangan Nomor 31 Tahun 2008 tentang Perubahan Keempat Atas Keputusan Menteri Keuangan Nomor 155/KMK.03/2001 tentang Pelaksanaan Pajak Pertambahan Nilai Yang Dibebaskan Atas Impor Dan/Atau Penyerahan Barang Kena Pajak Yang Bersifat Strategis. Pasal 4 menyatakan:

(1) Atas impor dan/atau penyerahan Barang Kena Pajak Tertentu yang bersifat strategis sebagaimana dimaksud pada Pasal 1 angka 1 huruf a, b, c, dan d dibebaskan dari pengenaan Pajak Pertambahan Nilai.

(2) Atas penyerahan Barang Kena Pajak Tertentu yang bersifat strategis sebagaimana dimaksud pada Pasal1 angka 1 huruf g dan h dibebaskan dari pengenaan Pajak Pertambahan Nilai.

(3) Atas penyerahan Barang kena Pajak Tertentu yang bersifat strategis sebagaimana dimaksud pada Pasal 1 angka 1 huruf I yang dilakukan oleh pengembang atau yang dilakukan oleh bank dalam rangka pembiayaan berdasarkan prinsip syariah dibebaskan dari pengenaan Pajak Pertambahan Nilai.

Dengan demikian SE Direktur Jenderal Pajak Nomor SE-118/PJ/2009 bertentangan dengan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 31 Tahun 2008.

14. SE-P Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Nomor 2559/D/T/1997 tanggal 21 Oktober 1997 Perihal Larangan " Kelas Jauh", SE Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Nomor 2630/D/T/2000 tentang Penyelenggaraan Kelas jauh, SE Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Nomor 1506/D/T/2005 tentang Keabsahan Gelar Ijazah yang diperoleh melalui Pendidikan Jarak Jauh/Kelas jauh/Kelas khusus/Kelas Eksekutif untuk dapat dihargai dalam pembinaan karier Pegawai Negeri Sipil bertentangan dengan Pasal 18, Pasal 19, dan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tenbtang Pokok-Pokok Kepegawaian sebagaimana diubah dengan Undang-Undang

Penerbit ANDI

Nomor 43 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian.

Pada tanggal 27 Oktober 1997 Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi mengeluarkan SE Nomor 2559/D/T/1997 tentang Larangan "Kelas Jauh". Kemudian pada tanggal 22 September 2000 Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi mengeluarkan SE Nomor 2630/D/T/2000 tentang Penyelenggaraan Kelas jauh. Selanjutnya pada tanggal 16 Mei 2005 Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi kembali mengeluarkan SE Nomor 1506/D/T/2005 tentang Keabsahan Gelar Ijazah yang diperoleh melalui Pendidikan Jarak Jauh/Kelas jauh/Kelas khusus/Kelas Eksekutif untuk dapat dihargai dalam pembinaan karier Pegawai Negeri Sipil. SE-SE tersebut melarang perguruan tinggi membuka dan menyelenggarakan pembelajaran kelas jauh/kelas khusus/kelas eksekutif. Bagi perguruan tinggi yang menyelenggarakan kelas semacam itu, maka ijazah yang dikeluarkannya menjadi tidak sah.

Seviane Hendrik merasa dirugikan haknya oleh SE di atas, karena Ijazah yang diperolehnya dari perguruan tinggi yang menyelenggarakan kelas jauh tidak diakui oleh Badan Kepegawaian Negara. Akibatnya, usul kenaikan pangkat sebagai pegawai negeri sipil ditolak Badan Kepegawaian Negara karena ijazahnya dinilai tidak sah. Seviane Hendrik menilai SE Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi di atas bertentangan dengan Pasal 18, Pasal 19, dan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 43 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 terbentang Pokok-Pokok Kepegawaian, karena di dalam UU tersebut tidak terdapat ketentuan mengenai larangan terhadap ijazah yang dikeluarkan oleh penyelenggara pendidikan tinggi kelas jauh.[34] Pasal 18, Pasal 9, dan Pasal 20 yang mengatur kenaikan pangkat PNS adalah sebagai berikut:

Penerbit ANDI

34 Seviane Hendrik TIIP, dalam Mahkamah Agung, Puitusan Mahkamah Agung Nomor 09P/HUM/2013, 1-6.

Pasal 18

(1) Pemberian kenaikan pangkat dilaksanakan berdasarkan sistem kenaikan pangkat reguler dan kenaikan pangkat pilihan.

(2) Setiap pegawai negeri sipil yang memenuhi syarat yang ditentukan, berhak atas kenaikan pangkat reguler.

(3) Pemberian kenaikan pangkat pilihan adalah pengharapan atas prestasi kerja pegawai negeri sipil yang bersangkutan.

(4) Syarat-syarat kenaikan pangkat reguler adalah prestasi kerja, disiplin kerja, kesetiaan, pengabdian, pengalaman kerja, dan syarat objektif lainnya.

(5) Kenaikan pangkat pilihan, di samping harus memenuhi syarat-syarat yang dimaksud pada ayat (4) pasal ini, harus pula didasarkan atas jabatan yang dipangkunya dengan memperhatikan daftar urut kepangkatan.

(6) Pegawai negeri sipil yang tewas diberikan kenaikan pangkat setingkat lebih tinggi secara anumerta.

Pasal 19

Pengangkatan dalam jabatan didasarkan atas prestasi kerja, disiplin kerja, kesetiaan, pengabdian, pengalaman, dapat dipercaya, serta syarat-syarat objektif lainnya.

Pasal 20

Untuk lebih menjamin objektivitas dalam mempertimbangkan dan menetapkan kenaikan pangkat dan pengangkatan dalam jabatan diadakan daftar penilaian pelaksanaan pekerjaan dan daftar urut kepangkatan.

Dengan demikian ketiga SE Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi di atas bertentangan dengan UU No. 8 Tahun 1974 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 43 Tahun 1999.

15. SE-P Menteri Dalam Negeri Nomor 814.1/169/SJ tentang Penegasan Larangan Pengangkatan Tenaga Honorer bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 56 Tahun 2012

    Pada tanggal 10 Januari 2013 Menteri Dalam Negeri mengeluarkan SE-P Nomor 814.1/169/SJ tentang Penegasan Larangan Pengangkatan Tenaga Honorer. SE ini merupakan penegasan kembali Pasal 8 Peraturan

Penerbit ANDI

Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 yang menyatakan sejak ditetapkannya peraturan pemerintah ini, semua Pejabat Pembina Kepegawaian dan pejabat lain di lingkungan instansi dilarang mengangkat tenaga honorer atau yang sejenis, kecuali ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah. Berdasarkan hal tersebut, Angka 1 SE tersebut menyatakan:

> Berdasarkan Pasal 8 Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 tentang Pengangkatan Tenaga Honorer Menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil sebagaimana telah beberapa kali diubah, terakhir dengan Peraturan Pemerintah Nomor 56 Tahun 2012, dinyatakan bahwa sejak ditetapkannya Peraturan Pemerintah ini semua Pejabat Pembina Kepegawaian dan Pejabat lain di lingkungan Instansi dilarang mengangkat tenaga honorer atau yang sejenis, kecuali yang ditetapkan oleh Peraturan Pemerintah.

Selanjutnya Angka 2 SE tersebut menyatakan:

a. Gubernur dan Bupati/Wali Kota dilarang mengangkat tenaga honorer atau yang sejenisnya;

b. Pemerintah tidak akan mengangkat lagi tenaga honorer atau yang sejenisnya menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil;

c. Apabila Gubernur dan Bupati/Wali Kota masih melakukan pengangkatan tenaga honorer atau yang sejenisnya, maka segala konsekuensi dan dampak pengangkatan tenaga honorer atau yang sejenisnya menjadi tanggung jawab Pemerintah Daerah.

SE Menteri Dalam Negeri yang dibuat tahun 2013 tersebut bertentangan dengan Pasal 5 Ayat (1) PP No. 56 Tahun 2012 yang masih memungkinkan adanya pengangkatan tenaga honorer yang diangkat menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil. Pasal tersebut menyatakan "dokter yang telah selesai melaksanakan tugas sebagai PTT atau sebagai Tenaga Honorer pada unit pelayanan kesehatan milik Pemerintah dapat diangkat menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil. Lebih lanjut Ayat (2)-nya menyatakan dokter sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) dapat diangkat menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil tanpa memperhatikan masa bakti atau masa kerja sebagai PTT atau tenaga honorer[35].

35 Ibid.

Penerbit ANDI

16. SE-P Menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi Nomor 5 Tahun 2010 tentang Pendataan Tenaga Honorer yang Bekerja Di Lingkungan Instansi Pemerintah bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 jo Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2007.

    Pada tanggal 28 Juni 2010 Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi mengeluarkan SE Nomor 5 Tahun 2010 tentang Pendataan Tenaga Honorer yang Bekerja Di Lingkungan Instansi Pemerintah. Pada Angka 2 huruf A butir 3 SE tersebut disebutkan tenaga honorer yang dapat diangkat menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil adalah yang telah memiliki masa kerja paling sedikit 1 tahun pada tanggal 31 Desember 2005 dan sampai saat ini masih bekerja secara terus-menerus. Ini berarti tenaga honorer yang telah bekerja tetap pada tanggal 31 Desember 2005 memiliki masa kerja kurang dari satu tahun tidak dapat didata untuk diangkat menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil untuk mengisi formasi tahun 2005.

    Materi muatan SE tersebut bertentangan dengan Pasal 3 Angka 2 huruf B Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 tentang Pendataan Tenaga Honorer yang Bekerja Di Lingkungan Instansi Pemerintah. Pasal 3 Angka 2 huruf B menyatakan "pengangkatan tenaga honorer menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil didasarkan pada masa kerja sebagai tenaga honorer paling sedikit 1 (satu) tahun secara terus-menerus". Penjelasan pasal tersebut menyatakan "penentuan masa kerja sebagai tenaga honorer untuk mengisi formasi tahun 2005 mempunyai masa kerja paling sedikit 1 (satu) tahun pada keadaan 31 Desember 2005, dengan ketentuan masa kerja paling rendah setiap tahun ditambah 1 (satu) tahun untuk mengisi formasi setiap tahun berikutnya sampai dengan tahun 2009". Dengan demikian SE di atas yang membatasi perhitungan masa kerja tenaga honorer sampai dengan 31 Desember 2005 bertentangan dengan PP No. 43 Tahun 2007 yang memberikan kesempatan perhitungan masa kerja tenaga honorer sampai dengan tahun 2009[36].

36 Abu Tholeb, dalam Mahkamah Agung, Putusan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016, 2-8.

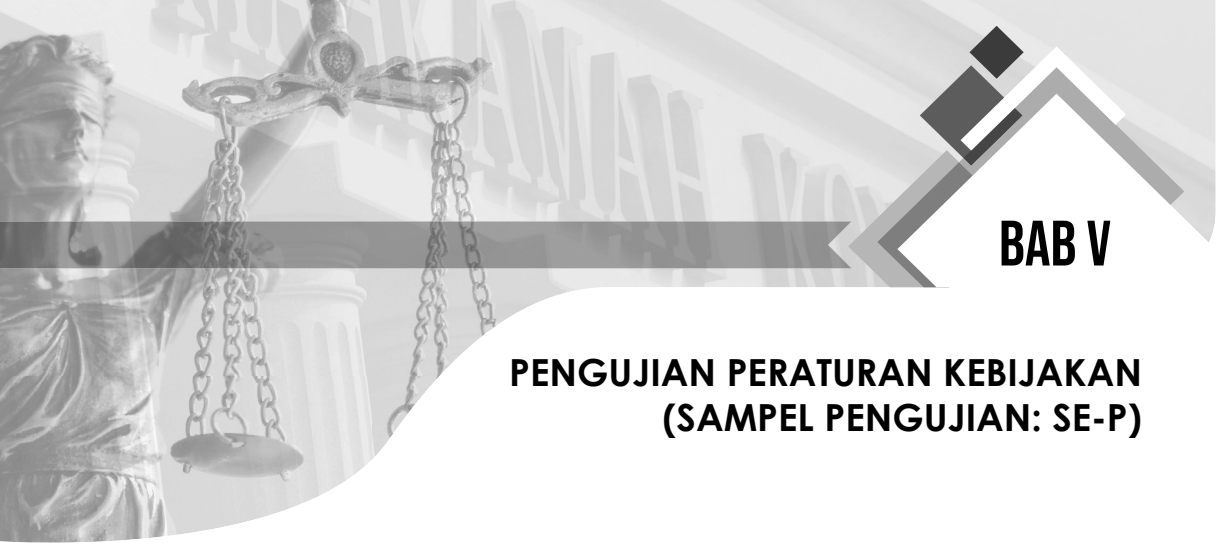
Penerbit ANDI

17. SE-P Bupati Nganjuk Nomor 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa bertentangan dengan Peraturan Daerah Kabupaten Nganjuk Nomor 9 Tahun 2006 tentang Tata Cara Pencalonan, Pengangkatan, dan Pemberhentian Perangkat Daerah.

    Pada tanggal 5 Februari 2015 Bupati Nganjuk mengeluarkan SE Nomor Nomor 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa. Akibat SE tersebut, Agus Prayitno, S.Pd. diberhentikan dari pekerjaannya sebagai Kamituwo I Desa Banarakankulon Kabupaten Ngajuk Jawa Timur. Padahal pengangkatan Agus Suprayitno sebagai Kamituwo I Desa Banarakankulon dilakukan dengan Keputusan Kepala Desa Banarakankulon Nomor 188/13/K/411.502.20/2015 berdasarkan Peraturan Daerah Kabupaten Nganjuk Nomor 09 Tahun 2006 tentang Tatacara Pencalonan, Pengangkatan, dan Pemberhentian Perangkat Desa. Karena itu SE tersebut di atas yang menjadi dasar pemberhentian Agus Suprayitno, S.Pd dari Pekerjaan Kamituwo I Desa Banarakankulon bertentangan dengan Perda 09 Tahun 2006[37].

Penerbit ANDI

37 Agus Suprayitno, S.Pd. dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 48P/HUM/2006, 1-4.



BAB V

PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN (SAMPEL PENGUJIAN: SE-P)

A. Pengertian Pengujian Peraturan

Dalam teori hukum administrasi negara atau hukum tata pemerintahan dikatakan bahwa setiap tindakan atau perbuatan pemerintah harus selalu berdasarkan kewenangan yang dimilikinya. Dasar kewenangan pemerintah adalah UUD 1945 dan/atau peraturan perundang-undangan yang mengatur hak, wewenang, dan kewajiban pemerintah. Hal ini sesuai dengan salah satu ciri Negara hukum, yaitu pemerintah berdasarkan hukum atau undang-undang (*rechts matigdheid van bestuur*). Ini mengandung pengertian bahwa keabsahan tindakan atau perbuatan pemerintah adalah sesuai atau berdasarkan atas hukum atau peraturan perundang-undangan.

Penerbit ANDI

Dalam persepsi negara hukum modern (negara hukum material atau negara hukum kesejahteraan) tidak ada kekuasaan negara yang tidak diawasi (dikontrol). Demikian juga terhadap kekuasaan pemerintah dalam melaksanakan fungsi pemerintahannya harus dikontrol, untuk menghindari timbul atau terjadinya penyalahgunaan kekuasaan atau kesewenang-wenangan penguasa[1]. Dalam hal pembuatan peraturan oleh pemerintah, maka kontrol terhadap tindakan atau perbuatan pemerintah juga dilakukan terhadap peraturan yang dibuatnya. Dalam kepustakaan, kontrol terhadap peraturan yang dibuat pejabat atau lembaga yang berwenang dikenal dengan sebutan pengujian peraturan.

Istilah pengujian berasal dari istilah *toetsing* (Belanda). Istilah itu berkembang menjadi *toetsingrecht*, yang secara harfiah diartikan sebagai hak

1 Hotma P. Sibuea, *Op.Cit*., 128.

atau wewenang untuk menguji atau hak uji. Dalam pengertian ini *toetsingrecht* merupakan suatu proses untuk melakukan pengujian atau menguji[2]. Pengertian ini mengandung arti suatu proses untuk memeriksa, menilai, dan memutuskan terhadap objeknya.

Pengertian *toetsingrecht* dapat dilihat dari aspek subjek dan objeknya, aspek "*aposteriori*" dan "*apriori*", dan aspek formal dan material. Dari aspek subjek, *toetsingrecht* adalah pengujian yang dilakukan oleh lembaga yang berwenang melakukan pengujian. Dari aspek objek, *toetsingrecht* adalah pengujian terhadap objek yang dapat diuji. Dari aspek "*a posteriori*", *toetsingrecht* adalah pengujian yang dilakukan setelah objek selesai dibuat. Dari aspek "*apriori*", *toetsingrecht* adalah pengujian terhadap objek yang belum selesai dibuat[3]. Dari aspek formal, *toetsingrecht* adalah suatu proses pengujian terhadap mekanisme atau tata cara pembentukan objek. Dari aspek material, *toetsingrecht* adalaah suatu pengujian terhadap materi atau isi suatu objek[4].

B. Filosofi Pengujian Peraturan Kebijakan

Problematika hukum yang masih dialami oleh masyarakat Hukum Administrasi Negara, sebagaimana tergambar pada Bab I, tidak bisa dibiarkan tanpa solusi hukum. Tidak adanya peraturan perundang-undangan yang memberikan solusi permasalahan pengujian SE-P dan masih adanya praktik hukum pengujian SE-P yang tidak memberikan kepastian hukum kepada masyarakat Hukum Administrasi Negara, menggugah pemikiran ilmiah untuk membangun konsep hukum pengujian peraturan kebijakan, khususnya pengujian terhadap SE-P, sebagai bangunan pemikiran hukum yang memiliki kebenaran akademik.

Secara filosofis, "konsep hukum pengujian SE-P" merupakan gagasan atau pemikiran tentang hukum yang dibangun dengan memperhatikan fenomena hukum tentang SE-P dan pengujian SE-P yang terjadi pada masyarakat Hukum

Penerbit ANDI

2 Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review di Mahkamah Agung, Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan,* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009), 38-39.

3 Paulus Effendi Lotulung, *Laporan AkhirAnalisis dan Evaluasi Hukum tentang Wewenang Mahkamah Agung dalam Melakukan Hak Uji Material*, (Judicial Review), (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan Perundang-undangan, 1999/2000), xvii.

4 Sri Soemantri, *Hak…Op.Cit*., 6 dan 11.

Administrasi Negara dan kebenaran hukum yang dibutuhkan berdasarkan pemikiran filosofis dan yuridis. Masyarakat Hukum Administrasi Negara yang dimaksud adalah masyarakat yang mempunyai hubungan hukum dan terikat pada Hukum Administrasi Negara, yaitu pejabat dan lembaga pemerintah dengan rakyat (masyarakat). Pemerintah dan rakyat saling memiliki hak dan kewajiban hukum sebagaimana yang diatur di dalam Hukum Administrasi Negara atau Hukum Tata Pemerintahan atau Hukum Tata Usaha Negara.

Fenomena munculnya SE-P dalam hubungan hukum antara pemerintah dan rakyat (masyarakat) dan praktik pengujian SE-P oleh MA atas SE-P yang merugikan hak hukum rakyat (masyarakat), sebagaimana diuraikan pada Bab III, perlu dianalisis hakikat kebenarannya. Apakah fenomena tersebut sudah merupakan kebenaran hukum yang harus diterima sebagai bangunan hukum dan digunakan sebagai patokan atau pedoman atau aturan hukum oleh masyarakat Hukum Administrasi Negara untuk menyelesaikan problematika pengujian SE-P atau ada kebenaran hukum lain dibalik kenyataan (fenomena) tersebut bagi pengujian peraturan kebijakan?

Cabang utama filsafat, yaitu metafisika adalah suatu cabang filsafat yang dapat membantu penemuan kebenaran ilmiah tentang pengujian SE-P, karena ilmu ini membahas tentang hakikat sesuatu dibalik alam nyata (kenyataan)[5]. Immanuel Kant mengartikan metafisika adalah ilmu yang menyelidiki tentang "yang ada sebagai yang ada", yang oleh Aristoteles disebut *being quo being*[6]. Suatu kenyataan atau yang tampak ada adalah sudah menjadi hakikat yang benar ataukah kebenaran itu ada dibalik kenyataan (yang tampak ada), adalah merupakan kajian dari ilmu ini. Dalam konteks penelitian Disertasi ini, SE-P dan praktik pengujian SE-P oleh MA adalah fenomena atau kenyataan hukum (*sein*) yang dapat dicari kebenaran hukumnya melalui pendekatan cabang filsafat ini.

Secara garis besar metafisika dibedakan atas dua cabang utama yaitu ontologi dan teologi. Ontologi adalah suatu cabang ilmu metafisika yang mencari kebenaran tentang hakikat sesuatu yang ada dari kenyataan yang ada. Sepanjang hakikat sesuatu itu dapat dibuktikan sebagai sesuatu yang ada maka di situlah kebenaran hakikat keberadaan tersebut ada. Teologi adalah cabang

5 Hasbullah Bakry, *Sistematik Filsafat*, Cet.8, (Jakarta: Widjaja, 1986), 242.
6 Joko Siswanto, *Sistem-Sistem Metafisika Barat*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998), 48.

Penerbit ANDI

ilmu metafisika yang mencari kebenaran atas hakikat sesuatu pada Tuhan. Tuhan adalah *prima causa* (sumber dari segala realita). Tuhan adalah sumber dari yang ada. Semua fenomena adalah kehendak Tuhan, dan itu adalah benar karena Tuhan yang menghendakinya[7].

Cabang ilmu ontologi ini menguji hakekat yang ada melalui pendekatan paham materialisme, idealisme (spiritualisme), atau keduanya. Pendekatan paham materialisme adalah pendekatan yang melihat hakikat sesuatu dari materi, bahwa hakikat dari segala sesuatu yang ada adalah materi/benda/yang dapat dibendakan. Kebenaran atas hakikat sesuatu adalah ada, apabila sesuatu itu dapat dibuktikan secara materi atau dapat ditangkap secara fisik. Alat yang digunakan untuk menguji kebenaran material adalah pancaindra. Hakikat sesuatu dinyatakan ada apabila sesuatu itu mampu ditangkap oleh pancaindera (indrawi). Pendekatan paham idealisme adalah pendekatan yang melihat kebenaran hakikat sesuatu dari dunia ide. Pendekatan ini mengatakan bahwa hakikat pengada itu justru rohani (spiritual), artinya yang dapat membenarkan sesuatu itu ada apabila dapat diterima oleh ide/rohani/spiritual. Ide atau rohani atau spiritual adalah yang menentukan kebenaran hakikat sesuatu. Alat penguji pendekatan ini adalah ide (gagasan) atau rohani. Materi yang tampak ada (kenyataan indrawi) adalah penjelmaan dari ide (rohani)[8], karena hakikat sesuatu yang sebenarnya adalah ada pada dunia ide atau gagasan atau rohani. Hakikat sesuatu (kenyataan) adalah benar apabila kenyataan itu dapat terima oleh ide atau rohani, karena kenyataan yang ada merupakan penjelmaan dari ide atau gagasan atau rohani. Pendekatan keduanya (materialisme dan idealisme) adalah pendekatan yang membenarkan hakikat sesuatu dari kebenaran materi yang dipertajam atau diperkuat dengan kebenaran yang ada pada dunia ide atau gagasan.

Berdasarkan ilmu pengetahuan filsafat di atas, keberadaan SE-P dan Putusan MA tentang pengujian SE-P memiliki kebenaran ontologis materialisme dan idealisme. SE-P dan Putusan MA tentang pengujian SE-P adalah sesuatu hakikat yang ada (kenyataan), yang dapat dipahami secara inderawi baik nomenklatur sebagai SE maupun materinya sebagai norma yang mengatur.

Penerbit AND

7 Shidarta, *Dasar-Dasar Filsafat, Pengantar Mempelajari Filsafat Hukum*, (Jakarta: UPT Penerbitan Universitas Tarumanagara, 1999), 29-32.

8 Demokritos dan Plato dalam *Ibid*., 30-31.

Kebenaran indrawi ini dipertajam dengan kebenaran idealisme, karena SE-P merupakan penjelmaan dari ide atau gagasan (yang menjiwai/rohani) yang ada pada dunia ide pemerintah. Menurut teori Hukum Administrasi Negara setiap pejabat pemerintah memiliki kewenangan bebas (diskresi) dan dapat menggunakannya untuk membuat peraturan kebijakan. Jika dihubungkan dengan ketentuan Pasal 1 angka 9 UU No. 30 Tahun 2014 peraturan kebijakan yang dibuat oleh pejabat pemerintah adalah untuk mengatasi empat persoalan konkret yang menghambat pelaksanaan tugas pemerintah yaitu peraturan perundang-undangan tidak mengatur (kekosongan hukum), peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas, peraturan perundang-undangan memberikan pilihan kepada pemerintah, atau adanya stagnasi penyelenggaraan pemerintahan. Teori Hukum Administrasi Negara dan UU No. 30 Tahun 2014 mengilhami tumbuhnya ide/gagasan pemerintah untuk membuat peraturan (norma yang mengatur) kebijakan dalam rangka mengatasi empat kondisi hukum tersebut. SE-P di atas merupakan wujud nyata (kebenaran ontologis materialisme), yang merupakan penjelmaan gagasan atau ide SE-P yang ada di jiwa pemerintah (kebenaran ontologis idealisme), untuk mengatur urusan pemerintah agar kondisi konkret yang mengganggu tugas-tugas pemerintahan dapat diatasi. Dengan demikian, SE-P memiliki kebenaran hukum sebagai norma hukum yang bersifat mengatur (sebagai peraturan), yang mengatur hubungan hukum antara pemerintah dan rakyat (masyarakat) mengenai hak dan kewajiban pemerintah dan masyarakat.

Hal yang sama juga terjadi pada praktik pengujian SE-P oleh MA. Putusan MA yang sudah menjadi yurisprudensi merupakan wujud nyata (kebenaran ontologis materialisme) dari ide atau gagasan pengujian SE-P di alam ide pengadilan (kebenaran ontologis idealisme) untuk memberikan keadilan hukum. Ide atau gagasan pengadilan untuk memberikan atau menciptakan keadilan diberikan oleh Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 10 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 bahwa "hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat", serta "hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukumnya tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya".

Penerbit ANDI

Dalam konteks penulisan Disertasi ini, sampai saat ini tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengatur pengujian SE-P (ada kekosongan hukum). Pada sisi lain, rakyat (masyarakat) telah dirugikan hak yuridisnya oleh SE-P, menghendaki adanya kepastian hukum dan jaminan hukum atas keberadaan hak yuridisnya, dan memperoleh proses hukum yang adil keadilan atas SE-P yang merugikan haknya. Pada kondisi ini, ada nilai-nilai hukum dan rasa keadilan hukum yang hidup di masyarakat, dan MA (sebagai pengadilan) memiliki gagasan (ide) menggali dan mengikuti nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat, yang kemudian dituangkan ke dalam bentuk putusan pengadilan. Karena itu munculnya Putusan MA atas pengujian SE-P merupakan perwujudan dari ide (gagasan) pengadilan yang ada pada alam pikiran (ide) pengadilan. Karena itu pula model pengujian SE-P oleh MA memiliki kebenaran filosofis ontologis idealisme.

Kebenaran tentang adanya SE-P sebagai norma peraturan dan Putusan MA sebagai model pengujian SE-P juga dapat dilihat dari sudut pandang filsafat pengetahuan (epistemologi). Epistemologi adalah cabang filsafat yang mencari kebenaran hakikat sesuatu dari asal-usul, ciri-ciri, dan metode ilmu pengetahuan. Kebenaran epistemologi dipengaruhi oleh kebenaran pemikiran empirisme, rasionalisme, positivisme, dan intuisionisme. Pemikiran empirisme adalah pemikiran yang menyatakan bahwa suatu pengetahuan dapat diperoleh dari pengalaman. Pengalaman adalah praktik nyata yang dapat ditangkap secara indrawi. Jhon Locke yang merupakan Bapak Empirisme melalui teorinya Tabula Rasa menyatakan bahwa ketika lahir manusia tidak membawa pengetahuan apa pun. Selama menjalani kehidupan, manusia melakukan praktik-praktik nyata sebagai pengalaman. Pengalaman hidup itulah yang mengajarkan manusia mengetahui segala sesuatu, sehingga manusia mempunyai pengetahuan. Karena itu hakikat sesuatu menjadi benar apabila dapat dibuktikan secara empiris (pengalaman)[9].

Pemikiran rasionalisme adalah pemikiran yang menyatakan bahwa pengetahuan dapat diperoleh dengan menggunakan rasio (akal). Rasio atau akal adalah alat untuk mendapatkan pengetahuan tentang sesuatu. Rasio adalah sumber pengetahuan. Suatu kebenaran adalah benar apabila kebenaran

9 Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang, *Pengantar Ke Filsafat Hukum*, Cet. 5, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2015), 48-52.

Penerbit ANDI

itu dapat diterima secara rasio. Pada pemikiran ini, persepsi indrawi (empiris) hanya berfungsi untuk merangsang kerja akal, dan pada akhirnya akallah yang akan menentukan sesuatu sebagai pengetahuan. Karena itu suatu kenyataan yang diterima secara indrawi belum tentu memiliki kebenaran rasional, apabila kenyataan itu belum dapat dibuktikan oleh rasio sebagai suatu pengetahuan yang benar[10].

Pemikiran positivisme adalah pemikiran yang menyatakan pengetahuan dapat diperoleh dari sintesis antara pengetahuan empirisme dan pengetahuan rasionalisme. Pengetahuan yang diperoleh dari empirisme dan rasionalisme diolah untuk mendapatkan pengetahuan yang berlaku umum. Pengolahan itu dilakukan dengan metode eksperimen sehingga menghasilkan pengetahuan objektif[11]. Pemikiran intuisionisme adalah pemikiran yang menyatakan bahwa pengetahuan dapat diperoleh dari intuisi manusia. Intuisi adalah hasil evaluasi pemahaman yang tinggi yang hanya dimiliki oleh manusia. Intuisi menangkap objek pengetahuan secara langsung, tanpa melalui indrawi dan rasio[12].

SE-P dan Putusan MA atas pengujian SE-P merupakan pengetahuan hukum yang diperoleh dari epistemologi empirisme dan rasionalisme. Pembentukan SE-P yang berulang-ulang sebagai pengalaman dan dilakukan oleh semua pejabat pemerintah, serta pengujian SE-P secara berulang sebagai pengalaman yang dilakukan oleh MA, secara metodologi empiris telah membentuk pengetahuan hukum yang benar tentang adanya SE-P dan perlunya pengujian SE-P, serta pengetahuan itu hidup di masyarakat hukum Indonesia. Pengalaman empiris yang hidup dan digunakan sebagai rujukan merupakan kebenaran ilmiah yang diterima secara umum. Dalam konteks pengujian SE-P pengalaman empiris terebut diterima secara rasional karena pembentukan SE-P dan pengujian SE-P diperlukan bagi landasan hukum kinerja pemerintah dan perlindungan hukum atas keadilan hukum masyarakat.

Selain kebenaran di atas, keberadaan SE-P dan Putusan MA tentang pengujian SE-P juga mengandung kebenaran filsafat aksiologi. Aksiologi adalah filsafat yang mengajarkan dan membahas nilai-nilai suatu hakikat,

Penerbit ANDI

10 *Ibid*.
11 Jhon Locke, August Conte, dan Henri Beergson dalam *Ibid*., 33-36
12 Ahmad Tafsir, *Filsafat Umum: Akal Dan Hati Sejak Thales Sampai James*, Cet. 4, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1994), 68-70.

sehingga aksiologi dikenal juga dengan sebutan filsafat nilai. Filsafat nilai dibedakan atas dua subcabang filsafat nilai yaitu etika dan estetika. Etika adalah pengetahuan yang mempelajari dan membahas nilai tingkah laku atau perbuatan, yang mencakup nilai baik dan tidak baik (buruk), sedangkan estetika adalah pengetahuan yang mempelajari dan membahas nilai keindahan, yang mengandung nilai indah dan tidak indah[13]. Penelitian Disertasi ini terkait dengan filsafat etika karena berkaitan dengan tingkah laku pemerintah untuk membentuk SE-P, tingkat laku rakyat (masyarakat) yang dirugikan oleh SE-P, dan tingkah laku pengadilan dalam mengadili permohonan pengujian SE-P.

Secara aksiologi, etika pemerintah dalam membentuk SE-P dan MA dalam menguji SE-P dapat dilihat dari etika deontologis dan etika teleologis. Menurut Immanuel Kant etika deontologis adalah etika yang menilai baik atau buruknya tingkah laku atau perbuatan dari tingkat laku atau perbuatan itu sendiri, bukan dari akibatnya[14]. Dalam konteks hukum, suatu tingkat laku dinilai baik apabila tingkah laku itu adalah sesuai dengan norma hukum yang melandasinya. Tingkah laku hukum ini didorong oleh kewajiban hukum sesuai dengan peraturan yang mengatur kewajiban hukumnya. Ketika tingkah laku itu sesuai dengan hukum yang mengaturnya, maka tingkah laku itu dinilai baik. Sebaliknya ketika tingkah laku itu tidak sesuai dengan hukum yang mengaturnya, maka tingkah laku itu dinilai buruk.

Etika teleologis adalah etika yang menilai baik atau buruk suatu tingkah laku dilihat dari akibat atau tujuan atau hasil yang diharapkannya. Apakah tingkah laku itu menghasilkan sesuatu yang baik atau sesuai dengan harapan yang baik, maka tingkah laku itu dinilai baik. Sebaliknya jika tingkah laku itu menghasilkan sesuatu yang buruk atau tidak sesuai dengan harapan yang baik, maka tingkah laku itu dinilai buruk. Dalam konteks ini Jeremy Bentham menyatakan sikap dan perilaku manusia didorong oleh kepentingannya. Dalam teori utilitarianismenya yang bersifat individualistis, Jeremy Bentham menyatakan sikap dan perilaku manusia dinilai baik jika memberikan manfaat atau kebahagiaan bagi sebanyak-banyaknya (mayoritas) probadi atau individu. Sedikit berbeda dengan Jeremy Bentham, John Stuart Mill dengan teori utilitarianisme sosialnya menyatakan sikap dan perilaku dinilai baik jika

13 *Ibid*., 36-41.
14 *Ibid*., 37.

Penerbit ANDI

memberikan manfaat atau kebahagiaan sebanyak-banyaknya bagi masyarakat sebanyak-banyaknya atau seluruh manusia[15].

Pembentukan SE-P dan pengujian SE-P oleh MA, sebagaimana dikemukakan pada Bab III, mempunyai nilai kebaikan atau kebenaran aksiologi etika teleologis. Meskipun pemerintah tidak diperintahkan secara hukum untuk membentuk SE-P, namun pemerintah membentuk SE-P dengan tujuan atau harapan yang baik, yaitu untuk mengatasi empat kondisi konkret yang dihadapi pemerintah, sebagaimana telah dikemukakan di atas. Secara empiris, SE-P yang dibentuk pemerintah telah berhasil mengatasi permasalahan empat kondisi konkret tersebut. Karena itu, pembentukan SE-P memiliki nilai kebaikan atau kebenaran, sehingga norma yang diatur di dalam SE-P memiliki nilai kebaikan atau kebenaran sebagai norma hukum. Demikian juga tingkah laku hakim MA dalam menguji SE-P yang didasarkan pada tujuan (hasil) yang diharapkan, yaitu untuk memberikan keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum kepada rakyat (masyarakat) pencari keadilan, secara empiris Putusan MA tentang pengujian SE-P telah berhasil mencapai tujuan tersebut. Karena itu tingkah laku hakim MA menguji SE-P mempunyai nilai kebaikan atau kebenaran secara hukum.

Kebenaran hukum SE-P dan pengujian SE-P dapat dilihat juga dari beberapa aliran filsafat hukum yang mengkaji kebenaran hukum. Beberapa aliran dimaksud adalah aliran hukum kodrat (hukum alam), positivisme hukum, utilitarianisme, mazhab sejarah, *sociological jurisprudence*, realisme hukum, dan *freirechtslehre*[16]. Setiap aliran filsafat hukum memiliki objek kajian tertentu, yang dapat dijadilan landasan filosofis untuk mencari kebenaran hukum. Karena itu, dalam konteks penulisan ini, aliran-aliran filsafat hukum tersebut juga dapat dijadikan alat analisis untuk menganalisis kebenaran hukum keberadaan SE-P dan pengujian SE-P.

Aliran hukum kodrat menyatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang berlaku universal dan abadi. Hukum itu tidak dibuat oleh manusia, penguasa, atau lembaga pembentuk hukum, tetapi diciptakan oleh Tuhan, yang dikodifikasi dalam bentuk kitab suci. Aliran ini terbagi dalam

15 *Ibid*.

16 Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Cet. 3, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1999). 68-88.

Penerbit ANDI

dua kelompok yaitu aliran hukum kodrat irasional dan aliran hukum kodrat rasional[17] (sekuler[18]). Aliran hukum kodrat irasional adalah aliran yang menyatakan hukum yang baik itu adalah hukum yang diturunkan langsung oleh Tuhan, karena kebaikan hukum tidak diukur dengan akal manusia tetapi dari kehendak Tuhan. Aliran hukum kodrat rasional adalah aliran yang menyatakan hukum yang baik adalah tidak langsung bersumber dari Tuhan tetapi sudah bersumber pada rasio (akal budi atau hati nurani) manusia itu sendiri. Rasio manusia merupakan hukum Tuhan yang diterima oleh akal, yang sudah berbentuk asas-asas universitas hukum, merupakan perwujudan dari hukum Tuhan yang berlaku universitas. Fenomena SE-P dan pengujian SE-P tidak memiliki kausalitas dengan hukum Tuhan sehingga aliran hukum kodrat tidak memberikan dasar kebenaran filosofis bagi keberadaan SE-P dan Pengujian SE-P.

Aliran positivisme hukum adalah aliran yang menyatakan hukum itu dibuat oleh orang-orang yang memiliki kekuasaan (penguasa) membentuk hukum. Menurut Austin hukum adalah perintah penguasa (*law is a command of lawgivers*) dan memiliki sanksi[19]. Aliran ini menghasilkan hukum positif, yaitu hukum yang dibuat oleh penguasa dan sedang berlaku. Menurut aliran ini, hukum berwujud UU atau peraturan perundang-undangan yang berlaku. Tidak ada hukum selain UU atau peraturan perundang-undangan. Mengingat di Indonesia tidak terdapat peraturan perundang-undangan yang mengatur keberadaan SE-P dan pengujian SE-P, maka aliran filsafat hukum ini tidak memberikan landasan kebenaran filosofis atas keberadaan SE-P dan pengujian SE-P.

Aliran utilitarianisme menyatakan hukum yang baik adalah hukum yang memberikan manfaat untuk sebesar-besarnya jumlah orang. Pada aliran ini, hukum juga dibentuk oleh penguasa, namun berbeda dengan aliran positivisme hukum. Pada aliran positivisme hukum, tujuan hukum adalah untuk memberikan kepastian hukum, sedangkan pada aliran utilitarianisme, tujuan hukum adalah untuk kemanfaatan sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyak orang[20]. Menurut aliran utilitarianisme, dalam hukum tidak ada

17 Shidarta, Op.Cit., 84-85
18 Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang, *Op.Cit.,* 43.
19 *Ibid*., 58-65.
20 Shidarta, Op.Cit., 87-87. Lihat pula *Ibid*.,

Penerbit ANDI

kebaikan atau keburukan, karena hukum yang dibuat berpatokan pada keuntungan, kesenangan, kebahagiaan, dan kepuasan manusia, sehingga yang penting bagi hukum adalah kemanfaatannya[21]. Dari sudut peraturan yang dibentuk oleh penguasa, aliran filsafat hukum ini belum dapat memberikan landasan filosofis kebenaran atas keberadaan SE-P dan pengujian SE-P, karena di Indonesia tidak ada hukum yang dibentuk penguasa yang mengatur hal tersebut. Namun dari aspek kemanfaatannya, aliran ini memberikan kebolehan adanya SE-P sepanjang SE-P memberikan kemanfaatan sebesar-besarnya bagi orang sebanyak-banyaknya di Indonesia. Data SE-P di Bab III menunjukkan bahwa SE-P dibentuk oleh pejabat pemerintah untuk mengatasi empat kondisi konkret yang menjadi permasalahan pemerintah, sehingga SE-P telah memiliki kebenaran empiris dan kebenaran manfaat bagi pemerintah dan masyarakat. Karena itu aliran utilitarianisme ini memberikan dukungan kebenaran filosofis atas adanya SE-P dan pengujian SE-P.

Aliran sejarah (mazhab sejarah) adalah aliran filsafat hukum yang menyatakan bahwa hukum tidak diciptakan dan direncanakan oleh pembuat hukum (penguasa), tetapi tumbuh dan berkembang dengan sendirinya bersamaan dengan tumbuh dan berkembangnya masyarakat. Hukum itu tumbuh dan berkembang atas dasar kepercayaan dan keyakinan serta kesadaran komunal bangsa bahwa yang hidup di masyarakat itu adalah hukum. Hukum ini merupakan hasil dari proses yang bersifat internal dan otonom serta diam-diam (*silently operating*) dalam diri masyarakat (rakyat), yang berwujud dalam bentuk kebiasaan-kebiasaan. Sumber hukum menurut aliran ini adalah kebiasaan yang tumbuh berdasarkan karakter kebangsaan dan jiwa kebangsaan bangsa (*volksgeist*) yang bersangkutan, yang juga merupakan hukum yang hidup (*living law*) di dalam masyarakat. Setiap masyarakat dapat hidup dengan norma hukum yang diciptakannya sendiri melalui perjalanan hidupnya. Di mana ada masyarakat di situ ada hukum (*ubi societas ibi ius*). Karena itu, menurut Friedrich Karl von Savigny hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan jiwa rakyat atau bangsa (*volksgeist*) di masyarakat[22]. Data SE-P pada Bab III memperlihatkan SE-P sebagai fenomena hukum yang hidup di dalam masyarakat Hukum Administrasi Negara. Pertumbuhannya mengikuti

PenerbitANDI

21 Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang, *Op.Cit*., 62-63.
22 *Ibid*., 128-129. Lihat pula Shidarta, *Op.Ct*., 88-89.

pertumbuhan kesadaran jiwa bangsa (*volksgeist*) Indonesia, yang dalam hal ini masyarakat Hukum Administrasi Negara, karena itu setiap pejabat pemerintah membentuk SE-P. Kebiasaan pemerintah membentuk SE-P menjadi acuan atau pedoman untuk pembentukan SE-P berikutnya. Karena itu, meskipun bentuknya tertulis dan dibuat oleh pejabat atau lembaga pemerintah, pada hakikatnya SE-P merupakan perwujudan dari jiwa bangsa Indonesia sebagai hukum yang hidup di dalam bangsa Indonesia, yang tumbuh dan berkembang bersamaan dengan tumbuh dan berkembangnya pemerintahan. Karena itu, aliran sejarah menjadi landasan filosofis bagi kebenaran keberadaan SE-P dan pengujian SE-P.

Aliran *sociological jurisprudence* adalah aliran filsafat hukum yang memfokuskan diri pada pembuatan hukum dan prinsip-prinsipnya serta keberlakuannya secara efektif di masyarakat. Agar efektif, maka hukum yang dibuat harus berjalan seiring dengan perubahan masyarakat. Menurut Roscoe Pound hukum adalah pedoman perilaku yang bertujuan untuk menciptakan kebaikan dan menjadi alat bagi pemenuhan kebutuhan masyarakat. Hukum menjadi alat untuk merekayasa perilaku masyarakat (*law as a tool of social engeneering*)[23], sehingga pola perilaku hidup masyarakat berubah sesuai perubahan yang dibuat oleh hukum. Aliran ini cukup memberikan harapan bagi SE-P dan pengujian SE-P sebagai norma hukum yang hidup di Indonesia. Pembuatan SE-P dan pengujian SE-P yang bertujuan untuk mengatasi kebutuhan hukum, menjadikan SE-P sebagai aturan atau hukum dapat mengubah perilaku masyarakat. SE-P telah menjadi pedoman perilaku baru masyarakat dan Bangsa Indonesia, sehingga tercipta rekayasa atau perubahan perilaku hukum masyarakat atau Bangsa Indonesia sesuai dengan norma SE-P. Secara fakta hukum (empirisme) SE-P sebagaimana dikemukakan pada Bab III telah mengubah perilaku masyarakat untuk mengikuti pedoman atau norma yang diatur di dalam SE-P. Karena itu, aliran ini menjadi dasar penguat perlunya pengaturan SE-P dan pengujian SE-P di dalam hukum positif.

Aliran realisme hukum adalah aliran filsafat hukum yang melihat hukum dan fakta hukum sebagaimana apa adanya, tanpa idealisasi, spekulasi, dan idolisasi[24]. Setiap kasus merupakan peristiwa konkret (suatu kenyataan) yang

23 *Ibid*., 55-58.
24 *Ibid*., 153.

Penerbit ANDI

berdiri sendiri, memiliki kebenaran tersendiri, dan menentukan hukumnya sendiri. Aliran ini menolak UU yang didudukkan sebagai ukuran untuk menentukan kebenaran. Aliran realisme ini menyerahkan kebenaran hukum atas peristiwa atau kasus konkret tersebut sebagai kenyataan hukum kepada hakim[25]. Keberadaan SE-P dan pengujian SE-P merupakan realita hukum yang terjadi di bangsa Indonesia. Meskipun belum ada hukum positif yang mengaturnya, masyarakat Hukum Administrasi Negara telah menerima SE-P sebagai pedoman atau patokan. Kasus konkret yang berkaitan dengan SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan telah dipercayakan kepada hakim (MA) untuk menentukan kebenaran hukumnya. Karena itu, aliran ini ikut memperkuat keberadaan SE-P dan pengujian SE-P di Indonesia.

Aliran *freirechtslehre* adalah aliran filsafat hukum yang memberikan kebebasan kepada hakim untuk menentukan kebenaran hukum. UU yang berlaku mengikat diserahkan kepada hakim untuk implementasinya terhadap kasus hukum yang diadili. Aliran ini memungkinkan terjadi kompromi dalam menentukan hukum, bahkan sanksi hukum, karena hakim melihat apa yang lebih bermanfaat bagi masyarakat sebagai suatu kenyataan[26]. Aliran ini tidak memberikan kepastian hukum bagi keberadaan SE-P dan pengujian SE-P, karena semuanya diserahkan kepada kebebasan hakim. Karena itu, aliran ini tidak memberikan penguatan dasar filosofis terhadap keberadaan SE-P dan pengujian SE-P.

Penerbit ANDI

Berdasarkan analisis filosofis di atas, bangunan konsep hukum pengujian SE-P memiliki landasan kebenaran filosofis. Karena itu, bangunan konsep hukum mengenai pengujian SE-P perlu diformulasikan secara hukum. Nomenklatur, bentuk, dan kewenangan bangunan konsep hukum pengujian SE-P banyak dipengaruhi oleh tiga aspek penting yaitu dasar pengujian SE-P, pejabat atau lembaga yang berwenang menguji SE-P, dan mekanisme pengujian SE-P. Karena itu, penulis melakukan analisis ketiga aspek penting tersebut sebagaimana diuraikan di bawah ini.

C. Pengujian Peraturan Perundang-undangan

Pengujian peraturan perundang-undangan adalah pengujian yang objeknya peraturan perundang-undangan. Sebagaimana telah dikemukakan pada uraian

25 Shidarta, *Op.Cit*., 88-89.
26 *Ibid*., 89-90.

sebelumnya, negara telah mengatur dan membantu peraturan perundang-undangan dalam rangka mengatur kehidupan bernegara. Peraturan perundang-undangan yang dimaksud berbentuk undang-undang ke bawah, yaitu semua produk hukum yang melibatkan peran lembaga perwakilan rakyat bersama pemerintah ataupun melibatkan peran pemerintah karena kedudukan politiknya dalam rangka melaksanakan produk legislatif yang ditetapkan oleh lembaga perwakilan rakyat bersama pemerintah menurut tingkatannya masing-masing[27]. UUD 1945 dan Ketetapan MPR, meskipun dinyatakan oleh Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 termasuk jenis peraturan perundang-undangan, dalam pengujian peraturan perundang-undangan tidak termasuk dalam objek pengujian. Hal ini karena dari sifat normanya, UUD 1945 dan Ketetapan MPR merupakan aturan dasar atau aturan pokok negara[28] atau peraturan dasar[29].

Semua jenis peraturan perundang-undangan dibentuk untuk jangka waktu lama (tidak ditentukan masa berlakunya) atau berlaku terus-menerus (*dauerhaftig*), namun dalam kenyataannya, banyak materi peraturan perundang-undangan yang tertinggal dari perkembangan atau perubahan aspek-aspek kehidupan bernegara. Peraturan perundang-undangan tersebut dipandang sudah tidak relevan atau sesuai lagi dengan kebutuhan hukum yang hidup dalam kehidupan bernegara. Selain itu, tidak jarang terjadi suatu jenis peraturan perundang-undangan yang kedudukannya lebih rendah bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang kedudukannya lebih tinggi. Karena itu, negara telah mengatur ketentuan tentang pengujian peraturan perundang-undangan.

Pada umumnya, pengujian peraturan perundang-undangan lebih dikenal dalam konteks pengadilan, karena secara normatif dan praktis pengujiannya diajukan kepada dan dilakukan oleh lembaga peradilan. Dalam konteks ini Laica Marzuki mengartikan *toetsingrecht* sama dengan hak menguji, yaitu hak bagi hakim (atau lembaga peradilan) guna menguji peraturan perundang-undangan[30].

Penerbit ANDI

27 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Universitas Indonesia, 2004), 250-251.
28 A. Hamid S. Attamimi dalam Maria Farida Indrati S., *Ilmu Perundang…Op.Cit.*, 75.
29 Jimly Asshddiqie, *Konstitusi…Op.Cit*., 254.
30 Laica Marzuki, *Berjalan-jalan di Ranah Hukum*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), 67.

Pengujian peraturan-peraturan dapat dibedakan atas "pengujian secara formal" (*formele toetsingsrehct*) dan "pengujian secara material" (*materiele toetsingsrecht*)[31]. Pengujian secara formal disebut juga hak uji formal, dan pengujian secara material disebut juga hak uji material. Kedua macam atau salah satu dari kedua macam hak uji tersebut dapat diterapkan terhadap suatu peraturan perundang-undangan, karena suatu peraturan memuat dua aspek yaitu aspek proses pembentukan dan aspek materi atau substansi yang dibentuk.

Pengujian secara formal adalah pengujian atau hak menguji untuk memeriksa, menilai, dan memutus suatu produk hukum/peraturan perundang-undangan, apakah peraturan tersebut terjelma atau dibuat melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan/diatur dalam peraturan perundang-undang yang berlaku[32]. Setiap peraturan mempunyai tata cara pembentukannya yang telah diatur secara hukum. Apabila suatu peraturan perundang-undangan dibentuk tidak sesuai atau tidak berdasarkan tata cara atau prosedur yang berlaku, maka terhadap peraturan itu dapat diajukan pengujian secara formal.

Pengujian secara material adalah hak atau wewenang untuk memeriksa, menilai, dan memutus apakah isi/materi muatan suatu peraturan perundang-undangan sesuai atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi derajatnya/kedudukannya, serta apakah kekuasaan tertentu (*verordenende macht*) berhak mengeluarkan peraturan tertentu[33]. Peraturan perundang-undangan mempunyai susunan atau derajat hierarki, sehingga kedudukan peraturan perundang-undangan ada yang lebih tinggi dan ada yang lebih rendah. Apabila materi muatan atau isi suatu peraturan perundang-undangan bertentangan dengan materi muatan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, maka terhadap peraturan perundang-undangan tersebut dapat dilakukan pengujian secara material.

Pengujian peraturan perundang-undangan dapat dilihat berdasarkan lembaga yang berwenang melakukan fungsi pengujian. Dari aspek ini,

Penerbit ANDI

31 Ph. Kleintjes dalam R. Sri Soemantri M., *Hak Uji Material di Indonesia*, Edisi ke-2, Cetakan ke-1, (Bandung: Alumni, 1997), 6.
32 *Ibid*., 6-7.
33 *Ibid*. 11.

pengujian peraturan perundang-undangan dibedakan atas tiga jenis pengujian, yaitu *judicial review*, *legislative review*, dan *executive review*[34]. Ketiga pengujian tersebut adalah pengujian normatif, artinya pengujian terhadap norma-norma peraturan yang ada di dalam peraturan perundang-undangan tersebut. Pengujian terhadap norma ini dapat dilakukan terhadap materi muatan norma atau terhadap tata cara pembentukan norma peraturan perundang-undangan tersebut.

Judicial review adalah pengujian peraturan perundang-undangan oleh lembaga peradilan atau lembaga kehakiman. *Judicial review* merupakan pengujian eksternal, yakni pengujian yang dilakukan oleh lembaga yang berada di luar lembaga pembuat peraturan perundang-undangan, baik peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh legislatif atau oleh eksekutif[35]. Hal ini dilakukan melalui proses persidangan pengadilan, yaitu proses menerima, memeriksa, mengadili, dan memutus suatu peraturan perundang-undangan yang telah dibuat. *Judicial review* dapat dilakukan secara material (*materiele toetsing recht*) atau secara formal (*formele toetsingrecht*). Pengujian secara material adalah pengujian terhadap materi muatan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah terhadap materi muatan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Melalui pengujian ini, suatu materi muatan peraturan perundang-undangan dinyatakan bertentangan atau tidak bertentangan dengan materi muatan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Pengujian secara formal adalah pengujian peraturan perundang-undangan terhadap proses pembentukannya. Melalui pengujian ini, proses pembentukan peraturan perundang-undangan dinyatakan sesuai atau tidak sesuai dengan tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan secara hukum. *Judicial review* ini merupakan bentuk kontra oleh lembaga kehakiman atau lembaga peradilan terhadap materi muatan atau proses pembuatan peraturan perundang-undangan.

Dilihat dari objeknya, yang menjadi objek *judicial review* adalah peraturan perundang-undangan. Sebagaimana dikemukakan pada uraian sebelumnya, peraturan perundang-undangan yang dimaksud adalah peraturan yang

34 R. Herlambang Perdana Wiratraman, "Pengujian Peraturan Perundang-undangan", Makalah, disampaikan di Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 3 Nopember 2014, 6.

35 Zainal Arifin Hoesein, *Op.Cit.*, 57-58.

Penerbit AND

dibuat oleh lembaga legislatif berdasarkan kewenangan legislasi dan/atau yang dibuat oleh pemerintah berdasarkan kewenangan delegasi legislatif atau atribusi legislatif. Peraturan ini mempunyai norma umum (*generalnorm*) dan abstrak (*abstractenorm*) serta berlaku terus-menerus (*douerhaftig*). Sasaran pengujiannya adalah tingkat konstitusional, legalitas, atau keabsahan produk hukum peraturan perundang-undangan yang lebih rendah terhadap peraturan perundang-undangan yang memiliki derajat hierarki lebih tinggi atau kebenaran pembentukannya[36].

Legialtive review adalah pengujian peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh lembaga legislatif. Pengujian ini merupakan pengujian internal legislatif, karena legislator memeriksa, menilai, dan memutus peraturan yang dibuatnya sendiri[37]. Pengajuan ini dilakukan melalui proses perubahan, pencabutan, atau penggantian peraturan yang dibuat oleh lembaga legislatif. Produk hukum legislatif adalah undang-undang, yang merupakan jenis peraturan yang berlaku terus menerus (*douerhaftig*), artinya undang-undang itu dibentuk untuk jangka waktu lama (tidak ditentukan). Pada masa undang-undang berlaku, terjadi perubahan sosial, ekonomi, politik, dan budaya, sehingga undang-undang yang sedang berlaku perlu dilakukan penyesuaian, perubahan, penggantian, atau pencabutan. Pada kondisi demikian, lembaga legislatif melakukan *review* terhadap undang-undang sedang berlaku, yang pada akhirnya undang-undang tersebut diubah, diganti, atau dicabut dengan undang-undang yang baru.

Executive review adalah pengujian peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh lembaga atau pejabat pemerintah atau eksekutif. Pengujian ini merupakan pengujian internal eksekutif (kontrol internal pemerintah[38]), karena eksekutif menguji atas peraturan perundang-undangan yang dibuatnya sendiri[39]. Sebagaimana telah dikemukakan pada uraian sebelumnya, pemerintah mendapat delegasi atau atribusi kewenangan untuk membuat peraturan. Jenis peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh pemerintah atau eksekutif adalah Perpu, PP, Perpres, Perda Provinsi, Perda Kabupaten/Kota, dan peraturan yang dibuat oleh lembaga/pejabat pemerintah lainnya.

36 *Ibid*., 42.
37 *Ibid*.
38 *Ibid*, 62.
39 *Ibid*.

Penerbit ANDI

Pengujian oleh pemerintah juga dilakukan dengan cara menyempurnakan, mengubah, mengganti, atau mencabut jenis peraturan perundang-undangan yang dinilai sudah tidak sesuai dengan kebutuhan pengaturan oleh pemerintah. Prosesnya adalah pemerintah memeriksa, menilai, dan memutuskan untuk menyempurnakan, mengubah, menggantikan, atau mencabut jenis peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh pemerintah yang sedang berlaku dengan peraturan perundang-undangan yang baru[40].

Terhadap permasalahan pengujian peraturan, hukum positif Indonesia hanya mengatur pengujian terhadap peraturan perundang-undangan baik secara *judicial review*, *legislative review*, maupun *executive review*. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan UUD 1945, undang-undang dan peraturan pelaksana lainnya yang mengatur pengujian peraturan perundang-undangan oleh lembaga peradilan, pengujian peraturan perundang-undangan oleh lembaga legislatif, dan pengujian peraturan perundang-undangan oleh lembaga eksekutif atau pemerintah.

Pengaturan *judicial review* oleh lembaga peradilan terdapat dalam Pasal 24A Ayat (1) dan Pasal 24C Ayat (1) UUD 1945. Ketentuan tersebut diatur lebih lanjut dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan peraturan perubahannya, dan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan peraturan perubahannya. Pasal 24A Ayat (1) UUD 1945 menyatakan "Mahkamah Agung mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang,…". Pasal 24C Ayat (1) menyebutkan "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, …". Berdasarkan kedua ketentuan tersebut, hukum positif Indonesia telah memberikan kewenangan kepada Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi untuk menguji peraturan perundang-undangan. Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Mahkamah Konstitusi yang berwenang menguji undang-undang terhadap UUD 1945.

Penerbit ANDI

40 Zainal Arifin Hoesein, *Judicial…Op.Cit.*, 63.

Secara operasional, kewenangan Mahkamah Agung untuk menguji peraturan perundang-undangan yang tingkatnya di bawah undang-undang diatur lebih lanjut dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Pasal 20 Ayat (2) dan Ayat (3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, yang menyatakan:

Mahkamah Agung berwenang:

a. Mengadili pada tingkat kasasi terhadap putusan yang diberikan pada tingkat terakhir oleh pengadilan di semua lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung, kecuali undang-undang menentukan lain;

b. Menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang; dan

c. Kewenangan lain yang diberikan undang-undang.

(2) Putusan mengenai tidak sahnya peraturan perundang-undangan sebagai hasil pengujian sebagaimana dimaksud pada Ayat (2) huruf b dapat diambil baik berhubungan dengan pemeriksaan pada tingkat kasasi maupun berdasarkan permohonan langsung kepada Mahkamah Agung.

Penerbit ANDI

Selanjutnya kewenangan di Mahkamah Agung di atas dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 20 Ayat (2) huruf b, yaitu:

Ketentuan ini mengatur mengenai hak uji Mahkamah Agung terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dari undang-undang. Hak uji dapat dilakukan baik terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi maupun terhadap pembentukan peraturan perundang-undangan.

Pengaturan kewenangan Mahkamah Agung di atas dipertegas dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004. Pasal 31, yaitu:

1. Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.
2. Mahkamah Agung menyatakan tidak sah peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau pembentukannya tidak memenuhi ketentuan yang berlaku.
3. Putusan mengenai tidak sahnya peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat diambil baik berhubungan dengan pemeriksaan pada tingkat kasasi maupun berdasarkan permohonan langsung pada Mahkamah Agung.
4. Peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
5. Putusan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) wajib dimuat dalam Berita Negara Republik Indonesia dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak putusan diucapkan.

Pasal 31A

(1) Permohonan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang diajukan langsung oleh pemohon atau kuasanya kepada Mahkamah Agung, dan dibuat secara tertulis dalam bahasa Indonesia.

(2) Permohonan sekurang-kurangnya harus memuat:

   a. nama dan alamat pemohon;

   b. uraian mengenai perihal yang menjadi dasar permohonan, dan wajib menguraikan dengan jelas bahwa:

      1) materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian peraturan perundang-undangan dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi;

      2) dan/atau pembentukan peraturan perundang-undangan tidak memenuhi ketentuan yang berlaku.

Penerbit ANDI

a) Hal-hal yang diminta untuk diputus.
   (1) Dalam hal Mahkamah Agung berpendapat bahwa pemohon atau permohonannya tidak memenuhi syarat, amar putusan menyatakan permohonan tidak diterima.
   (2) Dalam hal Mahkamah Agung berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.
   (3) Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (4), amar putusan menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
   (4) Dalam hal peraturan perundang-undangan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan/atau tidak bertentangan dalam pembentukannya, amar putusan menyatakan permohonan ditolak.
   (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang diatur oleh Mahkamah Agung.

Berdasarkan Pasal 31A ayat (7), Mahkamah Agung telah mengatur mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Material.

Judicial review oleh Mahkamah Konstitusi diatur lebih lanjut dalam Pasal 29 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009. Pasal tersebut menyatakan "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk (a) Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945…". Kewenangan Mahkamah Konstitusi dipertegas dengan Pasal 10 Ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 bahwa "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk (a) Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945…". Menurut Penjelasan Pasal 10 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final, yakni putusan

Penerbit ANDI

Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh.

Legislative review diatur di dalam Pasal 5Ayat (1), Pasal 20, Pasal 20A, Pasal 21 dan Pasal 22D UUD 1945, yang rumusan isinya telah dikemukakan penulis di atas. Berdasarkan ketentuan tersebut, DPR, Presiden, atau DPD berwenang melakukan *review* undang-undang yang sedang berlaku dengan cara membuat undang-undang baru yang bersifat perubahan, penggantian, atau pencabutan terhadap undang-undang yang sedang berlaku. Kewenangan *legislative review* ini diatur lebih lanjut dalam UU No. 12 Tahun 2011. Menurut undang-undang tersebut proses *legislative review* dilakukan melalui beberapa tahap, yaitu:

a. Tahap penyusunan program legislasi nasional (prolegnas) yang dilakukan oleh DPR bersama Presiden [Pasal 20 ayat (1)]. Program Legislasi Nasional yang selanjutnya disebut Prolegnas adalah instrumen perencanaan program pembentukan Undang-Undang yang disusun secara terencana, terpadu, dan sistematis (Pasal 1 angka 9).

b. Penyusunan rancangan undang-undang, yang dapat dilakukan oleh DPR, Presiden, atau DPD khusus untuk rancangan undang-undang yang mengatur tentang otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah [Pasal 43 jo Pasal 22D Ayat (1) UUD 1945].

c. Pembahasan rancangan undang-undang oleh DPR bersama Presiden. Dalam hal rancangan undang-undang yang mengatur otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah [Pasal 65 jo Pasal 22D ayat (2) UUD 1945].

d. Persetujuan bersama DPR dan Presiden atas rancangan undang-undang menjadi undang-undang (Pasal 69).

e. Pengesahan undang-undang oleh Presiden (Pasal 72).

Penerbit ANDI

f. Pengundangan undang-undang oleh Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia (Pasal 81 dan Pasal 82), dan penyebarluasan undang-undang oleh DPR dan Presiden (Pasal 88).

Legislative review sangat bergantung pada kemauan hukum lembaga legislatif, untuk menerima dan memahami permasalahan undang-undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945, kemudian berkehendak me-*review* undang-undang yang pada hakikatnya adalah produk hukumnya sendiri. Apabila kemauan hukum lembaga legislatif tidak ada, maka sangat tidak mungkin *legislative review* dapat dilakukan oleh lembaga legislatif.

Executive review juga diatur di dalam UUD 1945 dan UU No. 12 Tahun 2011. Sebagaimana telah dikemukakan pada uraian sebelumnya, eksekutif atau pemerintah mendapatkan delegasi atau atribusi legislasi untuk membuat peraturan perundang-undangan. Pasal 22 UUD 1945 mengatur kewenangan Presiden membentuk Perpu. Pasal 5 Ayat (2) telah mengatur kewenangan Presiden untuk menetapkan PP dalam rangka melaksanakan UU sebagaimana mestinya. Pasal 18 Ayat (6) mengatur kewenangan Daerah untuk membentuk peraturan daerah dan peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan. Selanjutnya pengaturan pembentukan peraturan perundang-undangan lainnya diatur di dalam UU No. 12 Tahun 2011. Berdasarkan kewenangan yang dimiliki, pemerintah dapat membuat, mengubah, mengganti, atau mencabut peraturan perundang-undangan yang dibuatnya. Demikian pula apabila suatu peraturan perundang-undangan yang dibuatnya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, maka pemerintah berwenang melakukan *review*-nya. Cara *review* yang dapat dilakukan oleh pemerintah adalah dengan membuat peraturan perubahan untuk mengubah peraturan sebelumnya, membuat peraturan pencabutan untuk mencabut peraturan yang dipandang sudah tidak diperlukan lagi, dan/atau agar membuat peraturan baru untuk menggantikan peraturan yang dinilai sudah tidak sesuai lagi.

Berdasarkan uraian di atas dapat dikatakan bahwa pengujian peraturan perundang-undangan telah diatur dalam hukum positif Indonesia. Objek pengujiannya adalah materi muatan peraturan atau prosedur pembuatan peraturan, sehingga pengujian dapat dilakukan secara material dan dilakukan secara formal. Pengujian peraturan perundang-undangan dapat dilakukan oleh

PENERBIT ANDI

lembaga kehakiman (*juducial review*), lembaga legislatif (*legislative review*), dan lembaga eksekutif atau pemerintah (*executive revew*).

D. Problematika Pengujian Peraturan Kebijakan

Pada umumnya, pemahaman pengujian (*toetsing*) terhadap peraturan lebih mengarah pada pengujian peraturan perundang-undangan. Hal ini maklum, karena para ahli dan hukum positif lebih banyak menjelaskan hal tersebut. Akibatnya *toetsingrecht* terhadap peraturan lebih dipahami sebagai proses memeriksa, menilai, dan memutuskan terhadap tingkat konstitusional atau legalitas suatu peraturan perundang-undangan terhadap peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih tinggi oleh lembaga negara yang oleh Undang-Undang Dasar. 1945 dan/atau undang-undang diberikan kewenangan[41]. Akibat pemahaman ini, pengujian terhadap peraturan kebijakan kurang mendapatkan banyak perhatian.

Sebagaimana disinggung pada uraian sebelumnya, hukum positif Indonesia hanya mengatur pengujian terhadap peraturan perundang-undangan, sedangkan terhadap pengujian peraturan kebijakan belum mengaturnya. Meskipun pada tahun 2014, Indonesia telah membentuk UU No. 30 tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, namun UU tersebut tidak mengatur masalah pengujian peraturan kebijakan. Karena itu, secara hukum positif, masalah ini masih menjadi persoalan hukum.

Penerbit ANDI

Secara teoretis, para ahli hukum juga masih berbeda pendapat mengenai pengujian peraturan kebijakan. Apakah peraturan kebijakan dapat diuji atau tidak dapat diuji? Masih menjadi pertanyaan besar. Apabila dilihat dari pemikiran para ahli hukum, perbedaan pendapat tersebut disebabkan oleh perbedaan pemahaman mengenai peraturan kebijakan sebagai merupakan norma hukum atau bukan norma hukum, tidak memiliki dasar pembentukan perundang-undangan, dan keberlakuan normanya bersifat internal atau eksternal di lingkungan administrasi negara atau pemerintah.

Menurut Hotma P. Sibuea dalam perspektif negara hukum modern, tidak boleh ada kekuasaan negara yang dibiarkan tidak diawasi (dikontrol). Pemerintah sebagai salah satu organ pemegang kekuasaan juga harus berada

41 Sri Soemantri Mertosoewignyo, *Hak Uji Material di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1986), 8.

dalam keadaan diawasi atau dikontrol[42]. Undang-undang yang menjadi landasan bertindak pemerintah menjadi tidak berguna apabila dengan leluasa dapat diterobos oleh peraturan kebijakan[43]. Dalam praktik banyak peraturan kebijakan pemerintah yang menyimpang dari atau menerobos undang-undang[44]. Pengawasan atau kontrol terhadap tindakan pemerintah dapat dilakukan melalui mekanisme pengujian atas tindakan tersebut[45].

Menurut S. Prajudi Atmosudirjo peraturan kebijakan tidak dapat diuji, karena peraturan kebijakan bukan hukum[46]. Hal senada juga dikemukakan oleh Bagir Manan bahwa suatu peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid* karena memang tidak akan ada dasar peraturan perundang-undangan untuk pembuatan peraturan kebijakan, dan peraturan kebijakan adalah bukan peraturan perundang-undangan. Asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijakan[47]. Artinya adalah peraturan kebijakan tidak dapat dilakukan pengujian secara hukum seperti peraturan perundang-undangan karena peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan.

Pada bagian lain, Magir Manan menyatakan pengujian terhadap peraturan kebijakan lebih diarahkan pada *doelmatigheid*, dan karena itu batu ujinya adalah asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak[48]. Pernyataan ini mengandung pengertian bahwa peraturan kebijakan dapat dilakukan pengujian, berdasarkan tujuan atau manfaatnya. Hal ini karena, meskipun pemerintah tidak mempunyai dasar kewenangan dari peraturan perundang-undangan untuk membuat peraturan, tetapi berdasarkan kewenangan diskresi demi mencapai tujuan tugas-tugas pemerintahan, maka pemerintah berwenang membuat peraturan kebijakan[49].

Pada tulisan lain S. Prajudi Atmosudirjo menyatakan pendapat berbeda. Menurutnya setiap tindakan yang dilakukan oleh pemerintah

42 Hotma P. Sibuea, *Asas…Op.Cit*. 128.
43 Philipus M. Hadjo, *Pengantar…Op.Cit*., 8.
44 Abdul Latief, *Hukum…Op.Cit*., 239.
45 Hotma P. Sibuea, *Asas…Op.Cit*., 128.
46 S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum…Op.Cit.*48.
47 Bagir Manan dan Kuanta Magnar, *Beberapa…Op.Cit*., 170-171.
48 *Ibid*., 171.
49 *Ibid*., 172.

Penerbit ANDI

(pejabat administrasi negara) harus dapat dipersoalkan atau diuji baik dari aspek hukum (yuridis), kepatutan (moral), atau kepantasan (akal sehat), kemanfaatan(*doelmatig*), dan sebagainya[50]. Ini berarti, meskipun bukan hukum, pada akhirnya S. Prajudi Atmosudirjo berpendapat bahwa peraturan kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah dapat diuji.

Dalam sistem hukum *civil law* (Eropa Kontinental), pengujian terhadap tindakan organ pemerintah itu, di samping menggunakan *rechtmatigheid* juga *doelmatigheid*. H.D. van Wijk/Willen Konijnembelt menyebutkan ada empat macam dasar pengujian terhadap tindakan pemerintah, yaitu: *strijd met een algemeen bervindend voorschrift* (bertentangan dengan peraturan yang mengikat umum atau peraturan perundang-undangan), *detournement de pouvoir* (penyalahgunaan wewenang), *het administratief orgaan heft bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking kunnen kumen* (organ pemerintah dalam mempertimbangkan berbagai kepentingan terkait untuk mengambil keputusan tidak berdasarkan pada alasan yang rasional), dan *stijd anderzins met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur* (bertentangan dengan apa yang dalam kesadaran hukum umum merupakan asas-asas yang hidup/berlaku tentang pemerintahan yang baik)[51].

Dalam sistem *common law* pengujian terhadap tindakan organ pemerintah dilakukan dengan pendekatan *ultra vires*. Menurut Irving Stevens *ultravires means beyond the power* (untra vires berarti melampaui kekuasaan)[52]. Menurut sistem ini ada tiga macam dasar pengujian yang digunakan terhadap tindakan bebas pemerintah, yaitu *illegality*, *procedural impropriety*, dan *irrationality*. *Illegality: in essence, this is the principle that a decision-maker must understand correctly the law that regulates his decision-making and must give effect to it* (Ilegalitas: pada dasarnya, ini merupakan prinsip bahwa pembuat keputusan harus memahami secara benar hukum yang mengatur tentang pembuatan keputusan dan memberikan efek pada keputusan itu). *Procedural Impropriety: this covers those heads of review which specify procedural standard to which public decision-maker must adhere* (penyimpangan prosedur: ini mencakup hal pokok

Penerbit ANDI

50 S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum…Op.Cit.,*29.
51 H.D. van Wijk/Willen Konijnembelt dalam Ridwan, *Op.Cit.*, 163-164.
52 H.D. van Wijk/Willen Konijnembelt dalam *Ibid*., 157.

pengujian yang menentukan standar prosedural yang harus dipatuhi pengambil keputusan). *Irrationality: this include what is sometimes known as wednesbury unreasonableness. To a limited extent, this ground ventures into principles of substantive review, ie into merits of the decision* (Irasional: ini mencakup apa yang kadang-kadang dikenal sebagai *wednesbury unreasonableness*. Untuk batas tertentu, dasar pengujian ini termasuk prinsip pengujian substantif, yaitu menguji manfaat dari keputusan tersebut)[53].

Meskipun peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan tetapi mempunyai kekuatan mengingat secara hukum. Karena itu pengujian peraturan kebijakan perlu memperhatikan tujuan hukum. Beberapa tujuan hukum dapat dikemukakan berdasarkan pendapat para ahli hukum, yaitu:

1. Menurut Aristoteles (*dalam teori etis*) tujuan hukum ialah semata-mata untuk mencapai keadilan. Maksudnya adalah hukum memberikan kepada setiap orang atau masyarakat, apa yang menjadi haknya. Disebut teori etis karena isi hukumnya semata-mata ditentukan oleh kesadaran etis mengenai apa yang adil dan yang tidak adil[54].
2. Menurut Jerremy Bentham hukum bertujuan untuk mencapai kefaedahan atau kemanfaatan sebesar-besarnya bagi masyarakat sebanyak-banyaknya. Artinya hukum itu bertujuan untuk menjamin kebahagiaan bagi sebanyak-banyaknya orang ataupun masyarakat[55].
3. Menurut van Apeldorn tujuan hukum adalah untuk mengatur tata tertib dan pergaulan hidup manusia secara damai dan adil, dan hukum itu sendiri menghendaki perdamaian[56].
4. Menurut Geny tujuan hukum ialah untuk mencapai sebuah keadilan dan sebagai unsur keadilannya adalah kepentingan daya guna dan kemanfaatan[57].
5. Menurut J. Van Kan tujuan hukum adalah untuk menjaga kepentingan setiap manusia supaya berbagai kepentingannya itu tidak dapat diganggu.

Penerbit ANDI

53 A.P. Le Sueur dan J.W. Herberg dalam *Ibid*.,159-160.
54 L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Keduapuluhenam, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1996), hal.11-12.
55 H. Soeroso, *Pengantar Hukum Indonesia*, Ed. 1. Cet.8, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hal. 58.
56 *Ibid*., 10.
57 *Ibid*. 15.

Lebih jelasnya tujuan hukum itu untuk menjamin kepastian hukum di dalam sebuah masyarakat, juga menjaga dan mencegah agar setiap orang dalam suatu masyarakat tidak menjadi hakim sendiri[58]. Menurut Gustav Radbruch ada empat hal yang mendasari kepastian hukum yaitu (1) hukum itu positif yaitu UU, (2) hukum itu mendasarkan pada fakta atau hukum yang ditetapkan, (3) kenyataan fakta harus dirumuskan dalam pemaknaan, di samping mudah untuk dilaksanakan, dan (4) hukum positif tidak boleh mudah berubah[59].

6. Menurut Subekti tujuan hukum adalah untuk menyelenggarakan sebuah keadilan dan ketertiban sebagai syarat untuk mendatangkan kebahagiaan dan kemakmuran[60].

7. Menurut Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto tujuan hukum adalah untuk kedamaian hidup setiap manusia yang terdiri dari ketertiban ekstern antar pribadi dan ketenangan intern pribadi setiap masyarakat[61].

8. Menurut Wirjono Prodjodikoro tujuan hukum adalah untuk mengadakan keselamatan dan kebahagiaan serta tata tertib dalam lingkungan masyarakat[62].

Berdasarkan uraian di atas dapat dikatakan bahwa di antara para ahli hukum masih perbedaan pendapat mengenai pengujian peraturan kebijakan. Sebagian ahli hukum menyatakan peraturan kebijakan dapat diuji, sedangkan sebagian ahli hukum lain menyatakan peraturan kebijakan tidak dapat diuji. Kewenangan bebas (diskresi) pemerintah dalam membentuk peraturan bukan berarti kebebasan tanpa batas, meskipun dalam kondisi terpaksa atau darurat kewenangan bebas dapat tanpa terikat pada peraturan. Pembatasan secara hukum (*rechtmatigheid*), tujuan/manfaat (*doelmatigheid*), penyalahgunaan wewenang (*deteurnement de pouvoir*) pelampauan wewenang (*ultravires*), dan asas-asas umum pemerintahan yang baik merupakan cara pendekatan untuk membatasi penggunaan kewenangan bebas dan menguji peraturan kebijakan.

Penerbit ANDI

58 H. Soeroso, *Op.Cit*., hal 59.
59 Gustav Radbruch dalam Aditya Nugraha Novianta, "Teori Kepastian Hukum Gustav Radbruch", http://adhityanugrahanovianta.blogspot.com/2017/11/teori-kepastian-hukum-gustav-radbruch.htm l.
60 *Ibid*., hal. 57.
61 *Ibid*., hal. 59.
62 *Ibid*., hal. 56.

E. Praktik Pengujian Peraturan Kebijakan

Meskipun belum ada hukum yang mengatur, lembaga yang berwenang, dan mekanisme pengujian peraturan kebijakan, namun praktik pengujian peraturan kebijakan telah dilakukan oleh lembaga kehakiman. Praktik pengujian dilakukan terhadap SE-P yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau peraturan yang lebih tinggi. Lembaga kehakiman yang melakukan praktik pengujian adalah Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Proses pengujian diawali dengan pengajuan permohonan keberatan hak uji material (disingkat HUM) oleh orang atau pihak yang mempunyai *legal standing* kepada Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi. Berikut ini penulis uraikan 11 (sebelas) sampel data pengujian SE-P yang dilakukan oleh MK dan MA

1. Praktik Pengujian oleh Mahkamah Konstitusi
   Satu-satunya SE yang diajukan permohonan HUM-nya ke Mahkamah Konstitusi adalah SE Presidium Kabinet Ampera Nomor SE.06/Pres. Kab/6/1967 tentang Masalah Cina. Pada tanggal 21 April 2010 Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian secara material SE Presidium Kabinet Ampera Nomor SE.06/Pres.Kab/6/1967 tentang Masalah Cina. Pengujian SE tersebut dimohonkan oleh Edy Sadeli, yang menilai SE tersebut bertentangan dengan konstitusi (UUD 1945). Norma SE Presidium tersebut, antara lain, menyatakan:

   a. Pada waktu kini masih sering terdengar istilah "Tionghoa/Tiongkok" di samping istilah "Cina" yang secara berangsur-angsur menjadi istilah umum dan resmi.

   b. Dilihat dari sudut nilai-nilai etimologi-politis dan etimologi-historis, maka istilah "Tionghoa/Tiongkok" mengandung nilai-nilai yang memberi asosiasi-psikopolitis yang negatif bagi rakyat Indonesia, sedangkan istilah "Cina" tidak lain hanya mengandung nama dari suatu dinasti dari mana ras Cina tersebut datang, dan bagi kita umumnya kedua istilah itu pun tidak lepas dari aspek-aspek psikologis dan emosional.

   c. Berdasarkan sejarah, maka istilah "Cina-lah yang sesungguhnya memang sejak dahulu dipakai dan kiranya istilah itu pulalah yang

Penerbit ANDI

memang dikehendaki untuk dipergunakan oleh umumnya rakyat Indonesia.

d. Lepas dari aspek emosi dan tujuan politik, maka sudah sewajarnya kalau kita pergunakan istilah "Cina" yang sudah dipilih oleh rakyat Indonesia umumnya.

e. Maka untuk mencapai uniformitas dari efektivitas, begitu pula untuk menghindari dualisme di dalam peristilahan di segenap aparat Pemerintah, baik sipil maupun militer, di tingkat Pusat maupun Daerah kami harap agar istilah "Cina" tetap dipergunakan terus, sedangkan istilah Tionghoa/Tiongkok ditinggalkan.

Menurut Edy Sadeli SE tersebut merupakan wujud pengabaian hak-hak konstitusional warga negara, diskriminatif, dan menyakitkan hati masyarakat Tionghoa, sehingga melanggar konstitusi. Edy Sadeli memohon agar Mahkamah Konstitusi menyatakan SE Presidium Kabinet Ampera Nomor SE.06/Pres.Kab/6/1967 tentang Masalah Cina tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat[63].

Pada persidangan Mahkamah Konstitusi, hakim konstitusi Hamdan Zulva menyatakan Mahkamah Konstitusi Indonesia tidak mengenal istilah *constitutional compaint* atau pengaduan konstitusional, karena hanya berwenang menguji UU terhadap UUD 1945. Demikian juga hakim konstitusi Akil Muchtar menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi sulit untuk menerima permohonan pemohon ini, karena pengujian terhadap SE bukan wewenang Mahkamah Konstitusi. Dengan pertimbangan kewenangan tersebut, Amar Putusan Mahkamah Konstitusi menyatakan permohonan keberatan hak uji material terhadap SE Presidium Kabinet Ampera Nomor SE.06/Pres.Kab/ 6/1967 tentang Masalah Cina tidak dapat diterima[64]. Ini artinya MK tidak memiliki kompetensi absolut untuk menguji secara material SE.

Penerbit ANDI

63 Edy Sadeli, dalam MK Gelar Sidang Pengujian SE, (on-line), tersedia di http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4bcf222c1ac11/mk-gelar-sidang-pengujian-surat-edaran, 11 April 2016.

64 Anonim, dalam dalam MK Gelar Sidang Pengujian SE, (on-line), tersedia di http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4bcf222c1ac11/mk-gelar-sidang-pengujian-surat-edaran, 11 April 2016.

2. Praktik Pengujian oleh Mahkamah Agung

Mahkamah Agung telah banyak menerima dan melakukan pengujian atas permohonan HUM. Secagai contoh, penulis kemukakan data jumlah permohonan HUM dan permohonan HUM yang diputus Mahkamah Agung pada tahun 2014, tahun 2015, dan tahun 2016 sebagai berikut:

Tabel 2 : Jumlah Permohonan HUM dan Putusan Mahkamah Agung[65]

TAHUN 2014			TAHUN 2015			TAHUN 2016		
JML	DIPU-TUS	SISA	JML	DIPU-TUS	SISA	JML	DIPU-TUS	SISA
101	74	27	99	99	0	49	32	17

Sumber: Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Dari semua data HUM di atas, penulis menemukan 10 (sepuluh) permohonan HUM atas SE-P yang telah diputus oleh Mahkamah Agung. Berikut ini adalah sepuluh SE-P yang diajukan permohonan HUM kepada Mahkamah Agung dan telah diputusan oleh Mahkamah Agung.

a. Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 7 Tahun 2014 bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi dan UUD 1945. Pada tanggal 17 April 2015 Mahkamah Agung menerima permohonan keberatan hak uji material terhadap SE Mahkamah Agung Nomor 7 Tahun 2014 karena dinilai bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 34/PUU-XI/2013 dan UUD 1945. Permohonan ini diajukan oleh tiga perkumpulan masyarakat yaitu Perkumpulan Masyarakat Pembaharuan Peradilan Pidana atau *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR), Perkumpulan Inisiatif Masyarakat Partisipatif untuk Transisi Berkeadilan (Imparsial), Perkumpulan HRWG (Kelompok Kerja Koalisi NGO untuk Advokasi Internasional Hak Asasi Manusia), dan Perkumpulan Masyarakat Setara sebagai Pihak Pemohon melawan Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagai Termohon.

65 MahkamagAgung, "Laporan Tahunan Mahkamah AGung Republik Indonesia 2014", hal 24, dan lihat juga Anonim, Putusan MA: 'SE' Bukan Objek Hak Uji Materiil Tapi dalam perkara lain, pernah dinyatakan sebagai objek HUM karena isinya bersifat regeling, (online), tersedia di (http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt58f4255c93fc1/putusan-ma--surat-edaran-bukan-objek-hak-uji-materiil), 17 April 2017, 2.

Penerbit ANDI

Pemohon berpendapat SEMA No. 7 Tahun 2014 bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XII/2013 tentang Pengujian Pasal 268 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 TAhun 2081 tentang Hukum Acara Pidana terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal 268 Ayat (3) menyatakan Permintaan peninjauan kembali atas suatu putusan hanya dapat dilakukan sekali saja. Pasal ini telah diuji oleh Mahkamah Konstitusi, yang amar putusannya menyatakan Pasal 268 Ayat (3) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan demikian SEMA di atas yang menyatakan peninjauan kembali atas putusan hanya dilakukan satu kali saja bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XII/2013 dan UUD 1945.

Terhadap permohonan HUM di atas, dalam pertimbangan hukumnya Mahkamah Agung, antara lain, menyatakan:

> Menimbang, bahwa yang menjadi objek permohonan keberatan hak uji material Para Pemohon adalah SE Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana;
>
> Menimbang, bahwa berdasarkan ketentuan tersebut di atas Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang;
>
> Menimbang, bahwa Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dalam Bab III : Jenis, Hierarki, dan Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan, menentukan sebagai berikut: 1. Pasal 7 ayat (1) menyatakan: Jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan terdiri atas: a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat; c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang; d. Peraturan Pemerintah; e. Peraturan Presiden; f. Peraturan Daerah Provinsi dan; g. Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota; 2. Pasal 8 ayat (1) menyatakan: "Jenis peraturan perundang-

Penerbit ANDI

undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oeh MPR, DPR, DPD, MA, MK, BPK, KY, BI, Menteri, Badan, Lembaga, atau Komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, DPRD Provinsi, Gubernur, DPRD Kabupaten/Kota, Bupati/Wali kota, Kepala Desa atau yang setingkat";

Menimbang, bahwa beranjak dari ketentuan tersebut, yang perlu dipahami adalah apakah objek hak uji materiil termasuk jenis peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 7 dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Terhadap hal yang demikian, H.P. Panggabean dalam bukunya "Fungsi Mahkamah Agung Dalam Praktik Sehari-hari" yang diterbitkan Sinar Harapan, Jakarta, 2001, pada halaman 144, menyatakan bahwa:

- SE Mahkamah Agung (SEMA), yaitu suatu bentuk edaran dari pimpinan Mahkamah Agung, ke seluruh jajaran peradilan yang isinya merupakan bimbingan dalam penyelenggaraan peradilan yang lebih bersifat administrasi;
- Peraturan Mahkamah Agung (PERMA), yaitu suatu bentuk peraturan dari Mahkamah Agung ke seluruh jajaran peradilan tertentu yang isinya merupakan ketentuan bersifat hukum acara;

Menimbang, bahwa SE Mahkamah Agung (SEMA) Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2014 tanggal 31 Desember 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana (objek hak uji materiil *a quo*) ditujukan kepada ketua pengadilan tingkat banding dan ketua pengadilan tingkat pertama merupakan bentuk edaran dari pimpinan Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud oleh H.P. Panggabean tersebut diatur dan bukan bentuk peraturan sebagai peraturan Mahkamah Agung, sehingga SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tersebut tidak termasuk peraturan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 dan Pasal 8

Penerbit ANDI

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, sehingga SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tersebut tidak termasuk objek hak uji materiil;

Menimbang, bahwa tidak ada pemberian delegasi mengenai pengaturan lebih lanjut tentang Peninjauan Kembali yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi maupun dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-XI/2013 mengenai pengajuan tentang Peninjauan Kembali, sehingga objek pengujian hak uji materiil berupa SE Mahkamah Agung tersebut tidak termasuk peraturan perundang-undangan yang dapat diuji Mahkamah Agung atau menjadi objek keberatan pengujian hak uji materiil pada Mahkamah Agung Republik Indonesia;

Menimbang, bahwa oleh karena SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana (objek hak uji material) tidak termasuk peraturan perundang-undangan yang dapat diuji Mahkamah Agung, maka permohonan hak uji materiil *a quo* haruslah dinyatakan tidak dapat diterima (*niet onvankelijke verklaard*);

Menimbang, bahwa dengan dinyatakan tidak dapat diterimanya permohonan keberatan hak uji materiil dari Para Pemohon, maka Para Pemohon dihukum untuk membayar biaya perkara, dan terhadap substansi permohonan *a quo* tidak perlu dipertimbangkan lagi; Memperhatikan pasal-pasal dari Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009, Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil, serta peraturan perundang-undangan lain yang terkait;

Berdasarkan pertimbangan hukum di atas, MA telah menetapkan Putusan Nomor 27P/HUM/2015. Dalam amar putusannya, Mahkamah Agung memutuskan:

Penerbit ANDI

Menyatakan permohonan keberatan hak uji materiil dari Para Pemohon: 1. PERKUMPULAN MASYARAKAT PEMBAHARUAN PERADILAN PIDANA atau INSTITUTE FOR CRIMINAL JUSTICE REFORM (ICJR), 2. PERKUMPULAN INISIATIF MASYARAKAT PARTISIPATIF UNTUK TRANSISI BERKEADILAN (IMPARSIAL), 3. PERKUMPULAN HRWG (KELOMPOK KERJA KOALISI NGO UNTUK ADVOKASI INTERNASIONAL HAK ASASI MANUSIA), 4. PERKUMPULAN MASYARAKAT SETARA tersebut tidak dapat diterima;

Menghukum Para Pemohon untuk membayar biaya perkara sebesar Rp 1.000.000,00 (satu juta Rupiah);

Hal di atas memperlihatkan pendapat Mahkamah Agung bahwa SE bukan peraturan perundang-undangan, bukan objek hak uji material Mahkamah Agung, sehingga Mahkamah Agung tidak memiliki kompetensi untuk menguji secara material SE.

b. Surat Edaran Komisi Pemilihan Umum Nomor 649/15/VII/2007 bertentangan dengan Pasal 57 Ayat (1) dan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Pada tanggal 22 Januari 2008, Mahkamah Agung, melalui Panitera, telah menerima permohonan keberatan hak uji material terhadap 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. Permohonan tersebut terdaftar dengan nomor register 04P/HUM/2008.

Permohonan di atas diajukan oleh Eddy Rianto, S.H. dan Endang Hastuti, S.T. sebagai Pemohon dan Ketua Komisi Pemilihan Umum sebagai Termohon. Pemohon mendalilkan SE KPU di atas bertentangan dengan Pasal 57 Ayat (1) dan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Pemohon memohon agar Mahkamah Agung menyatakan SE KPU di atas tidak sah serta bertentangan dengan Pasal 57 Ayat (1) dan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Penerbit ANDI

Terhadap permohonan di atas, pada pertimbangan hukumnya, Mahkamah Agung menyatakan:

1) Para pemohon memiliki *legal standing* sebagai pemohon;
2) Objek permohonan keberatan hak uji material adalah SE 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;
3) Pengajuan permohonan pemohon masih dalam batas waktu 180 hari sesuai ketentuan Pasal 2 Ayat (4) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2004;
4) SE 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 telah sesuai dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 05/PUU-V/2007, karena itu SE KPU tersebut adalah sudah benar;
5) Permohonan keberatan hak uji material Pemohon harus ditolak;
6) Mengadili dan memutuskan dengan Putusan Nomor 04P/HUM/2008 dengan amar:
   - Menolak permohonan keberatan Hak Uji Material dari Pemohon: 1. Eddy Rianto, S.H., (2) Endang Hastuti, S.T. tersebut.
   - Menghukum Pemohon Keberatan Hak Uji Material untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 1.000.000,-

Berdasarkan data di atas, Mahkamah Agung telah menempatkan dirinya sebagai lembaga peradilan yang memiliki kompetensi absolut menguji SE dan SE dinilai sebagai objek pengujian secara material Mahkamah Agung. Mahkamah Agung telah menerima permohonan, memeriksa, dan menguji material SE KPU terhadap Pasal 57 ayat (1) dan Pasal 58 UU No. 23 Tahun 2003, mempertimbangkan secara hukum, dan memutus permohonan keberatan hak uji material SE dengan Amar

Penerbit ANDI

Putusan menolak permohonan pemohon. Amar putusan tersebut didasarkan pada pertimbangan hukum bahwa SE KPU adalah benar dan tidak bertentangan dengan Pasal 57 ayat (1) dan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

c. Surat Edaran Direktorat Jenderal Pendidikan Islam Departemen Agama Nomor Dj.I/PP.00.9/973/2009 bertentangan dengan Pasal 6 Ayat (4) Keputusan Menteri Pendidikan Nasional Nomor 36/D/O/2001Mahkamah Agung telah melakukan pengujian secara material SE 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 Perguruan Tinggi Aagama Islam. Pemohonnya adalah 10 dosen Universitas Sunan Kalijaga Yogyakarta yaitu Sudarnoto Abdul Hakim, Jaenal Arifin, Sangkot Sirait, Nurun Najwah, Syafa'atun Almirzanah, Sukamto, Syaifan Nur, Sekar Ayu Aryani, Alim Roswantoro dan Abdul Mustaqim. Termohonnnya adalah Direktorat Jenderal Pendidikan Islam Departemen Agama. Pemohon berpendapat bahwa SE di atas bertentangan dengan Pasal 6 ayat (4) Keputusan Menteri Pendidikan Nasional Nomor 36/D/O/2001 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Penilaian Angka Kredit Jabatan Dosen.

Mahkamah Agung telah menerima permohonan, memeriksa, menguji materi SE terhadap Pasal 6 Ayat (4) Keputusan Menteri Pendidikan Nasional Nomor 36/D/O/2001, menguji, dan memutuskan SE di atas bertentangan dengan Pasal 6 Ayat (4) Keputusan Menteri Pendidikan Nasional Nomor 36/D/O/2001 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Penilaian Angka Kredit Jabatan Dosen dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum.

Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah Agung menilai SE di atas memuat ketentuan-ketentuan yang mengatur (*regeling*) dan berlaku umum bagi semua yang dituju dalam surat tersebut. Karena itu SE di atas memenuhi sebagai peraturan di bawah UU sesuai dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2005 dan UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang dapat diuji secara material oleh Mahkamah Agung.

Penerbit ANDI

Berdasarkan data di atas, Mahkamah Agung menempatkan dirinya sebagai lembaga peradilan yang memiliki kompetensi absolut menguji SE, SE dinilai sebagai objek pengujian oleh Mahkamah Agung, dan Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan SE bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi.

d. 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.

Mahkamah Agung telah menerima permohonan keberatan hak uji material SE 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. Permohonan ini diajukan pada tanggal 22 Juli 2009 oleh Ir. H. Isran Noor, M.Si (Bupati Kutai Timur) sebagai Pemohon melawan Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral sebagai Termohon.

Pemohon mendalilkan materi muatan SE di atas pada bagian A angka 2 bertentangan dengan Pasal 8 Ayat (1) huruf b dan Pasal 173 Ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara. Bagian A angka 2 SE di atas menyatakan: "Gubernur dan Bupati/Wali Kota di seluruh Indonesia agar menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksana UU No. 4 Tahun 2009". Berbeda dengan itu Pasal 8 Ayat (1) huruf b UU No. 4 Tahun 2009 menyatakan "kewenangan pemerintah kabupaten/kota dalam pengelolaan pertambangan mineral dan batu bara antara lain adalah pemberian IUP...selanjutnya Pasal 175 menyatakan

Penerbit ANDI

"Undang-Undang ini mulai berlaku sejak diundangkan". Pada bagian pengundangan disebutkan UU ini diundangkan pada tanggal 12 Januari 2009. Ini berarti, sejak tanggal 12 Januari 2009 UU No. 4 Tahun 2009 termasuk di dalamnya Pasal 8 Ayat (1) huruf b berlaku dan mempunyai kekuatan mengingat umum, sehingga Bupati atau Wali Kota berwenang menerbitkan IUP. Karena itu SE Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Nomor 03.E/31/DJB/2009 bertentangan dengan Pasal 8 Ayat (1) huruf b UU No. 4 Tahun 2009.

Pada bagian Ketentuan Penutup, Pasal 173 Ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009 menyatakan:

> Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku, semua peraturan perundang-undangan yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 22, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2831) dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Undang-Undang ini.

UU No. 11 Tahun 1967 telah dinyatakan dicabut dan dinyatakan tidak berlaku, serta diganti dengan UU No. 4 Tahun 2009 dan [Pasal 173 Ayat (1) UU No. 4 Tahun 2009]. Meskipun demikian, peraturan pemerintah sebagai peraturan pelaksana dari UU No. 11 Tahun 1967, sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan UU No. 4 Tahun 2009, masih dinyatakan berlaku sebagai peraturan pelaksana dari UU No. 4 Tahun 2009. Karena itu materi muatan SE di atas bagian A Angka 2 yang dinyatakan sebagai peraturan pelaksana UU No. 4 Tahun 2009 juga bertentangan dengan ketentuan Pasal 173 Ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009.

Terhadap permohonan di atas, Mahkamah Agung menerima permohonan, memeriksa, menguji, dan memutuskannya dengan Putusan Mahkamah Agung Nomor No. 23P/HUM/2009. Pada pertimbangan hukumnya Mahkamah Agung menyatakan:

Penerbit ANDI

1) Objek permohonan keberatan hak uji material adalah SE 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;

2) Pemohon mempunyai kepentingan terhadap objek permohonan keberatan hak uji material, oleh karena itu pemohon mempunyai kualitas atau standing untuk mengajukan permohonan keberatan hak uji material;

3) Permohonan keberatan hak uji material masih dalam tenggang waktu 180 hari sejak diterbitkannya SE di atas sesuai dengan Pasal 2 Ayat (4) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2004;

4) Objek permohonan keberatan hak uji material berupa SE di atas walaupun tidak termasuk dalam urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, akan tetapi berdasarkan penjelasan Pasal 7 tersebut dapat digolongkan sebagai bentuk perundang-undangan yang sah, sehingga tunduk pada ketentuan tata urutan di mana peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi (asas *lex perriori derogate lex superriori*);

5) Faktanya pada huruf A angka 2 SE di atas berisi larangan penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) yang baru sampai terbitnya Peraturan Pemerintah yang baru sebagai pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009;

6) Alasan Pemohon tentang masih berlakunya ketentuan Usaha Pertambangan yang diatur dalam PP No. 32 TAhun 1969 sebagai pelaksanaan UU No. 11 TAhun 1967 tentang Ketentuan Pokok Pertambangan, Mahkamah Agung berpendapat alasan Pemohon dapat dibenarkan/berdasarkan hukum;

7) Jelas SE di atas bertentangan dengan PP No. 32 Tahun 1969 karena kewenangan Bupati untuk memberikan Izin Usaha Pertambangan/

Penerbit ANDI

Kuasa Pertambangan, apabila dilarang/dicabut seharusnya dengan/dalam bentuk Peraturan Pemerintah, juga bukan dengan SE sebagaimana objek keberatan hak uji material;

8) SE di atas bertentangan dengan PP No. 32 TAhun 1969 sebagai pelaksanaan UU No. 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan Pokok Pertambangan, karenanya permohonan keberatan Hak Uji Material dari Pemohon haruslah dikabulkan;

Berdasarkan pertimbangan hukum di atas, pada amar putusannya, Mahkamah Agung antara lain menyatakan:

1) Mengabulkan permohonan keberatan Hak Uji Material dari Pemohon Ir. Irsan Noor, M.Si. (Bupati Kutai Timur);

2) Menyatakan SE Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 03.E/31/DJB/2009 tanggal 30 Januari 2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batu Bara Sebelum Terbitnya Peraturan Pemerintah Sebagai Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 yang bertentangan dengan ketentuan yang berlaku dan lebih tinggi yaitu Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 dan karenanya tidak sah dan tidak berlaku umum;

3) Memerintahkan kepada Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral untuk membatalkan dan mencabut SE Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 03.E/31/DJB/2009 tanggal 30 Januari 2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batu Bara Sebelum Terbitnya Peraturan Pemerintah Sebagai Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009.

Data di atas memperlihatkan bahwa Mahkamah Agung menyatakan diri sebagai pengadilan yang memiliki kompetensi absolut untuk menguji secara materi SE. Mahkamah Agung menggolongkan SE ke dalam peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang berdasarkan Penjelasan Pasal 7 UU No. 10 Tahun 2004, sehingga Mahkamah Agung menerima, memeriksa, menguji, memutuskan, dan mengabulkan permohonan keberatan hak uji materi terhadap SE.

Penerbit ANDI

e. Surat Edaran Direktur Jenderal Pajak No. SE-118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai Atas Penyerahan Air Bersih bertentangan dengan Peraturan Menteri Nomor 31 Tahun 2008.
Pada tanggal 24 Juni 2010 Mahkamah Agung menerima permohonan keberatan hak uji material terhadap SE Direktur Jenderal Pajak No. SE-118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai Atas Penyerahan Air Bersih, yang diberi nomor register 37P/HUM/2010. Permohonan diajukan oleh Himpunan Kawasan Industri Indonesia sebagai Pemohon melawan Direktur Jenderal Pajak sebagai Termohon. Pemohon mendalilkan SE di atas bertentangan dengan Peraturan Menteri Nomor 31 Tahun 2008 . Sebagaimana dikemukakan uraian pada sebelumnya materi muatan SE pada Angka 5 huruf d di atas bertentangan dengan materi muatan Pasal 4 Peraturan Menteri Nomor 31 Tahun 2008.

Terhadap permohonan di atas, pada pertimbangan hukumnya Mahkamah Agung menyatakan antara lain:

1) Permohonan keberatan hak uji material pemohon didaftarkan di Kepaniteraan Mahkamah Agung pada tanggal 28 Juni 2010 dengan demikian tenggang waktu dihitung sejak SE Direktur Jenderal Pajak No. SE-118/PJ/2009 yang merupakan objek permohonan keberatan *a quo* ditetapkan pada tanggal 29 Desember 2009 ternyata telah melampaui tenggang waktu 180 (seratus delapan puluh) hari;

2) Oleh karena itu permohonan keberatan hak uji material yang diajukan Pemohon telah tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 2 Ayat (4) PERMA No. 01 Tahun 2004 tersebut di atas, oleh karenanya permohonan *a quo* secara formal tidak dapat diterima, sehingga pemeriksaan permohonan tidak dapat dilanjutkan dan permohonan pemohon haruslah dinyatakan tidak dapat diterima.

Berdasarkan pertimbangan hukum di atas, pada putusannya No. 37 P/HUM/2010, Mahkamah Agung menyatakan:

– Permohonan keberatan hak uji material dari Pemohon: Himpunan Kawasan Industri Indonesia tersebut tidak dapat diterima;

Penerbit ANDI

– Menghukum Pemohon untuk membayar biaya perkara yang timbul dalam permohonan keberatan hak uji material ini ditetapkan sebesar Rp. 1.000.000,- (satu juta) rupiah.

Berdasarkan data di atas, Mahkamah Agung telah menyatakan dirinya sebagai pengadilan yang memiliki kompetensi absolut untuk menguji secara material SE-P, namun Mahkamah Agung menolak permohonan keberatan hak uji material dari Pemohon karena permohonan yang diajukan telah melampaui batas waktu 180 hari. Dengan lampaunya batas waktu tersebut, maka Mahkamah Agung sudah tidak memiliki wewenang lagi untuk menguji SE, sehingga Mahkamah Agung memutuskan permohonan pemohon tidak dapat diterima.

f. Surat Edaran Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Nomor 2559/D/T/1997 tanggal 21 Oktober 1997 Perihal Larangan " Kelas Jauh"; (2) Surat Edaran Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Nomor 2630/D/T/200 tanggal 22 September 2000 Perihal: Penyelenggaraan Kelas Jauh; dan (3) Surat Edaran Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Nomor 1506/D/T/2005 tanggal 16 Mei 2005 Perihal Keabsahan Gelar Ijazah yang diperoleh melalui Pendidikan Jarak Jauh/ Kelas jauh/ Kelas khusus/Kelas Eksekutif untuk dapat dihargai dalam pembinaan karier Pegawai Negeri Sipil bertentangan dengan Pasal 18, Pasal 19, dan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 43 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian.

Pada tanggal 23 Januari 2013 Mahkamah Agung menerima permohonan keberatan hak uji material terhadap tiga SE yaitu (1) SE Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Nomor 2559/D/T/1997 tanggal 21 Oktober 1997 Perihal Larangan " Kelas Jauh"; (2) SE Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Nomor 2630/D/T/200 tanggal 22 September 2000 Perihal: Penyelenggaraan Kelas jauh; dan (3) SE Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Nomor 1506/D/T/2005 tanggal 16 Mei 2005 Perihal Keabsahan Gelar Ijazah yang diperoleh melalui Pendidikan Jarak Jauh/ Kelas Jauh/Kelas khusus/Kelas Eksekutif untuk dapat dihargai dalam pembinaan karier Pegawai Negeri Sipil. Permohonan ini diajukan

Penerbit AND

oleh Seviane Hendrik sebagai Pemohon terhadap Kepala Badan Kepegawaian Negara Republik Indonesia sebagai Termohon.

Pemohon mendalilkan ketiga SE di atas bertentangan dengan Pasal 18, Pasal 19, dan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 43 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian. Materi muatan SE-P bertentangan dengan UU No. 8 Tahun 1974.

Terhadap permohonan keberatan hak uji material SE-P di atas, pada pertimbangan hukumnya, Mahkamah Agung antara lain menyatakan:

1) Objek permohonan hak uji material adalah tiga SE sebagaimana diuraikan di atas yang dikeluarkan oleh Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi;

2) Yang menjadi termohon adalah Badan Kepegawaian Negara Republik Indonesia, sehingga Pemohon telah salah menetapkan pihak Termohon, yang seharusnya adalah Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi yang mengeluarkan SE;

3) Terbukti permohonan Pemohon kabur karena salah menetapkan pihak Termohon (*error in subjcto*). Oleh karenanya permohonan Hak Uji Material Pemohon tidak memenuhi syarat formal yang ditentukan dalam Pasal 31 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 dan Pasal 1 angka 5 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2011;

4) Permohonan Pemohon tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima;

5) Pemohon dihukum untuk membayar biaya perkara.

Berdasarkan pertimbangan hukum di atas, pada amar putusannya No. 09 P/HUM/2013, Mahkamah Agung menyatakan:

1) Permohonan keberatan Hak Uji Material dari Pemohon Seviane Hendrik TIIP, S.H. tersebut tidak dapat diterima;

2) Menghukum Pemohon untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 1.000.000 (satu juta) rupiah.

Penerbit ANDI

Data di atas memperlihatkan Mahkamah Agung menyatakan diri sebagai pengadilan yang mempunyai kompetensi absolut untuk menguji SE. Putusan Mahkamah Agung tidak menerima permohonan Pemohon Hak Uji Material atas SE disebabkan oleh permohonan Pemohon tidak memenuhi syarat formal karena Pemohon salah menetapkan pihak Termohon.

g. Surat Edaran Menteri Dalam Negeri Nomor 814.1/169/SJ tentang Penegasan Larangan Pengangkatan Tenaga Honorer bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 56 Tahun 2012

Pada tanggal 27 Mei 2013 Pemohon mengajukan permohonan keberatan Hak Uji Material atas SE Menteri Dalam Negeri Nomor 814.1/169/SJ tentang Penegasan Larangan Pengangkatan Tenaga Honorer. Pemohon berpendapat bahwa SE tersebut bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 56 Tahun 2012. Pemohon adalah para tenaga honorer berjumlah 69 orang yang tergabung dalam Forum Tenaga Honorer Kota Metro sebagai Pemohon dan yang menjadi pihak Termohon adalah Kementerian Dalam Negeri.

Materi muatan SE Menteri Dalam Negeri pada Angka 2 yang melarang pengangkatan tenaga honorer bertentangan dengan Pasal 5 Ayat (1) PP No. 56 Tahun 2012 yang masih memungkinkan adanya pengangkatan tenaga honorer menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil. Materi muatan kedua ketentuan tersebut sebagaimana penulis sudah kemukakan pada uraian sebelumnya. Akibatnya tenaga honorer yang sudah diangkat tidak dapat diangkat menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil. Pemohon meminta agar Mahkamah Agung memeriksa permohonan dan memutuskan sebagai berikut:

1) Mengabulkan permohonan Para Pemohon seluruhnya;
2) Menyatakan Poin 1 (kesatu) SE Menteri Dalam Negeri Nomor 814.1/169/SJ tanggal 10 Januari 2013 bertentangan dengan Pasal 5 Ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 56 Tahun 2012.
3) SE Menteri Dalam Negeri Nomor 814.1/169/SJ tanggal 10 Januari 2013 untuk dapat dicabut atau tidak berlaku lagi karena tidak memiliki kekuatan hukum tetap;

Penerbit ANDI

4) Menyatakan SE Menteri Dalam Negeri Nomor 814.1/169/SJ tanggal 10 Januari 2013 yang merupakan penegasan dari Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 tentang Pengangkatan Tenaga Honorer Menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil tanggal 11 November 2005, Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 tentang Pengangkatan Tenaga Honorer Menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil tanggal 23 Juli 2007, Peraturan Pemerintah Nomor 56 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 tentang Pengangkatan Tenaga Honorer Menjadi Calon Pegawai Negeri Sipil tanggal 16 Mei 2012 tidak mempunyai kekuatan mengikat bagi tenaga honorer.

Terhadap permohonan di atas pada pertimbangan hukumnya, Mahkamah Agung menyatakan:

1) bahwa yang menjadi objek permohonan keberatan hak uji material pada Pemohon adalah atas SE Menteri Dalam Negeri Nomor 814.1/169/SJ tentang Penegasan Larangan Pengangkatan Tenaga Honorer;

2) bahwa sesuai Pasal 31A Ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan Pasal 1 Ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung pada pokoknya menentukan bahwa permohonan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang diajukan langsung oleh Pemohon kepada Mahkamah Agung;

3) bahwa sedangkan yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh Lembaga Negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan (*vide* Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011);

4) bahwa berdasarkan ketentuan tersebut dapat disimpulkan bahwa yang menjadi objek permohonan hak uji material pada Mahkamah Agung adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang

Penerbit ANDI

mengikat secara umum yang kedudukannya berada di bawah undang-undang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011;

5) bahwa oleh karena objek permohonan hak uji material yang diajukan oleh para Pemohon adalah berupa SE Menteri Dalam Negeri Nomor 814.1/169/SJ tentang Penegasan Larangan Pengangkatan Tenaga Honor, yang bukan merupakan norma hukum yang mengikat umum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, maka objek permohonan *a quo* tidak dapat diajukan permohonan hak uji material kepada Mahkamah Agung dan karenanya Mahkamah Agung tidak berwenang untuk melakukan pengujian terhadap objek permohonan *a quo*;

6) bahwa *in casu* objek hak uji material adalah SE Menteri Dalam Negeri Nomor 814.1/169/SJ tentang Penegasan Larangan Pengangkatan Tenaga Honor, oleh sebab itu hanya berupa Keputusan Tata Usaha Negara yang berlaku umum, tetapi bukan termasuk jenis peraturan perundang-undangan (nomor hukum yang mengikat umum);

7) bahwa objek hak uji material tidak termasuk dalam tata urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, dan juga tidak termasuk produk perundang-undangan yang dimaksud undang-undang organik;

8) bahwa oleh karena objek permohonan hak uji material dimaksud bukan merupakan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang sebagaimana dimaksud dalam Ketentuan Pasal 31A Ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Pertama Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan Perubahan Kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 dan Pasal 1 Ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2011 tentang Hak Uji Material, oleh karenanya Mahkamah Agung tidak berwenang untuk mengujinya dan permohonan keberatan hak uji material

Penerbit ANDI

dari para Pemohon tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima; Berdasarkan pertimbangan hukum di atas, pada Amar Putusan Nomor 46 P/HUM/2013, Mahkamah Agung memutuskan:

Menyatakan permohonan keberatan hak uji material dari para Pemohon: 1. Listrianto, A.Md, 2. Agus Alazim, 3. Berry Pra Yoga, 4. Ini Dwi Astuti, 5. Junaidi Nur, 6. Bayu Solehudin, 7. Alvi Syahrin Ana, 8. Farida Wati, 9. Nila Agusvia, 10. Hendra Marga, 11. Dian Kartika Sari, 12. Agus Rifa, 13. Desi Kurniawati, 14. Novenza Ariansyah, 15. Noviyati Ekasari, 16. Rosidah, 17. Warmah, 18. Fiah Astrina S., 19. Nurmala Sari, 20. Suwoto, 21. Marlina, 22. Rizky Yuliana Kustanti, 24. Ferry Irawan, 25. Heny Agustina, 26. Erlin Dhia Verawati, 27. Midian Susanti, 28. Ana Setyawan, 29. Hendro Dwi Saputro, 30. Sukmiati, 31. Doni Yari Prihanto, 32. Erawati, 33. Eli Irma Ria Permata, 34. Sulastri, 35. Sarginem, 36. Sulismono, 37. Suhaili, 38. Dewa Ketut Sandi Portina, 39. Sunar, 40. Cecep Kurniawan, 41. Cucu Kurniasih, 42. Gusti Andrita, 43. Yuyun Victor, 44. Ary Anggoro Setyoningtyas, 45. Dwi Praja Utama, 46. Fady Asykin, 47. Novidi Rahmad, 48. Rima Oktaviana, 49. Aminah, 50. Yuliana, 51. Dian Setyowati, 52. Paulus Junaidi, 53. Supriyati, 54. Agus Fadly Irawan, 55. Agus Setiawan, 56. Mad Mubahir, 57. Andri Iga Permana, 58. Danu Abyu Pitoyo, 59. Dinda Andi Asmara, 60. Endang Sujoko, 61. Hadna, 62. Heru Yulizar, 63. Ibnu Setiadi, 64. Setyo Widianto, 65. Sudarwanto, 66. Suwartoyo, 67. Yoyon Fandriyanto, 68. Yuldan Hakim Fardani, 69. Murwati tersebut tidak dapat diterima.

Menghukum para Pemohon untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah).

Data di atas menunjukkan bahwa Mahkamah Agung menyatakan dirinya bukan pengadilan yang memiliki kompetensi absolut untuk menguji secara material SE-P. SE-P dinilai bukan merupakan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011. Karena itu Mahkamah Agung memutuskan tidak menerima permohonan keberatan hak uji material atas SE-P.

h. Surat Edaran Menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi Nomor 5 Tahun 2010 tentang Pendataan

Penerbit ANDI

Tenaga Honorer yang Bekerja Di Lingkungan Instansi Pemerintah bertentangan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 jo. Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2007.
Pada tanggal 11 Januari 2016 Mahkamah Agung menerima permohonan keberatan hak uji material terhadap Surat Edaran Menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi Nomor 5 Tahun 2010 tentang Pendataan Tenaga Honorer yang Bekerja Di Lingkungan Instansi Pemerintah. Permohonan ini diregistrasi dengan nomor perkara 1 P/HUM/2016. Permohonan ini diajukan oleh Abu Tholeb sebagai Pemohon terhadap Menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi sebagai Termohon.

Pemohon mendalilkan Angka 2 huruf B butir 3 SE Menteri tersebut di atas bertentangan dengan Pasal 3 angka 2 huruf B Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 jo Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2007. Materi muatan kedua ketentuan yang saling bertentangan tersebut telah penulis kemukakan pada uraian sebelumnya.

Terhadap permohonan di atas, pada pertimbangan hukumnya, Mahkamah Agung menyatakan:

1) bahwa yang menjadi objek permohonan keberatan hak uji material Pemohon adalah SE menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi Nomor 5 Tahun 2010 tentang Pendataan Tenaga Honorer yang Bekerja Di Lingkungan Instansi Pemerintah;

2) bahwa kewenangan Mahkamah Agung untuk menguji permohonan keberatan hak uji material didasarkan pada Pasal 24A huruf b Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, Pasal 20 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dan Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang–Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, serta Pasal 1 angka 1 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Material, yang pada intinya menentukan bahwa Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di

Penerbit ANJI

bawah undang-undang terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi;

3) bahwa objek hak uji material tidak termasuk kriteria peraturan perundang-undangan, dengan pertimbangan sebagai berikut:
   - Bahwa berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, SE Menteri Negara Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi (objek permohonan hak uji material) bukan merupakan peraturan perundang-undangan, yaitu dari segi bentuk (kenvorm) maupun rumusan perintah pengundangan dan penempatan peraturan perundang-undangan
   - Bahwa bentuk/karakteristik objek hak uji material sama sekali tidak memuat norma hukum positif berupa ketentuan-ketentuan yang bersifat *regeling*, yaitu memuat pasal-pasal atau norma sebagaimana peraturan perundang-undangan, akan tetapi lebih merupakan *guidance* dalam ranah interpretasi berupa petunjuk dari Pejabat Tata Usaha Negara kepada jajaran struktural di bawahnya tentang bagaimana cara yang tepat dan benar membaca suatu peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi (dalam hal ini Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2005 sebagaimana diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2007);
   - Bahwa dari segi ilmu perundang-undangan, petunjuk teknis berupa Juklak dan Juknis bukan termasuk peraturan perundang-undangan, baik itu dari segi formal/isi norma yang dikandung serta asas-asas yang harus terpenuhi dalam suatu peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, objek permohonan hak uji material *a quo* bukan merupakan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 1 angka 2, Pasal 7 ayat (1), dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011;

4) bahwa oleh karena objek permohonan hak uji material dimaksud bukan merupakan peraturan perundang-undangan, maka Mahkamah Agung tidak berwenang untuk mengujinya, dan

Penerbit ANDI

permohonan keberatan hak uji material dari Pemohon tersebut haris dinyatakan tidak dapat diterima, dan karenanya terhadap substansi permohonan *a quo* tidak perlu dipertimbangkan lagi;

5) bahwa permohonan keberatan hak uji material ini diperiksa dengan cara Cuma-Cuma (prodeo), oleh karena itu biaya perkara dibebankan kepada negara;

Berdasarkan pertimbangan hukum di atas, pada Amar Putusannya Nomor 1 P/HUM/2016, Mahkamah Agung memutuskan dan menyatakan permohonan keberatan hak uji material dari Pemohon Abu Tholeb tidak dapat diterima dan membebankan biaya perkara kepada negara.

Data di atas menunjukkan bahwa Mahkamah Agung menyatakan dirinya sebagai pengadilan yang tidak mempunyai kompetensi absolut untuk menguji secara material SE. Mahkamah Agung menilai SE bukan merupakan peraturan perundang-undangan, sedangkan Mahkamah Agung hanya berwenang menguji secara material peraturan perundang-undangan yang kedudukannya di bawah undang-undang. Karena itu Mahkamah Agung tidak memiliki wewenang menguji SE, sehingga permohonan keberatan hak uji material atas SE tidak dapat diterima.

Penerbit ANDI

i. Surat Edaran Bupati Nganjuk No. 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa bertentangan dengan Peraturan Daerah Kabupaten Nganjuk Nomor 9 Tahun 2006 tentang Tata Cara Pencalonan, Pengangkatan, dan Pemberhentian Perangkat Daerah dan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa.

Pada tanggal 17 November 2016 Mahkamah Agung menerima permohonan keberatan hak uji material terhadap SE Bupati Nganjuk No. 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa. Permohonan tersebut diregistrasi dengan nomor perkara 48P/HUM/2016. Pemohon hak uji material adalah Agus Prayitno, S.Pd sedangkan yang menjadi termohon adalah Bupati Nganjuk.

Pemohon mendalilkan SE Bupati Nganjuk No. 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa bertentangan dengan Peraturan Daerah Kabupaten Nganjuk Nomor 9 Tahun 2006 tentang Tata Cara Pencalonan, Pengangkatan, dan Pemberhentian Perangkat Daerah dan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa. Materi muatan kedua ketentuan yang saling bertentangan adalah sebagaimana penulis uraikan di atas.

Terhadap permohonan di atas, pada pertimbangan hukumnya, Mahkamah Agung menyatakan:

1) bahwa yang menjadi objek permohonan keberatan hak uji material dari Pemohon adalah SE Bupati Nganjuk No. 140/153/411.010/2015 tentang Penghentian Sementara Pengisian Perangkat Desa;

2) bahwa sebelum Mahkamah Agung mempertimbangkan tentang substansi permohonan yang diajukan Pemohon, terlebih dahulu Mahkamah Agung akan mempertimbangkan apakah objek permohonan keberatan hak uji material *a quo* merupakan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, sehingga Mahkamah Agung berwenang untuk mengujinya, sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 31 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Pertama Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan Perubahan Kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 dan Pasal 1 Ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2011 tentang Hak Uji Material;

3) bahwa berikut ini pertimbangan tentang kewenangan Mahkamah Agung:
   - Pasal 24A Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 20 Ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 31 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, dan Pasal 1 angka 1 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2011 tentang Hak Uji

Penerbit ANDI

Material pada pokoknya Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang;

– Kerangka (bentuk luar/*kenvorm*) peraturan perundang-undangan berdasarkan Lampiran II Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, sistematikanya sebagai berikut:

1. JUDUL
2. PEMBUKAAN
    1. FRASA Dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa
    2. Jabatan Pembentuk Peraturan Perundang-undangan
    3. Konsiderans
    4. Dasar Hukum
    5. Diktum.
3. BATANG TUBUH
    1. Ketentuan Umum
    2. Materi Pokok yang Diatur
    3. Ketentuan Pidana (jika diperlukan)
    4. Ketentuan Peralihan (jika diperlukan)
    5. Ketentuan Penutup
4. PENUTUP
5. PENJELASAN (jika diperlukan)
6. LAMPIRAN (jika diperlukan)

    – Pasal 81 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 menyatakan bahwa: Agar setiap orang mengetahuinya, peraturan perundang-undangan harus diundangkan dengan menempatkannya dalam:
        a. Lembaran Negara Republik Indonesia;
        b. Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia;
        c. Berita Negara Republik Indonesia;
        d. Tambahan Berita Negara Republik Indonesia;

Penerbit ANDI

e. Lembaran Daerah;
f. Tambahan Lembaran Daerah; atau
g. Berita Daerah

– Objek HUM tidak memenuhi kriteria peraturan perundang-undang, yaitu dari segi bentuk (*kenvorm*) maupun rumusan perintah pengundangan dengan penempatan peraturan perundang-undangan dalam Lembaran Negara RI/Tambahan Lembaran Negara RI/Berita Negara RI/Tambahan Berita Negara RI sebagaimana dimaksud dalam Pasal 81 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 dan Lampiran II-nya, dan substansinya berupa petunjuk pelaksana. Jadi, masuk kriteria keputusan administrasi negara bersifat umum dengan bentuk/karakteristik yang (addressat-nya) tidak ditujukan kepada semua orang, tetapi hanya untuk Camat se-Kabupaten Nganjuk, sehingga tidak tepat dikategorikan sebagai regeling dalam arti peraturan perundang-undangan;
– Dengan demikian, Keputusan (objek HUM) *a quo* bukan merupakan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 1 angka 2, Pasal 7 Ayat (1), dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011;
– Mahkamah Agung tidak berwenang untuk menguji objek HUM tersebut, sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 24A Ayat (1) UUD 1945, Pasal 20 Ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 31 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tantang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, dan Pasal 1 angka 1 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2011 tentang Hak Uji Material;

Penerbit ANDI

4) bahwa oleh karena objek permohonan hak uji material dimaksud bukan merupakan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 31 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tantang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan Perubahan Kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 dan Pasal 1 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2011 tentang Hak Uji Material. Oleh karenanya Mahkamah Agung tidak berwenang untuk mengujinya, dan permohonan keberatan hak uji material dari Pemohon tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima.

5) bahwa karena permohonan keberatan hak uji material dari Pemohon tidak dapat diterima, maka Pemohon dihukum untuk membayar biaya perkara, dan oleh karenanya terhadap substansi permohonan *a quo* tidak perlu dipertimbangkan lagi;

Berdasarkan pertimbangan hukum di atas, pada Amar Putusannya Nomor 48P/HUM/2016, Mahkamah Agung memutuskan: menyatakan permohonan keberatan hak uji material dari Pemohon AGUS PRAYITNO, S.Pd tersebut tidak dapat diterima, dan menghukum Pemohon untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah).

Data di atas menujukan bahwa Mahkamah Agung telah menyatakan diri sebagai pengadilan yang tidak memiliki kompetensi untuk menguji secara material terhadap SE. SE dinilai bukan merupakan peraturan perundang-undangan, sehingga SE dinyatakan bukan sebagai objek pengujian secara material oleh Mahkamah Agung.

j. Surat Edaran Direktur Jenderal Pajak No. SE-118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai Atas Penyerahan Air Bersih bertentangan dengan Peraturan Menteri Nomor 31 Tahun 2008.

Pada tanggal 31 Mei 2012 Mahkamah Agung menerima permohonan keberatan hak uji material terhadap SE Direktur Jenderal Pajak No. SE-118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai Atas Penyerahan Air Bersih. Pemohon adalah Himpunan Kawasan Industri Indonesia yang diwakili oleh enam orang kuasa hukumnya. Pihak termohon adalah

Penerbit AND

Direktur Jenderal Pajak Kementerian Keuangan. Pemohon mendalilkan SE Dirjen di atas bertentangan dengan Peraturan Menteri Nomor 31 Tahun 2008. Materi kedua ketentuan yang bertentangan adalah sebagaimana telah dikemukakan penulis pada uraian sebelumnya.

Pengajuan permohonan keberatan hak uji material terhadap SE-P di atas sudah pernah diajukan Pemohon terhadap Termohon pada tahun 2010 dengan nomor register perkara 37 P/HUM/2010. Permohonan keberatan hak uji material pertama telah diputuskan oleh Mahkamah Agung dengan Putusan Nomor 37 P/HUM/2010, yang amar putusannya menyatakan permohonan Pemohon keberatan hak uji material tidak dapat diterima. Dasar pertimbangan hukumnya adalah pengajuan permohonan keberatan hak uji material terhadap SE-P tersebut kepada Mahkamah Agung telah melewati batas waktu menurut Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2004 tentang Hak Uji Material yaitu paling lambat 180 hari sejak SE tersebut dikeluarkan. Dengan lewatnya batas waktu tersebut maka Mahkamah Agung tidak memiliki lagi kompetensi (wewenang) menguji secara material terhadap SE-P tersebut.

Setelah Mahkamah Agung mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 211 tentang Hak Uji Material yang menggantikan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2004, Pemohon mengajukan kembali permohonan keberatan hak uji material terhadap SE-P di atas kepada Mahkamah Agung. Dasar pertimbangan Pemohon adalah Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2011 telah menghapus ketentuan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2004 mengenai batas waktu pengajuan permohonan keberatan hak uji material paling lambat 180 hari sejak SE-P tersebut dikeluarkan. Pemohon juga menyatakan dasar pertimbangan Mahkamah Agung pada Putusan No. 37P/HUM/2010 berdasarkan Peraturan Mahkamah Nomor 01 Tahun 2004 adalah keliru. Karena itu Pemohon menganggap memiliki legal standing kembali untuk mengajukan permohonan keberatan hak uji material terhadap SE-P di atas.

Penerbit ANDI

Terhadap permohonan Pemohon di atas, pada pertimbangan hukumnya, Mahkamah Agung menyatakan:

1) bahwa SE Direktur Jenderal Pajak No. SE-118/PJ/2009 tentang Pajak Pertambahan Nilai Atas Penyerahan Air Bersih;

2) bahwa Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Material sebagai bagian dari peraturan perundang-undangan diterbitkan dengan mengatur asas "Non Retro Active", artinya Peraturan Perundang-undangan tidak diberlakukan surat atau peraturan perundang-undangan tersebut berlaku sejak diundangkan, karenanya dengan berlakunya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Material, maka permohonan hak uji material tidak mengenal adanya ketentuan mengenai tenggang waktu pengajuannya;

3) bahwa pengajuan hak uji material dengan bebas tenggang waktu tersebut, berlaku bagi peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang sama sekali belum pernah diajukan permohonan hak uji material, walaupun terbitnya sudah lebih dahulu dari Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011;

4) bahwa permohonan hak uji material *a quo* sudah pernah diajukan oleh Pemohon dengan objek yang sama dengan register perkara Nomor 37P/HUM/2010;

5) bahwa bagi peraturan perundang-undangan yang sudah pernah diajukan hak uji material berdasarkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2004 tentang Hak Uji Material, maka permohonan tersebut oleh Pemohon terkena asas *nebis in idem*, dan oleh karenanya permohonan dari Pemohon dinyatakan tidak dapat diterima;

6) bahwa oleh karena permohonan hak uji material dinyatakan tidak dapat diterima, maka Pemohon dihukum membayar biaya perkara.

Penerbit ANDI

Berdasarkan pertimbangan hukum di atas, pada Amar Putusan Nomor 22P/Hum/2012, Mahkamah Agung memutuskan:

Menyatakan permohonan keberatan hak uji material dari Pemohon HIMPUNAN KAWASAN INDUSTRI INDONESIA tersebut tidak dapat diterima;

Menghukum Pemohon keberatan hak uji material untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah).

Data di atas menunjukkan bahwa Mahkamah Agung telah menafsirkan diri sebagai pengadilan yang memiliki kompetensi absolut untuk menguji secara material SE. Putusan Mahkamah Agung yang menyatakan permohonan pemohon tidak dapat diterima karena *nebis in idem*, maka Mahkamah Agung menjadi tidak berwenang menguji permohonan hak uji material SE-P yang sama.

F. Analisis Mekanisme Gugatan Perbuatan Melawan Hukum

Sebagaimana telah dikemukakan penulis pada uraian sebelumnya, sebagian ahli hukum berpendapat bahwa SE-P adalah termasuk bentuk perbuatan pemerintah menurut UU No. 30 Tahun 2014. Karena itu menguji SE-P adalah sama dengan menguji perbuatan pemerintah. Apabila perbuatan pemerintah tersebut menimbulkan kerugian pada orang atau pihak lain, maka pemerintah telah melakukan perbuatan melawan hukum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer). Mekanisme ini merupakan pengujian SE-P melalui gugatan perbuatan melawan hukum. Hal ini juga dikemukakan oleh Gayus Lumbun, bahwa SE-P adalah bukan hukum. Jika SE-P menimbulkan kerugian pada orang atau pihak lain, maka pembuat SE-P telah melakukan perbuatan melawan hukum. Pejabat atau badan pembentuk SE-P wajib memberikan ganti rugi kepada pihak yang dirugikan.

Menurut S. Prajudi Atmosudirjo bahwa SE-P tidak dapat dilakukan pengujian secara material. Apabila SE-P dianggap menimbulkan kerugian, maka yang diselesaikan adalah perbuatan pembuatan SE-P yang dapat menimbulkan kerugian. Penyelesaiannya dilakukan melalui mekanisme perbuatan melawan hukum kepada Pengadilan Umum. Penyelesaian ini didasarkan pada pendapat bahwa SE-P adalah bukan aturan hukum, sehingga

Penerbit ANDI

jika SE-P dinilai merugikan maka yang dinilai adalah *perbuatannya* (kursip dari penulis) yaitu perbuatan nyata/fisik membuat SE-P sebagai perbuatan melawan hukum yang menimbulkan kerugian. Tampaknya, S. Prajudi Atmosudirjo menggolongkan perbuatan itu sebagai perbuatan perdata yang menimbulkan kerugian, sehingga dianggap sebagai perbuatan yang melawan hukum. Dalam KUHPer perbuatan ini diatur di dalam Pasal 1365 KUHPer. Menurut Hukum Acara Perdata sebagaimana terdapat dalam *Het Herziene Indonesich Reglement* (HIR) (S. 1941-44) atau Reglemen Indonesia yang Diperbaharui (RIB), perbuatan melawan hukum dapat diajukan penyelesaiannya ke Pangadilan Umum. Pendapat tersebut dapat dikatakan sebagai solusi yang ditawarkan untuk menyelesaikan norma SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB karena adanya kekosongan hukum tentang penyelesaiannya. Namun menurut penulis bentuk solusi tersebut tidak tepat karena perbuatan melawan hukum yang diatur Pasal 1365 KUHPer adalah perbuatan nyata/konkret/fisik yang menimbulkan kerugian pada pihak lain sedangkan SE-P adalah suatu norma karena berisi kaidah/ketentuan tentang perbuatan yang perlu dilakukan atau tidak perlu dilakukan.

Pendapat senada juga dikemukakan oleh Bagir Manan. Menurutnya penyelesaian permasalahan SE-P tidak dapat dilakukan secara hukum (*rechtsmatigheid*) tetapi bisa diselesaikan berdasarkan tujuan hukumnya (*doelmatigheid*). Hal ini dapat diajukan gugatan ke pengadilan untuk menguji apakah pembuatan SE-P telah sesuai dengan tujuannya. Menurut penulis, pendapat ini sama dengan pendapat S. Prajudi Atmosudirjo dan kurang tepat, karena yang diajukan ke pengadilan bukan permasalahan norma SE-P melainkan perbuatan pembuatan SE-P yang dinilai merugikan pihak lain.

Safri Nugraha et al menyatakan peraturan kebijakan merupakan produk perbuatan administrasi negara (pemerintah) sebagai hukum bayangan (*spiegelrecht*) yang membayangi undang-undang. Hukum aslinya adalah dari legislator sedangkan hukum bayangannya dari administrasi negara (pemerintah). Meskipun peraturan kebijakan bukan hukum namun peraturan kebijakan merupakan bagian dari kegiatan pemerintah. Dalam hal terjadi kerugian akibat peraturan kebijakan, maka pemerintah telah melakukan perbuatan melawan hukum. Mekanisme penyelesaiannya adalah melalui pengajuan gugatan perbuatan melawan hukum ke pengadilan.

Penerbit ANDI

G. Analisis Mekanisme Gugatan Sengketa Tata Usaha Negara

Sebagian ahli hukum lain menyatakan pengujian SE-P dapat dilaksanakan melalui mekanisme gugatan TUN ke PTUN. Pendapat ini didasarkan pada pandangannya yang menyatakan SE-P menjadi objek PTUN. Hal ini dikemukakan oleh Bayu Dwi Anggoro bahwa kewenangan PTUN telah diperluas, karena tidak hanya berwenang mengadili sengketa TUN tetapi juga mengadili peraturan kebijakan. SE-P merupakan peraturan kebijakan, dan peraturan kebijakan tersebut adalah salah satu bentuk perbuatan pemerintah, sehingga jika SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB dapat diajukan gugatan kepada PTUN. Pendapat Bayu Dwi Anggoro sejalan dengan pendapatnya S. Prajudi Atmosidurjo dan Bagir Manan, meskipun ketiga ahli hukum tersebut berbeda pendapat mengenai lembaga pengadilan yang berwenang menyelesaikannya. Jika S. Prajudi Atmosudirjo dan Bagir Manan menyatakan penyelesaian norma SE yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan melalui Pengadilan Umum, sedangkan Bayu Dwi Anggota menyatakan lembaga yang berwenang menyelesaikan permasalahan ini adalah PTUN karena kompetensi PTUN telah diperluas oleh UU No. 30 Tahun 2014, yakni bukan hanya menyelesaikan sengketa Keputusan TUN tetapi juga menyelesaikan tindakan pejabat Tata Usaha Negara (pemerintah).

Aminuddin Ilmar menyatakan tindakan pemerintahan perlu dilakukan pengujian, yang tujuannya agar tindakan pemerintah sesuai dengan landasan hukum yang menjadi wewenangnya dan menghindari tindakan tanpa dasar hukum (sewenang-wenang). Pengujian tindakan pemerintah disesuaikan dengan jenis tindakan atau perbuatannya. Tindakan pemerintah yang bersifat publik dipertanggungjawabkan berdasarkan hukum publik. Tindakan atau perbuatan pemerintah dalam bentuk Keputusan TUN dan berdasarkan tindakan bebas (diskresi), maka pengadilan yang berwenang mengadili adalah PTUN . Pendapat ini didasarkan pada pandangannya yang menggolongkan perbuatan pemerintah dalam bentuk Keputusan TUN dan tindakan bebas (diskresi) sebagai tindakan hukum publik, sehingga yang berwenang menguji perbuatan pemerintah tersebut adalah PTUN.

Penerbit ANDI

Penulis tidak sependapat dengan upaya pengujian SE-P ke PTUN, karena SE-P dan objek PTUN berbeda. Menurut Pasal 47 UU No. 5 Tahun 1986 objek PTUN adalah sengketa KTUN, yang disebabkan oleh KTUN yang merugikan hak masyarakat. Sebagaimana telah penulis kemukakan pada uraian sebelumnya, KTUN adalah norma yang bersifat individual, konkret, dan final sedangkan SE-P adalah norma yang bersifat umum dan abstrak. KTUN merupakan ketetapan sedangkan SE-P merupakan peraturan. PTUN tidak mempunyai wewenang mengadili atau menguji peraturan karena hanya berwenang mengadili KTUN. Karena itu adalah tidak tepat jika pengujian SE-P diajukan ke PTUN.

Penerbit ANDI

Penerbit ANDI

BAB VI

BANGUNAN KONSEP HUKUM PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN (SAMPEL PENGUJIAN: SE-P)

Pengujian peraturan kebijakan sudah perlu mendapatkan perhatian hukum. Belum adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur peraturan kebijakan dan pengujian peraturan kebijakan berdampak pada gangguan hak hukum masyarakat dan tidak perlindungan hukumnya. Praktik pengujian peraturan kebijakan menimbulkan ketidakpastian hukum dan tidak adanya jaminan hukum terjaganya hak-hak hukum masyarakat. Hasil penelitian memerlukan adanya bangunan hukum yang mampu mengatasi permasalahan tersebut. Bangunan hukum dimaksud meliputi tiga aspek yaitu dasar pengujian, penguji, dan mekanisme pengujian.

Penerbit ANDI

A. Dasar Pengujian

1. Peraturan Kebijakan sebagai Objek Pengujian

Sampel SE sebagai sampel pengujian peraturan kebijakan merupakan fenomena yang muncul dalam penyelenggaraan pemerintahan dan negara. Semua tingkatan pejabat pemerintah, bahkan pejabat negara, telah membentuk SE, dan SE sudah dijadikan instrumen dalam rangka melaksanakan tugas dan kewajibannya, agar tetap berdasarkan atas hukum. Fakta ini menunjukkan bahwa keberadaan SE tidak dapat diabaikan, bahkan sudah menjadi fenomena yang hidup yang diterima oleh semua kalangan.

Fakta lain memperlihatkan banyak SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Dampaknya adalah masyarakat tidak dapat menikmati hak-hak yuridis yang diberikan dan dijamin oleh peraturan perundang-undangan. Masyarakat merasa dirugikan hak-hak

yuridisnya oleh SE-P tersebut. Sesuai dengan Pasal 27 Ayat (1) UUD 1945 bahwa setiap warga negara (masyarakat Indonesia) memiliki kesamaan di depan hukum dan pemerintahan, maka setiap orang berhak atas hak-hak yuridis sebagaimana yang dinikmati oleh orang lain. Dalam hal hak-haknya dirugikan, masyarakat mempunyai hak yang sama di hadapan hukum, termasuk mengajukan upaya hukum dalam bentuk pengujian SE-P yang merugikannya. Namun sampai saat ini masyarakat belum mempunyai kepastian hukum untuk mengajukan hak uji material terhadap SE-P tersebut, karena tidak ada hukum positif yang mengatur dan memberikan solusi atas permasalahan pengujian SE-P tersebut.

Akibat kondisi di atas, persoalan pengujian SE-P menjadi perdebatan di kalangan ahli hukum. Sebagian ahli hukum berpendapat bahwa SE-P dapat diuji secara material sedangkan sebagian ahli hukum lain berpendapat SE-P tidak dapat diuji secara material. Para praktisi hukum, termasuk hakim MA pun masih saling berbeda pemikiran dan pertimbangan hukum dalam mempertimbangkan pengujian SE-P secara material. Apabila dianalisis, penulis berpendapat bahwa perbedaan pendapat para ahli hukum dan hakim dalam Putusan MA menunjukkan bahwa persoalan pengujian SE-P belum ada solusinya.

Apabila penulis mengkaji pandangan para ahli hukum terhadap dasar kewenangan pembentukan SE-P, semua para ahli hukum sepakat bahwa SE-P dibentuk pemerintah berdasarkan kewenangan diskresi (*freies remessen*). Seperti dikemukakan oleh Neil Mc.Feerley dan J.B.J.M. ten Berge yang diikuti oleh S. Prajudi Atmosudirdjo bahwa pemerintah memiliki kebebasan untuk mengambil kebijakan berdasarkan kewenangan bebas (diskresi). Meskipun demikian, perbedaan pendapat para ahli hukum muncul kembali mengenai batas kebebasan (diskresi) pemerintah dalam membentuk SE-P. Sebagian Ahli hukum berpendapat bahwa penggunaan diskresi pemerintah harus tetap dalam batas hukum yang mengaturnya, yang kemudian disebut kebebasan terikat (diskresi terikat). Sebagian ahli hukum lainnya berpendapat bahwa penggunaan diskresi oleh pemerintah tidak terbatas, yang kemudian disebut kebebasan tidak terikat (diskresi tidak terikat).

Penerbit AND

Akibat perbedaan pendapat mengenai batas penggunaan diskresi oleh pemerintah, timbul kembali perbedaan paham para ahli hukum mengenai SE-P sebagai objek hak uji material atau bukan objek hak uji material. Pendapat yang menyatakan kewenangan diskresi bukan tanpa batas (diskresi terikat) mengemukakan bahwa pembuatan SE-P tetap dibatasi oleh peraturan perundang-undangan. Apabila SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan maka SE-P dapat diuji secara material terhadap peraturan perundang-undangan. Pendapat ini akhirnya menyatakan SE-P adalah objek hak uji material. Sebaliknya pendapat yang menyatakan kewenangan diskresi tanpa batas (diskresi tidak terikat) mengemukakan bahwa pembuatan SE-P dapat menyimpang dari peraturan perundang-undangan. Apabila SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, maka SE-P tersebut tidak bisa diuji secara material terhadap peraturan perudang-undangan. Pendapat ini menyimpulkan SE-P adalah bukan objek hak uji material.

Penulis berpendapat, persoalan di atas dapat dianalisis dengan filosofi kedaulatan negara Indonesia. Secara filosofis, Indonesia sebagai negara yang berdaulat mempunyai kekuasaan tertinggi. Pandangan hidup Bangsa Indonesia yang juga sebagai ideologi dan dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang disebut Pancasila menggariskan filosofi kerakyatan dalam menyelesaikan permasalahan hukum, sebagaimana dinyatakan di dalam Sila Keempat Pancasila, bahwa "Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan". Sila keempat ini meletakkan dasar cara pandang bangsa Indonesia mengenai kedaulatan negara sebagai kekuasaan tertinggi menyelesaikan permasalahan hukum.

Selanjutnya Sila Keempat Pancasila dijabarkan lebih lanjut ke dalam hukum dasar yakni UUD 1945, yang kemudian menjadi landasan konstitusional Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dalam Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 dinyatakan bahwa "kedaulatan ada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar". Pasal ini memberikan landasan konstitusi bagi seluruh rakyat Indonesia agar dalam melaksanakan kedaulatannya perlu mengacu aturan dasar di dalam UUD 1945. Salah satu aturan dasar yang diacu adalah Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang menegaskan bahwa "Indonesia adalah negara hukum". Ini berarti, melalui

Penerbit ANDI

pasal ini, kedaulatan rakyat menjelma menjadi negara hukum, sehingga pelaksanaan kedaulatan rakyat harus sesuai dengan hukum yang berlaku.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (3) dan Alinea Keempat Pembukaan UUD 1945 Indonesia menjadi Negara Hukum Kesejahteraan (*welfare staat*). Salah satu konsekuensinya adalah pemerintahan Indonesia harus berdasarkan hukum atau peraturan perundang-undangan. Ini berarti tidak ada perbuatan pemerintah Indonesia yang tidak berdasarkan atas hukum dan tidak dapat dipertanggungjawabkan secara hukum. Dengan demikian penggunaan kewenangan diskresi oleh pemerintah terikat pada hukum atau peraturan perundang-undangan. Pemerintah tidak boleh menyimpang dari peraturan perundang-undangan dalam menggunakan diskresi. Negara dan pemerintah sebagai pencipta dan penegak hukum dalam segala kegiatannya harus tunduk pada hukum yang berlaku. Meskipun pemerintah atau eksekutif memiliki kebebasan bertindak (diskresi), namun tindakan diskresi tersebut tetap harus dipertanggungjawabkan secara hukum. Hal ini sesuai dengan prinsip kewenangan pemerintahan yaitu *geen bevoegheid zonder verantwoordenlijkeheid* (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban). Secara epistimologi terdapat rasionalisme pengujian norma SE-P sebagai konsekuensi dari paham negara hukum kesejahteraan yang dianut oleh Indonesia. Pengujian peraturan kebijakan secara material merupakan hal yang logis dilakukan, sebagai bentuk pertanggungjawaban pemerintah sebagai eksekutif. Pengujian SE-P merupakan kebenaran yang dapat diterima secara rasional. Karena itu, pembentukan peraturan kebijakan, termasuk membentuk SE-P, tidak boleh menyimpang dari peraturan yang berlaku. Jika SE-P bertentangan dengan peraturan yang berlaku, maka SE-P tersebut dapat menjadi objek hak uji material.

Selanjutnya, jika penulis menganalisis lebih lanjut pendapat para ahli hukum dan data penelitian sebagaimana dikemukakan pada Bab II dan Bab III, penulis menemukan permasalahan lain yaitu mengenai aspek pengujian SE-P. Para ahli hukum mempermasalahkan, apakah pengujian SE-P dilakukan terhadap aspek norma SE-P atau dilakukan terhadap aspek perbuatan membentuk SE-P?. Jika pengujian terhadap norma SE-P maka persoalan ini adalah persoalan pertentangan norma antara norma SE-P

Penerbit ANDI

dengan norma peraturan perundang-undangan. Namun, jika merupakan pengujian terhadap perbuatan membentuk SE-P, maka persoalan ini adalah persoalan perbuatan nyata pemerintah yang diuji dengan peraturan perundang-undangan yang memberikan dasar kewenangan bertindaknya.

Seorang ahli Hukum Administrasi Negara, S. Prajudi Atmosudirdjo menyatakan salah satu perbuatan hukum administrasi negara (pemerintah) adalah perbuatan membuat legislasi semu (*pseudowetgeving*) atau hukum bayangan. Legislasi semu adalah hukum bayangan (*spiegelrecht*) yang membayangi undang-undang atau hukum yang bersangkutan, yang diciptakan oleh pejabat administrasi negara (pemerintah). Hukum bayangan disebut oleh ahli hukum lain sebagai peraturan kebijakan, yang sebenarnya peraturan itu dimaksudkan untuk menjadi garis-garis pedoman (*rechtlijnen*) pemerintah dalam menjalankan suatu ketentuan undang-undang akan tetapi dipublikasikan secara luas. Lebih lanjut S. Prajudi Atmosudirdjo menyatakan bahwa pembentukan legislasi semu didasarkan pada kewenangan diskresi yang dimiliki pejabat pemerintah, namun tetap tidak boleh bertentangan dengan undang-undang atau peraturan yang mengaturnya.

Apabila legislasi semu (peraturan kebijakan) bertentangan dengan undang-undang atau peraturan yang mengaturnya, menurut S. Prajudi Atmosudirjo penyelesaiannya adalah dengan pengujian atau penilaian atas perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige overheidaad*). Ini berarti, apabila norma SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau peraturan yang lebih tinggi, maka yang diujinya adalah bukan norma SE-P dan yang dinyatakan salah (bertentangan) bukan norma SE-P, tetapi yang diuji dan dinyatakan salah adalah perbuatan pemerintah membentuk SE-P. Perbuatan pemerinah yang membentuk SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dianggap sebagai perbuatan melawan hukum.

Secara yuridis normatif perbuatan melawan hukum diatur di dalam Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (disingkat KUHPer). Pasal 1365 KUHPer menyatakan "tiap perbuatan melawan hukum yang membawa kerugian kepada orang lain mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut".

Penerbit ANDI

Beberapa ahli hukum mengartikan "perbuatan melawan hukum" atau "perilaku bahaya" sebagai perbuatan yang melawan hukum (peraturan perundang-undangan) dan memberikan tanggung jawab kepada pelaku atas suatu kerugian yang timbul melalui gugatan yang tepat. Pendapat ini menggolongkan perbuatan pemerintah membentuk SE-P sebagai perbuatan perdata, sehingga masyarakat yang dirugikan dapat mengajukan gugatan yang tepat, yaitu gugatan perbuatan melawan hukum ke pengadilan perdata (pengadilan negeri).

Berdasarkan uraian tersebut, penulis dapat menyatakan bahwa menurut S. Prajudi Atmosudirjo penilaian/pengujian terhadap SE-P adalah bukan penilaian/pengujian terhadap normanya tetapi penilaian/pengujian terhadap perbuatan membuat SE-P. Norma SE-P disamakan dengan perbuatan nyata (fisik) membentuk SE-P, sehingga ketika norma SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, maka yang dinilai/diuji adalah perbuatan (fisik) pemerintah membuat SE-P yang dianggap melawan hukum. Perbuatan membuat SE-P tersebut disamakan dengan perbuatan perdata yang menimbulkan kerugian, yang secara hukum perdata menjadi objek penyelesaian perkara perdata di pengadian negeri. Karena itu, S. Prajudi Atmosudirjo berpendapat SE-P adalah bukan objek pengujian hak uji material, karena yang diuji adalah perbuatan pemerintah membentuk SE-P sebagai perbuatan melawan hukum.

Rafly Harun secara tegas berpendapat bahwa SE-P tidak bisa dimintakan pengujian (*judicial review*) secara material terhadap peraturan perundang-undangan. Alasannya adalah SE-P bukan peraturan seperti halnya undang-undang, peraturan pemerintah, dan lain-lain peraturan yang bisa dimintakan pengujian. Rafly Harun menafsirkan norma SE-P tidak termasuk dalam kategori peraturan, sebagaimana peraturan yang dimaksud di Pasal 7 UU No. 10 Tahun 2004 yang diganti dengan Pasal 7 dan Pasal 8 UU No. 12 Tahun 2011, sehingga tidak dapat dimintakan pengujian melalui hak uji material. Lebih lanjut Rafly Harun menyatakan bahwa sejatinya SE-P itu hanyalah penjelasan dari pembentuk peraturan (*regulator*) dan tidak mengandung norma hukum baru dari pembentuk peraturan. Dengan demikian, Rafly Harun menganggap SE-P bukan merupakan objek hak uji material terhadap peraturan perundang-undangan atau peraturan yang lebih tinggi.

Penerbit ANDI

Laica Marzuki, dengan mengacu pendapat Utrech, menyatakan bahwa seseorang atau badan hukum perdata tidak dapat mempermasalahkan peraturan kebijakan ke hadapan hakim. Alasannya adalah lembaga peradilan tidak dapat mengadili peraturan kebijakan, karena pengadilan tidak memiliki kompetensi untuk menilai peraturan kebijakan. Apabila pengadilan mendapat permohonan pengujian peraturan kebijakan, maka hakim tidak akan menilai norma peraturan kebijakan tetapi hakim menilai perbuatan pembuat peraturan kebijakan sebagai tindakan melampaui wewenang (*onrechtmatigeoverheidsdaad*) atau tidak melampaui wewenangnya. Peraturan kebijakan adalah bukan peraturan perundang- undangan, karena itu pengujian secara material terhadap peraturan kebijakan tidak dapat dilakukan. Apabila dikaitkan dengan SE-P, pendapat ini melihat SE-P dari dua aspek, yaitu dari aspek perbuatan membuat SE-P dan dari aspek norma SE-P. Apabila norma SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, maka yang dapat diuji adalah aspek perbuatan membentuk SE-P. Aspek norma SE-P tidak dapat uji secara material, karena norma SE-P adalah bukan peraturan perudang-undangan, sehingga SE-P dipandang bukan objek pengujian secara material oleh pengadilan. Ini berarti apabila pengadilan mendapat permohonan pengujian SE-P, maka hakim tidak akan menilai norma SE-P tetapi menilai perbuatan pembentuk SE-P sebagai tindakan melampaui wewenang (*onrechtmatigeoverheidsdaad*) atau tidak melampaui wewenang.

Bagir Manan menyatakan peraturan kebijakan tidak termasuk dalam peraturan perundang-undangan, karena tidak dibentuk berdasarkan kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan. Peraturan ini dibentuk berdasarkan kewenangan diskresi (*freies ermessen*) pemerintah, dalam rangka melaksanakan tugasnya. Kewenangan diskresi (*freies ermessen*) adalah kewenangan yang melekat pada pejabat administrasi (pemerintah) berdasarkan kewenangan administratif semata dan bukan kewenangan perundang-undangan. Karena itu peraturan yang dibentuk berdasarkan kewenangan diskresi, termasuk SE-P, disebut peraturan kebijakan dan itu bukan peraturan perundang-undangan, sehingga SE-P adalah bukan objek hak uji material.

PENERBIT ANDI

Meskipun peraturan kebijakan tidak dibentuk berdasarkan kewenangan perundang-undangan namun menurut Van Krevel yang dikutip oleh Safri Nugraha bahwa peraturan kebijakan (*beleidregels*) tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang memberikan kewenangan diskresionernya. Pada kondisi lain, lebih lanjut Safri Nugraha menyatakan *beleidsregels* bukan hukum tetapi merupakan ketentuan yang dibentuk untuk tujuan menyimpangi hukum positif, sehingga secara otomatis SE-P tidak dapat diuji secara material. Dengan demikian, pendapat-pendapat ahli hukum ini menyatakan SE-P adalah bukan objek pengujian secara material.

Pandangan serupa dikemukakan oleh Bayu Dwi Anggoro. Menurutnya SE-P memang bukan peraturan perundang-undangan (*regeling*), bukan pula keputusan tata usaha negara/pemerintah (*beschikking*), melainkan peraturan kebijakan (*beleidsregels*) atau peraturan perundang-undangan semu (*pseudo wetgeving*). Pendapat ini sejalan dengan pendapat Jimly Asshidiqqie, H.A.S. Natabaya, H.M. Laica Marzuki, dan Philipus M. Hadjon yang menyatakan *beleidsregels* atau *pseudowegeving* adalah produk hukum yang isinya secara material mengikat, namun bukan peraturan perundang-undangan karena ketiadaan wewenang perundang-undangan pembentuknya untuk membentuk peraturan kebijakan. SE-P adalah salah satu jenis peraturan kebijakan, yang merupakan produk tindakan pemerintah dalam rangka pelayanan publik untuk kemaslahatan warga. Karena itu menurut para ahli hukum ini peraturan kebijakan, termasuk SE, bukan objek hak uji material sehingga tidak dapat diajukan pengujian secara material kepada Mahkamah Agung.

Gayus Lumbun juga menyatakan bahwa SE-P tidak termasuk peraturan perundang-undangan dan tidak diatur di dalam Pasal 7 dan Pasal 8 UU No. 12 Tahun 2011. Lebih lanjut Gayus Lumbun menyatakan SE-P bukan merupakan norma hukum, namun hanya norma yang bersifat memberi perintah atau petunjuk kepada jajaran pejabat pemerintah di bawahnya. Pengujian oleh lembaga peradilan hanya dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan bukan terhadap SE-P. Karena itu SE-P tidak dapat dilakukan pengujian secara material oleh Mahkamah Agung, sehingga SE-P adalah bukan objek hak uji material.

Penerbit AND

Victor Imanual W. Nalle melihat pengujian SE dari sistem hukum Indonesia. Dalam sistem hukum Indonesia terdapat dua lembaga yang berwenang melakukan *judicial review* yaitu Mahkamah Konstitusi (MK) dan Mahkamah Agung (MA). Hal ini sebagaimana diatur di dalam Pasal 24A dan Pasal 24C serta peraturan pelaksananya. Berdasarkan Pasal 24C UUD 1945 MK berwenang menguji UU terhadap UUD 1945, sedangkan berdasarkan Pasal 24A UUD 1945 MA berwenang menguji peraturan perundang- undangan di bawah UU terhadap UU. Peraturan perundang-undangan yang dimaksud adalah sebagaimana yang disebutkan secara hierarki di dalam Pasal 7 UU No. 12 Tahun 2011. Sesuai ketentuan tersebut, menurut Victor Imanual W. Nalle sebagian besar ahli hukum mengategorikan peraturan kebijakan, termasuk SE-P, bukan peraturan perundang-undangan dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Jika demikian, tidak terdapat lembaga peradilan yang dapat melakukan uji material terhadap SE-P karena Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi hanya dapat menguji peraturan perundang- undangan. Karena itu SE-P adalah bukan objek hak uji material.

Pandangan para ahli hukum di atas didasarkan pada paham positivisme hukum yang sempit, yang hanya melihat hukum positif pada peraturan perundang-undangan. Bahkan sebagian ahli hukum di atas juga dipengaruhi oleh paham *legisme* yang menyatakan bahwa hukum itu adalah UU. Karena tidak ada satu pun UU atau peraturan perundang-undangan yang mengatur SE-P dan pengujian SE-P, maka sebagian ahli hukum di atas menyatakan SE-P bukan objek hak uji material. Paham-paham ini menimbulkan stagnasi hukum, karena ada persoalan hukum yang tidak dapat diselesaikan secara hukum. Hal ini tidak sejalan dengan prinsip negara hukum kesejahteraan, negara hukum material, atau negara hukum modern yang dianut oleh Indonesia yang menyatakan tidak ada perbuatan yang tidak dapat dikontrol oleh hukum..

Pada negara hukum modern telah terjadi pergeseran paham asas legalitas. Asas legalitas yang semula diartikan pemerintahan berdasarkan atas undang-undang atau peraturan perundang-undangan (*wetmatigheid van het bestuur*) bergeser menjadi pemerintahan berdasarkan atas hukum (*rechtsmatigheid van het bestuur*). Pergeseran ini dipengaruhi

PenerbitANDI

oleh perubahan peran rakyat, yang semula sebagai pihak yang dikuasai pemerintah, kini berubah sebagai partner pemerintah dalam mencapai tujuan pemerintah. Pada perkembangannya, peran rakyat sebagai partner masih menjadi kendala pemerintah maupun rakyat untuk mencapai kehidupan yang diinginkan manusia karena semua hukum belum mampu membantu tugas pemerintah untuk mencapai tujuannya. Karena itu, paham asas legalitas berdasarkan hukum tersebut bergeser menjadi pemerintahan berdasarkan tujuan (*doelmatigheid van bestuur*). Pergeseran ini memberikan wewenang kepada pemerintah, utamanya dalam hal mendesak dan demi kepentingan warga negara, pemerintah dibenarkan bertindak menyimpang dari undang-undang (diskresi tidak terikat) dengan menggunakan asas *opportunitas* untuk mencapai tujuannya.

Indonesia yang menganut negara hukum kesejateraan, negara hukum material, negara hukum modern, atau disebut negara hukum Pancasila sudah menganut paham asas legalitas yang berorientasi pada tujuan pemerintah (*doelmatigheid van bestuur*). Pancasila sebagai falsafah (pandangan atau pedoman) hidup bernegara adalah juga cita-cita luhur bangsa Indonesia menjadi dasar orientasi tindakan pemerintah. Nilai-nilai Pancasila, yang salah satunya adalah nilai keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia yang pada hakikatnya adalah kesejahteraan rakyat Indonesia, menjadi sasaran kinerja pemerintah yang harus diwujudkan. Dalam hal ini pemerintah Indonesia wajib melindungi dan menegakkan hak-hak yuridis warga negara untuk mencapai kesejahteraannya. Meskipun demikian, pemerintah tidak dapat melakukan tindakan sewenang-wenang atau melampaui wewenang, sehingga ketika terjadi SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan perlu dicarikan solusi penyelesaiannya.

Mengingat hal di atas, sebagian ahli hukum lain berpendapat bahwa SE-P adalah objek hak uji material terhadap peraturan perundang-undangan atau peraturan yang lebih tinggi. Dalam negara hukum, pemerintah harus berdasarkan atas hukum atau UU. Ketika terjadi kekosongan hukum maka pemerintah dapat menggunakan diskresi untuk mengatasi kekosongan hukum itu dengan membentuk peraturan kebijakan. Meskipun demikian, sebagai negara hukum, pemerintah wajib

Penerbit ANDI

melindungi hak warga negara yang dirugikan oleh kebijakan pemerintah (pejabat administrasi negara) dan adanya *review* oleh lembaga judikatif, legislatif, dan eksekutif. Salah satu peraturan kebijakan, sebagai kebijakan publik, adalah SE-P. Evhhalen menyatakan jika kebijakan yang diambil pejabat publik dianggap menyalahi atau melanggar hukum, bukan pejabat publiknya yang ditindak, tetapi produk kebijakannyalah yang diuji melalui *review*/*toetsingrecht*. SE-P adalah wujud kebijakan yang diambil oleh pejabat publik, sehingga meskipun berbentuk peraturan kebijakan dan bukan peraturan perundang-undangan, namun apabila bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi, maka norma SE-P dapat dilakukan pengujian.

Evhhalen bercermin dari Putusan MA, misalnya Putusan MA No. 23P/HUM/2009, Putusan MA No. 3P/HUM/2010, dan Putusan MA lainnya sebagaimana dikemukakan pada tabel di bawah ini, yang telah memutuskan permohonan hak uji material terhadap SE-P. Evhhalen juga sepaham dengan pendapat ahli-ahli hukum yakni Bayu Dwi Anggoro, Jimly Asshidiqie, H.A.S. Natabaya, H.M. Laica Marzuki, dan Philipus M. Hadjon, yang pada akhirnya juga berpendapat bahwa SE-P dapat menjadi objek hak uji material. Karena itu, fakta Putusan MA tersebut merupakan bentuk pengujian semua produk perbuatan pemerintah yang berbentuk norma.

Penerbit ANDI

Apabila menganalisis perbedaan pendapat ahli hukum dan majelis hakim MA beserta alasannya masing-masing terhadap SE-P sebagai objek hak uji material dan bukan objek hak uji material, penulis dapat menggambarkan pendapat dan alasan yang menjadi dasar pertimbangannya adalah sebagai berikut:

a. S. Prajudi Atmosudirjo menyatakan SE-P bukan objek hak uji material karena tidak memuat norma hukum, dan pelanggaran terhadap SE-P merupakan perbuatan melawan hukum.

b. Rafly Harun menyatakan SE-P bukan objek hak uji material karena bukan peraturan perundang-undangan, tetapi sebagai penjelasan peraturan sehingga SE-P tidak memuat norma hukum baru. Tidak ada hukum positif yang mengatur pengujiannya.

c. Laica Marzuki menyatakan SE-P bukan objek hak uji material karena bukan peraturan perundang-undangan. Peradilan tidak dapat mengadili peraturan kebijakan karena pengadilan tidak memiliki kompetensi untuk menilai peraturan kebijakan. Apabila pengadilan mendapat permohonan pengujian peraturan kebijakan, maka hakim tidak akan menilai norma SE-P tetapi menilai perbuatan pembuat SE-P sebagai tindakan melampaui wewenang (*onrechtmatige-overheidsdaad*).

d. Bagir Manan menyatakan peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan, dan itu bukan objek pengujian oleh pengadilan.

e. Van Krevel dan Safri Sugraha SE-P bukan onjek hak uji material karena peraturan kebijakan bukan hukum, tapi sebagai ketentuan yang dibentuk untuk menyimpangi hukum positif.

f. Bayu Dwi Anggoro menyatakan pengadilan tidak berwenang menguji hak uji material karena SE-P bukan peraturan perundang-undangan (*regeling*) dan bukan keputusan tata usaha negara/pemerintah (*beschikking*), melainkan peraturan kebijakan (*beleidregels*) atau peraturan perundang-undangan semu (*pseudowetgeving*).

g. Jimly Asshidiqqie, H.A.S. Natabaya, H.M. dan Philipus M. Hadjon menyatakan *beleidregel* atau *pseudowetgeving* adalah produk hukum yang isinya secara material mengikat, namun bukan peraturan perundang-undangan, sehingga SE-P, tidak dapat diajukan pengujian secara material oleh Mahkamah Agung.

h. Gayus Lumbun menyatakan SE-P bukan norma hukum dan bukan peraturan perundang-undangan, sehingga tidak dapat dilakukan pengujian secara material oleh Mahkamah Agung.

i. Victor Imanual W. Nalle menyatakan SE-P bukan peraturan perundang-undangan, dan pengadilan hanya berwenang menguji peraturan perundang-undangan.

j. Majelis Hakim MA pada Putusan No. 27P/HUM/ 2015 menyatakan SE-P adalah bukan peraturan perundang- undangan, sehingga bukan kewenangan MA untuk mengujinya.

Penerbit ANDI

k. Majelis Hakim MA pada Putusan No. 46 P/HUM/ 2013 menyatakan SE-P bukan objek pengujian karena SE-P merupakan Keputusan Tata Usaha Negara yang berlaku umum dan bukan norma hukum yang mengikat

Pendapat ahli hukum menyatakan SE-P merupakan objek hak uji material. Pendapat dan alas an para ahli hukum ini adalah sebagai berikut:

a. Evhhalen menyatakan produk kebijakan dapat diuji melalui *review*/ *toetsingrech*.

b. Hotma P. Sibuea menyatakan peraturan kebijakan tidak boleh menerobos undang-undang. Jika peraturan kebijakan menerobos peraturan perundang-undangan maka norma peraturan kebijakan dapat diuji oleh peraturan perundang-undangan.

c. H.D. van Wijk/ Willen Konijnembelt menyatakan SE-P merupakan tindakan pemerintah, dan jika bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, maka norma SE-P dapat diuji.

d. Maria Farida Indrati Suprapto menyatakan norma peraturan kebijakan memiliki karakteristik norma perundang-undangan, sehingga dapat dianalogikan pengujiannya seperti peraturan perundang-undangan.

e. Abu Tholeb menyatakan SE-P adalah peraturan di bawah undang-undang, yang dapat diuji dengan undang-undang.

f. Agus Prayitno menyatakan SE-P mempunyai kekuatan seperti peraturan perundang-undangan, sehingga pengujiannya dapat seperti peraturan perundang-undangan.

g. Listrianto et all menyatakan SE-P termasuk peraturan perundang-undangan berdasarkan Pasal 7 (4) UU No, 10 Tahun 2004, sehingga dapat diuji seperti peraturan.

h. Seviane Hendrik TIIP menyatakan SE-P memiliki karakter norma perundang- undangan, sehingga dapat diuji normanya.

i. Irsan Noor menyatakan bahwa berdasarkan penjelasan Pasal 7 (4) UU No. 10 Tahun 2004 SE dapat digolongkan sebagai peraturan perundang-undangan sehingga dapat diuji normanya.

Penerbit ANDI

j. Sudarnoto Abdul Hakim et all menyatakan SE-P memuat ketentuan yang mengatur (*regeling*) dan berlaku umum, sehingga menjadi objek hak uji material.

k. Sudarnoto Abdul Hakim et all menyatakan SE-P sebagai peraturan di bawah UU berdasarkan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004, sehingga menjadi objek pengujian.

l. Majelis Hakim MA pada Putusan No. 04P/HUM/ 2008 menyatakan SE-P sebagai peraturan, yang dapat disamakan dengan peraturan perundang-undangan. Pengajuan hak uji material SE-P masih dalam batas waktu 180 hari, sehingga MA masih berwenang mengujinya.

m. Majelis Hakim MA pada Putusan No. 23P/HUM/ 2009 menyatakan faktanya SE-P berisi larangan. SE-P dapat digolongkan sebagai bentuk peraturan perundang-undang, sehingga dapat diuji melalui MA.

n. Majelis Hakim MA pada Putusan No. 22/HUM/ 2010 menyatakan SE-P memuat ketentuan yang mengatur (*regeling*), memenuhi syarat sebagai peraturan di bawah UU, sehingga MA berwenang mengujinya secara material.

o. Majelis Hakim MA pada Putusan No. 37 P/HUM/ 2010 menyatakan SE-P memiliki karakter perundang- undangan. MA berwenang mengujinya. Apabila permohonan pengujian yang diajukan melewati batas waktu 180 hari, maka hak uji material menjadi hilang.

p. Majelis Hakim MA pada Putusan No. 22P/Hum/ 2012 menyatakan SE-P memiliki karakter norma peraturan perundang- undangan, sehingga dapat diuji secara material oleh MA.

q. Majelis Hakim MA pada Putusan No. 09 P/HUM/ 2013 menyataan SE-P memiliki karateristik seperti peraturan, sehingga MA berwenang mengujinya.

Dua kelompok ahli hukum dan hakim MA di atas berbeda pendapat terhadap SE-P sebagai objek pengujian atau bukan objek pengujian. Perbedaan didasarkan pada perbedaan penafsiran terhadap SE-P. Dasar perbedaan pertama adalah perbedaan penafsiran terhadap norma SE-P sebagai peraturan dan bukan peraturan. Dasar perbedaan kedua adalah

Penerbit ANDI

perbedaan penafsiran SE-P terhadap hukum positif yang terbatas pada peraturan perundang-undangan dan yang tidak terbatas pada peraturan perundang-undangan. Analisis terhadap kedua dasar perbedaan penafsiran tersebut, diuraikan di bawah ini.

a. Penafsiran terhadap Norma Surat Edaran

   Para ahli hukum dan majelis hakim MA di atas menafsirkan karakteristik norma SE-P berdasarkan karakteristik norma peraturan perundang-undangan. Sebagian ahli hukum dan majelis hakim MA tersebut menafsirkan bahwa norma SE-P memiliki karakteristik (ciri-ciri) norma peraturan perundang-undangan, sedangkan sebagian ahli hukum dan majelis hakim MA lain menafsirkan bahwa norma SE-P tidak memiliki karakteristik (ciri-ciri) norma peraturan perundang-undangan. Di Indonesia, peraturan perundang-undangan merupakan jenis norma hukum yang tertulis, dibentuk oleh pejabat atau lembaga yang berwenang, dan berlaku mengikat secara umum. Selain itu di Indonesia terdapat norma hukum lain selain peraturan perundang-undangan, yaitu hukum adat atau kebiasaan, yurisprudensi, dan traktat/perjanjian. Ini artinya hukum adalah norma, namun tidak semua norma adalah hukum. Dalam konteks pengujian peraturan, para ahli hukum mengukur suatu norma sebagai norma hukum dilihat dari karakteristik norma peraturan perundang-undangan. Karena hukum positif hanya mengatur pengujian terhadap norma peraturan perundang-undangan, dan tidak mengatur pengujian terhadap norma-norma lainya. Apabila suatu norma memiliki karakteristik norma peraturan perundang-undangan, maka norma itu adalah norma hukum. Sebaliknya, apabila suatu norma tidak memiliki karakteristik norma peraturan perundang-undangan, maka norma itu adalah bukan norma hukum. Dari perbedaan penafsiran terhadap karakteristik norma SE-P, akhirnya pendapat para ahli hukum dan majelis hakim MA berbeda kesimpulan terhadap SE-P sebagai objek hak uji material. Sebagian menyimpulkan bahwa SE-P adalah objek hak uji material dan sebagian lain menyimpulkan bahwa SE-P adalah bukan objek hak uji material.

Penerbit ANDI

Terhadap perbedaan di atas, penulis perlu menganalisis filosofis suatu norma hukum. Norma berasal dari kata "norm" (Latin) yang artinya adalah pedoman atau ukuran. Dalam konteks hukum, norma diartikan sebagai pedoman atau patokan sikap tindak manusia. Menurut Immanuel Kant norma merupakan suatu keharusan (*sollen*) bukan kenyataan (sein). Sebuah norma mengindikasikan keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan suatu sikap tindak. Suatu pernyataan merupakan norma apabila membentuk hubungan atau relasi keharusan, bukan kausal. Suatu norma menjadi norma hukum apabila merupakan perintah penguasa, kelalaian atau pelanggaran terhadapnya dihadapkan pada ancaman fisik atau sanksi.

Dilihat dari pengertian hukum, hukum adalah norma. Menurut Talcott Parson, hukum adalah sebuah kode normatif umum yang melakukan fungsi integratif. Hukum sebagai norma yang bersifat deontologis berada dan menghendaki adanya keteraturan dan ketertiban. Kedua kehendak (*sollen*) tersebut merupakan sifat atau karakter normatif dari hukum. Hukum memerlukan validitas normatif yang bergantung pada sistem hukumnya. Menurut Hans Kelsen dan Hans Nawiasky norma hukum termasuk ke dalam sistem norma yang dinamik, artinya norma yang dibentuk berdasarkan dan bersumber pada norma di atasnya. Hukum menjadi valid apabila dibentuk berdasarkan atau bersumber pada hukum yang di atasnya. Selain itu, hukum selalu terwujud dalam sebuah keputusan. Menurut teori keputusan, sifat keputusan adalah mengatur atau menetapkan. Keputusan yang mengatur adalah keputusan yang bersifat umum, yang disebut peraturan (*regeling*), sedangkan keputusan yang menetapkan adalah keputusan yang berlaku individual yang disebut ketetapan (*beschikking*). Dalam konteks hukum negara, keputusan yang bersifat mengatur (peraturan) dibentuk oleh lembaga atau pejabat yang berwenang. Secara deontologis keberadaan SE-P, fakta yang tampak ada dengan nomenklatur surat edaran, yang berisi kehendak/keharus, dengan tujuan untuk menciptakan ketertiban dan keteraturan perilaku, yang dibentuk oleh pejabat yang berwenang, dan bersumber pada kewenangan hukum yang dimiliki pejabat pemerintah, sehingga SE-P adalah benar sebagai norma hukum.

Penerbit ANDI

Menurut filsafat metafisika ontologis norma SE-P memiliki kebenaran filosofis sebagai norma hukum. Sebagaimana telah dikemukakan pada uraian sebelumnya, filsafat ontologis adalah filsafat yang mencari kebenaran hakiki atas sesuatu pembuktian keberadaannya secara materi dan/atau secara ide (rohani). Pembuktian secara materi adalah pembuktian secara fisik melalui pancaindera (indrawi) sedangkan pembuktian secara ide (rohani) adalah pembuktian secara konsep berpikir di dunia ide (rohani/spiritual). Sampel 368 SE-P membuktikan sebagai norma yang tertulis, dibentuk oleh pejabat yang berwenang, 72,49% normanya bersifat abstrak, 44,74% sasarannya adalah umum, dan 55,26% sasarannya berdampak umum membuktikan kebenaran materi/fisik (ontologis materialisme) norma SE-P sebagai norma hukum bersifat mengatur. Kebenaran materi ini didukung dengan bukti kebenaran idealis (ontologis idealisme) pada dunia ide. Menurut Plato dunia ide adalah dunia yang sesungguhnya sedangkan dunia materi/nyata adalah dunia bayangan. Plato mencontohkan fenomena yang terjadi pada dirinya ketika melakukan penelitiannya di dalam gua. Plato masuk ke dalam gua, kemudian duduk menghadap dinding gua dengan membelakangi mulut gua. Pada suatu ketika Plato melihat bayangan kuda yang melintasi mulut gua, yang tampak dilihatnya di dinding gua. Menurut Plato bayangan kuda di dinding gua yang dikenali Plato melalui panca indera tersebut adalah wujud materi tentang kuda, sedangkan kuda yang sebenarnya adalah yang berada di luar gua, yaitu ada di dunia ide. Alam di dalam gua dianalogikan sebagai alam nyata, sedangkan alam di luar gua dianalogikan sebagai alam ide. Bayangan kuda di dinding gua sebagai kenyataan kuda di dunia nyata yang dapat dikenali secara indrawi, sedangkan kuda sebesarnya yang melintasi mulut gua dianggap sebagai ide kuda yang ada di alam ide.

Berdasarkan pola pikir di atas, norma SE-P yang dipahami secara materi/fisik secara indrawi merupakan bayangan dari norma SE-P yang ada di dunia ide atau dunia pemikiran pemerintah. Dunia ide pemerintah tentang norma SE-P diberikan oleh Pembukaan UUD 1945 Alinea Keempat, Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, dan Pasal 1 angka 7 UU No. 30 Tahun 2014, sebagaimana isinya telah diuraikan pada

Penerbit ANDI

uraian sebelumnya. Berdasarkan ketentuan tersebut pemerintah memiliki tugas dan tanggung jawab menciptakan kesejahteraan rakyat. Ketika pemerintah mengalami kendala untuk melaksanakan tugas dan tanggung jawab tersebut karena adanya kekosongan hukum atau hukumnya tidak telas, maka pemerintah menggagas untuk menciptakan SE-P. Dalam gagasan pemerintah tercipta konsep SE-P, karena itu norma SE-P yang dibuat pemerintah merupakan perwujudan dari gagasan atau ide norma SE-P yang ada pada dunia ide pemerintah.

Norma SE-P sebagai norma hukum dan diterima sebagai pengetahuan hukum mendapat kebenaran filosofis dari filsafat epistimologis. Sebagaimana dikemukakan pada uraian sebelumnya bahwa filosofis epistilologi adalah cabang filsafat yang mencari kebenaran melalui metode ilmiah, sehingga epistimologi disebut sebagai filsafat pengetahuan. Norma SE-P sebagai norma hukum dapat dibuktikan dengan metode berpikir epistimologi empirisme dan/atau rasionalisme. Metode berpikir epistimologi empirisme adalah metode yang membuktikan kebenaran norma SE-P sebagai norma hukum melalui pengalaman. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, pengertian empiris adalah pengalaman (terutama yang diperoleh dari penemuan, percobaan, atau pengamatan yang dilakukan). Pengalaman merupakan fakta nyata, yang benar-benar terjadi, yang ditangkap oleh pancaindera. Pengalaman ini dapat membentuk pengetahuan objektif, karena didasarkan pada objek yang benar-benar terjadi. Selanjutnya yang dimaksud dengan metode berpikir epistimologi rasionalisme adalah metode yang membuktikan kebenaran norma SE-P sebagai norma hukum melalui akal atau logika. Hakikat sesuatu memiliki kebenaran sebagai pengetahuan apabila dapat diterima oleh akal. Dalam hal ini, akal dapat mengukur atau menilai fakta empiris sebagai sesuai yang logis atau tidak logis. Jika dinilai logis, maka hakikat itu menjadi kebenaran sebagai pengetahuan yang logis.

Jumlah sampel 368 SE-P memperlihatkan fakta pengalaman pemerintah dalam mengatur urusan pemerintah melalui norma SE-P. Pejabat pemerintah melakukan tindakan merancang, menyusun,

Penerbit AND

menetapkan, dan memberlakukan SE-P dalam pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan. Segala kemampuan inderawi telah digunakan untuk menyusun dan menerbitkan SE-P, yang secara aksiologi teleologis SE-P berhasil mengatasi kekosongan hukum atau stagnasi tugas pemerintahan. Karena itu, pengalaman membuat SE-P ini menjadi sumber pengetahuan semua pejabat pemerintah untuk membentuk SE-P pada semua urusan pemerintah, dilakukan dari waktu ke waktu, bahkan sampai dengan waktu yang tidak tentu, sehingga fakta hukum ini membuktikan kebenaran empiris norma SE-P sebagai norma hukum yang bersifat mengatur. Selain itu norma 368 SE-P sebagai norma hukum memperoleh kebenaran rasional, karena kebenaran 368 norma SE-P sebagai norma hukum diterima secara logis oleh akal (epistimologi rasionalisme). Secara logis, ketika pemerintah menghadapi kondisi konkret yang menghambat tugas pemerintah, maka pemerintah dapat menggunakan wewenang diskresinya untuk mengatasi hambatan tersebut. Teknis mengatasi hambatan yang bersifat hukum melalui norma SE-P adalah logis karena dalam hal pemerintah tidak memiliki delegasi atau atribusi legislasi untuk mengatasi hambatan melalui peraturan perundang-undangan, maka penggunaan kewenangan diskresi untuk membentuk peraturan kebijakan, termasuk membentuk SE-P, dapat diterima secara logis.

Selain hal di atas, kebenaran filosofis norma SE-P sebagai norma hukum diperoleh juga dari filsafat aksiologi. Filsafat aksiologi adalah filsafat nilai yang memberikan kebenaran hakiki norma SE-P dari aspek nilai. Filsafat nilai adalah filsafat yang terkait dengan nilai tingkah laku yang menjadi kajian filsafat etika dan nilai keindahan yang menjadi kajian filsafat estetika. Dalam konteks penulisan Disertasi ini, nilai kebenaran hakiki yang terkait dengan norma SE-P adalah nilai dalam filsafat aksiologi etika. Filsafat aksiologi etika dibedakan atas etika deontologi dan etika teleologi. Etika deontologi adalah etika yang menilai baik atau buruk suatu tingkah laku berdasarkan tingkah laku itu sendiri. Tingkat laku atau perbuatan yang dilakukan menjadi penilai baik atau buruknya tingkat laku itu sendiri. Etika teleologi adalah etika yang menilai baik atau buruk tingkah laku berdasarkan tujuannya

Penerbit ANDI

(hasilnya). Dalam konteks hukum, tujuan hukum yang mengatur tingkah laku adalah untuk menciptakan ketertiban, keteraturan, kepastian, keadilan, kemanfaatan, dan terjaminnya hak-hak setiap orang. Apabila tingkat laku itu dilakukan berdasarkan peraturan yang mengaturnya, maka menurut filsafat etika deontologi tingkat laku itu baik, karena telah sesuai dengan norma hukum yang mengaturnya. Sebaliknya apabila tingkah laku tidak sesuai dengan peraturan yang mengaturnya, maka menurut filsafat etika deontologi tingkat laku itu adalah buruk. Apabila tingkah laku itu menghasilkan hal yang baik, maka menurut filsafat etika teleologis tingkah laku itu adalah baik. Sebaliknya apabila tingkah laku itu menghasilkan hal yang tidak baik, maka menurut etika teleologi tingkah laku itu adalah tidak baik.

Data 368 SE-P adalah fakta empiris norma hukum berbentuk SE-P yang dibentuk oleh pemerintah berdasarkan kewenangan diskresi atau *freies ermessen*. Menurut teori Hukum Administrasi Negara dan Pasal 22 UU No. 30 Tahun 2014 kewenangan itu melekat pada setiap pejabat atau badan pemerintah sesuai dengan tingkat kewenangan dan bidang urusan pemerintahannya. Karena itu secara filsafat etika deontologi, norma SE-P yang dibentuk pemerintah mempunyai nilai kebaikan, karena pembentukannya telah sesuai dengan kewenangan diskresi yang dimiliki. Selain itu, sebagaimana telah dikemukakan di atas, tujuan pembentukan norma SE-P adalah untuk mengatasi kendala hukum konkret yang menghambat tugas pemerintah. Tujuan ini sangat baik bagi masyarakat Hukum Administrasi negara (pemerintah dan rakyat), sehingga norma SE-P sebagai norma hukum mempunyai nilai kebaikan karena menghasilkan tujuan yang baik (etika teleologis). Dengan demikian norma SE-P yang dibentuk oleh pemerintah dengan tujuan tersebut memiliki kebenaran hukum sebagai norma hukum yang mengatur.

Dilihat dari aliran filsafat hukum, norma SE-P memperoleh kebenaran filosofis dari aliran sejarah (mazhab sejarah) sebagai norma hukum yang mengatur. Sebagaimana dikemukakan di atas, mazhab sejarah mengajarkan bahwa hukum tidak dibentuk oleh penguasa/ lembaga pembentuk hukum tetapi tumbuh dan berkembang bersamaan

Penerbit ANDI

dengan tumbuh dan berkembangnya masyarakat. Pertumbuhan dan perkembangan hukum tersebut adalah sesuai dengan kesadaran dan kepercayaan hukum masyarakat sebagai hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat yang disebut jiwa bangsa (*volksgeist*). Hukum ini menampakkan diri pada wujudnya sebagai hukum kebiasaan, dan hukum kebiasaan dapat berubah apabila terjadi perubahan jiwa bangsa yang hidup di masyarakat/bangsa. Norma SE-P dibentuk oleh pejabat pemerintah sesuai dengan kewenangannya. Meskipun demikian sumber pembentukannya adalah jiwa bangsa yang muncul dalam kebutuhan hukum yang hidup di masyarakat hukum administrasi negara. Pembentukan norma hukum oleh pemerintah hanya sebagai konsekuensi dari negara sebagai organisasi kekuasaan yang mempunyai otoritas membentuk hukum, sehingga hukum negara harus dibentuk oleh pejabat yang berkuasa (berwenang). Banyaknya norma SE-P yang hidup dan tumbuh di dalam masyarakat hukum administrasi negara mencerminkan perwujudan atau refleksi jiwa bangsa yang dituangkan dan ditetapkan secara tertulis ke dalam norma SE-P. Karena itu mazhab sejarah ini menjadi dasar kebenaran filosofis keberadaan norma SE-P dan dasar pembangunan konsep hukum pengujian SE-P.

Mazhab Utilitarinisme ikut memperkuat kebenaran mazhab sejarah terhadap keberadaan norma SE-P sebagai norma hukum. Keberadaan, pertumbuhan, dan perkembangan norma SE-P membuktikan bahwa norma itu bermanfaat bagi sebesar-besarnya bangsa Indonesia. Norma SE-P dinilai baik oleh masyarakat atau Bangsa Indonesia karena bermanfaat bagi masyarakat atau Bangsa Indonesia. Bangsa Indonesia dapat menikmati hak yuridisnya melalui hubungan hukum yang diciptakan oleh SE-P. Pemerintah dan rakyat (masyarakat) dapat melaksanakan hak dan kewajibannya masing-masing, bahkan dapat mempertanggungjawabkan kewajibannya sesuai dengan norma hukum SE-P.

Dalam negara hukum, hukum dibentuk oleh negara melalui pejabat atau lembaga yang berwenang. Secara filosofis, hal ini sesuai dengan aliran positivisme hukum, yang menyatakan bahwa hukum adalah perintah penguasa, yang berisi perintah, kewajiban, kedaulatan,

Penerbit ANDI

dan dilekati sanksi. Di dalam negara hukum Indonesia, hukum yang dibentuk oleh pejabat atau lembaga yang berwenang disebut peraturan perundang-undangan. Hal ini dinyatakan dalam Pasal 1 angka 1 UU No. 12 Tahun 2011 mengartikan peraturan perundang-undangan sebagai hukum yang tertulis, dibentuk oleh lembaga atau pejabat yang berwenang, dan berlaku mengikat secara umum. Peraturan perundang-undangan yang sedang berlaku (sebagai hukum positif) tidak mengatur keberadaan peraturan kebijakan, termasuk SE-P, dan pengujian SE-P. Karena itu, positivisme hukum tidak memberikan pembenaran adanya norma SE-P karena tidak diatur di dalam peraturan perundang-undangan.

Ahmad Redi menyatakan suatu norma menjadi norma hukum apabila berisi perintah dan memiliki sanksi hukum. Selanjutnya Ahmad Redi menanyakan apakah norma SE-P memiliki sanksi hukum? Terhadap persoalan tersebut A. Hamid S. Attamimi, sebagaimana dikemukakan pada Bab II, menyatakan tidak semua norma hukum memiliki sanksi, tetapi dapat dilekati sanksi, artinya apabila diperlukan maka norma hukum dapat mengatur sanksinya. Apabila tidak memerlukan sanksi, maka norma hukum hanya mengatur perbuatan saja dan tidak mengatur sanksinya.

Dalam ilmu perundang-undangan, suatu peraturan perundang-undangan dapat berisi norma tunggal dan norma berpasangan. Jika berisi norma tunggal, maka peraturan perundang-undangan hanya mengatur suatu suruhan (*das sollen*) bagaimana seseorang hendaknya bertingkah laku atau bertindak di dalam masyarakat. Aturan ini berdiri sendiri karena tidak memiliki norma pasangannya yaitu norma sanksinya. Jika berisi norma berpasangan, maka peraturan perundang-undangan tersebut mengatur dua norma yang saling berpasangan. Norma pertama disebut norma primer dan norma kedua disebut norma sekunder. Norma primer adalah norma yang berisi aturan atau patokan tentang bagaimana seseorang harus bertingkat laku atau bertindak (*das sollen*) di dalam masyarakat. Norma sekunder adalah norma yang mengatur kehendak (*da sollen*) tentang tata cara menanggulangi pelanggaran norma primer. Isinya adalah ketentuan

Penerbit ANDI

tentang sanksi hukum yang dapat diberlakukan terhadap pelanggar norma primer. Mengingat peraturan perundang-undangan adalah norma hukum, maka norma sanksi tersebut merupakan norma hukum yang kedua, yang keberadaannya bersifat tidak mutlak, sehingga suatu norma hukum dapat mengatur atau tidak mengatur norma sanksi.

Menurut Acmad Ali keberadaan sanksi bagi hukum dipengaruhi oleh paradigma *legalistik positivisme*, yang membonsai pengertian hukum hanya UU. Paham ini mengharuskan hukum memiliki tiga unsur yaitu perintah (*commands*), kewajiban (*duties*), dan snksi (*sanctions*). Pada saat ini, paradigma legalistik positivisme sudah ketinggalan zaman, karena orang menaati hukum bukan karena takut sanksi (*compliance*) tetapi *internalization*. *Internalization* yang dimaksud adalah proses nilai secara internal/intrinsik ke dalam diri seseorang yang muncul dalam bentuk kesadaran hukum bahwa menaati peraturan adalah sesuatu yang menjadikan seseorang sebagai manusia dan melanggar peraturan adalah tidak manusiawi. Menurut ahli hukum ini, unsur sanksi tidak lagi menjadi unsur mutlak bagi keberadaan norma hukum.

Sebagai contoh norma hukum yang tidak perlu mengatur sanksi hukum di dalamnya adalah Peraturan Gubernur Daerah Khusus Ibu Kota Jakarta Nomor 259 Tahun 2015 tentang Pembebasan Pajak Bumi Dan Bangunan Perdesaan Dan Perkotaan Atas Rumah, Rumah Susun Sederhana Sewa, Dan Rumah Susun Sederhana Milik Dengan Nilai Jual Objek Pajak Sampai Dengan Rp. 1.000.000.000,00 (Satu Miliar Rupiah). Peraturan Gubernur ini terdiri atas empat bab dan 6 pasal, yang di dalamnya mengatur ketentuan umum, pembebasan Pajak Bumi dan Bangunan Perdesaan dan Perkotaan, ketentuan peralihan, dan ketentuan penutup. Peraturan Gubernur ini tidak mengatur sanksi hukum, baik sanksi pidana, sanksi perdata, maupun sanksi administrasi, karena menurut pembuat peraturan, dalam hal ini adalah Gubernur, norma peraturan ini tidak memerlukan sanksi hukum. Meskipun demikian, Peraturan Gubernur ini adalah norma hukum walaupun tidak memiliki sanksi hukum.

Penerbit ANDI

Lebih lanjut A. Hamid S. Attamimi menyatakan, dalam pengaturan norma hukum negara, sanksi dimaksud adalah sanksi pidana atau sanksi pemaksa. Sanksi pidana yang dimaksud adalah sanksi pidana sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 10 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), yang terdiri atas sanksi pidana mati, penjara, kurungan, dan denda. Sanksi pemaksa adalah sanksi pengusiran, penertiban, atau sanksi pemaksaan lain agar orang yang melanggar hukum dipaksa untuk tidak melanggar hukum. Terkait hal ini, meskipun dalam konteks pengadilan, menurut Pasal 5 ayat (1) dan asal 10 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 Abdul Gani Abdullah menyatakan bahwa hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak ada hukumnya. Dalam konteks SE-P lebih lanjut Abdul Gani Abdullah menyatakan bahwa hakim tidak boleh menolak untuk menguji SE-P apabila SE-P berisi norma yang mengatur, mempunyai kekuatan mengingat, dipertahankan/dipelihara sebagai aturan, digunakan, dan ada sanksinya (*direct or indirect*). Dengan demikian suatu norma menjadi norma hukum apabila dibentuk oleh pejabat yang berwenang, tertulis, berisi kehendak bersifat perintah dan kewajiban, mengikat secara umum, dan dapat diberi sanksi baik langsung maupun tidak langsung.

Setiap norma, termasuk norma hukum, mempunyai sasaran (*addressat*) dan hal apa yang diatur (materi muatan). Norma yang bersifat mengatur disebut peraturan, yang memiliki sasaran umum dan materi muatan abstrak, sedangkan norma yang bersifat menetapkan disebut ketetapan, yang memiliki sasaran individual dan materi muatan konkret. Sasaran umum artinya norma itu ditujukan kepada siapa pun atau semua orang/badan, yang tidak ditentukan bilangannya. Materi muatan norma yang bersifat abstrak (norma abstrak) adalah isi norma yang mengatur tingkah laku yang keberlakuannya adalah terus menerus (*dauerhaftig*) atau tidak ditentukan waktu bilangan berlakunya . Apabila norma peraturan sudah dibentuk secara sah, maka norma tingkah laku berlaku terus-menerus sampai dengan norma tersebut dicabut atau diganti. Hal ini berbeda dengan norma ketetapan yang berisi tingkah laku (perbuatan) yang berlakunya hanya sekali selesai (*einmahlig*), artinya jika norma ini sudah dilaksanakan, maka daya laku

Penerbit ANDI

norma ini telah selesai. Sebagai contoh, apabila materi muatan norma menyatakan "...wajib membayar pajak penghasilan setiap tahun", maka perbuatan membayar pajak penghasilan berlaku terus menerus setiap tahun sampai dengan norma tersebut dicabut atau diganti dengan yang baru. Sebaliknya jika ada materi muatan norma menyatakan, misalnya, "...wajib membayar kekurangan kurang bayar pajak penghasilan pada tanggal 31 April 2018" maka jika kekurangan bayar pajak penghasilan sudah dibayarkan pada tanggal 31 April 2018 maka daya laku norma tersebut telah selesai (berakhir) .

Secara negatif norma peraturan adalah norma yang tidak bersifat individual dan konkret. Sebagaimana dikemukakan pada uraian sebelumnya bahwa norma individual adalah norma yang ditujukan kepada orang atau badan tertentu yang disebut norma ketetapan (*beschikking*). Norma konkret artinya norma yang mengatur tingkat laku atau perbuatan tertentu di dalam masyarakat, yang hanya berlaku pada waktu tertentu atau berlaku sekali selesai. Norma peraturan tidak dirujukan pada orang atau badan tertentu dan perbuatan yang diatur norma peraturan tidak untuk berlaku sekali selesai. Norma ketetapan (*beschikking*) merupakan bentuk implementasi norma peraturan perundang-undangan kepada kasus-kasus konkret yang dihadapi oleh pemerintah. Norma umum dan abstrak di dalam peraturan perundang-undangan diterapkan kepada kasus-kasus khusus yang sifatnya individualistis dan konkret sehingga dibentuklah keputusan yang menetapkan status hukum kasus tersebut dalam bentuk surat keputusan. Sebagai gambaran, penulis mengemukakan satu contoh norma individual dan konkret yang disebut ketetapan (beschikking) dalam bentuk Keputusan Kepala Desa. Keputusan ini ditujukan kepada sejumlah orang tertentu yang menetapkan status hukum sejumlah orang tersebut, seperti diuraikan di bawah ini:

Penerbit ANDI

Tabel 3: Keputusan Kepala Desa

KEPUTUSAN KEPALA DESA MOTAIWOI
KECAMATAN MOWILA KABUPATEN KONAWE SELATAN
NOMOR: 141/09 TAHUN 2018
TENTANG
PENGANGKATAN KETUA RT. IMAM DESA, DAN PEMANGKU ADAT
DESA MOTAIWOI KECAMATAN MOWILA

DENGAN RAHMAT TUHAN YANG MAHA ESA

KEPALA DESA MOTAIWOI,

Menimbang : dst.,
Mengingat : dst.,

MEMUTUSKAN:

Menetapkan:
Pertama: Mereka yang namanya tercantum pada lampiran keputusan ini ditetapkan sebagai Ketua RT, Imam Desa, dan Pemangku Adat.
Kedua : dst….
Ketiga : Keputusan ini berlaku sejak tanggal ditetapkan, dst…

Ditetapkan di Motaiwoi
Pada tanggal 03 Januari 2018
Plt. KEPALA DESA

ALIMAIN

Tembusan:
1. dst

Lampiran: KEPUTUSAN KEPALA DESA MOTAIWOI KECAMATAN MOWILA KABUPATEN KONAWE SELATAN
NOMOR : 141/09 TAHUN 2018
TANGGAL: 03 JANUARI 2018
TENTANG: PENGANGKATAN KETUA RT. IMAM DESA, DAN PEMANGKU ADAT DESA MOTAIWOI KECAMATAN MOWILA

NO	NAMA	L/P	PENDIDIKAN	JABATAN
1	JANURIA	P	SLTA	RT 1
2	HASNEPO	P	SLTA	RT 2
3	DARMAN	L	SLTA	RT 3
4	JASMIN T	L	SLTA	RT 4
5	ALIMUDIAN	L	SLTA	RT 5
6	ASMAN	L	SLTA	RT 6
7	NAWIR	L	SLTA	RT 7
8	ASDI WAHYUDIN	L	SLTA	RT 8
9	H.M. DAUD	L	SLTA	IMAM DESA
10	DARMAWAN TAWULO	L	SLTA	PEMANGKU ADAT

Ditetapkan di Motaiwoi
Pada tanggal 03 Januari 2018
Plt. KEPALA DESA

ALIMAIN

Penerbit ANDI

Keputusan Kepala Desa di atas ditujukan (disasarkan) hanya kepada 10 nama orang yang ditetapkan di dalam lampiran. Jumlah 10 orang merupakan kelompok sasaran tertentu yang terikat pada norma Keputusan Kepala Desa, sehingga orang lain yang tidak disebutkan di dalam lampiran Keputusan Kepala Desa tersebut tidak menjadi sasaran dan tidak terikat pada norma Keputusan Kepala Desa. Materi muatannya adalah perbuatan Kepala Desa mengangkat 10 orang tersebut menjadi Ketua RT, Imam Desa, dan Pemangku Adat. Perbuatan itu telah dilaksanakan oleh Kepala Desa pada tanggal 3 Januari 2018, karena itu norma pengangkatan Ketua RT, Imam Desa, dan Pemangku Desa telah selesai dilaksanakan pada tanggal 3 Januari 2018 dan tidak mempunyai kekuatan berlaku lagi. Apabila Kepala Desa ingin melakukan perbuatan yang sama, yaitu mengangkat Ketua RT, Imam Desa, dan Pemangku Adat lainnya, maka Kepala Desa harus membuat norma ketetapan yang baru yaitu membuat Keputusan Kepala Desa lagi tentang Pengangkatan Ketua RT, Imam Desa, dan Pemangku Adat.

Dari uraian di atas, penulis berpendapat bahwa jika norma SE-P memiliki karakteristik norma hukum umum dan abstrak, maka norma SE-P tersebut memiliki karakteristik norma yang mengatur, yang berarti norma SE-P tersebut adalah peraturan. Hal ini didukung data analisis pada Tabel 7 (13 pendapat menyatakan SE-P bukan objek hak uji material) dan Tabel 8 (16 pendapat menyatakan SE-P adalah objek hak uji material), yang berarti sebagian besar pendapat menyatakan SE-P adalah objek hak uji material. Ini artinya norma SE-P bersifat mengatur. Sebaliknya jika norma SE-P memiliki karakteristik individual dan konkret maka norma SE-P tersebut memiliki karakteristik norma yang menetapkan, yang berarti norma SE-P tersebut adalah ketetapan.

Apabila menganalisis data hasil penelitian terhadap SE-P sebagaimana dikemukakan pada Bab III, penulis menemukan sasaran norma SE-P yang dibedakan atas (a) lingkungan unit kerja pejabat pembentuk SE-P dan (b) tingkat kedudukan pejabat pembentuk SE. Sasaran SE-P pada huruf (a) adalah sasaran SE-P yang ditujukan pada pejabat atau badan yang berada pada lingkungan unit kerja pejabat pembuat SE-P. Sasaran ini dimaksudkan untuk mengetahui keberlakuan SE-P, apakah SE-P

Penerbit ANDI

diberlakukan untuk pejabat internal unit kerjanya atau berlaku untuk pejabat ekternal unit kerja. Hal ini penting diketahui untuk membuktikan pendapat sebagian ahli hukum (sebagaimana diuraikan di atas) yang menyatakan SE hanya berlaku bagi pejabat internal. Sasaran SE-P pada huruf (b) adalah sasaran SE-P untuk tingkatan pejabat yang terikat pada norma SE-P. Tujuannya adalah untuk mengetahui apakah SE-P hanya berlaku bagi pejabat bawahan dari pejabat pembuat SE-P ataukah berlaku juga bagi pejabat yang mempunyai kedudukan sama/setara bahkan pejabat yang mempunyai kedudukan lebih tingi dari pajabat pembuat SE-P.

Berdasarkan dua golongan sasaran di atas dan data sampel SE-P sebagaimana dikemukakan pada Bab III, penulis dapat menemukan persentase sasaran norma SE-P yang dibuat oleh pejabat pemerintah pusat dan pejabat pemerintah daerah sebagaimana dikemukakan pada tabel 10 di bawah ini.

Tabel 4 : Sasaran SE-P[1]

SURAT EDARAN	LINGKUP SASARAN	SASARAN	PERSENTASE (%)
SE-P yang dibuat oleh Pejabat Kementerian	Lingkungan unit kerja pejabat pembentuk SE-P	Pejabat internal	61,75
		Pejabat internal, eksternal, dan Masyarakat	38,27
	Kedudukan pejabat yang jadi sasaran SE-P	Pejabat atasan/ lebih tinggi	1,92
		Pejabat Setara	24.41
		Pejabat bawahan/ lebih rendah	59,80
		Masyarakat	13,87

1 Persentase sasaran surat edaran diperoleh dari 368 samper surat edaran yang dibentuk pemerintah, sebagaimana dikemukakan pada Bab III.

PenerbitANDI

SE-P yang dibuat oleh Pejabat Non Kementerian dan Setingkat Menteri	Lingkungan unit kerja pejabat pembuat SE-P	Pejabat internal	45,66
		Pejabat internal, eksternal, dan Masyarakat	54,34
	Kedudukan pejabat yang menjadi sasaran SE-P	Pejabat atasan/ lebih tinggi	4,35
		Pejabat Setara	34,79
		Pejabat bawahan/ lebih rendah	47,83
		Masyarakat	13,03
SE-P yang dibuat oleh Pejabat Daerah Provinsi, Kabupaten, dan Kota	Lingkungan unit kerja pejabat pembentuk SE-P	Pejabat internal	58,40
		Pejabat internal, eksternal, dan Masyarakat	41,60
	Kedudukan pejabat sasaran SE-P	Pejabat atasan/ lebih tinggi	0
		Pejabat Setara	11,51
		Pejabat bawahan/ lebih rendah	65,64
		Masyarakat	31,85

Tabel di atas memperlihatkan variasi persentase sasaran SE-P. Dilihat dari sasaran internal dan eksternal, sebagian besar SE-P yag dibuat oleh pejabat kementerian ditujukan (disasarkan) kepada pejabat internal lingkungan kementerian yaitu 61,75%. Sebaliknya SE-P yang dibuat oleh pejabat lembaga pemerintah non kementerian dan pejabat setingkat menteri, sebagian kecil ditujukan (disasarkan) kepada pejabat internal

Penerbit ANDI

lingkungan lembaga pemerintah non kementerian dan pejabat setingkat menteri yaitu 45,66%. Kemudian SE-P yang dibuat oleh pejabat daerah sebagian besar ditujukan (disasarkan) kepada pejabat internal lingkungan pemerintah daerah yaitu 58,40%. Apabila dihitung reratanya, maka rerata SE-P yang ditujukan (disasarkan) kepada pejabat internal pemerintah sebesar 55.27%, yang berarti 44,73% SE-P ditujukan kepada pejabat eksternal bahkan masyarakat umum. Data ini membuktikan bahwa SE tidak hanya berlaku bagi pejabat internal pemerintah, tetapi juga bagi pejabat eksternal dan masyarakat umum, bahkan perbandingan tersebut adalah hampir sepadan.

Data Tabel 10 juga memperlihatkan bahwa SE-P pejabat kementerian sebagian besar ditujukan kepada pejabat bawahannya yaitu (59,80%. Sebaliknya SE-P yang dibuat oleh pejabat lembaga pemerintah non kementerian dan pejabat setingkat menteri sebagian kecil ditujukan kepada pejabat bawahannya yaitu 47,83%. Kemudian SE-P yang dibuat oleh pejabat daerah sebagian besar ditujukan kepada pejabat bawahannya yaitu 65,64%. Apabila dihitung reratanya, maka rerata SE-P ditujukan kepada pejabat bawahannya sebesar 57,76%, yang berarti sebesar 42,24% SEP ditujukan (disasarkan) kepada pejabat yang setara, yang lebih tinggi, dan masyarakat umum. Data ini membuktikan bahwa SE-P tidak hanya berlaku bagi pejabat di bawahnya tetapi juga berlaku bagi pejabat yang bukan bawahannya dan masyarakat umum.

Aspek lain yang perlu dikaji adalah dampak dari SE-P, apakah SE-P berdampak umum atau berdampak khusus atau tertentu. SE-P yang ditujukan kepada pejabat eksternal dan masyarakat umum memiliki daya laku keluar lingkungan pejabat pembuat SE-P. Pejabat eksternal dan masyarakat umum terkena dampak langsung SE-P, karena SE-P tersebut mengatur perbuatan pejabat eksternal dan masyarakat umum. Pejabat eksternal dan masyarakat umum menjadi terikat dan wajib menaati SE-P. Ini membuktikan bahwa SE-P sebagian SE-P berlaku umum.

SE-P yang ditujukan kepada pejabat internal dan pejabat bawahannya memiliki dampak langsung dan khusus ke pejabat internal dan pejabat bawahannya. SE-P ini berlaku mengikat ke dalam yaitu para pejabat internal atau bawahannya di lingkungan unit pemerintahan masing-

Penerbit ANDI

masing, sehingga para pejabat tersebut terikat dan wajib menaati SE-P yang mengaturnya. Meskipun demikian SE-P ini memiliki dampak umum secara tidak langsung kepada masyarakat. Hal ini karena pejabat internal atau pejabat bawahan yang menjadi sasaran SE-P adalah pejabat publik yang bertugas mengatur dan mengurus kepentingan publik (negara, bangsa, dan masyarakat). Ketika pejabat publik menjadi sasaran SE-P dan wajib melakukan atau tidak melakukan perbuatan sesuai dengan norma yang diatur di dalam SE-P, maka masyarakat umum ikut terkena dampaknya yaitu ikut menaati surat edaran. Pejabat pemerintah dalam melakukan pelayanan umum, pembangunan, pengembangan, dan pembinaan oleh pejabat pemerintah kepada masyarakat disesuaikan dengan ketentuan SE-P. Akibatnya, masyarakat umum juga tidak mempunyai pilihan lain, kecuali mengikuti perbuatan pejabat pemerintah yang diatur oleh SE-P tersebut.

Data SE-P di atas membuktikan pendapat para ahli hukum, seperti Bagir Manan dan Kantra Magnar yang menyatakan peraturan kebijakan mengikat masyarakat secara tidak langsung, Indroharto yang menyatakan peraturan kebijakan menimbulkan keterikatan masyarakat secara tidak langsung, A. Hamid S. Attamimi yang menyatakan peraturan kebijakan mengikat secara langsung masyarakat yang terkena sasaran, dan Markus Lukman yang menyatakan peraturan kebijakan yang dibuat dengan mempertimbangkan intralegal memiliki kekuatan mengikat berderajat peraturan perundang-undangan[2].

Contoh konkret SE-P yang memiliki dampak tidak langsung kepada masyarakat adalah Surat Edaran Sekretaris Jenderal Kementerian Agama Nomor 3594/Sj/05/2018 tentang Penetapan Jam Kerja ASN selama Bulan Ramadan Tahun 1439 H/2018 M di Lingkungan Kementerian Agama Republik Indonesia. Menurut SE-P tersebut jam kerja ASN pada hari Senin sampai dengan hari Kamis adalah pukul 08.00 sampai dengan pukul 15.00 dan pada hari jumat adalah pukul 08.00 sampai dengan pukul 15.30. SE-P ini ditujukan kepada pejabat internal lingkungan Kementerian Agama, yaitu para pejabat eselon I dan eselon II pusat, para Rektor UIN, IAIN, IHDN, para Kepala Kantor Wilayah Kementerian Agama, dan

2 Mohammad Yuhdi, Loc.Cit., 75.

Penerbit ANDI

Ketua STAIN/STABN/ STAHN/STAKN. Berdasarkan SE-P tersebut para pejabat internal Kementerian Agama menjalankan pekerjaannya sesuai dengan ketentuan waktu di atas. Meskipun SE-P tersebut tidak ditujukan kepada masyarakat umum, namun masyarakat umum terkena dampaknya secara tidak langsung, yaitu masyarakat umum harus mengikuti jam kerja Kementerian Agama ketika mengurus kepentingannya di Kementerian Agama. Masyarakat tidak mempunyai pilihan lain, kecuali mengikuti jam kerja (bagi masyarakat disebut jam pelayanan) pejabat Kementerian Agama.

Contoh konkret lain adalah dampak dari Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Nomor 03.E/31/DJB/ 2009 Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral (sebagaimana isi normanya telah dikemukakan pada Bab III). SE Menteri ini ini ditujukan kepada para Gubernur, Bupati, dan Walikota di seluruh Indonesia agar menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksana UU No. 4 Tahun 2009. Pengertian Gubernur, Bupati, dan Wali Kota yang dimaksud SE-P tersebut adalah setiap (semua) Gubernur, Bupati, atau Wali Kota (bukan Gubernur, Bupati, atau Wali Kota tertentu) di seluruh Indonesia, sehingga siapa pun yang menjadi Gubernur, Bupati, dan Wali Kota menjadi sasaran SE-P ini dan wajib melaksanakannya. Ini berarti, meskipun SE-P ini ditujukan kepada pejabat internal pemerintah, namun pengertian Gubernur, Bupati, dan Wali Kota bersifat umum, maka SE-P ini berdampak pada siapa pun yang menjadi Gubernur, Bupati, dan Wali Kota. Dengan demikian maka SE-P ini memenuhi karakteristik sasaran umum seperti halnya sasaran umum pada norma peraturan perundang-undangan.

Selain itu, Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Nomor 03.E/31/DJB/ 2009 juga berdampak tidak langsung kepada masyarakat umum yang ingin mengajukan IUP. Sebelum adanya SE-P tersebut, menurut UU No. 4 Tahun 2009 masyarakat umum berhak mengajukan permohonan kepada Gubernur, Bupati, dan Wali Kota untuk mendapatkan IUP. Berdasarkan UU itu juga Gubernur, Bupati, dan Wali Kota berwenang melayani permohonan dan menerbitkan IUP bagi

Penerbit ANDI

masyarakat. Namun dengan adanya SE-P di atas, Gubernur, Bupati, dan Wali Kota tidak memiliki wewenang lagi untuk melayani permohonan dan menerbitkan IUP, karena wewenangnya dicabut oleh SE-P tersebut. Akibatnya, setiap permohonan masyarakat untuk mendapatkan IUP ditolak oleh Gubernur, Bupati, dan Wali Kota karena tidak memiliki wewenang lagi. Hak masyarakat yang diberikan dan dijamin oleh UU No. 4 Tahun 2009 untuk mendapatkan IUP dari Gubernur, Bupati, dan Wali Kota dihilangkan oleh SE-P tersebut. Masyarakat pun terpaksa dan tidak mempunyai pilihan lain, selain harus menaati norma SE-P tersebut. Dengan demikian, meskipun SE-P ditujukan kepada pejabat internal pemerintah (Gubernur, Bupati, dan Wali Kota), namun secara tidak langsung masyarakat umum ikut terkena sasaran atau terikat pada SE-P tersebut. Ini berarti norma SE-P ini memiliki karakteristik "norma umum" sebagaimana norma umum peraturan perundang-undangan.

Contoh lain adalah SE Koordinator Kopertis Wilayah III DKI Jakarta Nomor 3774/K3/KP/2012 perihal Batas Usia Pengurusan Jabatan Fungsional Dosen (sebagaimana normanya telah diuraikan di Bab III). SE ini ditujukan kepada Pimpinan Perguruan Tinggi Swasta di lingkungan Kopertis Wilayah III. Pada bagian akhir SE tersebut, Koordinator Kopertis III hanya dapat memproses usulan kenaikan jabatan fungsional dosen (JFD) bagi dosen yang belum berusia 64 tahun untuk usulan ke Asisten Ahli dan Lektor, sedangkan untuk usulan ke Lektor Kepala dan Guru Besar sebelum usia 63 tahun. SE Kopertis Wilayah III yang mengatur pembatasan usia pengusulan JFD ini ditujukan kepada para pimpinan perguruan tinggi swasta di wilayah Kopertis III. Apabila dianalisis, pengertian pimpinan perguruan tinggi swasta yang dimaksud SE Kopertis III adalah setiap (semua) pimpinan perguruan tinggi swasta di lingkungan Wilayah III, bukan hanya kepada pimpinan perguruan tinggi swasta tertentu. Ini berarti SE tersebut berdampak umum kepada siapa pun yang menjadi pimpinan perguruan tinggi swasta di wilayah Kopertis III wajib menaati SE tersebut.

Selain dampak umum di atas, SE Kopertis III di atas berdampak tindak langsung kepada setiap dosen yang hendak mengusulkan JFD. Setiap dosen atau siapa pun dosen yang ingin mengajukan usul JFD wajib menaati

Penerbit ANDI

ketentuan batas usia pengusulan JFD yang diatur oleh SE Kopertis III. Bagi dosen yang ingin mengajukan usul JFD ke Asisten Ahli atau Lektor tetapi telah berusia 64 tahun atau lebih tidak dapat diproses lebih lanjut oleh Kopertis III. Demikian juga bagi dosen yang ingin mengajukan usul JFD ke Lektor Kepala atau Guru Besar tapi telah berusia 63 tahun atau lebih tidak dapat diproses lebih lanjut oleh Kopertis III. Pimpinan perguruan tinggi pun tidak akan memproses lebih lanjut usulan JFD seperti tersebut di atas ke Kopertis III, karena Kopertis III telah menyampaikan SE tersebut kepada pimpinan perguruan tinggi swasta di lingkungannya. Ini berarti meskipun norma SE ini ditujukan ke pimpinan perguruan tinggi swasta namun mempunyai dampak tidak langsung kepada setiap (semua) dosen perguruan tinggi swasta.

Dampak tidak langsung SE Kopertis III di atas telah dialami oleh seorang dosen tetap Fakultas Teknik Universitas X (nama Universitas disimpan oleh penulis) bernama Y (nama dosen tetap disimpan oleh penulis) yang mengajukan JFD ke Guru Besar. Dosen tersebut telah mengumpulkan berkas kenaikan angka kredit JFD dari Lektor Kepala ke Guru Besar. Setelah dinilai oleh Tim JFD internal Universitas, jumlah dan komponen angka kredit dinyatakan memenuhi persyaratan. Pada tanggal 4 April 2013 dengan Surat Rektor Nomor 1369-R.II/X(singkatan nama Universitas disimpan penulis)/IV/2013 berkas usul kenaikan JFD dosen tersebut diajukan ke Kopertis III. Pada tanggal 30 Mei 2013 Koordinator Kopertis III menyampaikan Surat Nomor 567/K3/KP/2013 kepada Rektor Universitas X yang isinya menolak usulan Guru Besar dosen Y karena usianya telah melebihi 63 tahun. Secara lengkap sisi Surat Koordinator Kopertis III adalah:

Menindaklanjuti surat Saudara Nomor 1369-R.II/X (singkatan nama Universitas disimpan penulis)/IV/2013 tanggal 4 April 2013 perihal usulan kenaikan jabatan fungsional dosen atas nama dosen Y dari Lektor Kepala menjadi Guru Besar bersama ini kami sampaikan bahwa berdasarkan:

1. Surat Edaran Kopertis Wilayah III No. 3774/K3/KP2012 tanggal 30 November 2012 perihal batas usia pengusulan jabatan fungsional dosen (copy surat terlampir), dan

Penerbit ANDI

2. Undang-Undang Guru dan Dosen Nomor 14 Tahun 2005 Pasal 67 Ayat (1),

Kami tidak dapat memproses usulan Guru Besar atas nama dosen Y mengingat usia yang bersangkutan saat ini telah memasuki usia 65 tahun. Terlampir kami sampaikan kembali berkas usulan Saudara.

Fakta di atas memperlihatkan bukti dari dampak umum secara tidak langsung SE Kopertis III ke setiap dosen tetap perguruan tinggi swasta. Dosen tetap swasta terpaksa harus menaati SE tersebut, meskipun SE tersebut ditujukan kepada pimpinan perguruan tingginya. Upaya administrasi (sebagaimana diuraikan di Bab I) yang dilakukan pimpinan perguruan tinggi terhadap usulan JFD di atas tidak berhasil mengubah keputusan Koordinator Kopertis III. Dengan demikian, norma SE Kopertis III memiliki karakteristik norma umum seperti halnya norma peraturan perundang-undangan.

Karakteristik norma umum SE-P di atas diperkuat dengan contoh fakta Putusan MA No. 23P/HUM/2009 (sebagaimana kasus posisinya telah dikemukakan pada Bab III) yang menyatakan SE-P tersebut dibatalkan oleh MA karena bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009. Putusan MA tersebut adalah putusan atas permohonan keberatan hak uji material terhadap SE di atas, karena pemohon menilai SE-P tersebut bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009. Pada putusan tersebut, MA mempertimbangkan, antara lain, SE-P tidak termasuk dalam urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, walaupun demikian berdasarkan penjelasan Pasal 7 tersebut dapat digolongkan sebagai bentuk perundang-undangan yang sah, sehingga tunduk pada ketentuan tata urutan di mana peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi (asas *lex perriori derogate lex superriori*). Pertimbangan MA tersebut memperlihatkan penafsiran MA terhadap SE Menteri ESDM yang mengandung norma yang dapat digolongkan sebagai peraturan perundang-undangan. Ini berarti MA telah membuktikan adanya SE yang mempunyai sasaran umum dan materi muatannya bersifat abstrak sehingga dapat diuji secara material oleh MA. Ini memperkuat fakta bahwa

PenerbitANDI

SE-P di atas memiliki karakteristik sasaran umum sebagaimana sasaran umum peraturan perundang-undangan.

Contoh-contoh analisis SE-P di atas diperkuat dengan data analisis hasil penelitian pada tabel 9 di atas, yang membuktikan bahwa norma SE-P berdampak umum (belaku umum), baik langsung ditujukan kepada masyarakat umum maupun tidak langsung ditujukan kepada masyarakat umum. SE-P bukan hanya sebagai norma petunjuk, pedoman, atau perintah dari atasan kepada bawahan, tetapi juga mempunyai sasaran berlaku lebih luas yaitu kepada para pejabat lain yang setara atau lebih tinggi bahkan kepada masyarakat umum. Fakta ini memperlihatkan bantahan terhadap pendapat sebagian ahli hukum (sebagaimana dikemukakan pada Bab II) yang menyatakan SE-P hanyalah petunjuk, pedoman, atau perintah dari atasan kepada bawahan dan mengikat secara internal. Fakta ini membuktikan SE-P sudah memiliki karakteristik sebagai peraturan dengan sasaran yang lebih luas, bahkan sasarannya adalah masyarakat umum. Meskipun data penelitian menunjukkan bahwa sebagian besar sasaran SE-P adalah pejabat bawahan, namun daya laku norma SE-P juga mengikat masyarakat umum, karena masyarakat umum yang berkepentingan untuk melakukan hubungan hukum dengan pejabat pemerintah harus menaati SE-P. Pejabat pemerintah adalah pejabat publik yang mempunyai fungsi pelayanan umum, pembangunan, dan menciptakan kesejahteraan umum, namun dengan adanya SE-P maka pelaksanaan fungsinya tersebut disesuaikan dengan SE-P. Dampaknya adalah masyarakat umum yang memerlukan layanan umum, pembangunan, dan kesejahteraan terpaksa wajib mengikuti SE-P tersebut. Ini berarti baik pejabat pemerintah maupun masyarakat umum terikat dan wajib menaati SE-P. Dengan demikian norma SE-P ini memiliki sasaran umum, sama halnya dengan karakteristik sasaran umum peraturan perundang-undangan.

Selain memiliki sasaran, SE-P juga memiliki materi muatan yang diatur di dalamnya. Materi muatan atau materi pokok yang diatur[3] berisi ketentuan tentang tingkah laku atau perbuatan yang diatur di dalam norma. Menurut teori jenjang norma, perbuatan yang diatur oleh norma

3 Indonesia, *Undang-Undang Nomor 12...Op.Cit*, Lapiran 1

Penerbit ANDI

dapat bersifat abstrak (berlaku terus menerus/*dauerhaftig*) atau bersifat konkret (berlaku sekali selesai/*einmahlig*). Perbuatan yang bersifat abstrak (terus menerus) adalah perbuatan yang masa berlakunya (daya lakunya) untuk jangka waktu yang tidak ditentukan. Perbuatan yang bersifat konkret (berlaku sekali selesai) adalah perbuatan yang masa berlakunya (daya lakunya) sekali saja dan setelah perbuatan itu dilaksanakan maka daya laku norma tersebut telah selesai. Norma yang bersifat mengatur (peraturan) mempunyai materi muatan yang bersifat abstrak (berlaku terus menerus), sedangkan norma yang bersifat menetapkan (ketetapan) mempunyai materi muatan sifat konkret (berlaku sekali selesai)[4].

Dari hasil analisis terhadap data SE-P di lingkungan kementerian, pejabat di lingkungan lembaga pemerintah non-kementerian dan pejabat setingkat menteri, serta pejabat di lingkungan pemerintah daerah, (368 SE-P sebagaimana telah dikemukakan pada Bab III), penulis menemukan persentase materi muatan SE-P sebagaimana diuraikan pada tabel 5 di bawah ini.

Tabel 5: Materi Muatan SE-P[5]

SURAT EDARAN	HAL YANG DIATUR/ MATERI MUATAN	PERSENTASE (%)
SE-P dibuat oleh Pejabat Kementerian	Konkret (berlaku sekali selesai)	02,88
	Abstrak (berlaku terus-menerus)	97,12
SE-P dibuat oleh Pejabat Non Kementerian atau Pejabat Setingkat Menteri	Konkret (berlaku sekali selesai)	22,22
	Abstrak (berlaku terus-menerus)	78,78

Penerbit ANDI

4 A. Hamid S. Atamimi dalam Maria Farida Indrati Suprampu, *Ilmu...Op.Cit*., 28.

5 Persentase materi muatan surat edaran diperoleh dari 368 samper surat edaran yang dibentuk pemerintah, sebagaimana dikemukakan pada Bab III

SE-P dibuat Pejabat Daerah Provinsi, Kabupaten, dan Kota	Konkret (berlaku sekali selesai)	17,86
	Abstrak (berlaku terus-menerus)	82,14

Tabel di atas memperlihatkan fakta sebanyak 97,12%, SE-P pejabat pemerintah di lingkungan kementerian serta sebanyak 78,78% SE-P pejabat pemerintah di lingkungan non kementerian, dan sebanyak 82,14% SE-P pejabat pemerintah di lingkungan pemerintah daerah bersifat abstrak. Apabila dihitung reratanya, maka sebanyak 86,01% materi muatan SE-P bersifat abstrak dan sebagian kecil (13,99%) materi muatan SE-P bersifat konkret. Fakta tersebut menunjukkan bahwa sebagian besar materi muatan SE-P bersifat abstrak (berlaku terus menerus) dan sebagian kecil materi muatan SE-P bersifat konkret (berlaku sekali selesai).

Fakta di atas menunjukkan bahwa SE-P mempunyai karakteristik norma peraturan. SE-P telah mengatur perbuatan pemerintah, yang berlaku terus menerus guna pelaksanaan teknis tugas dan wewenangnya. Karakteristik ini sesuai dengan kebutuhan pemerintah tentang landasan hukum bagi pelaksanaan tugasnya, mengingat dalam kondisi tertentu belum ada aturan, aturannya belum jelas, atau aturan memberikan pilihan kepada pemerintah untuk membuat peraturan kebijakan.

Salah satu contoh konkret SE-P yang sengaja dibentuk untuk mengatur pelaksanaan teknis tugas dan wewenang pemerintah adalah Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Nomor 03.E/31/DJB/2009 Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral, sebagaimana telah disebutkan di atas. Materi muatan SE-P ini mengatur "penghentian sementara penerbitan IUP baru oleh Gubernur, Bupati, atau Wali Kota sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksana UU No. 4 Tahun 2009". Perbuatan yang diatur oleh SE-P adalah larangan bagi Gubernur, Bupati, atau Wali Kota untuk menerbitkan IUP, selama Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi Nomor 03.E/31/DJB/ 2009 belum dicabut atau diganti dengan yang baru. Meskipun ditujukan kepada Gubernur, Bupati, dan Wali Kota, tetapi materi muatan SE-P ini berdampak umum pada masyarakat umum, sehingga setiap orang

Penerbit ANDI

atau badan hukum tidak bisa mengajukan permohonan IUP selama SE-P ini belum dicabut atau diganti dengan yang baru, karena Gubernur, Bupati, dan Walikota tidak akan menerbitkannya. Ini berarti materi muatan SE, termasuk SE Dirjen tersebut, memenuhi karakteristik "norma abstrak", sebagaimana halnya norma abstrak peraturan perundang-undangan.

Contoh lain dapat dilihat pada SE Kopertis III, sebagaimana dikemukakan di atas, yang mengatur batas usia pengajuan usul JFD. Materi muatan SE Kopertis III mengatur perbuatan pengusulan JFD Asisten Ahli dan Lektor sebelum dosen berusia 64 tahun, serta pengajuan JFD Lektor Kepala dan Guru Besar sebelum dosen berusia 63. Berdasarkan SE-P ini, setiap dosen dapat mengajukan usul memperoleh JFD apabila masih memenuhi batasan usia tersebut. Perbuatan yang diatur di dalam SE-P tersebut berlaku sejak ditetapkan sampai dengan batas waktu yang tidak ditentukan, sehingga berlaku terus-menerus, setiap saat, atau kapanpun selama SE-P tersebut belum dicabut atau diganti dengan ketentuan yang baru. Ini memperlihat-kan bahwa SE-P memiliki karakteristik materi muatan abstrak, sebagaimana halnya materi muatan abstrak peraturan perundang-undangan.

Fakta di atas memperlihatkan peraturan kebijakan yang dibuat oleh pemerintah bertujuan mengatur bidang tugasnya. Melalui peraturan kebijakan, dalam hal ini SE-P, pejabat pemerintah ingin mengatur teknis pelaksanaan tugasnya sehubungan dengan adanya fakta, kondisi, atau peristiwa yang dihadapinya. Sesuai kewenangan diskresi yang dimilikinya, maka pejabat pemerintah membentuk peraturan kebijakan, antara lain berjenis SE-P, yang dijadikan dasar hukum pemerintah dalam bertindak atau mengambil keputusan untuk kepentingan penyelenggaraan tugas pemerintahannya. Peraturan tersebut memiliki norma yang bersifat umum dan abstrak sebagaimana halnya dengan norma umum dan abstrak peraturan perundang-undangan.

Sebenarnya, untuk kepentingan pelaksanaan tugas pemerintahan, pemerintah juga berwenang membuat peraturan perundang-undangan berdasarkan wewenang perundang-undangan yang diatribusikan atau didelegasikan kepada pejabat pemerintah. Sebagaimana telah dikemukakan pada Bab II, jenis peraturan perundang-undangan yang

Penerbit ANDI

dapat dibentuk pemerintah adalah Perpu, PP, Perpres, Menteri, Peraturan Kepala Lembaga Non Kementerian, Peraturan Kepala Badan Negara, Perda Provinsi, Peraturan Gubernur, Perda Kabupaten/Kota, Peraturan Bupati/ Wali Kota, Peraturan Desa, atau Peraturan Kepala Desa. Namun apabila tidak ada atribusi atau delegasi wewenang perundang-undangan, pemerintah tidak dapat membentuk peraturan perundang-undangan yang dibutuhkannya.

Mengingat keterbatasan wewenang untuk membentuk peraturan perundang-undangan dan adanya kebutuhan peraturan untuk mengatasi kondisi atau situasi yang dihadapi, pejabat pemerintah mengalami dilematis dalam menjalankan tugasnya. Pada satu sisi pejabat pemerintah harus menjalankan tugas sesuai dengan peraturan perundang-undangan sedangkan pada sisi lain tidak ada peraturan yang menjadi landasan atau pedoman teknis untuk mengatasi kondisi dan situasi yang dihadapi. Adanya kekosongan hukum dan kebutuhan efektivitas tugas pemerintah serta kewenangan diskresi yang dimilikinya, pejabat pemerintah dapat membentuk peraturan teknis yang bersumber pada kewenangan administrasi semata, yang disebut peraturan kebijakan atau peraturan perundang-undangan semu. Pada kondisi ini pejabat pemerintah dengan sengaja membuat norma yang bersifat mengatur (peraturan) yang akan menjadi landasan pelaksanaan tugasnya. Karena itu, fakta SE-P di atas yang sebagian besar bersifat mengatur menunjukkan kebutuhan pemerintah untuk membentuk peraturan. SE-P yang merupakan peraturan kebijakan tersebut memiliki karakteristik norma umum dan abstrak sebagaimana karaketristik norma peraturan perundang-undangan.

Dari uraian di atas, secara faktual penulis menemukan sebagian besar SE-P memuat norma umum dan abstrak. Norma umum dan abstrak merupakan norma peraturan perundang-undangan. Karena itu sebagian besar karakteristik norma SE-P adalah sama dengan karakteristik norma peraturan perundang-undangan. Mengingat SE-P dibentuk berdasarkan kewenangan diskresi, bukan berdasarkan kewenangan perundang-undangan, maka meskipun memiliki karakteristik norma umum dan abstrak, norma SE-P digolongkan ke dalam peraturan kebijakan (*beleidregel* atau *policy rule*) atau peraturan perundang-undangan bayangan atau

Penerbit AND

peraturan perundang-undangan semu (*pseudowetgeving*).

Paham *positivisme*, yang menyatakan hukum dibentuk oleh penguasa yang berbentuk peraturan perundang-undangan dan paham *legisme* yang menyatakan bahwa hukum adalah UU tidak melegitimasi pembentukan norma SE-P oleh pemerintah, karena peraturan perundang-undangan atau UU tidak mengatur keberadaan dan pembentukan norma SE-P. Legitimasi pembentukan norma SE-P oleh pemerintah diperoleh dari paham (mazhab) sejarah (*historische rechtsschule*). Paham (mazhab) sejarah mengajarkan hukum tidak dibentuk oleh penguasa tetapi tumbuh dan berkembang bersamaan dengan tumbuh dan berkembangnya jiwa hukum yang hidup di masyarakat. Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan jiwa bangsa atau hukum yang hidup di dalam masyarakat (*volksgeist*). Legitimasi ini diperkuat oleh paham *sociological jurisprudence* yang menyatakan pembentukan hukum disesuaikan dengan kebutuhan hukum yang hidup (*living law*) di dalam masyarakat. Data SE-P di atas memperlihatkan preseden atau fakta pengalaman (empiris) pemerintah membentuk norma hukum yang merefleksikan hukum yang hidup (*living law*) dan jiwa bangsa (*volksgeist*) bangsa Indonesia, sesuai dengan jiwa bangsa (*volksgeist*) Indonesia, dan sesuai dengan kebutuhan hukum yang hidup di bangsa atau masyarakat Indonesia, mengingat adanya kekosongan hukum, ketidakjelasan hukum, hukum memberikan pilihan, dan/atau adanya stagnasi penyelenggaraan pemerintahan.

Secara epistemologis, sebagaimana dikemukakan di atas, pembentukan norma SE-P telah menjadi pengalaman (empirisme) pemerintah yang diterima secara rasional (rasionalisme) oleh bangsa Indonesia, dan telah membentuk pengetahuan hukum bahwa norma SE-P adalah norma hukum. Premis kebutuhan hukum dan premis fakta pembuatan SE-P dapat disimpulkan bahwa pembentukan SE-P adalah sesuai dengan kebutuhan hukum masyarakat dan bangsa Indonesia. Fakta norma SE-P yang sebagian besar bersifat mengatur tersebut adalah sesuai dengan keinginan manusia (rakyat) yang memilih bentuk organsasi bernama negara, yang dapat diterima kebenarannya secara ilmiah. Karena secara aksiologi teleotologis pembentukan norma SE-P bertujuan untuk menjaga, melindungi, mengatur, dan menyelesaikan semua kebutuhan hidup bersama, yang pada akhirnya untuk mewujudkan kesejahteraan dakyat.

Penerbit ANDI

Pada perkembangannya, negara telah mengubah organisasinya menjadi negara kesejahteraan, yang memiliki peran aktif dan kreatif untuk menciptakan kesejahteraan rakyat. Negara, melalui pemerintah, tidak hanya menjaga keamanan dan ketenteraman, menjaga dan melindungi hak asasi, melaksanakan UU, tetapi juga terlibat aktif dalam semua aspek kehidupan bernegara, berbangsa, dan bermasyarakat, bahkan terhadap aspek kehidupan pribadi masyarakatnya. Tujuannya adalah untuk menciptakan kesejahteraan rakyat. Dari pengertian ini, maka Indonesia telah menetapkan diri sebagai negara hukum kesejahteraan, sehingga negara dan pemerintah Indonesia berperan aktif dalam segala aspek kehidupan untuk menciptakan kesejahteraan rakyatnya. Dalam rangka itu, pemerintah memiliki kewenangan bebas (*diskresi* atau *freies ermessen*) untuk mengatur dan mengurus tugas dan kewajibannya. Bahkan kewenangan ini dapat menyimpang dari UU berdasarkan kebutuhan yang mendesak bagi kesejahteraan rakyatnya.

Pembuatan norma SE-P merupakan wujud implementasi Negara Hukum Kesejahteraan yang dianut oleh Negara Indonesia. Konsekuensi dari Negara Hukum, pemerintah Indonesia memiliki beban tanggung jawab yang sangat berat, untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat Indonesia. Untuk itu peran dan kinerja pemerintah harus aktif dan kreatif, berwenang mengatur dan mengurus kepentingan negara, bangsa, dan masyarakat, bahkan individu warga negara. Ketika peraturan perundang-undangan tidak cukup atau tidak jelas memberikan landasan hukum untuk bertindak dan/atau mengambil keputusan terhadap kondisi, situasi, dan persoalan yang detail, rinci, atau khusus, pemerintah dapat menggunakan kewenangan bebasnya untuk mencari solusi di luar peraturan perundang-undangan dengan membentuk peraturan kebijakan. Bahkan dalam hal mendesak untuk kemakmuran rakyat, Negara atau Pemerintah Indonesia berwenang mengambil kebijakan menyimpang dari peraturan perundang-undangan. Karena itu, secara filosofi aksiologi teleologis orientasi pembentukan norma SE-P adalah untuk mengatur dan mengurus kepentingan umum (rakyat), sehingga cita-cita kesejahteraan rakyat dapat tercapai.

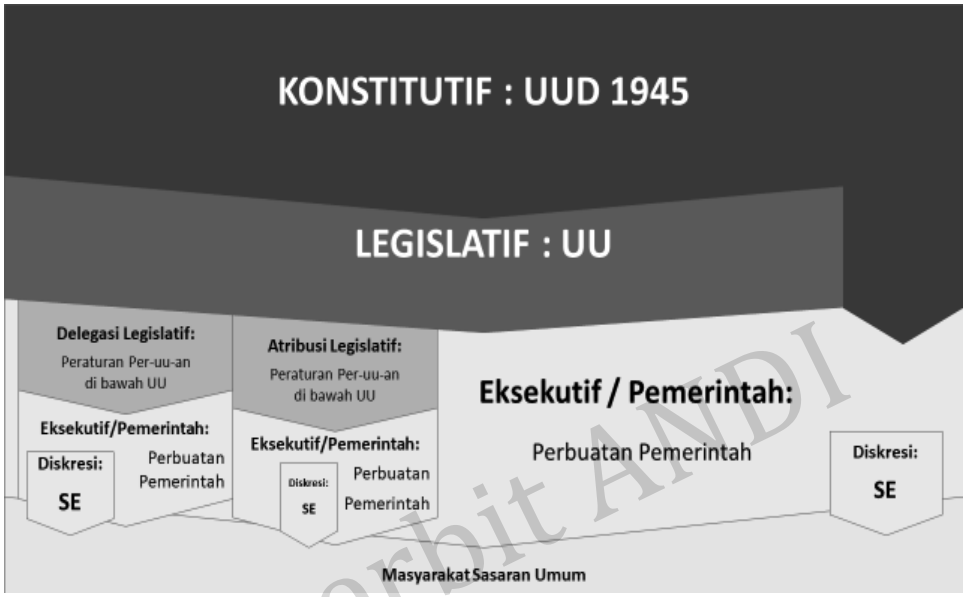
Penerbit ANDI

Peraturan kebijakan merupakan bentuk kebijakan *naar buiten gebracht scrichftelijk beleid* (menampakkan keluar suatu kebijakan tertulis) dari pemerintah, yang berfungsi sebagai norma operasional penyelenggaraan tugas-tugas pemerintah. Artinya meskipun dibentuk oleh pejabat internal pemerintah dalam rangka pelaksanaan tugas pemerintahan, tetapi berlaku juga bagi masyarakat di luar lingkungan pemerintah. Bentuk norma tersebut adalah kebijakan yang tertulis, yang salah satunya berjenis SE (*sirculaires*), yang dijadikan dasar hukum pemerintah untuk bertindak dan/atau mengambil keputusan dalam rangka menyelesaikan semua persoalan yang dihadapi, agar tugas menyejahterakan rakyatnya dapat tercapai. Karena itu, norma SE-P Indonesia memiliki karakter mengatur (norma umum) dan perbuatan yang diatur di dalamnya dijadikan patokan atau ketentuan yang berlaku terus-menerus (norma abstrak). Secara filosofis, pengaturan ini sesuai dengan paham *sociological jurisprudence* yang melihat kebutuhan hukum dari kepentingan umum (*public interest*), kepentingan masyarakat (*social interest*), dan kepentingan pribadi (*private interest*). Berdasarkan kombinasi kepentingan tersebut Roscoe Pound menyatakan hukum dibentuk untuk menjadi alat memperbaharui (merekayasa) masyarakat (*law as a tool of social egeneering*) . Mengingat adanya kekosongan hukum, ketidakjelasan hukum, atau adanya stagnasi penyelenggaraan pemerintahan, maka norma SE-P dibentuk sebagai norma hukum untuk merekayasa perilaku pemerintah dan masyarakat sesuai dengan kebutuhan teknis penyelenggaraan tugas-tugas pemerintah. Karena itu norma SE-P bersifat mengatur, yang berarti memiliki karakteristik norma umum dan abstrak.

Norma SE-P berada pada ranah eksekutif (pemerintah), artinya berada pada lingkup (ranah) tugas dan wewenang pemerintah/ pelaksanaan UU atau peraturan perundang-undangan. Pembentukannya bersumber pada kewenangan eksekutif semata, sedangkan kewenangan eksekutif bersumber pada peraturan perundang-undangan. Secara garis kewenangan, ada kewenangan eksekutif yang bersumber langsung dari Pasal 4 ayat (1) UUD 1945, ada yang bersumber dari UU, dan/atau ada yang bersumber dari peraturan perundang-undangan lain di bawahnya. Selain itu, ada kewenangan eksekutif yang bersumber pada kewenangan eksekutif sendiri dalam membentuk peraturan kebijakan. Dalam hal

Penerbit AND

dibutuhkan, berdasarkan kewenangan eksekutif semata, pemerintah (eksekutif) dapat membentuk SE-P bagi landasan hukum pelaksanaan tugasnya. Berdasarkan sistem pengaturan negara, maka kewenangan pemerintah dalam membentuk SE-P dapat digambarkan pada gambar di bawah ini.



Gambar 1 : Kewenangan Mengatur Dengan Surat Edaran

Penerbit ANDI

Gambar di atas memperlihatkan kewenangan pemerintah untuk mengatur tugas-tugasnya dengan norma SE-P. Secara filosofis, kewenangan mengatur ini bagian dari konsekuensi dianutnya Indonesia sebagai negara hukum. Sebagai negara hukum, maka Indonesia harus membentuk hukum melalui kekuasaan pengaturan negara. Hukum yang pertama dibentuk adalah Konstitusi (UUD) yang dibentuk berdasarkan kewenangan konstitusi, yang kemudian disebut UUD 1945. UUD 1945 adalah hukum dasar atau hukum tertinggi negara, yang berisi aturan dasar yang mengatur Negara Indonesia secara garis besar, sehingga UUD 1945 menjadi landasan konstitusional kehidupan negara Indonesia.

Melalui Pasal 4 Ayat (1), UUD 1945 menciptakan wewenang kepada Presiden untuk memegang kekuasaan pemerintahan negara menurut UUD. Ketentuan ini menempatkan Presiden Republik Indonesia sebagai Kepala

Pemerintahan Negara. Menurut pemahaman Hukum Administrasi Negara, pengertian pemerintahan negara tersebut adalah eksekutif, sehingga Presiden adalah kepala eksekutif atau pemegang kekuasaan eksekutif negara Indonesia. Konsentrasi kekuasaan dan tanggung jawab kekuasaan pemerintahan negara hukum kesejahteraan Indonesia ada pada Presiden. Ini berarti Presiden memiliki wewenang melaksanakan tugas-tugas eksekutif menurut UUD 1945.

UUD 1945 juga menciptakan kekuasaan mengatur negara melalui legislatif [Pasal 5 ayat (1), Pasal 20, Pasal 20A, Pasal 21]. Kekuasaan legislatif adalah kekuasaan mengatur negara melalui UU, yang diberikan kepada DPR bersama Presiden. Menurut Pasal 22A DPD dapat terlibat dalam pembentukan UU yang berkaitan dengan otonomi daerah atau kewenangan daerah, namun keputusan membentuk UU tetap ada pada DPR bersama Presiden. Melalui kekuasaan ini, legislator membuat norma penjabaran dari norma konstitusi (UUD 1945) ke dalam bentuk aturan formal (*formele gesetz*) atau UU. Melalui aturan formal, legislator membentuk norma yang mengatur perbuatan dan sasaran yang terikat pada norma tersebut, sehingga hak dan kewajiban hukum sasaran sudah jelas. Siapa yang memiliki hak dan kewajiban hukum, dan kewajiban hukum apa yang harus dilaksanakan, tidak harus dilaksanakan, atau boleh dilaksanakan sudah diatur di dalam UU. Lembaga eksekutif, dalam hal ini Presiden dan jajarannya wajib melaksanakan norma UU dan menerapkan norma UU pada tugas-tugas pemerintahannya (eksekutifnya).

Menurut G. Jellinek, pemerintah mempunyai kekuasaan mengatur dan memutus. Kekuasaan mengatur adalah kekuasaan membuat peraturan yaitu membuat norma yang bersifat umum-abstrak. Kekuasaan memutus adalah kekuasaan membuat ketetapan yaitu membuat norma individual-konkret. Kekuasaan mengatur pemerintah didasarkan pada kewenangan atribusi dan delegasi perundang-undangan. Pasal 22 UUD 1945 memberikan kewenangan atribusi kepada Presiden untuk mengatur negara dengan Perpu. Kewenangan ini digunakan Presiden untuk membentuk norma setingkat UU pada saat negara dalam kegentingan memaksa. Melalui Perpu ini Presiden mengatur negara dengan aturan formal, seperti halnya aturan formal yang dituangkan ke dalam UU. Peraturan ini menjadi dasar tugas eksekutif.

Penerbit ANDI

Kewenangan delegasi Presiden dapat diperoleh dari UU atau peraturan perundang-undangan lainnya yang dilimpahkan kepada Presiden untuk membentuk PP dan Perpres. PP dan Perpres yang dibentuk bukan berdasarkan kewenangan eksekutif, tetapi berdasarkan kewenangan perundang-undangan yaitu kewenangan limpahan (delegasi) dari UU atau dari PP ketika membentuk Perpres. Melalui kedua peraturan tersebut Presiden membuat norma atau aturan pelaksanaan dari UU atau PP. Beberapa peraturan perundang-undangan ini menjadi dasar pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan oleh Presiden dan jajarannya.

Kewenangan mengatur juga dimiliki oleh pejabat pemerintah di bawah Presiden. Kewenangan mengatur oleh pejabat pemerintah di bawah presiden diberikan berdasarkan kewenangan atribusi atau delegasi oleh UU No. 12 Tahun 2011. Kewenangan atribusi melahirkan peraturan otonomi dan kewenangan delegasi melahirkan peraturan pelaksana yang dibentuk oleh pejabat pemerintah yang berwenang. Jenis-jenis peraturan perundang-undangan yang dihasilkannya adalah sebagaimana diatur di dalam Pasal 7 dan Pasal 8 UU No. 12 Tahun 2011, yang telah diuraikan penulis pada uraian sebelumnya.

Setiap peraturan perundang-undangan diharapkan mampu memenuhi kebutuhan hukum yang mengatur semua aspek kehidupan bernegara. Selanjutnya pemerintah melaksanakan atau mencocokkan semua permasalahan yang dihadapi dengan semua peraturan perundang-undangan dan menerapkannya pada masyarakat sasaran. Pemerintah (eksekutif) melaksanakan semua perbuatan pemerintah dan/atau mengambil keputusan terhadap persoalan yang dihadapi sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Namun pada kenyataannya materi muatan peraturan perundang-undangan lamban dan kerap tertinggal dari perkembangan berbagai aspek kehidupan bernegara, kurang jelas, multi tafsir, memberikan pilihan kepada pemerintah, atau hanya memberikan batasan kepada pemerintah, sehingga terjadi stagnasi pelaksanaan tugas pemerintah. Pada sisi lain, pemerintah bertanggung jawab memberikan pelayanan, pengembangan dan pembangunan, dan penyelesaian semua persoalan kehidupan bernegara. Pada kondisi ini pemerintah memerlukan norma yang bersifat mengatur (norma umum-abstrak), yang

Penerbit ANDI

dapat menjadi landasan hukum pemerintah. Karena itu, secara teoretis pemerintah memiliki kewenangan bebas (diskresi atau *freies ermessen*) untuk membentuk peraturan kebijakan (*beleidregels*) yang semata-mata berdasarkan kewenangan pemerintah (administrasi). Berdasarkan kewenangan ini, pemerintah membentuk berbagai jenis peraturan kebijakan, yang salah satunya adalah SE-P. Karena itu pemerintah membentuk SE-P untuk kepentingan tugas dan wewenangnya. Selanjutnya berdasarkan peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan (termasuk berdasarkan SE-P) pemerintah Indonesia melaksanakan semua tugas dan wewenang pemerintahan terhadap masyarakat sasaran untuk menciptakan kesejahteraan rakyat Indonesia.

Sebagai negara hukum kesejahteraan (*welfare state*) atau *social service slate* (negara memberikan pelayanan kepada masyarakat), atau negara melakukan pelayanan publik atau *bestuurzorg* (negara menyelenggarakan kesejahteraan) atau *social rechtsstaat*, semua tindakan atau perbuatan pemerintah harus berdasarkan hukum administrasi negara (*admiistratieve rechtsregels*) yang membenarkannya secara hukum (*juridisdische rechtswaardinging*). Demikian juga ketika pejabat pemerintah menggunakan kewenangan diskresi untuk membentuk SE-P perlu ada dasar hukum yang membenarkannya, karena dalam negara hukum kesejahteraan juga tidak ada perbuatan pemerintah yang tidak diawasi (dikontrol) agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan atau kesewenang-wenangan pemerintah. Karena itu penulis berpendapat norma SE-P adalah norma hukum yang digunakan oleh pemerintah dalam rangka menjalankan tugas dan wewenangnya dapat dikontrol (diuji) jika bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau peraturan yang lebih tinggi.

Penerbit ANDI

Dari gambar di atas dan uraiannya penulis menemukan ada empat kategori SE-P, yaitu:

a. SE-P sebagai norma hukum yang dibentuk pemerintah dalam rangka menjalankan tugas-tugas pemerintahan yang diberikan langsung oleh UUD 1945 [Pasal 4 ayat (1) UUD 1945];

b. SE-P sebagai norma hukum yang dibentuk pemerintah dalam rangka menjalankan tugas-tugas pemerintahan yang diberikan oleh UUD 1945 melalui UU;

c. SE-P sebagai norma hukum yang dibentuk pemerintah dalam rangka menjalankan tugas-tugas pemerintahan yang diberikan melalui delegasi (limpahan) UU kepada peraturan perundang-undangan di bawah UU;

d. SE-P sebagai norma hukum yang dibentuk pemerintah dalam rangka menjalankan tugas-tugas pemerintahan yang diberikan oleh melalui atribusi UU kepada peraturan otonom di bawah UU.

Berdasarkan data hasil penelitian SE-P (sebagaimana dikemukakan pada Bab III) dan hasil analisis data sebagaimana diuraikan di atas, sebagian besar norma SE-P memiliki sasaran umum dan materi muatannya bersifat abstrak. Penulis sependapat dengan pendapat sebagian ahli hukum dan sebagian Hakim Agung yang menafsirkan norma SE-P memiliki karakteristik norma hukum yang mengatur yakni norma peraturan perundang-undangan, yang disebut sebagai peraturan perundang-undangan bayangan atau peraturan perundang-undangan semu. Persoalan norma SE-P bertentangan dengan norma peraturan perundang-undangan adalah persoalan pertentangan norma peraturan dan bukan pertentangan antara perbuatan dengan norma yang mengaturnya. Karena itu pertentangan antar norma ini diselesaikan melalui pengujian norma peraturan. Dengan demikian norma SE-P dapat diuji karena merupakan objek hak uji material.

a. Penafsiran Terhadap Hukum Positif yang Mengatur Hak Uji Material
Perbedaan pendapat para ahli hukum mengenai SE-P sebagai objek hak uji material dan bukan objek hak uji material, merupakan sudut pandang para ahli hukum di atas melihat persoalan SE-P berdasarkan aliran hukum positif (positivisme hukum) atau aliran legisme. Paham positivisme hukum adalah suatu paham yang melihat atau mendasarkan kebenaran hukum dari hukum yang sedang berlaku. Hukum adalah semua ketentuan yang diciptakan oleh penguasa atau pembentuk hukum, yang ada di dalam peraturan yang sedang berlaku. Menurut paham ini hukum sudah memadai kebutuhan hukum masyarakat dengan kelengkapan teknis yang sudah mapan. Hukum diibaratkan obat dari segala macam penyakit, sehingga tidak ada satu pun persoalan di masyarakat yang tidak dapat diatasi oleh hukum,

Penerbit ANDI

sehingga hukum positiflah yang menjadi acuan. Dengan demikian, jika SE-P diatur di dalam hukum positif, maka SE-P adalah hukum.

Aliran paham legalistik (*legisme*) adalah suatu paham yang melihat hukum pada undang-undang. Hukum adalah undang-undang dan selain undang-undang adalah bukan hukum. Semua hukum sudah ada di dalam undang-undang, dan apa yang tertera dalam undang-undang itulah yang disebut hukum. Di Indonesia yang dimaksud dengan UU adalah satu jenis peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh DPR bersama Presiden dengan nomenklatur UU. Dengan demikian, jika SE-P diatur di dalam UU maka menurut aliran paham ini SE-P adalah hukum.

Berdasarkan dasar filosofis di atas, para ahli hukum mencari hukum positif atau UU yang mengatur hak uji material atas SE-P. Hukum positif di Indonesia terdiri atas hukum yang tertulis yaitu peraturan perundang-undangan, hukum tidak tertulis yaitu hukum adat dan konvensi ketatanegaraan, hukum Islam, dan yurisprudensi. Dari data penelitian pada Bab III, penulis melihat hukum positif yang digunakan oleh para ahli hukum untuk mencari peraturan atau hukum yang mengatur tentang pengujian SE-P adalah peraturan perundang-undangan, yaitu UUD Tahun 1945, UU No. 48 Tahun 2009, UU No. 14 tahun 1985 jo UU o. 5 Tahun 2004 jo UU No. 3 Tahun 2009, UU No. 24 Tahun 2003, UU No. 12 Tahun 2011, dan UU No. 30 Tahun 2014.

Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 menyatakan "Mahkamah Agung berwenang...menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang...". Kemudian Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyatakan "Mahkamah Konstitusi berwenang... menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945...". Pasal 20 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 menyatakan "Mahkamah Agung berwenang...b. menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang...". Pasal 29 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 menyatakan "Mahkamah Konstitusi berwenang...a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945...". Pasal 31 ayat (1) UU No. 5 Tahun 2004 tentang

Penerbit ANDI

Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung menyatakan "Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang...". Pasal 10 Ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 menyatakan "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945...". Selanjutnya peraturan perundang-undangan yang dimaksud oleh beberapa peraturan di atas merujuk pada jenis peraturan perundang-undangan yang diatur dalam UU No. 12 Tahun 2011, yang terdiri atas:

Pasal 7

(1) Jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan terdiri atas:
    a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
    b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
    c. Undang-Undang;
    d. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
    e. Peraturan Presiden;
    f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
    g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Pasal 8

(1) Jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksaan Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Wali Kota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Penerbit ANDI

Selain melihat hukum tentang pengujian SE-P, sebagian ahli hukum juga melihat hukum positif atau UU yang mengatur keberadaan SE-P. Di Indonesia tidak ada satu pun ketentuan dalam UUD 1945 dan beberapa UU di atas yang mengatur keberadaan SE-P. Sampai saat ini keberadaan SE-P hanya berdasarkan doktrin Hukum Administrasi Negara yang menyatakan pemerintah memiliki kewenangan diskresi untuk membentuk peraturan kebijakan, yang salah satu jenisnya adalah SE-P. UU No. 30 Tahun 2014 mengatur kewenangan diskresi pemerintah, namun kewenangan diskresi tersebut bukan digunakan untuk membentuk peraturan kebijakan. Menurut Pasal 6 ayat (1) dan ayat (2) huruf e pejabat pemerintah berhak menggunakan diskresi sesuai tujuan. Pasal 1 angka 9 menyatakan penggunaan oleh pejabat pemerintah untuk hanya untuk dua perbuatan yaitu untuk pengambilan keputusan dan/atau untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan nyata. Selanjutnya Pasal 1 angka 7 menjelaskan yang dimaksud keputusan pemerintah yaitu Keputusan Administrasi Pemerintahan yang juga disebut Keputusan Tata Usaha Negara atau Keputusan Administrasi Negara yang selanjutnya disebut Keputusan yaitu ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan". Kemudian Pasal 1 angka 8 menjelaskan yang dimaksud tindakan pemerintah yaitu tindakan Administrasi Pemerintahan yang selanjutnya disebut Tindakan yaitu perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan". Pengambilan keputusan atau tindakan pemerintah bertujuan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan, dalam hal peraturan perundang-undangan memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan (Pasal 1 Angka 9). Tujuannya adalah untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum [(Pasal 22 Ayat (2)].

Beberapa peraturan perundang-undangan di atas tidak mengatur penggunaan diskresi untuk membentuk peraturan kebijakan oleh pemerintah, termasuk SE-P, karena diskresi hanya digunakan untuk

Penerbit ANDI

pengambilan keputusan dan tindakan pemerintah. Terhadap hal ini, Bayu Dwi Anggoro dan M. Guntur Hamzah menafsirkan peraturan kebijakan adalah sebagai salah satu bentuk tindakan pemerintah, atau peraturan kebijakan digolongkan sebagai bentuk tindakan pemerintah. Selanjutnya kedua ahli hukum tersebut menyatakan apabila norma SE bertentangan dengan peraturan perundang-undangan maka pemerintah dinilai telah melakukan tindakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Penyelesaian masalah pelanggaran hukum tindakan pemerintah tersebut dapat dilakukan melalui Pengadilan Negeri, sedangkan penyelesaian keputusan pemerintah yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dilakukan melalui Pengadilan Tata Usaha Negara.

Terhadap pendapat di atas yang menggolongkan peraturan kebijakan ke dalam tindakan pemerintah, penulis berpendapat penggolongan itu tidak tepat karena peraturan kebijakan dan tindakan pemerintah sebagaimana dimaksud UU No. 30 Tahun 2014 mempunyai karakteristik yang berbeda. Penulis sependapat dengan para ahli yang menyatakan peraturan kebijakan dan tindakan pemerintah dilakukan berdasarkan kewenangan diskresi pemerintah. Namun peraturan kebijakan adalah norma yang bersifat umum dan abstrak sedangkan tindakan pemerintah adalah perbuatan nyata (fisik) yang dilakukan pemerintah. Peraturan kebijakan berisi norma yang mengatur tindakan pemerintah sedangkan tindakan pemerintah dilakukan berdasarkan norma peraturan kebijakan. Demikian juga SE-P berisi norma yang merumuskan atau mengatur perbuatan (tindakan) pemerintah atau tingkah laku sedangkan tindakan pemerintah adalah perbuatan yang dapat dilakukan berdasarkan norma SE-P. Karena itu penulis berpendapat bahwa tidak tepat apabila SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan diadili melalui Pengadilan Negeri. Sesuai dengan karakteristik normanya, penulis sependapat dengan sebagian para ahli hukum dan hakim MA yang menyatakan bahwa SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan diuji melalui hak uji material.

Dari analisis terhadap semua hukum positif yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar penafsiran oleh

Penerbit AND

sebagian ahli hukum di atas dan paham legisme tidak mengatur keberadaan dan pengujian SE, termasuk SE-P. Karena itu, meskipun para ahli hukum di atas mengakui norma SE memiliki karateristik sama dengan norma peraturan perundang-undangan, namun karena hukum positif di atas tidak mengatur keberadaan dan pengujian terhadap SE-P, maka para ahli tersebut berpendapat bahwa SE bukan peraturan perundang-undangan sehingga SE-P adalah bukan merupakan objek hak uji material dan tidak dapat dilakukan pengujian secara material.

Terhadap persoalan di atas, penulis perlu menganalisis ruang lingkup hukum positif yang digunakan oleh para ahli hukum dalam menafsirkan keberadaan dan pengujian SE-P. Secara teoretis, hukum positif adalah hukum yang sedang berlaku di suatu masyarakat di wilayah tertentu. Penulis melihat hukum positif di Indonesia ada di dalam peraturan perundang-undangan, perjanjian yang berlaku, konvensi ketatanegaraan, hukum adat, hukum Islam, dan yurisprudensi. Dari beberapa jenis hukum positif tersebut, hanya yurisprudensi yang berkaitan dengan pengujian SE-P, sedangkan jenis hukum positif lainnya tidak mengatur dan berkaitan dengan pengujian SE-P. Data penelitian berupa Putusan MA yang menguji SE-P merupakan yurisprudensi pengujian SE. Karena itu penulis menemukan dasar hukum positif keberadaan dan pengujian SE-P pada yurisprudensi Putusan MA.

Yurisprudensi Putusan MA tentang pengujian SE-P sebagai landasan hukum pengujian SE-P mempunyai kebenaran filosofis ontologis materialisme. Yurisprudensi tersebut merupakan fakta materi atau kenyataan hukum (*sein*) yang ada. Secara inderawi, yurisprudensi dipahami berbentuk Putusan MA, hal yang diujinya adalah SE-P, proses pengujiannya melalui *judicial review*, dan amar putusanya mengabulkan permohonan pemohon, menolak permohonan pemohon, atau tidak menerima permohonan pemohon. Melalui putusan ini, persoalan pertentangan norma SE-P terhadap peraturan perundang-undang telah berakhir. Artinya secara ontologis materialis pengajuan SE-P oleh MA telah menyelesaikan keberadaan permasalahan pertentangan norma hukum SE-P dengan peraturan perundang-undangan. Kebenaran ini telah diterima sebagai kebenaran hukum oleh pencari keadilan.

Penerbit ANDI

Yurisprudensi Putusan MA di atas juga mempunyai dasar kebenaran filosofis epistimologi empirisme dan rasionalisme. Sepuluh Putusan MA tentang pengujian SE-P telah mencerminkan pengalaman pengadilan dalam menyelesaikan persoalan keadilan hukum akibat norma SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Apalagi dari 10 Putusan MA, 6 putusan di antaranya MA menyatakan memiliki kompetensi absolut menguji secara material SE-P. Ini artinya sebagian besar MA memiliki pengalaman menguji SE-P dan artinya juga hakim MA lebih berpendapat bahwa SE-P dapat diuji secara material. Kebenaran epistimologi materialisme ini diperkuat juga kebenaran epistimologi rasionalisme. Kebenaran Putusan MA yang menguji SE-P diterima secara logis oleh akal, karena pada negara hukum semua permasalahan hukum perlu diselesaikan secara hukum. Persoalan hukum pengujian SE-P memang tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya, namun berdasarkan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 10 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 yang menyatakan pengadilan tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak ada hukumnya dan hakim wajib menggali serta mengikuti hukum yang hidup di dalam masyarakat demi menciptakan keadilan hukum, maka pengujian SE-P oleh MA dapat diterima secara logis sebagai kebenaran hukum.

Selain itu, yurisprudensi di atas juga mendapatkan kebenaran filosofis aksiologi teleologis. Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, filsafat aksiologis teleologis adalah filsafat yang mengajarkan kebenaran hakiki suatu nilai perbuatan dari tujuan atau hasil yang diharapkan. Hakim MA tidak memiliki kewajiban (deontologis) untuk mengadili peraturan kebijakan, termasuk SE-P, yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB. Namun berdasarkan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 10 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 di atas, hakim pengadilan, termasuk hakim MA diwajibkan untuk menciptakan keadilan hukum bagi masyarakat pencari keadilan. Ketentuan pasal tersebut tidak mengatur perbuatan atau tingkat laku hakim tetapi mengatur tujuan yang harus dicapai oleh hakim yaitu keadilan dan ini adalah tujuan yang baik. Karena itu perbuatan atau tingkah laku hakim MA yang menguji secara material SE-P tersebut adalah didasarkan pada tujuan tersebut. Secara filsafat aksiologi teleologis, perbuatan hakim MA menerima, memeriksa, mengadili, dan memutus

Penerbit ANDI

sengketa pertentangan norma SE-P terhadap peraturan perundang-undangan atau AUPB adalah baik karena didasarkan pada tujuan atau hasil yang baik. Hasil ini telah diwujudkan oleh hakim MA melalui putusannya yang telah menjadi yurisprudensi. Karena itu, yurisprudensi Putusan MA di atas dapat menjadi dasar bagi hakim MA selanjutnya untuk mengadili hak uji material SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB.

Dalam sistem hukum Indonesia, yurisprudensi adalah putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap dan dapat digunakan oleh hakim berikutnya untuk mengadili perkara yang sama. Dalam konteks pengujian SE, maka yurisprudensi yang dimaksud adalah yurisprudensi pengujian SE-P yaitu Putusan MA mengenai pengujian SE-P. Dalam pengertian ini, hakim MA kemudian dapat mengikuti atau menggunakan Putusan MA tersebut untuk menguji secara material SE-P. Karena itu penulis berpendapat bahwa penafsiran hukum oleh para ahli hukum di atas yang dipengaruhi oleh positivisme hukum yang hanya melihat hukum positif pada peraturan perundang-undangan dan paham *legisme* yang melihat hukum pada UU, yang tidak mengatur hak uji material SE adalah penafsiran terlalu sempit. Akibat penafsiran hukum positif secara sempit ini maka para ahli hukum menilai SE bukan objek hak uji material, padahal seharusnya para ahli hukum melihat juga hukum positif di yurisprudensi, yang secara nyata telah memberi putusan atas pengujian secara material SE-P.

Indonesia tidak hanya menganut paham *legisme*, sebagaimana dikemukakan di atas, karena Indonesia juga menganut paham *rechsvinding*. Paham ini menyatakan hakim terikat pada undang-undang namun keterikatan hakim tidak seketat paham *legisme*. Pada paham *legisme* hakim sangat terikat dan tidak memiliki pilihan lain untuk keluar dari UU, sedangkan menurut paham *rechsvinding* hakim terikat pada UU, namun hakim Indonesia masih mempunyai kebebasan, meskipun kebebasan itu tidak seperti kebebasan pada paham *rechtsbewegung*. Pada paham *rechtsbewegung* hakim bebas melaksanakan tugasnya menurut undang-undang atau tidak menurut undang-undang, sedangkan pada paham *rechtsvinding* kebebasan hakim masih dalam batas undang-undang. Pada

Penerbit ANDI

prinsip *rechtsvinding* hakim terikat pada undang-undang, namun hakim dapat menafsirkan hukum/undang-undang sesuai dengan tuntutan zaman sehingga hakim dapat membuat hukum (*judge made law*) berupa yurisprudensi. Karena itu Kartini dan Sudikno Mertokusumo menyatakan bahwa memahami hukum, termasuk memahami pengujian SE, dalam UU saja tanpa mempelajari yurisprudensi tidaklah lengkap, sehingga mengetahui yurisprudensi adalah penting. Karena itu penulis berpendapat bahwa perlu melihat hukum positif di dalam yurisprudensi untuk mengetahui landasan hukum dari keberadaan dan pengujian SE-P secara material.

Data penelitian di Bab III memperlihatkan adanya yurisprudensi dalam bentuk Putusan MK dan Putusan MA yang menguji dan memutuskan pengujian SE-P secara material. Jika dikaji dari amar putusannya, putusan kedua lembaga peradilan tertinggi tersebut dapat digolongkan ke dalam tiga macam yurisprudensi, yaitu: yurispudensi yang mengabulkan permohonan hak uji material SE-P, yurisprudensi yang menolak permohonan hak uji material SE-P, dan yurisprudensi yang tidak menerima permohonan hak uji material SE-P. Yurispudensi yang mengabulkan permohonan hak uji material SE-P membuktikan fakta (praktik hukum) bahwa SE-P adalah objek hak uji material, yang dinyatakan oleh hakim MA bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Yurispudensi yang menolak permohonan hak uji material SE-P membuktikan fakta (praktik hukum) bahwa SE-P adalah objek hak uji material namun isinya dinyatakan oleh hakim MA tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, sehingga Putusan MA menolak permohonan pemohon. Yurispudensi yang tidak menerima hak uji material SE-P membuktikan fakta (praktik hukum) bahwa SE-P bukan objek hak uji material. Jika ketiga macam yurisprudensi dianalisis lebih lanjut dari aspek kewenangan pengadilan, penulis dapat menggolongkannya menjadi dua macam yurisprudensi, yaitu pertama adalah yurisprudensi yang menyatakan SE-P adalah objek hak uji material sehingga MA berwenang (memiliki kompetensi absolut) mengujinya dan kedua adalah yurisprudensi yang menyatakan SE-P adalah bukan hak uji material sehingga MK dan MA tidak berwenang (tidak memiliki kompetensi absolut) untuk mengujinya. Yurisprudensi yang menjadikan SE-P sebagai objek hak uji material merupakan wujud

Penerbit ANDI

solusi untuk mengatasi permasalahan SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB yang merugikan hak-hak yuridis masyarakat.

Putusan MA di atas tampak bersifat ambivalen, karena di satu sisi MA berwenang (memiliki kompetensi absolut) menguji SE-P namun di sisi lain MA tidak berwenang (tidak memiliki kompetensi absolut) menguji SE-P. Hal ini terlihat dari 10 Putusan MA tentang pengujian SE secara material, 6 Putusan MA menilai SE-P sebagai objek hak uji material dan 4 Putusan MA lainnya menilai SE-P bukan objek hak uji material. Meskipun demikian, fakta ini menunjukan bahwa di Indonesia telah ada praktik hukum yang dilakukan oleh MA terhadap pengujian SE secara material. Secara kuantitatif, Putusan MA (Majelis Hakim MA) yang menguji SE-P secara material lebih banyak dibandingkan dengan Putusan MA (Majelis Hakim MA) yang tidak melakukan pengujian SE-P secara material. Putusan-putusan MA tersebut telah mempunyai kekuatan hukum tetap dan telah menjadi yurisprudensi. Yurisprudensi ini telah menjadi hukum positif yang meletakan dasar hukum tentang pengakuan atas keberadaan SE sebagai jenis peraturan kebijakan dan pengujian SE-P secara material. Dengan demikian, menurut hukum positif, dalam hal ini yurisprudensi, SE-P merupakan objek hak uji material.

Penggunaan yurisprudensi di Indonesia untuk mengadili perkara yang sama di pengadilan masih terkendala dengan penafsiran hukum terhadap sifat penggunaan yurisprudensi. Para ahli menafsirkan penggunaan yurisprudensi bersifat mutlak (murni) atau bersifat tidak mutlak (tidak murni). Penggunaan yurisprudensi bersifat mutlak adalah penggunaan yurisprudensi yang bersifat wajib, artinya hakim wajib tunduk pada yurisprudensi dan wajib menggunakannya dalam mengadili perkara yang sama. Sebaliknya penggunaan yurisprudensi bersifat tidak mutlak adalah penggunaan yurisprudensi yang fakultatif, artinya hakim tidak harus tunduk pada yurisprudensi dan tidak wajib menggunakan yurisprudensi dalam mengadili perkara yang sama.

Apabila penulis mengkaji pendapat para ahli hukum dan praktik penyelesaian perkara di pengadilan, para ahli menyatakan bahwa Indonesia menganut penggunaan yurisprudensi tidak mutlak, artinya hakim tidak

Penerbit ANDI

wajib tunduk dan menggunakan yurisprudensi untuk mengadili perkara yang sama. Hakim Indonesia memiliki kebebasan untuk menggunakan atau tidak menggunakan yurisprudensi ketika akan mengadili perkara yang sama dengan perkara yang telah diputus oleh hakim pengadilan terdahulu. Penulis melihat pendapat ahli hukum ini didasarkan pada sistem hukum yang dianut Indonesia yaitu Sistem Hukum Eropa Kontinental dan bukan menganut Sistem Hukum Anglo Saxon.

Sistem Hukum Eropa Kontinental adalah sistem hukum yang mengandung ciri adanya kodifikasi hukum ke dalam suatu kitab undang-undang (*statute law system*), yang kemudian digunakan atau diterapkan dalam menangani perkara. Sistem hukum ini melihat hukum hanya ada di dalam peraturan perundang-undangan formal, hukum bersifat konservatif, dan hakim merupakan corong peraturan perundang-undangan. Kodifikasi peraturan menimbulkan pembagian hukum sipil (*civil law*) ke dalam empat besar kelompok hukum yaitu Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi Negara, Hukum Pidana, dan Hukum Perdata. Kelompok hukum tersebut dijadikan dasar hukum oleh hakim dalam menyelesaikan perkara di pengadilan. Hakim mengacu pada hukum sipil dalam mengadili dan memutus perkara yang diadilinya. Hakim hanya menerapkan *statute law system*, karena hukumnya sudah ada di dalam peraturan perundang-undangan, dan hakim tidak memiliki ruang gerak sebagai *jadge made law* . Indonesia menerapkan sistem kodifikasi hukum sipil, sehingga terdapat pengelompokan Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi Negara, Hukum Pidana, dan Hukum Perdata, serta ditambah dengan Hukum Internasional, Hukum Islam, dan Hukum Adat. Akibatnya yurisprudensi tidak wajib digunakan hakim.

Sistem Hukum Anglo Saxon adalah sistem hukum kebiasaan yang timbul dalam praktik hukum (*common law system*). Hukum merupakan bagian dari kultur masyarakat, hukum diciptakan oleh masyarakat, dan hukum tidak memerlukan kodifikasi. Hasil praktik hukum oleh pengadilan adalah putusan pengadilan yang disebut yurisprudensi sebagai hukum yang dibuat oleh hakim atau pengadilan (*jadge made law*). Karena itu yurisprudensi menjadi acuan dasar hukum putusan hakim selanjutnya. Pada sistem hukum ini penyelesaian permasalahan hukum oleh hakim di

Penerbit ANDI

pengadilan berdasarkan yurisprudensi, sehingga hakim wajib tunduk dan menggunakan yurisprudensi dalam mengadili perkara yang sama.

Apabila dianalisis, penulis menemukan landasan konstitusional tentang penggunaan yurisprudensi tidak mutlak di Indonesia pada Penjelasan UUD 1945. Sebelum UUD 1945 diamendemen tahun 1999, Penjelasan UUD 1945 adalah bagian dari UUD 1945 dan mempunyai kekuatan mengikat secara hukum. Pada Penjelasan Umum di bagian Sistem Pemerintahan Negara sub angka Romawi I dinyatakan bahwa "Indonesia, ialah negara yang berdasar atas hukum (*Rechsstaat*). Negara Indonesia berdasar atas hukum (*Rechtsstaat*) tidak berdasar atas kekuasaan belaka (*Machtsstaat*). Penjelasan UUD 1945 tersebut mengidentifikasi paham negara hukum yang dianut oleh Indonesia adalah paham *Rechtsstaat* dan bukan paham *Rule of Law*. *Rechtsstaat* adalah negara hukum yang dianut oleh Sistem Hukum Eropa Kontinental, sehingga Indonesia harus membuat kondifikasi hukum sipil (*civil law*). Dengan demikian maka hukum sipil menjadi acuan atau dasar utama bagi lembaga atau hakim peradilan untuk menyelesaikan permasalahan hukum di Indonesia. Yurisprudensi tidak menjadi acuan atau dasar mutlak bagi lembaga atau hakim peradilan untuk menyelesaikan masalah hukum perkara yang sama yang pernah diputus oleh hakim sebelumnya. Karena itu, meskipun telah ada yurisprudensi pengujian SE-P, hakim selanjutnya boleh menggunakan atau tidak menggunakan yurisprudensi menguji SE-P tersebut.

Penggunaan yurisprudensi oleh hakim Indonesia seperti di atas, khususnya dalam hal menguji secara material SE-P, telah dilaksanakan oleh hakim MA. Sebelas data penelitian tentang praktik pengujian SE-P (1 Putusan MK dan 10 Putusan MA sebagaimana dikemukakan pada Bab III), telah membuktikan bahwa hakim MA tidak terikat pada yurisprudensi Putusan MK atau Putusan MA mengenai pengujian SE-P. Meskipun sudah ada yurisprudensi, sebagian hakim masih menggunakan hukum sipil namun sebagian hakim lain menggunakan yurisprudensi dalam menguji SE-P. Akibatnya Putusan MK dan Putusan MA mengenai pengujian SE-P tidak sama, yaitu 1 Putusan MK tidak menerima permohonan hak uji material SE-P, 6 Putusan MA mengabulkan dan menolak permohonan hak uji materi SE-P, dan 4 Putusan MA tidak menerima permohonan hak uji material SE-P.

Penerbit ANDI

Secara filosofis, penggunaan yurisprudensi yang bersifat tidak mutlak pada Negara Hukum Indonesia dalam arti *Rechtsstaat* tidak memberikan kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan bagi masyarakat. Menurut Aristoteles hukum memiliki tujuan untuk memberikan kepastian dan keadilan bagi masyarakat Demikian juga Jeremy Bentham menyatakan tujuan hukum adalah memberikan manfaat bagi sebanyak-banyaknya masyarakat. Hakim yang terikat pada peraturan perundang-undangan dan tidak wajib mengikuti yurisprudensi menimbulkan ketidakadilan bagi pencari keadilan dan menimbulkan ketidakmanfaatan hukum bagi masyarakat. Penggunaan yurisprudensi seperti di atas tidak memberikan kepastian untuk mewujudkan tujuan hukum tersebut, karena hakim masih memiliki kebebasan untuk mengikuti atau tidak mengikuti yurisprudensi. Putusan MA yang hakimnya menggunakan yurisprudensi yang mengabulkan atau menolak hak uji material SE-P membuktikan adanya hakim yang mengakui SE-P sebagai objek hak uji material. Namun sebaliknya Putusan MA yang hakimnya menggunakan yurisprudensi yang tidak menerima permohonan hak uji material SE-P membuktikan bahwa adanya hakim yang tidak mengakui SE-P sebagai objek hak uji material. Bahkan ketika hakim tidak mengikuti kedua yurisprudesi tersebut, maka hakim akan menafsirkan sendiri hukum sipil untuk menentukan apakah SE-P sebagai objek hak uji material atau bukan objek hak uji material. Inilah ketidakpastian hukum mengenai pengujian SE-P dalam Negara Hukum Indonesia dalam arti *Rechtsstaat*.

Selanjutnya setelah UUD 1945 diamendemen pada tahun 1999, UUD 1945 tidak lagi memiliki penjelasan, karena Penjelasan UUD 1945 dihapus. Akibatnya ketentuan Indonesia sebagai negara hukum dalam arti *Rechtsstaat* tidak ada lagi. Ketentuan yang mengatur Indonesia sebagai negara hukum dimuat di dalam Batang Tubuh UUD 1945 yaitu Pasal 1 ayat (3), yang rumusannya menyatakan "Negara Indonesia adalah negara hukum". Rumusan pasal ini tidak memperlihatkan paham negara hukum apa yang dianut oleh Indonesia, apakah paham *Rechtsstaat* atau *Rule of Law*. Hal ini berbeda dengan rumusan Indonesia Negara Hukum di Penjelasan UUD 1945, yang menganut paham *Rechtsstaat*, sebagaimana diuraikan sebelumnya. Ini berarti apakah paham Negara Hukum Indonesia setelah UUD 1945 diamendemen adalah dalam arti *Rechtsstaat*? atau *Rule of Law*?,

Penerbit ANDI

atau dalam arti keduanya?, atau tidak dalam arti keduanya?

Menurut Arief Hidayat rumusan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 tidak menegaskan paham negara hukum Indonesia sebagai *Rechsstaat* atau *Rule of Law*. Namun jika dikaitkan dengan adanya pengelompokan jenis hukum dan adanya yurisprudensi, secara tersirat Indonesia menganut negara hukum paham *Rechtsstaat* dan *Rule of Law.* Ini artinya selain memperhatikan peraturan perundang-undangan yang berlaku, hakim juga wajib menggunakan yuripudensi dalam mengadili perkara yang sama. Demikian juga dalam hal hakim menguji SE-P, maka selain mengacu pada peraturan perundang-undangan, hakim juga wajib mengacu yurisprudensi dalam menangani permohonan hak uji material SE-P.

Pendapat yang senada dengan Arief Hidayat dikemukakan oleh Achmad Ali. Achmad Ali menyatakan orang Barat tempo dulu dengan arogansinya membagi sistem hukum dunia ke dalam dua sistem yaitu Sistem Hukum *Anglo Saxon* (*Common Law*) di negara-negara berbahasa Inggris dan Sistem Hukum Eropa Kontinental (*Civil Law*, *Codification Law*) di negara-negara Barat lainnya. Para alumni Fakultas Hukum Indonesia-pun dicekoki dengan indoktrinasi bahwa Indonesia menganut Sistem Hukum Eropa Kontinental (*Civil Law, Codification Law*). Di abad 21 muncul banyak sistem hukum di dunia, yang salah satunya Sistem Hukum Campuran (*Mix Legal System*). Sistem hukum Indonesia adalah *Mix Legal System* antara Sistem Hukum *Anglo Saxon* dan Sistem Hukum Eropa Kontinental.

Penulis sependapat dengan pendapat Arief Hidayat dan Achmad Ali di atas, karena praktik hukum di Indonesia mengandung unsur *Rechtsstaat* dan *Rule of Law*. Hal ini dapat dilihat dari:

a. Indonesia masih menggunakan kodifikasi hukum sipil (*statute law system*), sebagaimana disebutkan di atas, yang merupakan ciri negara hukum dalam arti *Rechtsstaat*;

b. Hakim di Indonesia tidak hanya corong undang-undang, tetapi dapat menggali hukum yang hidup di masyarakat dalam mengadili perkara (*jadge made law*), yang merupakan ciri negara hukum dalam arti *Rule of Law*;

Penerbit ANDI

c. Terdapat putusan pengadilan (seperti sebagian Putusan MA mengenai pengujian SE-P di Bab III) yang mengacu pada hukum sipil dan ada juga putusan pengadilan (seperti sebagian Putusan MA mengenai pengujian SE-P di Bab III) yang mengacu pada yurisprudensi dalam mengadili perkara yang sama, yang merupakan ciri negara hukum arti *Rechtsstaat* dan dalam arti *Rule of Law*.

Penggunaan hukum sipil (peraturan perundang-undangan) dan yurisprudensi Putusan MA merupakan wujud hukum yang merekayasa perilaku pemerintah dan masyarakat untuk mencapai kepastian dan keadilan hukum masyarakat yang dirugikan akibat SE-P yang bertentangan dengan peraturan atau norma yang lebih tinggi. Masyarakat dapat mengacu pada peraturan perundang-undangan atau yurisprudensi untuk mencari kepastian dan keadilan hukum melalui permohonan pengujian SE-P.

Meskipun demikian, penggunaan paham *Rechtsstaat* dan *Rule of Law* dalam Negara Hukum Indonesia masih menimbulkan persoalan, apabila suatu permasalahan hukum telah diatur di dalam peraturan perundang-undangan dan juga telah ada putusan pengadilan yang merupakan yurisprudensi. Jika mengikuti paham *Rechtsstaat* maka hakim wajib menggunakan peraturan perundang-undangan dalam mengadili perkara, sedangkan jika mengikuti *Rule of Law* maka hakim wajib mengikuti yurisprudensi dalam mengadili perkara. Menurut penulis, jika terjadi hal seperti itu Indonesia dapat memberlakukan asas "*statute law prevail*". Azas ini menyatakan jika terdapat pertentangan antara undang-undang dan yurisprudensi atau terdapat hukum yang sama antara undang-undang dan yurisprudensi maka undang-undang yang dimenangkan atau diunggulkan. Indonesia yang menganut *statute law system* mengutamakan (mewajibkan) peraturan perundang-undangan yang digunakan oleh hakim untuk mengadili perkara. Ini berarti yurisprudensi dikesampingkan. Jika peraturan perundang-undangan tidak mengatur perkara yang diadili, maka hakim dapat menggunakan kewenangannya untuk menemukan hukum atau menciptakan hukum (*jadge made law*) sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat, sebagaimana diberikan oleh Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Putusan hakim ini menjadi yurisprudensi sebagai hukum positif, yang mengisi kekosongan

Penerbit ANDI

hukum. Dengan demikian, jika terdapat kekosongan hukum, maka hakim wajib menggunakan yurisprudensi dalam mengadili perkara yang sama.

Asas "*statute law prevail* menciptakan harmonisasi penggunaan paham *Rechtsstaat* dan *Rule of Law* dalam Negara Hukum Indonesia. Dalam rangka itu, penulis berpendapat bahwa paham *Rechtsstaat* merupakan acuan primer sedangkan paham *Rule of Law* merupakan acuan sekunder bagi hakim dalam mengadili perkara. Artinya hakim wajib mengacuan pada hukum sipil yaitu peraturan perundang-undangan lebih dahulu dalam mengadili perkara. Apabila hukum sipil (peraturan perundang-undangan) tidak mengatur secara tegas dan jelas mengenai perkara yang diadili, maka hakim menggunakan yurisprudensi untuk mengadili perkara. Demikian juga ketika hakim menguji SE-P, maka hakim wajib mengacu pada acuan primer (pertama) yaitu hukum sipil (peraturan perundang-undangan) terlebih dahulu dalam menguji SE-P tersebut, yang berarti hakim terikat pada paham *Rechtsstaat*. Apabila hukum sipil (peraturan perundang-undangan) tidak mengatur SE-P dan pengujian SE-P, maka hakim wajib mengacu pada acuan sekunder (kedua) yaitu yurisprudensi, yang berarti hakim terikat pada paham *Rule of Law* dalam menguji SE-P.

Sebagaimana dikemukakan pada uraian sebelumnya, pada saat ini hukum sipil (peraturan perundang-undangan) Indonesia belum mengatur SE-P dan pengujian SE-P. Dalam hal ini di Indonesia masih terjadi kekosongan hukum postif yaitu hukum sipil dalam peraturan perundang-undangan (*statute law system*) yang mengatur hak uji material SE-P. Karena itu hakim tidak mempunyai acuan primer untuk melakukan pengujian SE-P. Adanya praktik hukum di pengadilan yang memunculkan yurisprudensi tentang pengujian SE-P, sebagai bentuk hukum yang diciptakan hakim (*jadge made law*), maka hakim wajib menggunakan acuan sekunder dalam melakukan pengujian SE-P. Ini artinya di Indonesia telah muncul hukum positif dalam bentuk yurisprudensi yang mengatur pengujian SE-P. Karena itu sesuai dengan asas "*statute law prevail* maka dalam pengujian SE, hakim wajib mengacu pada yurisprudensi (sebagai hukup positif) dalam melakukan pengujian SE-P. Dengan demikian secara hukum, telah ada hukum positif yang mengatur SE-P sebagai objek pengujian hak uji material.

Penerbit ANDI

Pengujian SE-P merupakan solusi hukum, untuk menyelesaikan permasalahan hukum yang ditimbulkan oleh SE-P. SE-P yang merugikan hak-hak hukum masyarakat perlu diselesaikan secara hukum, agar SE-P menjadi hukum yang bermanfaat bagi pemerintah dan masyarakat. Secara filosofis hukum dibentuk menurut kesadaran etis serta mempunyai tugas suci dan luhur untuk mencapai keadilan. Hukum juga memberikan tiap-tiap orang yang berhak untuk menerimanya, sehingga hukum bermanfaat bagi sebanyak-banyaknya orang. Hukum juga mempunyai tujuan untuk memberikan kepastian hukum menurut hukum dan bagi proses pengadilan yang berlaku. Ketika terjadi norma SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, di situ terjadi konflik keinginan atau kepentingan hukum antara pembentuk SE-P dengan masyarakat yang menjadi sasaran SE-P. Bahkan data pada sampel SE-P di Bab III memperlihatkan adanya SE-P yang merugikan hak-hak hukum masyarakat. Ini berarti keberadaan SE-P tidak sesuai dengan tujuan hukum untuk menjamin kepastian, kedilan, kemanfaatan, kedamaian, dan ketertiban hidup di masyarakat. Untuk menghindari hal tersebut, hakim MA telah menciptakan hukum bagi pengujian SE-P dan telah menjadi yurisprudensi bagi hakim-hakim kemudian dalam menangani permohonan hak uji material SE-P. Karena itu ketika konflik ini diajukan permohonan pengujiannya kepada pengadilan maka dengan mempertimbangan tujuan-tujuan hukum di atas, para hakim wajib mengacu yurisprudensi. Artinya para hakim wajib menerima, memeriksa, menilai, menguji, dan memutus permohonan hak uji material SE-P, karena SE-P sudah menjadi objek hak uji material.

Berdasarkan analisis di atas, penulis dapat menyatakan bahwa pembentukan SE-P didasarkan pada keinginan (kehendak) pemerintah untuk mengatur urusan pemerintahan yang (a) belum ada hukumnya (ada kekosongan hukum), (b) hukum yang mengatur masih samar (tidak jelas), (c) adanya pilihan hukum yang diberikan oleh hukum kepada pemerintah, (d) adanya batasan hukum yang dapat ditafsirkan oleh pemerintah, (e) adanya stagnasi pemerintahan, bahkan (f) dalam keadaan mendesak atau terpaksa perlunya penyimpangan hukum. Dengan mengacu pada karateristik norma SE-P yang umum dan abstrak, fakta norma SE-P yang sebagian besar bersifat mengatur, dan fakta adanya yurisprudensi

Penerbit ANDI

pengujian terhadap SE-P, maka SE-P sudah menjadi objek hak uji material. Karena itu, pada saat ini, yurisprudensi adalah dasar hukum bagi hakim MA untuk menerima, memeriksa, menguji, dan memutus permohonan pengujian SE-P.

2. SE-P Bertentangan dengan Peraturan Perundang-undangan.

Pengujian SE-P adalah proses pengukuran atau penilaian kesesuaian norma SE-P dengan norma lain yang menjadi dasar pembentukan SE-P. Ketika norma SE-P diduga bertentangan dengan peraturan yang menjadi dasar pembentukannya, maka dugaan ini perlu dibuktikan dengan proses pengukuran atau penilaian, yang disebut pengujian secara material terhadap norma SE-P. Mengingat sampai saat belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur pengujian SE, maka perlu mengkaji dasar pengujian SE-P yang terjadi dalam praktik hukum yang sudah menjadi yurisprudensi.

Apabila menghubungkan teori sebagaimana dikemukakan pada Bab II dan data SE-P sebagaimana dikemukakan pada Bab III, penulis menemukan tiga perbedaan pendapat ahli hukum dan hakim mengenai norma atau aturan yang menjadi dasar pengukur atau penilai atau penguji norma SE-P, yaitu:

a. Pengujian norma SE-P berdasarkan perbuatan melawan hukum;
b. Pengujian norma SE-P berdasarkan kesamaan normanya dengan keputusan tata usaha negara (disingkat KTUN);
c. Pengujian norma SE-P berdasarkan karakteristik norma peraturan perundang-undangan.

Pengujian norma SE berdasarkan perbuatan melawan hukum adalah pengukuran atau penilaian norma SE-P dengan unsur-unsur perbuatan melawan hukum. Pengukuran atau penilaian dengan cara ini disebabkan oleh pendapat bahwa SE-P adalah bukan hukum melainkan sebagai tindakan/perbuatan pemerintah. Ketika norma SE-P diduga bertentangan dengan peraturan perundang-undangan maka pendapat ini tidak mengukur atau menilai normanya melainkan mengukur dan menilai tindakan/perbuatan pembuat norma SE-P yang dinilai sebagai perbuatan melawan hukum. Jika melihat hukum positif yang mengatur perbuatan melawan hukum

Penerbit ANDI

terdapat di Pasal 1365 KUHPer, maka pendapat ini menyamakan tindakan pembuatan SE-P dengan tindakan/perbuatan perdata. Namun jika dilihat dari jenis perbuatannya, menurut penulis Pasal 1365 KUHPer mengatur perbuatan perdata secara fisik/nyata (perbuatan materiil) yang bersifat melawan hukum yang menimbulkan kerugian, sedangkan pembentukan SE-P adalah perbuatan pembentukan norma (perbuatan *regeling*) yang mengatur tindakan/perbuatan yang perlu atau tidak perlu dilakukan oleh pemerintah. Kedua hal tersebut memiliki karakteristik yang berbeda, sehingga penulis berpendapat bahwa penyamaan norma SE-P dengan perbuatan melawan hukum adalah tidak tepat.

Hal di atas dibuktikan dengan data SE-P di Bab III yang menunjukkan sebagian besar norma SE-P berisi peraturan, yang mengatur tindakan/perbuatan/tingkah laku pemerintah yang bersifat umum. Mengingat dasar pembentukannya adalah wewenang administratif, maka para ahli seperti S. Prayudi Atmosudirjo, Safri Nugraha, Philipus M. Hadjon, Bagir Manan, dan beberapa ahli hukum lain menggolongkan norma SE-P termasuk peraturan kebijakan, peraturan perundang-undangan bayangan, atau peraturan perundang-undangan semu. Demikian juga Ismail Saleh menyatakan bahwa SE-P merupakan peraturan yang disebut peraturan kebijakan, bukan peraturan perundang-undangan, dan bukan tindakan nyata/fisik pemerintah. Dari dasar pemikiran dan data SE-P tersebut penulis tidak sependapat jika pengujian SE-P yang bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi dilakukan berdasarkan perbuatan melawan hukum.

Pendapat yang menyatakan pengujian norma SE-P dilakukan berdasarkan kesamaan SE-P dengan KTUN, disebabkan oleh pandangannya bahwa norma SE-P dianggap memiliki kesamaan dengan norma KTUN, sehingga pengujian SE disamakan dengan pengujian KTUN. Pendapat ini didasarkan pada penafsiran ketentuan UU No. 30 Tahun 2014 yang memberikan kewenangan diskresi kepada pemerintah untuk mengambil keputusan dan/atau melakukan tindakan. Meskipun UU No. 30 Tahun 2014 tidak mengatur penggunaan diskresi untuk membuat peraturan kebijakan, termasuk pembuatan SE-P, namun berdasarkan yurisprudensi penulis sepakat dengan pendapat para ahli hukum yang

Penerbit ANDI

menyatakan SE-P dibentuk berdasarkan kewenangan diskresi. Namun karena UU No. 30 Tahun 2014 mengatur penggunaan kewenangan diskresi hanya untuk dua hal tersebut di atas, maka M. Guntur Hamzah menyatakan SE-P adalah sama dan digolongkan ke dalam perbuatan pemerintah dalam bentuk keputusan pemerintah, sedangkan Rafly Harun dan Bayu Dwi Anggoro menyatakan pembentukan SE adalah sama dengan pengambilan kepu-tusan oleh pemerintah berdasarkan kewenangan diskresi sebagaimana diatur di dalam Pasal 1 angka 7 jo Pasal 23 UU No. 30 Tahun 2014.

Dilihat dari rumusan dan unsur-unsurnya, pengertian keputusan pemerintah di atas menurut Pasal 1 angka 7 UU No. 30 Tahun 2014 (sebagaimana telah dikemukakan pada Bab II) adalah sama dengan rumusan pengertian Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) dalam UU No. 5 Tahun 1986 Pasal 1 angka 3. Pasal 1 angka 3 menyatakan:

> Keputusan Tata Usaha adalah penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

Selanjutnya Penjelasan Pasal 1 Angka 3 menyatakan:

> Istilah "penetapan tertulis" terutama menunjuk kepada isi bukan kepada bentuk keputusan yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara. Keputusan itu memang diharuskan tertulis namun yang disyaratkan tertulis bukanlah bentuk formalnya seperti surat keputusan pengangkatan dan sebagainya.
>
> Bersifat konkret artinya objek yang diputuskan dalam Keputusan Tata Usaha Negara itu tidak abstrak, tetapi berwujud, tertentu, atau dapat ditentukan, umpamanya keputusan mengenai rumah si A, izin usaha bagi si B, pemberhentian si A sebagai pegawai negeri.
>
> Bersifat individual artinya Keputusan Tata Usaha Negara itu tidak ditujukan untuk umum, tetapi tertentu baik alamat maupun hal yang dituju. Kalau yang dituju itu lebih dari seorang, tiap-tiap nama orang

Penerbit ANDI

yang terkena keputusan itu disebutkan. Umpamanya keputusan tentang perbuatan atau pelebaran jalan dengan lampiran yang menyebutkan nama-nama orang yang terkena keputusan tersebut.

Bersifat final artinya sudah definitif dan karenanya dapat menimbulkan akibat hukum. Keputusan yang masih memerlukan persetujuan instansi atasan atau instansi lain belum bersifat final karenanya belum dapat menimbulkan suatu hak atau kewajiban pada pihak yang bersangkutan. Umpamanya, keputusan pengangkatan seorang pegawai negeri memerlukan persetujuan dari Badan Administrasi Kepegawaian Negara.

Berdasarkan rumusan pengertian KTUN di atas, ternyata norma SE-P memiliki karakteristik berbeda dengan karakteristik KTUN. Jika karakteristik KTUN bersifat individual, konkret, dan final sedangkan sebagian besar norma SE-P memiliki karakteristik norma yang bersifat umum dan abstrak. SE-P adalah norma yang bersifat mengatur atau disebut peraturan sedangkan KTUN adalah norma yang bersifat menetapkan atau disebut ketetapan. Karena itu penulis berpendapat bahwa untuk sebagian kecil SE-P yang memiliki karakteristik norma individual dan konkret dapat disamakan pengujiannya dengan pengujian KTUN karena keduanya merupakan ketetapan. Namun untuk sebagian besar norma SE-P yang memiliki karakteristik norma umum dan abstrak adalah tidak tepat jika pengujiannya disamakan dengan pengujian KTUN.

Pengujian norma SE berdasarkan peraturan perundang-undangan dimaksudkan adalah pengukuran atau penilaian norma SE menurut norma peraturan perundang-undangan. Norma peraturan perundang-undangan menjadi tolok ukur untuk menilai keberlakuan norma SE-P. Hal ini masih menjadi persoalan mengingat pembentukan SE-P tidak didasarkan pada kewenangan perundang-undangan. Berbeda dengan pembentukan peraturan perundang-undangan yang didasarkan pada kewenangan perundang-undangan, maka jenis peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dapat diuji oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Dari perbedaan tersebut maka para ahli hukum pun berbeda pendapat mengenai pengujian SE-P terhadap peraturan perundang-undangan.

Penerbit ANDI

Dari aspek perundang-undangan, segala kebutuhan hukum dapat dipenuhi oleh peraturan perundang-undangan. Untuk itu, UU No. 12 Tahun 2011 telah mengatur berbagai jenis peraturan perundang-undangan, mulai dari UUD 1945 sampai dengan Peraturan Kepala Desa. Sesuai dengan salah satu ciri negara hukum, yakni pemerintahan berdasarkan UU/hukum, maka berbagai jenis peraturan perundang-undangan tersebut menjadi landasan hukum pemerintah dalam menyelenggarakan tugas pemerintahan. Apabila semua jenis peraturan perundang-undangan telah mengatur semua urusan pemerintahan maka pemerintah tidak perlu membentuk SE-P karena semua kebutuhan hukumnya telah dipenuhi oleh peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan peraturan perundang-undangan yang mengaturnya, pemerintah mempunyai kewenangan untuk memerintah, melarang, atau membolehkan setiap orang atau badan demi keberhasilan tugas-tugas pemerintahannya. Secara filosofi hal ini dibenarkan oleh Hans Kelsen yang menyatakan norma hukum memiliki fungsi untuk memerintah (*gebeiten*), melarang (*verbeiten*), mengusahakan (*ermachtigen*), membolehkan (*erlauben*), dan menyimpang dari ketentuan (*derogoereen*). Pengaturan demikian yang kemudian dilaksanakan oleh pemerintah, pada hakikatnya untuk melindungi kepentingan manusia atau kelompok manusia, yang pada akhirnya bertujuan untuk menciptakan kepastian, keadilan, ketertiban, dan kesejahteraan.

Pada kenyataannya berbagai jenis peraturan perundang-undangan belum atau tidak mampu memenuhi kebutuhan hukum pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya yang dinamis. Pemerintah kerap dihadapkan pada persoalan yang kondisi hukumnya tidak jelas, tidak lengkap, memberikan pilihan, atau menimbulkan stagnasi pemerintahan . Pada kondisi ini pemerintah sulit atau tidak dapat bertindak langsung, baik mengambil keputusan atau melakukan tindakan. Pada sisi lain, pemerintah mempunyai tugas dan tanggung jawab secara aktif dan kreatif untuk mengatur dan mengurus, melayani, serta menyelesaikan semua permasalahan yang muncul dalam kehidupan masyarakat. Karena itu dengan kewenangan diskresi yang dimiliki, pemerintah merumuskan norma yang menjembatani, menyambung, dan menghubungkan stagnasi

Penerbit ANDI

antara peraturan perundang-undangan dengan kebutuhan hukum nyata di masyarakat dengan membentuk SE-P. Dengan perkataan lain, pembentukan dan perumusan norma SE-P merupakan pengimplementasian norma peraturan perundang-undangan secara tidak langsung, dengan tujuan melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan (Pasal 22 UU No. 30 Tahun 2014). Dengan demikian, maka terdapat dua jenis peraturan yaitu peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan yang menjadi dasar hukum pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya.

Kedua jenis peraturan di atas selayaknya dapat saling berdampingan, sejalan, dan saling melengkapi kebutuhan hukum tugas-tugas pemerintah. Meskipun demikian, keberadaan peraturan perundang-undangan merupakan norma hukum yang pertama dan utama dalam mengatur kehidupan negara, pemerintah, dan masyarakat. Peraturan perundang-undangan adalah norma hukum yang berlaku umum, yang menurut Sudikno Mertokusumo norma hukum atau kaidah hukum yang menentukan bagaimana manusia itu seyogianya berperilaku dan bersikap di dalam masyarakat agar kepentingannya dan kepentingan orang lain terlindungi. Demikian juga A. Hamid S. Attamimi yang mengutip pendapat Hans Kelsen mengartikan norma hukum sebagai aturan, pola, atau standar tingkat laku yang perlu ditaati. Meskipun demikian dalam kondisi tertentu, pemerintah dapat membentuk SE-P dalam rangka melengkapi kebutuhan norma hukum yang dibutuhkan pemerintah.

Dari karakteristik dan fungsinya tersebut di atas SE-P dilahirkan untuk mengatur suatu urusan pemerintahan. Pejabat pembentuk SE-P memiliki wewenang mengatur dan substansi yang diatur dalam SE-P adalah sesuai dengan bidang tugas pejabat pemerintah yang bersangkutan, sehingga norma SE-P merupakan hukum yang menjadi landasan hukum tugas pemerintah. Karena itu, penulis berpendapat SE-P memiliki karakteristik norma yang sesuai dengan norma hukum. Karena itu, penulis kurang sependapat dengan pandangan ahli hukum, misalnya Gayus Lumbun, S. Prajudi Atmosudirdjo, Safri Nugraha (sebagaimana dikemukakan pada Bab II dan Bab III), dan Maria Faridra Indrati Soeprapto yang menyatakan norma SE-P adalah bukan norma hukum.

Penerbit ANDI

Fakta yang memperkuat SE-P sebagai norma hukum adalah praktik pengadilan yang menjadikan SE-P sebagai pertimbangan hukum hakim. Hal ini dapat dilihat dari pertimbangan hukum Majelis Hakim MA sebagai berikut:

a. Pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 4057/B/PK/PJK/2013
Menimbang:...

Bahwa *Surat Edaran* (kursip dari penulis) Direktur Jenderal Pajak Nomor SE-10/PJ.52/2006 tanggal 15 Agustus 2006 tentang Perekaman SPT Masa PPN, Konfirmasi Faktur Pajak, dan Langkah-langkah Penanganan Restitusi dalam rangka Pengamanan Penerimaan Pajak Pertambahan Nilai, disebutkan "Perlu ditegaskan bahwa pelaksanaan konfirmasi, baik untuk pajak masukan, Pajak Keluaran, PIB, maupun PEB merupakan salah satu prosedur pemeriksaan yang wajib dilakukan, namun bukan merupakan satu-satunya alat uji yang dipakai untuk meyakini bahwa transaksi tersebut adalah benar adanya baik secara formal maupun material. Untuk meyakini kebenaran suatu transaksi agar pemeriksa mengajukan pengujian lainnya seperti arus uang, arus barang, arus dokumen, serta meneliti dokumen-dokumen pendukung lainnya yang berkenaan dengan transaksi tersebut.

b. Pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 03/G/2012/PTUN-BKL
Menimbang, bahwa objek sengketa kedua tercatat terakhir atas nama Oloan Simanjuntak yang diterbitkan atas permohonan balik nama yang diajukan Oloan Simanjuntak dan nama Penggugat tidak ada disebut di dalamnya, dengan demikian Penggugat bukanlah pihak yang dituju oleh objek sengketa kedua *a quo*, oleh karena itu penghitungan tenggang waktu pengajuan gugatan Penggugat terhadap objek sengketa kedua a quo adalah sebagaimana diatur dalam *Surat Edaran* (kursip dari penulis) Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 2 Tahun 1991.

c. Pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 97/B/PK/PJK/2014
Menimbang, bahwa Pemohon Peninjauan Kembali (semula Terbanding) berpendapat bahwa *Surat Edaran* (kursip dari penulis) Direktur Jenderal Pajak Nomor 17/PJ/2005 tidak bertentangan dengan Pasal 11 ayat (4) P3B Indonesia-Belanda, hasil ini karena ketentuan

Penerbit ANDI

Pasal 11 ayat (4) memerlukan adanya persetujuan bersama antara Pejabat yang berwenang dari kedua negara untuk mengatur *mode of application* sesuai dengan Pasal 11 ayat (5) P3B Indonesia-Belanda;

Bahwa dengan demikian, koreksi Pemohon Peninjauan Kembali (semua Terbanding) yang mendasarkan pada ketentuan Pasal 11 P3B Indonesia Belanda dan *Surat Edaran* (kursip dari penulis) Direktur Jenderal Pajak Nomor SE-17/PJ/2007 telah sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Contoh-contoh di atas memperlihatkan fakta bahwa SE-P merupakan norma hukum yang mengatur yang dijadikan dasar pertimbangan hukum hakim dalam mengadili perkara. Hakim mengakui keberadaan SE-P dan SE-P mengandung kaidah hukum, mempunyai kekuatan hukum, dan menjadi dasar hukum bagi penyelesaian permasalahan hukum.

Secara teoretis dan hasil analisis di atas penulis telah menemukan bahwa SE-P merupakan peraturan, yang termasuk peraturan kebijakan, sehingga SE-P menjadi objek hak uji material. Norma SE-P yang bersifat mengatur berisi peraturan yang memerintahkan atau mengharapkan orang melakukan atau tidak melakukan perbuatan tertentu. Karakteristik ini adalah sama dengan karakteristik peraturan perundang-undangan, meskipun berbeda dasar kewenangan pembentukannya. Peraturan perundang-undangan dibentuk berdasarkan kewenangan perundang-undangan (legislatif), sedangkan peraturan kebijakan, termasuk SE-P dibentuk berdasarkan kewenangan administratif (eksekutif). Meskipun memiliki kesamaan karakteristik normanya, namun karena dasar wewenang pembentukannya berbeda, maka peraturan kebijakan, termasuk SE-P disebut sebagai peraturan perundang-undangan semu atau peraturan perundang-undangan bayangan.

Pada gambar mengenai kekuasaan mengatur negara di atas penulis menggambarkan keberadaan SE-P dan hubungan SE-P dengan peraturan perundang-undangan. Pada bagan tersebut SE-P berada pada wilayah atau area eksekutif (pemerintah), sedangkan peraturan perundang-undangan mulai dari UUD Tahun 1945, UU, sampai dengan jenis peraturan perundang-undangan di bawahnya yang dibentuk berdasarkan kewenangan atribusi legislatif atau delegasi legislatif berada pada wilayah

Penerbit ANDI

atau area perundang-undangan. Area eksekutif menggambarkan area pelaksana peraturan perundang-undangan, sehingga kegiatan eksekutif atau pemerintah adalah kegiatan dalam rangka melaksanakan peraturan perundang-undangan. Karena itu SE-P yang berada di wilayah eksekutif, pada hakikatnya adalah untuk melaksanakan lebih lanjut peraturan perundang-undangan pada tataran eksekutif. Karena itu norma SE-P harus sesuai dengan norma peraturan perundang-undangan. Ini artinya norma SE-P dapat diuji secara material dengan norma peraturan perundang-undangan.

Dari uraian di atas, penulis dapat mengatakan bahwa SE-P berisi norma hukum, memiliki kekuatan hukum, dan menjadi dasar hukum pemerintah untuk melaksanakan tugas pemerintahan, bahkan SE menjadi dasar pertimbangan hukum oleh hakim dalam mengadili perkara di pengadilan. SE-P berada di dalam ranah eksekutif, dibentuk oleh pejabat pemerintah, dan mengatur tugas-tugas pemerintah. Tugas pemerintah adalah tugas eksekutif yang diberikan oleh UU atau peraturan perundang-undangan lainnya, sehingga pada hakikatnya SE-P merupakan pengaturan lebih lanjut secara tidak langsung atas urusan pemerintah yang diberikan oleh UU atau peraturan perundang-undangan. Pemerintah tidak memiliki kewenangan delegasi atau atribusi perundang-undangan untuk membuat SE-P, namun berdasarkan kewenangan administratif diskresi (*freies ermessen*) yang dimilikinya, maka pemerintah berwenang membuat peraturan kebijakan, termasuk dalam bentuk SE-P, untuk mengatur secara teknis tugas-tugas pemerintah (eksekutif) yang diberikan oleh legislatif. Ini berarti SE-P menindaklanjuti secara tidak langsung peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan tugas-tugas pemerintah. Karena itu, pengujian secara material norma SE-P dapat dilakukan berdasarkan norma peraturan perundang-undangan.

3. **SE-P Bertentangan dengan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik.** Pengujian berdasarkan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (disingkat AUPB) adalah pengukuran atau penilaian norma SE-P berdasarkan AUPB. Di Indonesia AUPB mulai diatur di dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme (disingkat UU No.

Penerbit ANDI

28 Tahun 1999), Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (disingkat UU No. 9 Tahun 2004), dan UU No. 30 Tahun 2014.

Istilah asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) merupakan terjemahan dari istilah *Algemene Beginselen van Behoorllijke Bestuur* (ABBB) yang muncul di Belanda, yang dalam Bahasa Perancis disebut *Les Principaux Generaux du Droit Coutumier Publique*, di Belgia disebut dengan istilah *Aglemene Rechtsbeginselen,* dan di Inggris dikenal dengan istilah *The Principal of Natural Justice*. Istilah AUPB tersebut timbul berdasarkan hasil komisi yang diketuai oleh Monchy yang dibentuk oleh Pemerintah Belanda pada tahun 1946. Pembentukan komisi ini dilatarbelakangi oleh adanya tindakan pemerintah yang berdasarkan inisiatif sendiri selain berdasarkan peraturan perundang-undangan. Tindakan berdasarkan inisiatif sendiri ini dipengaruhi oleh teori diskresi atau *freies ermessen* (kebebasan bertindak). Pemerintah Belanda mengkhawatirkan tindakan berdasarkan diskresi atau *freies ermessen* ini dapat menimbulkan terjadinya penyimpangan tindakan pemerintah dalam bentuk *onrechmatig overheidsdaad* (perbuatan pemerintah melanggar hukum), yang dapat menimbulkan benturan kepentingan antara pemerintah dan rakyat. Melalui komisi tersebut, pemerintah Belanda mengharapkan ada sarana untuk menghindari atau mengatasi tindakan pemerintah yang melanggar hukum.

Komisi di atas diberi tugas untuk memikirkan dan meneliti *verhoogde rechtsbescherming* (peningkatan perlindungan hukum) bagi rakyat dari tindakan pemerintah. Pada tahun 1950, komisi melaporkan hasil pengkajiannya kepada Pemerintah Belanda dengan judul *Algemene Beginselen van Behoorllijke Bestuur*. Pemerintah Belanda menilai hasil pengkajian komisi ini kurang sesuai, sehingga Pemerintah Belanda membentuk komisi baru yang diketuai oleh van de Greenten. Hasil pengkajian komisi inipun tidak disetujui oleh Pemerintah Belanda, sehingga komisi tersebut dibubarkan. Meskipun tidak diterima oleh Pemerintah, namun dalam praktik peradilan *Raad van Staat*, AUPB digunakan sebagai dasar pertimbangan hakim dalam perkara administrasi (pemerintahan). Pada akhirnya, AUPB ini diterima dan dimuat di berbagai peraturan perundang-undangan di Belanda.

Penerbit ANDI

Di Indonesia muncul beberapa istilah yang digunakan untuk menunjuk pada asas pemerintahan yang baik, yaitu "asas-asas pemerintahan yang sehat (AUPS)", asas-asas umum pemerintahan yang layak (AUPL)", "asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang patut (AUPPP)", "asas-asas umum penyelenggaraan administrasi negara yang layak (AUPANL)", "asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak (AUPPL)". Istilah-istilah tersebut masih dalam pengertian doktrinal karena belum diatur di dalam hukum positif.

Asas-asas yang berkaitan dengan pemerintahan yang baik makin menjadi perhatian ketika terjadi pembahasan Rancangan Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara (disingkat RUU PTUN) di Dewan Perwakilan Rakyat (disingkat DPR) tahun 1986. Ketika itu Fraksi Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (F-ABRI) mengusulkan agar AUPB dimasukkan sebagai salah satu alasan gugatan terhadap keputusan badan/pejabat tata usaha negara/pemerintah. Namun usulan tersebut tidak diterima oleh pihak pemerintah yang diwakili oleh Menteri Kehakiman. Alasannya adalah:

> "Kita belum mempunyai kriteria tentang *Algemene Beginselen van Behoorllijke Bestuur* yang berasal dari negeri Belanda. Pada waktu ini kita belum mempunyai tradisi administrasi yang kuat mengakar seperti halnya di negara-negara kontinental tersebut. Tradisi demikian bisa dikembangkan melalui yurisprudensi yang kemudian akan menimbulkan norma-norma".

Perhatian tersebut belum mewujudkan AUPB menjadi norma hukum yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Meskipun demikian, AUPB juga digunakan sebagai dasar pertimbangan hakim pada praktik pengadilan, berdasarkan Pasal 27 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan: "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksanya". Ketentuan ini juga diperkuat dengan Ayat (2)-nya yang menyatakan "Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat". Penggunaan ketentuan

Penerbit ANDI

ini oleh hakim adalah sesuai dengan asas pengadilan "*ius curia novit*" yang menganggap hakim mengetahui dan memahami segala hukum, sehingga hakim berwenang menentukan hukum objektif mana yang harus diterapkan (*toepassing*) sesuai dengan materi pokok yang menyangkut hubungan hukum pihak-pihak yang berperkara.

AUPB merupakan konsep terbuka yang lahir dari praktik pemerintahan yang dinilai baik, yang berkembang seiring dengan perkembangan praktik penyelenggaraan pemerintahan. Upaya pengaturan AUPB dalam hukum positif terus dilakukan dalam rangka meningkatkan kualitas penyelenggaraan pemerintahan secara hukum, mencegah penyalahgunaan wewenang, serta mencapai pemerintahan yang baik dan bersih (*behoorlijke bestuur*). Pengaturan AUPB juga dipakai untuk menjadi pedoman bagi kreativitas tindakan pemerintah dalam mewujudkan kesejahteraan rakyat, namun tetap masih dalam lingkup asas legalitas. Asas legalitas adalah asas yang menentukan tugas pemerintah berdasarkan UU atau hukum yang berlaku. Perbuatan pemerintah dianggap legal apabila ada kewenangan hukum yang menjadi dasar bertindak, substansi kewenangan, dan prosedur bertindak yang sah.

Dalam kepustakaan, AUPB dibedakan ke dalam dua bagian yaitu AUPB yang bersifat formal/prosedural dan AUPB yang bersifat material. Menurut P. Nicolai AUPB yang bersifat formal adalah AUPB yang berkenaan dengan tata cara atau prosedur yang harus dipenuhi oleh pemerintah dalam setiap pengambilan keputusan atau melakukan tindakan. Asas ini penting untuk mempersiapkan susunan, memberi motivasi, dan persiapan pengambilan keputusan atau tindakan pemerintah. Asas AUPB material adalah asas-asas umum pemerintahan yang berkaitan dengan isi keputusan atau tindakan pemerintah. Semua substansi keputusan atau tindakan pemerintah harus mengacu atau sesuai dengan AUPB. AUPB material menjadi alat ukur (uji) untuk menentukan keputusan atau tindakan pemerintah adalah benar atau salah.

Pada perkembangannya, keberadaan AUPB makin dibutuhkan secara normatif sebagai peraturan. Pada awalnya Indonesia membutuhkan asas untuk kepentingan penyelenggaraan negara yang baik, sehingga pada tahun 1999 dibentuklah Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang

Penerbit ANDI

Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme (disingkat UU No. 28 Tahun 1999), yang di dalamnya mengatur "asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik (AUPNB). Lebih lanjut negara membutuhkan asas untuk penyelenggaraan pemerintahan yang baik, sehingga pada tahun 2004 dibentuklah Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang di dalamnya mengatur "asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB)". Pada tahun 2014 negara membutuhkan asas untuk penyelenggaraan pemerintahan daerah yang baik, sehingga dibentuklah Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, yang di dalamnya mengatur "asas-asas pemerintahan daerah yang baik (AUPDB)". Kemudian pada tahun yang sama negara memerlukan asas untuk penyelenggaraan administrasi pemerintahan yang baik, sehingga dibentuklah UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang di dalamnya mengatur "asas-asas administrasi pemerintahan yang baik (AUAPB).

Menurut Pasal 1 Angka 6 UU No. 28 Tahun 1999 asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik (AUPNB) adalah asas yang menjunjung tinggi norma kesusilaan, kepatutan, dan norma hukum untuk mewujudkan penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi, dan nepotisme. AUPNB ini menjadi dasar tugas dan wewenang semua lembaga penyelenggara negara, yaitu MPR yang menyelenggarakan fungsi konstitusi, DPR dan DPD serta Presiden yang menyelenggarakan fungsi legislatif, Presiden yang menyelenggarakan fungsi eksekutif, BPK yang menyelenggarakan fungsi pemeriksaan keuangan, MA dan MK yang melaksanakan fungsi yudilatif, KY yang melaksanakan fungsi pengawasan terhadap perilaku hakim, dan komisi independen yang dibentuk dengan UU yang melaksanakan fungsi kenegaraan tertentu secara independen.

Menurut Pasal 3 dan penjelasannya UU No. 28 Tahun 1999 asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik terdiri atas:

a. asas kepastian hukum, yaitu asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan Penyelenggara Negara;

PenerbitANDI

b. asas tertib penyelenggaraan negara, yaitu asas yang menjadi landasan keteraturan, keselarasan, dan keseimbangan dalam pengendalian Penyelenggara Negara;

c. asas kepentingan umum, yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, dan selektif;

d. asas keterbukaan, yaitu asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara;

e. asas proporsional, yaitu asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban Penyelenggara Negara;

f. asas profesional, yaitu asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku; dan

g. asas akuntabilitas, yaitu asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan Penyelenggara Negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Penerbit ANDI

Menurut Pasal 53 dan penjelasannya UU No. 9 TAhun 2004, AUPB dalam penyelenggaraan pemerintahan yang baik mengacu pada (AUPNB) dalam UU No. 28 TAhun 1999. Karena itu asas-asas yang baik untuk AUPNB dan AUPB adalah sama, yang rumusannya sebagaimana dikemukakan di atas. Pasal 1 Angka 17 UU No. 30 Tahun 2014 menyatakan asas-asas umum administrasi pemerintahan yang baik (AUAPB) adalah prinsip yang digunakan sebagai acuan penggunaan wewenang bagi pejabat pemerintahan dalam mengeluarkan keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. AUAPB ini mengatur dan menjadi dasar khusus pemerintah (eksekutif) dalam melaksanakan tugas pemerintahannya. Menurut Pasal 4 Ayat (1) dan Pasal 18 UUD 1945, pemerintah dimaksud mencakup pemerintah pusat dan pemerintah

daerah, sehingga semua aparatur pemerintah pusat dan pemerintah daerah terikat pada AUAPB ini.

Dalam konteks AUAPB pemerintah, Pasal 10 Ayat (1) dan penjelasannya UU No. 30 Tahun 2014 menyatakan AUAPB pemerintah dimaksud meliputi:

a. kepastian hukum, yaitu asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan;

b. kemanfaatan, yaitu 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; dan (8) kepentingan pria dan wanita;

c. ketidakberpihakan, yaitu 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;

d. kecermatan, yaitu 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 dipersiapkan dengan cermat sebelum keputusan dan/atau tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan;

e. tidak menyalahgunakan wewenang, yaitu tidak menggunakan kekuasaan dan wewenangnya untuk kepentingan lain selain kepentingan tugasnya;

Penerbit ANDI

f. keterbukaan, yaitu 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;

g. kepentingan umum, yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan dan kemanfaatan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif, dan tidak diskriminatif; dan

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

UU No. 23 Tahun 2014 Pasal 58 dan penjelasannya menyebutkan secara khusus mengenai asas penyelenggaraan pemerintahan daerah yang baik (AUPDB) yang terdiri atas:

a. Kepastian hukum, yaitu asas yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara;

b. Tertib penyelenggara negara yaitu asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara;

c. Kepentingan umum yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, dan selektif;

d. Keterbukaan yaitu asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara;

e. Proporsionalitas yaitu asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara;

f. Profesional yaitu asas yang mengutamakan keahlian yang berdasarkan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan;

g. Akuntabilitas yaitu asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggaraan negara harus dapat

Penerbit ANDI

dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;

h. Efisiensi, asas yang berorientasi pada minimalisasi penggunaan sumber daya dalam penyelenggaraan negara untuk mencapai hasil kerja yang terbaik.;

i. Efektivitas yaitu asas yang berorientasi pada tujuan yang tepat guna dan berdayaguna; Dan

j. Keadilan yaitu setiap tindakan adalah bahwa setiap tindakan dalam penyelenggaraan negara harus mencerminkan keadilan secara proporsional.

Keempat UU di atas memperlihatkan adanya 4 macam AUPB, yaitu AUPNB untuk penyelenggaraan negara (UU No. 28 Tahun 1999 dan UU No. 9 Tahun 2004), AUPB untuk Penyelenggaraan Pemerintah (UU No. 9 Tahun 2004), AUAPB untuk penyelenggaraan administrasi pemerintahan yang baik (UU No. 30 Tahun 2014), dan AUPDB untuk Penyelenggaraan Pemerintah Daerah (UU No. 23 Tahun 2014). Ini menunjukkan setiap asas umum mempunyai ruang lingkup berlakunya sendiri-sendiri sesuai dengan lingkup pemerintahannya.

Pada Bagan 2: Kewenangan Mengatur dengan Surat Edaran di atas, SE-P berada pada wilayah atau area eksekutif (pemerintah). Menurut Pasal 8 Ayat (2) UU No. 30 Tahun 2014 bahwa selain berdasarkan peraturan perundang-undangan, kewenangan badan dan/atau pejabat pemerintah wajib berdasarkan AUPB. Ini berarti keberadaan SE-P pemerintah berfungsi untuk mengimplementasikan peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB, agar pemerintahan tetap mempunyai landasan hukum dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya.

Kebebasan pemerintah dalam mengambil kebijakan dalam bentuk SE-P dibatasi juga dengan AUPB. Dalam hal norma SE-P dianggap merugikan hak-hak yuridis masyarakat, maka norma SE-P dapat uji berdasarkan AUPB (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*). Mengingat AUPB mempunyai lingkup kewenangan berbeda, maka AUPB yang digunakan untuk pengujian norma SE-P disesuaikan dengan AUPB yang melingkupi

Penerbit UNDIP

kewenangan pejabat pemerintah pembuat SE-P. Jika pejabat yang membuat SE adalah pejabat penyelenggara negara (lembaga negara) maka AUPB yang dijadikan dasar pengujian SE adalah UAPB penyelenggara negara. Jika pejabat yang membuat SE-P adalah pejabat pemerintah (eksekutif) pusat, maka AUPB yang menjadi dasar pengujian SE-P adalah AUPB administrasi pemerintahan. Jika pejabat yang membuat SE-P adalah pejabat pemerintah daerah, maka AUPB yang menjadi dasar pengujian SE adalah AUPB penyelenggaraan pemerintahan daerah.

B. Penguji Surat Edaran

Aspek penting lain bagi konsep hukum pengujian SE-P adalah pejabat atau lembaga yang berwenang mengujinya. Berdasarkan data praktik pengujian SE-P dan pandangan para ahli hukum, terdapat dua pejabat atau lembaga yang berwenang menguji SE-P. Hal tersebut sebagaimana diuraikan oleh penulis pada uraian di bawah ini.

1. Hakim Pengadilan

Sebagaimana telah dikemukakan pada uraian sebelumnya perbuatan pemerintah dibedakan atas tiga jenis perbuatan, yaitu perbuatan membuat peraturan, perbuatan membuat keputusan, dan perbuatan nyata (fisik). Perbuatan membuat peraturan adalah perbuatan yang bersifat mengatur (*regeling*) berdasarkan kewenangan atribusi atau delegasi kewenangan legislatif untuk membentuk peraturan. Perbuatan membuat keputusan adalah perbuatan pemerintah yang bersifat menetapkan (*beschikking*) yang bersumber pada kewenangan eksekutif dalam rangka menerapkan peraturan perundang-undangan pada persoalan atau kasus pemerintah atau tata usaha negara tertentu. Perbuatan nyata adalah perbuatan pemerintah yang bersifat tindakan fisik untuk melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan atau peraturan kebijakan dalam bentuk perbuatan nyata. Sebagai konsekuensi dari Indonesia sebagai negara hukum, maka tidak ada perbuatan, termasuk perbuatan pemerintah yang tidak dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

Dalam sistem konstitusional Indonesia, pertanggung jawaban secara hukum atas setiap perbuatan pemerintah dilakukan oleh lembaga yang memegang kekuasaan kehakiman (*judicial power*). Lembaga dimaksud

Penerbit ANDI

adalah lembaga peradilan, sebagaimana dinyatakan secara tegas di dalam Pasal 24 UUD 1945, bahwa:

Pasal 24

(1) Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

(2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Secara operasional lembaga peradilan di atas telah diatur lebih lanjut dengan beberapa UU. Beberapa UU dimaksud adalah:

a. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;

b. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung jo. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, jo. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung,;

c. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;

d. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum, jo. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum, Jo. Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum;

e. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama jo. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, jo. Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama;

Penerbit ANDI

f. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer;

g. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara jo Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, jo. Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

h. Undang-Undang Nomor 26 TAhun 2000 tentang Peradilan Hak Asasi Manusia;

i. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak;

j. Undang-Undang Nomor 46 Tahun 2009 tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi.

Berdasarkan beberapa UU di atas, maka perbuatan nyata pemerintah dimintakan pertanggungjawaban hukum oleh lembaga peradilan sesuai dengan jenis hukum yang dilanggarnya. Perbuatan nyata adalah perbuatan fisik atau tindakan fisik atau perbuatan real pejabat pemerintah dalam melaksanakan tugasnya. Perbuatan fisik tersebut merupakan perbuatan dalam rangka melaksanakan norma peraturan perundang-undangan. Perbuatan ini juga merupakan implementasi dari norma peraturan perundang-undangan dalam bentuk perbuatan atau tindakan fisik sesuai dengan bidang urusan pemerintahan. Bentuk perbuatan nyata ini misalnya perbuatan pegawai pekerjaan umum membangun jalan, menanggung jembatan. Perbuatan nyata ini seperti tampak pada contoh gambar di bawah ini:

Penerbit ANDI

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Gambar 2: Perbuatan Nyata Pejabat Pemerintah dalam rangka Melaksanakan Peraturan Perundang-undangan

Penerbit FH UII

Gambar di atas memperlihatkan pegawai Kelurahan Tukangkayu memberikan pelayanan umum kepada beberapa orang warga masyarakat. Tugas pelayanan umum merupakan kewajiban pegawai/pejabat kelurahan dan masyarakat/warga kelurahan berhak atas pelayanan umum dari pegawai/pejabat kelurahan. Bidang urusan yang dilayani dan proses pelayanannya adalah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang mengaturnya, sehingga pelayanan ini merupakan bentuk implementasi dari norma peraturan perundang-undangan ke dalam bentuk tindakan atau perbuatan nyata/fisik pegawai atau pejabat pemerintah.

Jika perbuatan nyata pemerintah melanggar hukum, misalnya melanggar hukum pidana dan/atau hukum perdata, maka pertanggungjawaban hukum atas tindakan tersebut diproses melalui pengadilan umum. Jika tindak pidana yang dimaksud adalah tindak pidana korupsi, maka

pertanggungjawaban tindakan tersebut diproses melalui pengadilan tindak pidana korupsi. Semua proses pertanggungjawaban hukum tersebut berpuncak pada MA. Jika perbuatan nyata pemerintah melanggar hukum yang mengatur tentang nikah, talak, cerai, rujuk atau warisan menurut Hukum Islam, maka lembaga yang meminta pertanggungjawabannya adalah Pengadilan Agama. Jika perbuatan nyata pemerintah melanggar ketentuan-ketentuan hak asasi manusia, maka lembaga yang meminta pertanggungjawaban hukumnya adalah Pengadilan Hak Azasi Manusia. Jika perbuatan nyata pemerintah melanggar hukum pajak maka lembaga yang meminta pertanggungjawabannya adalah Pengadilan Pajak.

Berikut ini penulis kemukakan contoh penyelesaian hukum perbuatan atau tindakan nyata atau fisik pemerintah, misalnya perkara utang piutang antara Bank Rakyat Indonesia (BRI) Sukabumi dengan nasabahnya. Seorang nasabah bernama H. Solihin dan Hj Komariah yang bertempat tinggal di Kampung Ranca Bungur RT/Rw 11/02 Desa Cijurey Kecamatan Gegerbitung Sukabumi dengan pekerjaan pegawai wiraswasta mempunyai pinjaman di Bank BRI sebesar Rp. 750.000.000,- (tujuh ratus lima puluh juta rupiah). Karena terjadi musibah banjir di Jakarta yang mengakibatkan kerugian, debitur tidak mampu melunasi hutangnya. Pihak Kreditur akan melakukan parate eksekusi atas utang-piutang tersebut. Debitur keberatan terhadap parate eksekusi, karena ketidakmampuan membayar utangnya disebabkan oleh keadaan *force majeur* banjir Jakarta. Terhadap masalah ini, debitur mengajukan gugatan terhadap kreditur melalui Pengadilan Negeri Sukabumi. Pengadilan negeri telah menerima, memeriksa, mengadili, dan memutus perbuatan kreditur yang dinilai melawan hukum. Berdasarkan fakta dan bukti di persidangan, pertimbangan hukum, dan dasar hukum yang berlaku, hakim telah mencocokkan unsur-unsur perbuatan nyata kreditur dengan unsur-unsur perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer). Karena unsur-unsur perbuatan nyata (fisik) kreditur BRI tidak terbukti memenuhi unsur-unsur Pasal 1365 KUHPer maka pada Putusannya Nomor 25/PDT.G/2010/PN.SMI pengadilan menyatakan gugatan penggugat ditolak seluruhnya. Fakta pada contoh ini memperlihatkan bahwa perkara yang diselesaikan adalah perbuatan nyata

Penerbit ANDI

(bukan norma keputusan atau norma peraturan) pejabat pemerintah, dalam hal ini pejabat BRI, dan lembaganya adalah pengadilan.

Jika perbuatan pemerintah yang melanggar hukum berbentuk keputusan pemerintah (keputusan tata usaha Negara/keputusan TUN), maka yang diselesaikan adalah norma keputusan pemerintah, bukan perbuatan nyata/fisik pejabat pemerintah, yang dinilai bertentangan atau tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan/atau AAUPB. Keputusan merupakan produk perbuatan pejabat pemerintah berupa norma yang disebut norma ketetapan. Norma ketetapan diperlukan pada saat terjadi kondisi atau peristiwa tertentu yang perlu diputuskan statusnya. Norma ketetapan ini dapat dilihat pada gambar 4 di bawah ini;

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

PEMERINTAH KABUPATEN SUBANG
KECAMATAN PAGADEN
KANTOR DESA GUNUNGSARI
Jalan Sukarandeg No. 56 Desa Gunungsari Pagaden-Subang Kode Pos 41252

SURAT KEPUTUSAN KEPALA DESA GUNUNGSARI
Nomor : 141/Kep. 02 /PEMDES/2014

TENTANG
PENGANGKATAN KETUA RT005 KP.SUKARANDEG
DESA GUNUNGSARI KECAMATAN PAGADEN KABUPATEN SUBANG

KEPALA DESA GUNUNGSARI

Penerbit ANDI

Gambar 3: Keputusan Tata Usaha Negara/Pemerintah

Pada contoh di atas, terdapat peristiwa hukum tertentu yaitu seseorang diangkat menjadi Ketua Rukun Tetangga (RT). Norma umum yang mengatur jabatan-jabatan di pemerintahan terdapat di dalam UU No, 23 Tahun 2014 dan peraturan pelaksananya, termasuk Peraturan Daerah Kabupaten Subang tentang Pemerintahan Desa. Norma UU dan peraturan pelaksana yang mengatur jabatan pemerintahan, termasuk jabatan Ketua RT, merupakan norma umum dan abstrak yang diimplementasikan pada peristiwa hukum tertentu yaitu pengangkatan Ketua RT, karena itu

dibentuklah Keputusan Camat Kecamatan Pegaden tentang Pengangkatan Ketua RT Kampung Karandeg Desa Gurungsari Kecamatan Pegaden Kabupaten Subang sebagai norma ketetapan. Contoh ini memperlihatkan perbuatan pejabat pemerintah, dalam hal ini Camat, telah melakukan perbuatan pemerintah dapat bentuk Keputusan TUN.

Apabila norma Keputusan TUN (Camat) bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, maka lembaga yang meminta pertanggungjawaban hukumnya adalah Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara dan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Menurut UU No. 5 Tahun 1986 perkara norma KTUN disebut sengketa Tata Usaha Negara (sengketa TUN), karena yang diminta pertanggungjawaban adalah bukan perbuatan nyata pemerintah dan bukan norma peraturan tetapi perbedaan pendapat atau penafsiran atas norma KTUN antara seseorang atau badan hukum perdata dengan pejabat atau badan tata usaha negara. Proses permintaan pertanggungjawaban hukum permasalahan hukum ini adalah melalui PTUN yang berpuncak pada Mahkamah Agung.

Contoh penyelesaian sengketa TUN adalah perkara Surat Keputusan Gubernur Daerah Khusus Ibu Kota Jakarta Nomor 2238 Tahun 2014 Tentang Pemberian Izin Pelaksanaan Reklamasi Pulau G Kepada P.T. Muara Wisesa Samudra tertanggal 23 Desember 2014. Surat Keputusan tersebut digugat melalui PTUN Jakarta, karena dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, yaitu Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil, dan Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 40/PRT/M/2007 tentang Pedoman Perencanaan Tata Ruang Kawasan Reklamasi Pantai. Pengadilan telah menerima, memeriksa, mengadili, dan menyelesaikan gugatan tersebut. Berdasarkan fakta hukum, pertimbangan hukum, dan dasar hukum yang berlaku, pengadilan telah menetapkan Putusan Nomor 193/G/LH/2015/PTUN-JKT., yang

Penerbit ANDI

amar putusannya "menyatakan batal atau tidak sah Keputusan Gubernur Provinsi Daerah Khusus Ibu Kota Jakarta Nomor: 2238 Tahun 2014 tentang Pemberian Izin Pelaksanaan Reklamasi Pulau G kepada PT. Muara Wisesa Samudra tertanggal 23 Desember 2014" dan mewajibkan Tergugat untuk mencabut Keputusan Gubernur Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta Nomor: 2238 Tahun 2014 Tentang Pemberian Izin Pelaksanaan Reklamasi Pulau G Kepada PT. Muara Wisesa Samudra tertanggal 23 Desember 2014". Fakta putusan PTUN tersebut memperlihatkan bahwa dalam permasalahan hukum mengenai keputusan pemerintah yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, yang diperiksa, diadili, dan diputus oleh pengadilan adalah norma keputusannya, bukan perbuatan nyata pembuat keputusan pemerintah.

Perbuatan pemerintah yang bersifat mengatur menghasilkan peraturan perundang-undangan. Hal ini dapat dilihat pada contoh Bupati Gresik membuat Peraturan Bupati, seperti pada gambar di bawah ini:

Gambar 4: Peraturan Pelaksana

Pada gambar di atas Bupati Gresik melakukan perbuatan pemerintah dalam bentuk Peraturan Bupati untuk mengatur lebih lanjut Peraturan Daerah di atasnya. Perbuatan bupati tersebut berbentuk peraturan, dan bukan berbentuk keputusan atau berbentuk perbuatan/tindakan nyata/ fisik. Jika peraturan yang dibentuknya merugikan hak yuridis masyarakat akibat Peraturan Bupati bertentangan dengan Peradilan Daerah (sebagai peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi), maka norma Peraturan

Penerbit ANDI

Bupati tersebutlah yang diuji oleh lembaga yang berwenang menguji peraturan.

Lembaga konstitusi (pembentuk UUD) dan lembaga legislatif (pembentuk UU) telah mengatur lembaga yang berwenang menguji peraturan. Hal ini terdapat di dalam Bab IX tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 24, 24A Ayat (1), dan 24C Ayat (1) UUD 1945 dan beberapa UU yang mengatur lebih lanjut kekuasaan kehakiman. Ketiga pasal UUD 1945 Pasal 24, Pasal 24A, dan Pasal 24C (sebagaimana isinya telah diuraikan pada Bab II) menetapkan lembaga penguji peraturan perundang-undangan yaitu lembaga kehakiman (bukan lembaga legislatif dan bukan lembaga eksekutif) yang mempunyai kekuasaan kehakiman. Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia . Lembaga kehakiman yang dimaksud adalah MK dan MA. Objek pengujian oleh lembaga kehakiman adalah peraturan perundang-undangan, dan bukan peraturan kebijakan. MK mempunyai objek pengujian terbatas pada UU terhadap UUD 1945 sedangkan MA mempunyai objek pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU.

Wewenang MK dan MA sebagai lembaga penguji peraturan perundang-undangan diatur lebih lanjut dengan beberapa UU yaitu:

a. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 1 angka 2 dan 3 menyatakan Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi adalah pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Menurut Pasal 20 ayat (2) butir b Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Selanjutnya Pasal 29 ayat (1) butir a menyatakan Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: a. Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Penerbit ANDI

b. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung jo. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung Pasal 31 UU No. 5 Tahun 2004 menyatakan:

(1) Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.

(2) Mahkamah Agung menyatakan tidak sah peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau pembentukannya tidak memenuhi ketentuan yang berlaku.

(3) Putusan mengenai tidak sahnya peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat diambil baik berhubungan dengan pemeriksaan pada tingkat kasasi maupun berdasarkan permohonan langsung pada Mahkamah Agung.

(4) Peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

c. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Pasal 10 ayat (1) butir a UU No. 24 Tahun 2003 menyatakan: Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: a. Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dari uraian di atas, UUD 1945 dan UU hanya mengatur lembaga yang berwenang menguji peraturan perundang-undangan, yaitu MK dan MA, sedangkan lembaga yang berwenang menguji peraturan kebijakan belum diatur oleh peraturan perundang-undangan. Ini berarti peraturan perundang-undangan juga belum mengatur lembaga kehakiman/ pengadilan yang berwenang menguji SE-P. Pengujian oleh lembaga kehakiman atau peradilan disebut pengujian jalur litigasi.

Penerbit ANDI

Untuk menemukan lembaga penguji peraturan kebijakan, penulis melakukan interpretasi analogi terhadap pengujian peraturan perundang-undangan. Berikut ini penulis kemukakan contoh pengujian norma peraturan perundang-undangan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 yang dianggap bertentangan dengan norma Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Dalam hal ini norma Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) diuji (diukur dan dinilai) kesesuaiannya secara material dengan norma Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Sesuai dengan Pasal 24A UUD 1945 jo. UU No. 24 Tahun 2003, permohonan pengujian tersebut diajukan kepada MK. MK telah menerima, memeriksa, dan menguji secara material norma Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) terhadap norma Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Berdasarkan fakta hukum, pertimbangan hukum, dan dasar hukumnya, MK telah menetapkan hasil pengujiannya pada Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang amar putusannya menyatakan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum, sedangkan Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dinyatakan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Fakta tersebut memperlihatkan bahwa penyelesaian masalah peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi adalah penyelesaian terhadap normanya, bukan terhadap perbuatan membuat UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Mengingat peraturan kebijakan, termasuk SE-P, memiliki karakteristik sama dengan norma peraturan perundang-undangan, secara interpretasi analogis maka jika bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, yang dilakukan pengujian adalah norma SE-P, bukan perbuatan membentuk SE-P.

Atas dasar penafsiran analogi di atas, maka lembaga yang menguji peraturan kebijakan adalah lembaga yang berwenang menguji norma peraturan, yaitu lembaga pengadilan. Namun hal ini masih menjadi persoalan hukum mengingat sampai saat ini belum ada peraturan

Penerbit ANDI

perundang-undangan/hukum positif di Indonesia yang mengatur permasalahan hukum mengenai peraturan kebijakan dan lembaga yang berwenang menyelesaikannya. Jika demikian, menurut hukum positif tidak terdapat lembaga peradilan yang dapat melakukan uji material SE-P karena Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi hanya dapat menguji peraturan perundang-undangan.

Praktik penyelenggaraan pemerintahan, telah memunculkan peraturan kebijakan sebagai instrumen pemerintah yang sudah diterima dan dibutuhkan bagi pelaksanaan dan keberhasilan tugas-tugas pemerintah. Salah satu jenis peraturan kebijakan yang paling banyak dibuat oleh pejabat pemerintah adalah SE-P. Secara substansial, permasalahan SE-P ini adalah permasalahan normanya (aturannya) yang mengatur tindakan/perbuatan pemerintah, dan bukan persoalan perbuatan membuat norma SE-P. Persoalan ini juga bukan persoalan perbuatan nyata/fisik, bukan persoalan keputusan pemerintah (KTUN), dan bukan permasalahan peraturan perundang-undangan. Persoalan ini menyerupai dengan persoalan peraturan perundang-undangan, karena sebagian besar norma SE-P memiliki karakteristik sama dengan norma peraturan perundang-undangan. Siapa yang berwenang menyelesaikan permasalahan norma SE-P, sampai saat ini masih menjadi perdebatan dan silang pendapat di antara para ahli hukum, karena hukum positif belum mengatur lembaga yang berwenang menguji norma SE-P.

Meskipun sampai saat ini tidak ada satu pun peraturan perundang-undangan yang mengatur lembaga penguji SE-P, namun dalam praktik telah ada lembaga yang menguji SE-P. Dari data penelitian sebagaimana dikemukakan pada Bab III lembaga penguji SE-P yang dimaksud adalah MA. Meskipun MA telah melakukan praktik pengujian SE-P, namun masih menimbulkan permasalahan mengenai kebenaran atau kewenangan MA melakukan pengujian SE-P. M. Guntur Hamzah menyatakan pengujian SE-P oleh MA adalah praktik yang salah kaprah, karena tidak ada peraturan yang mengatur pengujian peraturan kebijakan dan lembaga yang berwenang menguji peraturan kebijakan. Menurut peraturan, MA hanya berwenang menguji peraturan di

Penerbit ANDI

bawah UU terhadap UU. Gayus Lumbun mempunyai pemikiran yang sama dengan M. Guntur sehingga menyatakan SE-P tidak dapat diuji oleh lembaga mana pun, karena SE-P adalah bukan norma hukum.

Pada tahun 2017 pemerintah membuka jalur penyelesaian konflik peraturan perundang-undangan melalui Jalur Nonlitigasi. Hal ini diatur di dalam Peraturan Menteri Nomor 32 Tahun 2017 tentang Tata Cara Penyelesaian Sengketa Peraturan Perundang-Undangan Melalui Jalur Nonlitigasi. Kemudian peraturan Menteri tersebut diganti dengan Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 2 Tahun 2019 tentang Penyelesaian Disharmoni Peraturan Perundang-undangan Melalui Mediasi. Menurut Pasal 1 angka 2 disharmoni Peraturan Perundang-undangan yang selanjutnya disebut disharmoni adalah konflik/ pertentangan antar norma hukum atau konflik kewenangan yang timbul karena berlakunya peraturan perundang-undangan. Pengertian mediasi menurut Pasal 1 angka 3 adalah upaya penyelesaian yang dilakukan di luar pengadilan terhadap disharmoni peraturan perundang-undangan yang dilaksanakan oleh Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia. Menurut Pasal 2 jenis peraturan perundang-undangan yang diperiksa melalui mediasi adalah Peraturan Menteri, Peraturan Lembaga Pemerintah Nonkementerian, Peraturan dari Lembaga Nonstruktural, dan Peraturan perundang-undangan di daerah. Selanjutnya menurut Pasal 5 disharmoni peraturan perundang-undangan disebabkan oleh bertentangan baik secara vertikal maupun horizontal yang menyebabkan timbulnya disharmoni norma hukum, konflik kewenangan antarkementerian/lembaga, menimbulkan ketidakadilan bagi masyarakat dan pelaku usaha, serta menghambat iklim investasi, usaha, dan kegiatan ekonomi nasional dan daerah. Disharmoni peraturan perundang-undangan horizontal adalah disharmoni antarnorma peraturan perundang-undangan yang setingkat/sederajat. Disharmoni peraturan perundang-undangan vertikal adalah disharmoni antara norma peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dengan norma peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Penerbit ANDI

Penyelesaian disharmoni peraturan perundang-undangan di atas dapat dilakukan berdasarkan permohonan atau perintah pemeriksaan dari Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia. Permohonan diajukan oleh perorangan, kelompok orang, badan/lembaga/kementerian/ lembaga pemerintah nonkementerian/pemerintahan daerah, dan swasta atau badan usaha publik/privat. Permohonan diajukan secara tertulis kepada Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia. Atas permohonan tersebut, Menteri menugaskan Direktur Jenderal untuk memeriksanya. Selanjutnya Direktur Jenderal menunjuk Tim Pemeriksa Pendahuluan untuk memeriksa kelengkapan permohonan. Dalam hal permohonan lengkap, Direktur Jenderal menunjuk Majelis Pemeriksa sebagai mediator yang terdiri atas 3 orang berasal dari Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia dan 2 orang berasal dari unsur akademisi. Proses mediasi dilakukan terjadwal dan pada akhirnya menurut Pasal 4 mediasi akan menghasilkan kesepakatan para pihak dan rekomendasi. Dalam hal mencapai kesepakatan, maka kesepakatan ditandatangani oleh para pihak di atas meterai cukup dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dengan berita acara pemeriksaan. Dalam hal tidak terjadi kesepakatan para pihak, maka Menteri menyusun rekomendasi berdasarkan laporan hasil mediasi, kemudian disampaikan kepada para pihak agar rekomendasi dilaksanakan. Apabila paling lambat 60 hari kalender para pihak tidak melaksanakan rekomendasi Menteri, maka Menteri menyampaikan rekomendasi tersebut kepada Presiden paling lambat 30 hari sejak para pihak tidak melaksanakannya. Menurut Pasal 18 rekomendasi tersebut dipergunakan sebagai pertimbangan dalam program penyusunan peraturan menteri, peraturan lembaga pemerintah nonkementerian, peraturan dari lembaga nonstruktural, dan peraturan perundang-undangan di daerah.

Penyelesaian disharmoni peraturan perundang-undangan dapat juga dilakukan atas perintah pemeriksaan dari Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia kepada Direktur Jenderal. Atas perintah tersebut, Direktur Jenderal melakukan pemeriksaan norma peraturan perundang-undangan yang bertentangan secara horizontal atau vertikal, yang hasilnya dilaporkan kepada Menteri. Selanjutnya Menteri

Penerbit ANDI

Hukum dan Hak Asasi Manusia menyampaikan hasil pemeriksaan tersebut kepada Presiden dengan disertai rekomendasi seperti tersebut di atas.

Jika dianalisis dari aspek kewenangan dan objek kewenangannya, penulis berpendapat Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 2 Tahun 2019 menimbulkan konflik hukum baru antarperaturan perundang-undangan dan dengan peraturan yang mengatur kekuasaan kehakiman memberikan wewenang penyelesaian pertentangan norma secara vertikal melalui jalur litigasi MA, sedangkan peraturan menteri di atas memberikan wewenang penyelesaiannya kepada materi. Di sini terjadi konflik kewenangan antara MA dengan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia.

Selain itu, konflik baru juga terjadi berkaitan dengan kekuatan mengikatnya UUD 1945 dan beberapa UU yang mengatur pengujian peraturan perundang-undangan dengan Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia. Peraturan-peraturan itu mengatur hal yang sama yaitu pengujian peraturan perundang-undangan, padahal peraturan-peraturan itu mempunyai tingkat kedudukan yang berbeda. Dalam hal ini norma Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia tersebut konflik dengan UUD 1945 dan beberapa UU yang mengatur pengujian peraturan perundang-undangan. Karena Indonesia menganut asas hukum "*lex superiori derogat legi inperiori*", maka konflik antara kedua peraturan perundang-undangan tersebut dapat diselesaikan dengan asas hukum tersebut, sehingga Peraturan Menteri Hukum Dan Hak Asasi Manusia di atas tidak mempunyai kekuatan hukum berlaku, karena kekuatannya dikalahkan oleh kekuatan berlakunya UUD 1945 dan beberapa UU yang menyerahkan penyelesaian konflik peraturan perundang-undangan mengenai pengujian peraturan perundang-undangan kepada lembaga kehakiman.

Pada sisi lain, penyelesaian disharmoni peraturan perundang-undangan oleh Peraturan Menteri di atas bertentangan dengan kewenangan publik. Kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan adalah kewenangan publik, yang diberikan oleh negara melalui atribusi atau delegasi legislasi untuk membentuk peraturan

Penerbit ANDI

perundang-undangan. Setiap pejabat yang telah mendapatkan kewenangan atribusi atau delegasi legislasi mempunyai kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan. Selain itu setiap peraturan perundang-undangan memiliki materi muatan sendiri, sehingga batas-batas materi muatan yang diatur oleh setiap jenis peraturan perundang-undangan sudah ditentukan oleh kewenangan publik melalui peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Kewenangan membentuk keempat jenis peraturan perundang-undangan di atas diberikan negara melalui UU No. 12 Tahun 2011 Pasal 7, Pasal 8, dan penjelasan Pasal 8. Pasal 7 ayat (1) huruf f dan g memberikan kewenangan atribusi kepada Gubernur dan DPRD Provinsi membentuk Perda Provinsi, memberikan kewenangan atribusi kepada Bupati dan DRPD Kabupaten untuk membentuk Perda Kabupaten, dan memberikan kewenangan atribusi kepada Walikota dan DPRD Kota untuk membentuk Perda Kota. Pasal 8 memberikan kewenangan delegasi kepada Menteri untuk membentuk Peraturan Menteri, kepada Kepala Lembaga Pemerintah Nonkementerian untuk membentuk peraturan kepala Lembaga Pemerintah Nonkementerian, dan kepada lembaga nonstruktural (komisi yang dibentuk dengan UU atau oleh pemerintah atas perintah UU) untuk membentuk peraturan kepala lembaga nonstruktural, kepada gubernur untuk membentuk peraturan gubernur, kepada bupati untuk membentuk peraturan bupati, dan kepada wali kota untuk membentuk peraturan wali kota. Kewenangan-kewenangan tersebut adalah kewenangan publik yang tidak bisa atau tidak boleh dinegosiasikan oleh siapa pun untuk mencari kesepakatan tertentu. Karena itu penyelesaian disharmoni peraturan perundang-undangan melalui mediasi, yang berdasarkan pada negosiasi, adalah bertentangan dengan kewenangan publik. Terlepas dari konflik hukum di atas, Peraturan Menteri Hukum Dan Hak Asasi Manusia tidak mengatur tentang pengujian SE-P dan lembaga yang berwenang menguji SE-P, sehingga peraturan menteri tersebut tidak memberikan solusi status hukum norma SE-P dan pengujian SE-P.

Pada data praktik pengujian SE-P sebagaimana diuraikan di Bab III, penulis menemukan lembaga penguji SE-P adalah MA, namun praktik hukum tersebut tidak memberikan kepastian hukum bahwa

Penerbit ANDI

MA adalah lembaga yang pasti berwenang penguji SE-P. Hal ini karena sikap dan putusan MA mendua, yaitu di satu sisi MA berwenang menguji SE-P karena menganggap SE-P adalah objek pengujian yang menjadi wewenang MA, namun di sisi lain MA tidak berwenang menguji SE-P karena menganggap SE-P bukan objek pengujian oleh MA.

Meskipun ambivalen, fakta pengujian SE-P oleh MA memperlihatkan telah adanya yurisprudensi pengujian SE-P oleh MK dan MA. Namun sifat penggunaan yurisprudensi masih tidak mutlak, artinya hakim boleh mengikuti yurisprudensi atau boleh tidak mengikuti yurispudensi dalam menguji SE-P. Pemahaman ini telah berlangsung sangat lama sejak sehari setelah Indonesia menyatakan kemerdekaannya, yaitu sejak tanggal 18 Agustus 1945 ketika Penjelasan UUD 1945 ditetapkan. Kondisi ini sebagai konsekuensi dianutnya paham negara hukum *Rechtsstaat* oleh Indonesia , yang dinyatakan secara eksplisit di Penjelasan UUD 1945. Berdasarkan pengertian ini, maka Indonesia menganut sistem hukum sipil (*sivil law*), sehingga hakim wajib mengacu pada hukum sipil dalam mengadili perkara.

Sebagaimana dikemukakan pada analisis penulis sebelumnya, setelah UUD 1945 diamendemen kali pertama pada tahun 1999, pemahaman sifat berlakunya yuriprudensi tidak mutlak di Indonesia sudah ditinggalkan. Hal ini karena UUD 1945 tidak lagi menyatakan Indonesia sebagai negara hukum dalam arti *Rechtsstaat*, sehingga menurut Arief Hidayat Indonesia bukan lagi sebagai negara hukum berpaham *Rechtsstaat*. Dengan demikian dan dengan belum adanya hukum sipil yang mengatur pengujian SE-P, maka pada saat ini daya laku yurisprudensi Putusan MA mengenai pengujian SE-P bersifat mutlak. Artinya hakim wajib mengikuti yurisprudensi pengujian SE-P dalam melakukan pengujian secara material SE-P yang akan datang.

Sifat yurisprudensi mutlak adalah sesuai dengan prinsip persamaan hukum (*equality before the law*) dan kepastian hukum yang diamanatkan oleh Pasal 27 Ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan "segala warga negara bersamaan kedudukanya di dalam hukum dan pemerintahan dan

Penerbit ANDI

wajib menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan dengan tidak ada kecualinya". Selanjutnya Pasal 27 ayat (2) menyatakan "tiap-tiap warga negara berhak atas...penghidupan yang layak bagi kemanusiaan". Dengan penggunaan yurisprudensi bersifat wajib maka terdapat kepastian hukum tentang adanya hukum positif dan lembaga yang menguji SE-P secara material. Demikian juga masyarakat mendapatkan perlakuan yang sama di hadapan hukum, karena setiap masyarakat yang mengajukan permohonan pengujian secara material SE-P dilakukan melalui proses yang sama, diuji oleh lembaga yang sama, dan mendapatkan putusan hukum atas permohonannya. Dengan demikian setiap warga Negara Indonesia mempunyai pengakuan, perlakuan, kepastian, perlindungan, keputusan atau penetapan yang sama secara hukum, dan mendapatkan penghidupan yang layak sebagai manusia. Jika telah ada warga negara yang telah mendapatkan penyelesaian hukum atas kerugian yang diakibatkan oleh terbitnya SE-P melalui putusan MA, maka warga Negara Indonesia yang lain juga berhak mendapatkan perlakuan dan keputusan penyelesaian yang sama seperti warga Negara Indonesia sebelumnya.

Prinsip hukum yang terkandung di dalam Pasal 27 ayat (2) di atas adalah prinsip kehidupan warga Negara Indonesia selayaknya sebagai manusia. Setiap warga Negara Indonesia adalah makhluk ciptaan Tuhan yang paling sempurna. Selain memiliki kelengkapan jasmani dan rohani, setiap warga Negara Indonesia memiliki hak-hak, baik yang asasi maupun yang bukan asasi. Hak asasi adalah hak dasar sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Kuasa yang diberikanNya sejak manusia itu dilahirkan. Hak bukan asasi adalah hak yang timbul karena interaksi atau hubungan antar manusia. UUD 1945 telah mengatur hak asasi manusia bagi setiap warga Negara Indonesia, bahkan semua orang yang berada di Indonesia. Hak asasi manusia yang sangat relevan dengan pengujian SE-P adalah hak asasi atas bebas dari perlakuan dan mendapatkan perlindungan dari diskriminasi [Pasal 28B ayat (2) jo Pasal 28I ayat (2) UUD 1945]; serta hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum [Pasal 20D ayat (1) UUD 1945]. Atas dasar prinsip hukum tersebut maka hak pengujian SE-P secara material oleh lembaga peradilan perlu diberikan kepada setiap warga negara yang mengajukannya.

Penerbit ANDI

Agar prinsip hukum dalam UUD 1945 tidak menjadi kontradiksi dengan paham hukum sipil (*civil law*) yang masih digunakan oleh Indonesia, maka implementasinya perlu dikombinasikan dengan prinsip hukum yang terdapat di dalam Kekuasaan Kehakiman, yaitu prinsip keadilan masyarakat dan prinsip tidak menolak perkara. Prinsip keadilan masyarakat dinyatakan dalam Pasal 5 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 yaitu hakim atau hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Menurut penjelasannya, ketentuan tersebut bertujuan agar putusan hakim dan hakim konstitusi adalah sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Kemudian prinsip tidak menolak perkara dinyatakan dalam Pasal 10 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 yaitu pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus sesuatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya. Karena itu yurisprudensi Putusan MA yang lahir wajib menjadi acuan hukum untuk pengujian secara material SE-P oleh lembaga peradilan.

Friedrich Karl von Savigny yang menyatakan bahwa hukum itu tidak dibuat melainkan tumbuh dan berkembang bersama-sama dengan masyarakat. Hukum yang baik adalah hukum yang hidup di masyarakat atau sesuai jiwa bangsa (*volksgeist*). Konsep ini dipengaruhi sejarah kehidupan manusia (mazhab sejarah) yang memperlihatkan hukum tumbuh bersama masyarakat. Di Indonesia konsep ini tercermin pada hukum adat atau kebiasaan, yang tumbuh dan berkembang bersama masyarakat adat atas dasar keseimbangan "magis-religius (kosmis). UU yang dibentuk merupakan perwujudan hukum yang hidup di dalam masyarakat. Karena itu penyelesaian perkara yang baik adalah sesuai dengan hukum yang hidup dan rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat. Ketika peraturan perundang-undangan belum mengatur lembaga yang berwenang menguji SE-P, maka hakim wajib menggali dan menggunakan hukum yang hidup di masyarakat. Yurisprudensi Putusan MA atas pengujian SE-P merupakan hukum yang dibuat hakim dari hasil penggaliannya terhadap hukum yang hidup di masyarakat. Dengan telah terciptanya yurisprudensi, maka yurisprudensi digunakan untuk mengisi kekosongan hukum pengujian norma SE-P, seperti digambarkan berikut:

Penerbit ANDI

Gambar 5: SE-P

Penerbit ANDI

Gambar di atas adalah contoh SE-P yang diterbitkan oleh pemerintah, dalam hal ini Direktur Jenderal Mineral, Batu Bara, dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral yang bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral Dan Batu Bara. SE-P tersebut telah diajukan permohonan hak uji material oleh Bupati Kutai Timur kepada Mahkamah Agung. Dalam putusannya nomor 23P/HUM/2009 Mahkamah Agung menyatakan SE-P tersebut bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2019 dan menyatakan SE-P tidak mempunyai kekuatan berlaku mengikat. Kemudian putusan MA tersebut telah menjadi yurisprudensi. Mengacu pada yurisprudensi tersebut, apabila masyarakat dirugikan haknya akibat terbitnya SE-P, maka masyarakat berhak menguji permohonan pengujian SE-P kepada hakim pengadilan, dalam hak ini hakim MA, demi mendapatkan keadilan hukum.

Dari uraian di atas, penulis dapat meningkatkan bahwa hakim pengadilan, dalam hal ini adalah hakim MA, adalah penguji atas

permohonan hak uji material SE-P. Hal ini sesuai dengan paham Indonesia negara hukum yang di dalamnya mengandung unsur *Rechsstaat* dan *Rule of Law*, yang membenarkan yurisprudensi sebagai dasar kewenangan hakim untuk menguji SE secara material, sehingga hakim wajib menerima, memeriksa, mengadili, dan memutuskan setiap permohonan hak uji material SE-P yang diajukan ke pengadilan. Pengadilan yang dimaksud adalah Mahkamah Agung karena yang diujinya adalah peraturan. Dasar pengujian terhadap isi atau materi norma SE-P adalah peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB. Apabila materi norma SE-P yang diuji telah diatur di dalam peraturan perundang-undangan atau AUPB secara jelas, maka dasar pengujian materinya adalah peraturan perundang-undangan atau AUPB. Apabila materi norma SE-P yang diuji tidak diatur secara jelas di dalam peraturan perundang-undangan atau AUPB, maka dasar materi pengujiannya menggunakan materi yang sudah diputuskan di dalam yurisprudensi.

2. Pejabat Pembentuk Surat Edaran dan Atasan

Praktik hukum pengujian SE-P oleh hakim pengadilan sebagaimana diuraikan di atas merupakan terobosan hukum, namun menurut M. Guntur Hamzah praktik pengujian SE-P oleh MA merupakan praktik yang salah kaprah. M. Guntur Hamzah menyatakan tidak ada satu pun peraturan yang mengatur pengujian SE-P, dan memberikan wewenang kepada MK atau MA untuk menguji SE-P. Peraturan perundang-undangan hanya memberikan wewenang kepada MK dan MA untuk menguji peraturan perundang-undangan, sedangkan SE-P adalah bukan peraturan perundang-undangan, melainkan *beleidregels* atau peraturan kebijakan. Karena itu, pengujian SE-P oleh MA tidak mempunyai dasar hukum.

Lebih lanjut M. Guntur Hamzah merujuk UU No. 30 Tahun 2014, bahwa SE-P adalah termasuk bentuk perbuatan pemerintah. M. Guntur Hamzah mencontohkan perintah pembongkaran sebuah rumah. Ketika pejabat pemerintah telah memutuskan dan memerintahkan kepada bawahannya agar membongkar rumah yang melanggar peraturan, maka itu adalah kebijakan (*beleid*) pejabat pemerintah meskipun yang melaksanakan pembongkaran rumah bukan pejabat tersebut melainkan bawahannya. Apabila pemilik rumah tidak menerima kebijakan yang berupa perintah

Penerbit ANDI

pembongkaran rumah oleh pejabat pemerintah, maka pemilik rumah dapat mengajukan gugatan kepada PTUN. Pendapat M. Guntur Hamzah di atas sejalan dengan pendapat Dwi Bayu Anggoro yang menyatakan bahwa pengujian SE-P dapat diajukan ke PTUN, karena kewenangan PTUN telah berkembang, termasuk mengadili peraturan kebijakan. Terhadap hal ini, penulis berpendapat bahwa contoh perintah bongkar rumah merupakan perintah pejabat pemerintah yang mengandung unsur norma individual dan konkret, sehingga perintah tersebut merupakan keputusan TUN meskipun dibuat secara tidak tertulis. Karena itu dengan mengacu Pasal 47 UU No. 5 Tahun 1986 penulis sependapat jika pemilik rumah yang berkeberatan atas perintah pejabat pemerintah tersebut mengajukan gugatan ke PTUN.

Lebih lanjut M. Guntur Hamzah menyatakan sebelum diajukan ke PTUN, SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan diajukan terlebih dahulu kepada pejabat pemerintah yang membentuknya. Ini merupakan upaya keberatan atas terbitnya SE-P yang merugikan hak masyarakat. Pejabat pembentuk SE-P mempunyai tanggung jawab untuk memperbaiki atau mencabut SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Apabila penyelesaian melalui upaya keberatan ini tidak berhasil, maka masyarakat dapat mengajukan banding ke pejabat atasannya, hingga bisa mengajukan gugatan ke PTUN.

Refly Harun dan Maria Farida Indrati Suprapto berpendapat sama bahwa SE-P tidak dapat dilakukan pengujian secara material kepada MA karena MA hanya menguji peraturan perundang-undangan. Menurut kedua ahli hukum tersebut, masyarakat yang dirugikan haknya oleh SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dapat mengajukan upaya hukum kepada pejabat pemerintah yang membuatnya. Hal ini karena pejabat pembuat SE-P adalah yang mengetahui kebutuhan, alasan, dan tujuan penggunaan kewenangan diskresi membentuk SE-P. Pengajuan upaya kepada pembentuk SE-P juga merupakan bentuk kontrol terhadap perbuatan pemerintah, agar pejabat pembuat SE-P mengevaluasi kembali SE-P yang dibuatnya sesuai dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB. Apabila upaya ini tidak berhasil menyelesaikan

Penerbit ANDI

masalah, maka masyarakat dapat mengajukan upaya banding ke pejabat atasan dari pembentuk SE-P tersebut.

Arief Hidayat dan Philipus M. Hadjon melihat SE-P sebagai jenis peraturan kebijakan yang dibentuk berdasarkan kewenangan diskresi. Penggunaan kewenangan diskresi tidak boleh menyimpang atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Karena itu perlu tindakan kontrol terhadap pembuatan SE-P. Karena itu, jika SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, maka masyarakat dapat mengajukan upaya kontrol kepada pejabat pemerintah pembentuk SE-P, agar SE-P diperbaiki atau dicabut sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan. Jika upaya kontrol ini tidak berhasil, maka masyarakat dapat mengajukan upaya pengujian kepada MA berdasarkan yurisprudensi Putusan MA tentang pengujian SE-P. Hal ini karena sejak UUD 1945 diamendemen, yang menghilangkan kata *Rechtsstaat* dari UUD 1945 menjadikan penggunaan yurisprudensi bersifat mutlak atau wajib. Karena itu hakim wajib menggunakan yurisprudensi tersebut ketika mengadili perkara yang sama yakni menguji SE-P. Pendapat ini memperlihatkan pejabat pembentuk SE-P dapat menguji SE-P yang dibentuknya.

Terhadap pendapat para ahli hukum di atas, penulis tidak menemukan dasar hukum di peraturan perundang-undangan yang mengatur pejabat pemerintah pembentuk SE-P berwenang menguji SE-P yang dibentuknya. Meskipun demikian penulis setuju terhadap pendapat di atas yang menyatakan pengujian SE-P dapat diajukan kepada pejabat pembentuknya. Hal ini karena pemerintah (eksekutif) adalah pelaksana peraturan perundang-undangan, yang terikat pada peraturan perundang-undangan. Semua perbuatan pemerintah harus berdasarkan hukum atau peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Apabila perbuatannya tidak sesuai, melanggar, atau menyimpang dari dasar hukumnya, maka pejabat pemerintah harus bertanggung jawab, yang salah satunya dengan cara memperbaiki atau mencabutnya. Ketika pejabat pemerintah tidak melakukan inisiatif sendiri untuk memperbaiki perbuatannya, termasuk memperbaiki atau mencabut SE-P, maka upaya perbaikan dapat dilakukan atas dasar permohonan masyarakat kepada pejabat pembentuk SE-P.

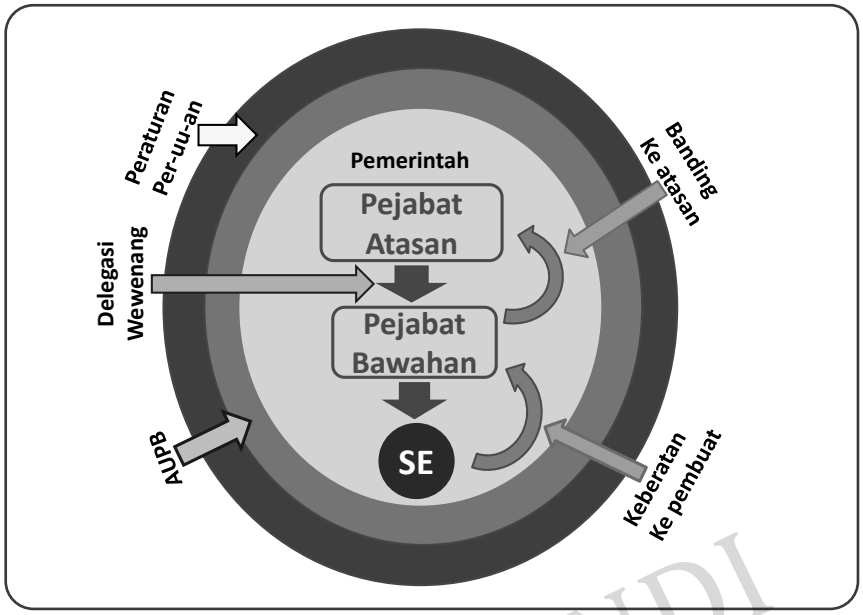
Penerbit ANDI

Upaya ini merupakan bentuk meluruskan kembali atau mengembalikan norma SE-P sesuai peraturan perundang-undangan yang melandasinya.

Sebagaimana telah dikemukakan pada uraian sebelumnya, SE-P berada di dalam ranah eksekutif atau administrasi negara atau tata usaha negara atau pemerintah. Eksekutif adalah pelaksanaan ketentuan, norma, atau aturan yang ditetapkan oleh legislatif. Eksekutif memiliki beban dan tanggung jawab untuk melaksanakan tugas-tugas yang diperintahkan oleh legislatif. Apabila eksekutif tidak mampu melaksanakan tugas-tugas tersebut dengan baik, maka eksekutif dianggap melanggar tugasnya dan dapat dimintakan pertanggungjawaban secara hukum. Ketika terjadi kekosongan hukum atau hukum yang ada tidak jelas, eksekutif dapat menggunakan wewenang diskresi yang dimilikinya untuk membentuk SE-P sebagai landasan pelaksanaan tugasnya, agar tugasnya dapat dilaksanakan dengan baik.

SE-P semata-mata kehendak pejabat pemerintah berdasarkan kewenangan administrasi/pemerintah semata dan bukan kehendak limpahan (delegasi) atau pemberian (atribusi) dari legislatif. Kekuasaan dan wewenang pemerintah dibatasi oleh peraturan perundang-undangan dan AUPB. Keduanya menjadi landasan hukum bagi setiap pejabat pemerintah dalam menjalankan tugas dan wewenangnya. Meskipun demikian, setiap pejabat pemerintah, yang memiliki hierarki kedudukan dan tingkat kewenangan berbeda berwenang membentuk SE-P dan bertanggung jawab atas SE-P yang dibentuknya. Hal ini dapat dilihat pada gambar berikut:

Penerbit ANDI



Gambar 6: Upaya Administratif Surat Edaran

Pada gambar di atas, pemerintah melaksanakan tugas dan wewenang berdasarkan peraturan perundang-undangan dan AUPB. Pejabat pemerintah mempunyai struktur organisasi dan dilakukan pembagian tugas dan wewenang sehingga terdapat posisi kedudukan pejabat yang lebih tinggi (atasan) dan posisi kedudukan pejabat yang lebih rendah (bawahan), serta posisi kedudukan pejabat yang setara. Pemerintah berwenang membuat peraturan (*regeling*) melakukan perbuatan/tindakan material/nyata, dan membuat keputusan (*beschikking*). Kewenangan membentuk peraturan ada yang berdasarkan delegasi atau atribusi legislasi yang jenis peraturannya disebut peraturan perundang-undangan, dan ada yang didasarkan pada kewenangan administrasi/eksektif/pemerintah semata (kewenangan diskresi) yang jenis peraturannya adalah peraturan kebijakan (yang salah satunya adalah SE-P). Karena itu keberadaan atau kedudukan SE-P ada di dalam ranah/wilayah pemerintah semata. Kewenangan pejabat/badan pemerintah melaksanakan tiga perbuatan di atas dapat didelegasikan kepada pejabat/badan di bawahannya. Pejabat/badan bawahan yang mendapatkan delegasi wewenang, pada hakikatnya adalah menjalankan tugas atasan yang secara lebih operasional atau teknis pelaksanaannya dilimpahkan ke pejabat/badan di bawahnya. Karena itu

Penerbit ANDI

pejabat yang mendapatkan delegasi wewenang wajib menjalankannya dan wajib mempertanggungjawabkan tugas delegasinya kepada pejabat/ badan atasannya. Apabila pejabat tersebut membuat SE-P dan ternyata normanya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan/ atau AUPB, maka pejabat atau badan pemerintah pembentuk SE-P wajib bertanggung jawab secara administratif atas norma SE-P yang dibentuknya. Karena itu orang atau badan hukum yang dirugikan haknya oleh SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB tersebut dapat mengajukan upaya administratif atas SE-P tersebut.

Dalam teori Hukum Administrasi Negara terdapat upaya administratif (*administratief inspanning*) untuk menyelesaikan masalah secara administrasi/tata usaha negara/pemerintahan. Upaya administratif adalah upaya penyelesaian masalah hukum administrasi yang dilakukan oleh pejabat yang berada di dalam lingkungan administrasi sendiri. Pejabat yang berwenang menyelesaikannya adalah pejabat administrasi/ pemerintah. Upaya administrasi terdiri atas dua tahap upaya, yaitu upaya keberatan dan upaya banding administrasi. Upaya administrasi keberatan (*administratief doleansi*) adalah upaya penyelesaian permasalahan hukum administrasi kepada pejabat atau badan yang membuat kebijakan. Upaya banding adminitratif (*administratief beroep*) adalah upaya penyelesaian permasalahan hukum administrasi oleh pejabat atasan dari pejabat pembenuk SE-P[6]. Berdasarkan teori ini, setiap orang atau badan dapat mengajukan upaya hukum keberatan atas norma SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AAUPB kepada pejabat atau badan pembuatnya. Upaya ini dilakukan dengan cara mengajukan keberatan dan permohonan agar SE-P tersebut diperbaiki atau dicabut oleh pembuatnya. Terhadap upaya ini, pejabat atau badan pembuatnya dapat mengabulkan upaya keberatan yang diajukan oleh pemohon atau menolaknya. Apabila pejabat atau badan pembuat SE-P menolak upaya

6 Penjelasan Pasal 48 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 menyatakan Upaya administratif adalah suatu prosedur yang dapat ditempuh oleh seorang atau badan hukum perdata apabila ia tidak puas terhadap suatu Keputusan Tata Usaha Negara, Prosedur tersebut dilaksanakan di lingkungan pemerintahan sendiri dan terdiri atas dua bentuk. Dalam hal penyelesaian-nya itu harus dilakukan oleh instansi atasan atau instansi lain dari yang mengeluarkan keputusan yang bersangkutan, maka prosedur tersebut dinamakan "banding administratif.

Penerbit ANDI

hukum keberatan pemohon, maka pemohon dapat melakukan upaya banding administratif kepada pejabat atasan[7] dari pejabat atau badan pembuat SE-P. Terhadap hal ini, atasan dari pejabat pembuat SE-P dapat mengabulkan permohonan atau menolak permohonan pemohon banding administratif. Dengan demikian, berdasarkan teori ini, pembentuk SE-P dan atasannya dapat menjadi penguji SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan/atau AAUPB.

Berdasarkan analisis di atas, penulis berpendapat bahwa pembentuk SE-P adalah juga penguji SE-P yang melakukan pengujian SE-P secara administratif berdasarkan norma peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB. Apabila SE-P yang diterbitkan menimbulkan kerugian hukum pada masyarakat, dan rakyat mengajukan upaya hukum keberatan, maka pejabat pembentuk SE-P menerima permohonan keberatan dan menyelesaikannya. Jika pembentuk SE-P tidak dapat menyelesaikan pengujiannya, pengujian SE-P tersebut dapat diajukan kepada atasan dari pejabat atau badan pembentuk SE-P tersebut. Pengujian SE-P oleh pembentuknya merupakan wujud pertanggungjawaban hukum langsung pembentuk atas permasalahan hukum yang ditimbulkan oleh SE-P yang dibuatnya. Demikian juga pengujian SE-P oleh atasan dari pejabat atau badan pembentuk SE-P adalah wujud pengawasan/kontrol terhadap pelaksanaan tugas bawahan dan bentuk turut bertanggung jawab secara administratif atas permasalahan hukum yang ditimbulkan oleh pejabat atau badan di bawahnya.

Penerbit ANDI

C. Mekanisme Pengujian Surat Edaran

Mekanisme pengujian SE-P dimaksud adalah tata cara atau proses sistematis pengujian SE-P. Para ahli hukum tidak banyak yang membicarakan dan membahas mekanisme pengujian SE-P ini, karena sebagian ahli hukum berpendapat bahwa SE-P adalah bukan objek pengujian oleh pengadilan (*judicial review*). Objek pengujian peraturan adalah peraturan perundang-undangan, sedangkan SE-P adalah bukan peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, menurut pendapat ini, tidak mungkin ada mekanisme pengujian SE-P.

7 Robinsar Marbun, "Transformasi Upaya Administratif dalam Penyelesaian Sengketa Kepegawaian, *Jurnal Yuridis*, Vol. 4 No. 2, Desember 2017, 205-217.

Sebaliknya beberapa ahli hukum lain berpendapat bahwa SE-P dapat diuji oleh pengadilan, karena normanya memiliki karakter sama dengan norma peraturan perundang-undangan dan telah ada bukti praktik pengujian SE-P oleh MA. Terhadap hal ini penulis menemukan ada beberapa pendapat yang mengemukakan mekanisme pengujian SE-P. Beberapa pendapat dimaksud dapat dibedakan atas persepsi sebagai berikut:

1. Mekanisme Pengujian oleh Pemerintah (*Executive Review*)

Mekanisme *executive review* (pengujian oleh pemerintah/ eksekutif) adalah mekanisme pengujian SE-P oleh pejabat di lingkungan pemerintah sendiri. Menurut mekanisme ini, pejabat pemerintah adalah pejabat yang mempunyai wewenang menguji secara material SE-P. Dalam hal ini, pemohon mengajukan permohonan hak uji material SE-P kepada pemerintah. Dari data penelitian, penulis tidak menemukan praktik hukum mekanisme pengujian eksekutif terhadap SE-P. Meskipun demikian, penulis menemukan mekanisme ini dari data sekunder dan data primer yang diperoleh dari para ahli hukum.

Menurut M.H. Laica Marzuki mekanisme *executive review* dilakukan melalui upaya administratif. Upaya ini merupakan bentuk pengawasan internal (internal kontrol) pemerintah terhadap perbuatannya sendiri. Internal kontrol dimaksud adalah pengawasan yang dilakukan oleh pejabat atau badan dalam organisasi pemerintah[8]. Dalam hal ini SE-P dikontrol oleh pejabat atau badan yang merupakan bagian dari organisasi pemerintah.

Pasal 20 ayat (2) huruf l UU No. 30 Tahun 2014 menyatakan pejabat pemerintah mempunyai hak menyelesaikan upaya administratif yang diajukan masyarakat atas keputusan dan/atau tindakan yang dibuatnya. Upaya administratif diatur lebih lanjut di dalam Bab X pada Pasal 75 sampai dengan Pasal 78. Pasal 75 menyatakan yang berhak mengajukan upaya administratif adalah warga masyarakat yang dirugikan haknya oleh keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintah. Upaya administratif terdiri atas dua upaya yaitu upaya keberatan dan upaya banding administratif.

8 H.M. Laica Marzuki, "Penggunaan Upaya Administratif Dalam Sengketa Tata Usaha Negara", dalam *Jurnal GEMA*, Tahun XXVII/50/Februari-Juli 2015, 1850.

Penerbit ANDI

Upaya keberatan diajukan oleh warga masyarakat kepada kepada badan atau pejabat yang menetapkan keputusan dan/atau tindakan, paling lambat 21 (dua puluh satu) hari sejak keputusan atau tindakan diumumkan. Badan atau pejabat pemerintah wajib menyelesaikan permohonan keberatan paling lama 10 (sepuluh) hari kerja sejak menerima permohonan tersebut. Apabila badan atau pejabat pemerintah tidak menyelesaikan permohonan keberatan dalam waktu paling lama 10 (sepuluh) hari, maka badan atau pejabat pemerintah dianggap telah mengabulkan permohonan keberatan pemohon. Atas dasar hal itu, badan atau pejabat pemerintah menetapkan keputusan paling lambat 5 (lima) hari kerja sejak lewat batas waktu 10 (sepuluh) hari di atas (Pasal 77 UU No. 30 Tahun 2014).

Apabila tidak menerima keputusan badan atau pejabat pemerintah pada upaya keberatan, warga masyarakat dapat mengajukan upaya banding, yang dikenal dengan sebutan banding administratif (*administratief beroep*) kepada atasan pejabat yang menetapkan keputusan paling lama 10 hari sejak menerima keputusan upaya keberatan. Pejabat atasan menyelesaikan permohonan banding administratif paling lama 10 (sepuluh) hari kerja sejak menerima permohonan banding. Apabila pejabat atasan mengabulkan permohonan banding, maka pejabat atasan menetapkan keputusan sesuai permohonan pemohon. Apabila telah lewat waktu 10 (sepuluh) hari pejabat atasan belum menyelesaikan permohonan pemohon, maka pejabat atasan dianggap mengabulkan permohonan pemohon dan paling lama 5 (lima) hari pejabat atasan menetapkan keputusan yang isinya mengabulkan permohonan pemohon (Pasal 78 UU No. 30 Tahun 2014).

Maria Farida Indrati Soeprapto mengatakan SE-P yang dibentuk berdasarkan kewenangan diskresi atau *freies ermessen* tetap terikat pada peraturan perundang-undangan. Namun dalam hal tertentu demi kesejahteraan rakyat, pembentukan SE-P dapat tidak terikat pada peraturan perundang-undangan. Karena itu persoalan utama norma SE-P adalah persoalan internal pemerintah itu sendiri. Apabila dilakukan pengujian, maka pengujian pertama dilakukan oleh pemerintah itu sebdiri[9]. Pendapat yang sama juga dikemukakan oleh M. Guntur Hamzah bahwa SE-P

9 Maria Farida Indrati Soeprapto, Wawancara dengan Penulis…Loc. Cit.

Penerbit ANDI

tidak dapat dilakukan pengujian melalui *judicial review* karena SE bukan peraturan perundang-undangan. Apabila SE menimbulkan kerugian pada pihak lain, maka dapat dilakukan upaya hukum kepada pejabat yang membuat SE-P tersebut, agar SE-P dicabut atau diperbaiki. Dari pendapat ini, maka mekanisme pengujian SE pemerintah dapat dilakukan secara *executive review*.

Rafly Harun juga menyatakan SE-P tidak dapat diuji dengan mekanisme *judicial review* karena SE-P bukan peraturan perundang-undangan. Pengujian peraturan kebijakan, termasuk SE-P, dapat diajukan upaya administratif dahulu kepada pejabat atau badan pembentuk SE-P. Apabila upaya administratif tersebut tidak dikabulkan, maka dapat dilakukan upaya banding administratif ke atasan dari pejabat pembentuk SE-P[10]. Upaya administratif adalah sama dengan upaya pengujian oleh pemerintah, karena pengujian atau *review* tersebut dilakukan oleh pejabat/ badan eksekutif atau pemerintah. Pemeriksaan, pengujian, dan putusan atas permohonan pengujian SE-P yang dilakukan oleh pemerintah ini disebut mekanisme *exsecutive review*.

Arif Hidayat sependapat dengan dua ahli hukum di atas, bahwa pengujian SE-P dapat didahului dengan pengujian oleh pejabat yang membentuknya. Upaya ini merupakan upaya hukum keberatan atas terbitnya SE-P yang dinilai merugikan hak-hak pemohon. Pejabat pemerintah yang membentuk SE-P dapat mengabulkan atau menolak permohonan tersebut. Apabila upaya hukum ini tidak berhasil, maka dapat dilakukan upaya hukum lebih lanjut melalui mekanisme *judicial review* ke MA[11]. Pendapat ini menunjukkan pengujian SE-P melalui mekanisme *exsecutive review* sebagai upaya awal dan menjadi syarat untuk bisa menggunakan mekanisme *judicial review*.

2. Mekanisme Pengujian oleh Pengadilan (*Judicial Review*)

Mekanisme pengujian peraturan oleh pengadilan yang dikenal dengan sebutan *judicial review* adalah mekanisme pengujian SE-P oleh lembaga

10 Rafly Harun, Wawancara dengan Penulis…Loc.Cit.
11 Arief Hidayat, Wawancara dengan Penulis...Loc.Cit.

Penerbit ANDI

peradilan, yang dalam hal ini oleh MA. Mekanisme ini sudah banyak dipahami orang, walaupun pemahaman orang dimaksud adalah untuk pengujian peraturan perundang-undangan. Sebaliknya *judicial review* terhadap peraturan kebijakan belum banyak dipahami orang, meskipun telah terjadi praktik pengujian terhadap SE-P. Mekanisme pengujian SE-P ke pengadilan telah ditempuh oleh 11 pemohon hak uji material yang diajukan ke MK dan MA. Para pemohon membuat surat permohonan hak uji material atas SE-P yang dianggap telah merugikan hak-hak yuridisnya kepada kedua pengadilan tertinggi tersebut.

Berdasarkan permohonan hak uji material SE-P yang diterima oleh panitera MK dan MA, selanjutnya kedua lembaga peradilan tersebut menerima, memeriksa, menguji, dan memutuskan hak uji material terhadap SE-P. MK dan MA memeriksa *legal standing* pemohon, objek hak uji material yang diajukan pemohon, kewenangan (kompetensi absolut) MK atau MA, serta menguji materi SE-P terhadap norma peraturan perundang-undangan dan/atau terhadap AUPB. Selanjutnya MK dan MA memberikan pertimbangan hukum berdasarkan fakta yang ada di dalam persidangan, mengingat dasar hukum yang berlaku, kemudian mengadili dan memutus permohonan hak uji material SE-P. Sesuai data penelitian sebagaimana dikemukakan pada Bab III, putusan MK dan MA atas permohonan hak uji material SE tersebut dibedakan atas tiga macam putusan, yaitu putusan yang mengabulkan permohonan hak uji material (4 Putusan MA), putusan yang menolak permohonan hak uji material (2 Putusan MA), dan putusan yang tidak menerima permohonan hak uji material (1 Putusan MA dan 4 Putusan MA).

Pertama, putusan yang mengabulkan permohonan hak uji material ditetapkan oleh MA dan ini membuktikan bahwa MA memiliki wewenang (kompetensi absolut) untuk menguji secara material SE-P. SE-P diakui sebagai objek pengujian secara material dan membenarkan SE-P tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AAUPB. Kemudian MA menyatakan SE-P tersebut tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum. Kedua, putusan yang menolak permohonan hak uji material ditetapkan oleh juga MA. Ini membuktikan bahwa MA memiliki wewenang (kompetensi absolut) untuk menguji secara material

Penerbit ANDI

namun norma SE-P, namun menyatakan norma SE-P tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB. Ketiga putusan yang tidak menerima permohonan hak uji material SE-P ditetapkan juga oleh MA dan MK. Dalam hal ini juga membuktikan bahwa MA dan MA tidak memiliki wewenang (kompetensi absolut) untuk menguji SE-P. Karena itu MK dan MA tidak memeriksa, menguji, dan memutuskan SE-P tersebut bertentangan atau tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB.

Terhadap pendapat dan data pengujian SE-P oleh lembaga pengadilan, penulis berpendapat bahwa yang dilakukan oleh MA adalah benar, meskipun sebagian ahli hukum menyatakan bahwa praktik pengujian SE-P adalah salah kaprah atau tidak memiliki dasar hukum. Kebenaran MA menguji SE-P adalah kebenaran faktual dan ideal (ontologi materialisme dan idealisme), kebenaran pengetahuan yang empiris dan diterima secara logis (epistimologi empirisme dan rasionalisme), dan kebenaran melakukan perbuatan untuk mencapai tujuan keadilan hukum bagi pencari keadilan (aksiologi etika teleologis).

D. Jenjang Pengujian Peraturan Kebijakan (*Beleidregels Toetsingrecht* atau *Policy Rules Review*)

Terhadap beberapa pendapat mengenai mekanisme pengujian SE-P, penulis berpendapat bahwa pengujian SE-P melalui mekanisme gugatan perbuatan melawan hukum dan mekanisme gugatan sengketa TUN adalah tidak tepat. Perbuatan melawan hukum adalah perbuatan dalam lingkup hukum perdata, yang bersifat perseorangan, sedangkan peraturan kebijakan adalah berwujud norma atau kehendak yang masuk dalam golongan hukum publik. Peraturan kebijakan, termasuk SE-P, yang merupakan hukum bayangan dari peraturan perundang-undangan merupakan norma atau kehendak yang berlaku umum dan abstrak yang dibentuk untuk mengatur kepentingan umum. Karena itu, penulis berpendapat mekanisme pengujian SE-P tidak dapat dilakukan dengan mekanisme gugatan perbuatan melawan hukum.

Penulis juga berpendapat bahwa pendapat yang menyatakan pengujian SE-P dapat dilakukan melalui mekanisme gugatan sengketa TUN ke PTUN adalah tidak tepat secara hukum, karena hal itu menggolongkan atau menyamakan

Penerbit ANDI

peraturan kebijakan dengan KTUN. Sebagaimana telah dikemukakan pada uraian sebelumnya, KTUN adalah ketetapan tertulis yang normanya bersifat individual, konkret, dan final. Peraturan kebijakan, termasuk SE-P adalah peraturan yang normanya memiliki karakteristik seperti norma peraturan perundang-undangan. Norma peraturan perundang-undangan adalah norma tertulis yang bersifat umum dan abstrak. Keputusan TUN adalah norma ketetapan (*beschikking*) yang berlaku sekali (*einmahlig*), sedangkan peraturan kebijakan adalah norma peraturan (*regeling*) yang berlaku terus menerus (*dauerhaftig*). Dari aspek tersebut tampak bahwa KTUN dan peraturan kebijakan memiliki karakteristik norma yang berbeda dan saling berbanding terbalik. Karena itu menyamakan atau menggolongkan KTUN dan peraturan kebijakan sebagai objek PTUN adalah tidak tepat. Dengan demikian mekanisme pengujian SE-P melalui gugatan sengketa TUN ke PTUN adalah tidak tepat.

Penulis berpendapat bahwa mekanisme pengujian oleh pengadilan (*judicial review*) dan mekanisme pengujian oleh pemerintah (*executive review*) adalah tepat karena di satu hal SE-P memiliki karakteristik norma peraturan perundang-undangan dan di hal lain SE-P berada dalam ranah atau lingkup pemerintahan (eksekutif). SE-P adalah norma yang meng-atur perbuatan pemerintah dan/atau masyarakat yang berkepentingan dengan pemerintah, maka yang diuji adalah normanya, bukan perbuatan pemerintah membentuk norma. Mengingat norma SE-P memiliki karakteristik sama dengan norma peraturan perundang-undangan maka pengujian norma SE-P dapat mengikuti mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan. Hal ini telah didukung dengan fakta hukum, yaitu praktik pengujian SE-P oleh Mahkamah Agung, yang dilakukan sama seperti menguji peraturan perundang-undangan yang kedudukannya di bawah UU.

Dilihat dari muncul dan keberadaannya, SE-P berada dalam lingkup atau ranah pemerintahan (eksekutif), artinya semata-mata dibentuk oleh dan berdasarkan kewenangan pemerintah. SE-P dibentuk oleh pejabat pemerintah, berdasarkan kewenangan pemerintah yang disebut kewenangan diskresi yang dimiliki oleh pemerintah (administrasi negara/tata usaha negara/eksekutif), dan berfungsi mengatur pelaksanaan teknis tugas-tugas pemerintahan. Dalam hal SE-P dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB, maka norma SE-P dapat dimintakan klarifikasi/penjelasan/pengujian kepada pejabat atau badan pemerintah yang membentuknya. Tujuannya

Penerbit ANDI

adalah untuk mengetahui kesesuaian norma SE-P dengan persyaratan, ruang lingkup, dan tujuan pemerintah mengeluarkan SE-P, apakah sudah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang mengaturnya atau sesuai dengan amanat UU No. 30 Tahun 2014 Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24. Pasal-pasal tersebut menyatakan sebagai berikut:

Pasal 22

(1) Setiap penggunaan diskresi pejabat pemerintah bertujuan utuk:
    a. Melancarkan penyelenggaraan pemerintahan;
    b. Mengisi kekosongan hukum;
    c. Memberikan kepastian hukum;
    d. Mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum

Pasal 23

Diskresi pejabat pemerintahan meliputi:

a. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan 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 labih luas.

Pasal 24

Pejabat pemerintah yang menggunakan diskresi harus memenuhi syarat:

a. Sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
b. Tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan;
c. Sesuai dengan AAUPB;

Penerbit ANDI

d. Berdasarkan alasan-alasan yang objektif;

e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan

f. Dilakukan dengan itikad baik.

Berdasarkan permohonan *executive review* tersebut, pejabat pemerintah pembentuk SE-P memeriksa kembali kesesuaian norma SE-P yang dikeluarkannya dengan persyaratan, ruang lingkup, dan tujuan dikeluarkannya SE-P tersebut. Apabila telah sesuai, maka pejabat pembentuk SE-P dapat memberikan keputusan yang isinya menyatakan kesesuaian tersebut dan menolak permohonan pemohon. Sebaliknya apabila tidak sesuai, maka pejabat pemerintah pembentuk SE dapat mengabulkan permohonan yang disertai dengan perbaikan atau pencabutan SE-P.

Pemohon dapat menerima atau menolak keputusan *executive review*. Dalam hal pemohon menolak, maka pemohon dapat mengajukan pengujian SE-P tersebut lebih lanjut kepada atasan dari pejabat pembentuk SE-P. Hal ini sesuai dengan ketentuan [Pasal 25 ayat (1) dan Pasal 26 ayat (2) UU No. 30 Tahun 2014 yang menyatakan penggunaan diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran serta untuk mengisi kekosongan hukum, menggunakan pilihan yang diberikan peraturan perundang-undangan, memperjelas peraturan, dan menimbulkan masalah keuangan dapat diajukan upaya banding kepada pejabat atasannya. Demikian juga penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah yang menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, serta keadaan mendesak dan/atau terjadi bencana wajib memberitahukan sebelumnya kepada atasan pejabat pemerintah (Pasal 26 ayat (3) jo ayat (4)]. Ini berarti keputusan *executive review* yang dianggap tidak sesuai dengan ketentuan tersebut dapat diajukan uapaya banding ke pejabat atasannya.

Dari analisis di atas, penulis dapat menyatakan bahwa mekanisme pengujian SE-P dapat dilakukan dengan dua cara yaitu mekanisme pengujian oleh pemerintah (*executive review*) dan mekanisme pengujian oleh pengadilan (*judicial review*). Keduanya perlu dilakukan harmonisasi agar memiliki kejelasan, kepastian hukum, dan keserasian mekanismenya. Terhadap hal ini, Arief Hidayat[12], M. Guntur Hamzah[13], Maria Farida Indrati Soeprapto[14],

12 Arief Hidayat, Wawancara dengan Penulis...Loc.Cit.
13 M. Guntur Hamzah, Wawancara dengan Penulis...Loc.Cit.
14 Maria Farida Indrati Soeprapto, Wawancara dengan Penulis...Loc.Cit.

Penerbit ANDI

dan Rafly Harun[15] memberikan solusi hukum dengan berpendapat bahwa pengujian SE-P pada tahap pertama dilakukan oleh pemerintah sendiri *(executive review)*, dan pengujian SE-P pada tahap kedua dilakukan oleh pengadilan (*judicial review*). Ini berarti pengujian SE-P oleh pemerintah (eksekutif) harus dilakukan lebih dahulu sebelum diajukan upaya pengujian ke pengadilan (judikatif). Dengan demikian maka ada kepastian, kejelasan, dan keserasian mekanisme pengujian SE-P antara mekanisme *executive review* dengan mekanisme *judicial review*.

Ahmad Redi berpendapat bahwa mekanisme pengujian yang terdiri atas *executive review* dan *judicial review* sebaiknya disebut "*hybrid review*". Pendapat ini secara tidak langung ingin memberi sebutan atau memberi nomenklatur bangunan konsep hukum pengujian SE-P dengan nama *Hybrid Review* yaitu pengujian terpadu antara *executive review* dan *judicial review* yang menjadi satu kesatuan[16]. Penulis berpendapat bahwa pendapat tersebut sangat baik dan merupakan pemikiran yang baru, mengingat belum ada nomenklatur seperti itu di dalam hukum pengujian peraturan. Namun penulis berpendapat penyebutan *hybrid review* masih dapat menimbulkan kesalahpahaman makna pengujian peraturan kebijakan (SE-P). *Hybrid review* memberikan pemahaman bahwa pengujian peraturan kebijakan, termasuk pengujian SE-P, wajib menempuh dua tahap pengujian, yaitu *executive review* dan *judicial review*, karena kedua tahap pengujian itu merupakan satu kesatuan. Artinya setiap terjadi upaya hukum pengujian peraturan kebijakan wajib menempuh dua tahap pengujian tersebut, karena jika tidak menempuh dua tahap maka itu bukanlah *hybrid review*. Hasil penelitian penulis menemukan konsep bahwa upaya pengujian peraturan kebijakan, termasuk pengujian terhadap norma SE-P, dapat menempuh dua tahap pengujian seperti di atas. Artinya adalah pengujian peraturan kebijakan, termasuk pengujian SE-P, tidak selalu harus menempuh dua tahap tersebut, karena jika dengan tahap pertama permasalahannya telah selesai, maka tidak perlu menempuh tahap kedua. Dengan perkataan lain, pengujian terhadap norma SE-p tidak selalu melalui *hybrid review*.

Penerbit ANDI

15 Rafly Harun, Wawancara dengan Penulis...Loc.Cit.

16 Ahmad Redi, Wawancar dengan Penulis, Jakarta: Program Doktor Hukum Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara, 29 April 2019.

Penamaan bangunan hukum konsep pengujian SE-P perlu memperhatikan esensi dari SE-P agar nama bangunan tersebut mudah dipahami dan mencerminkan esensi yang diujinya. Pengujian SE-P mengandung suatu persoalan tertentu, mencakup beberapa aspek substansi, dan memerlukan suatu proses tertentu. Persoalan tertentu dimaksud adalah suatu aspek hukum yang masih menjadi permasalahan yang perlu mendapat penyelesaiannya. Beberapa aspek substansi dimaksud adalah aspek norma, urusan pemerintahan, hak dan kewajiban, keadilan hukum, dan lain-lain. Memerlukan proses tertentu artinya memerlukan tata cara yang sesuai dengan bangunan konsep pengujian SE-P. dengan pengujian SE-P yang berbeda dengan persoalan pengujian lainnya. Dalam hal ini diperlukan ketetapan sebutan atau nama bangunan konsep hukum pengujian SE-P.

Dalam Kamus Bahasa Indonesia, kata "nama" mengandung pengertian "kata atau sebutan yang diberikan kepada seseorang atau benda untuk mengenal orang atau benda itu dan untuk membedakannya dengan yang lain[17]. Secara filosofis, nama menjadi penanda bagi sesuatu yang telah dan akan diketahui. Nama dapat sekadar kata, tapi nama menjadi petunjuk bagi adanya sesuatu. Nama menjadi tanda sebuah keberadaan suatu hal. Nama menunjuk pada sebuah esensi keberadaan sesuatu. Esensi berarti inti dari sesuatu, sehingga sebuah nama bukan hanya sebagai penanda tetapi juga menunjuk pada suatu esensi tertentu[18]. Dari hal-hal tersebut, nama adalah sebuah kata, tanda, dan sebutan yang mengandung esensi tertentu, yang berfungsi sebagai penanda dan menunjuk sebuah pranata atau lembaga dalam kehidupan manusia.

Dalam ilmu perundang-undangan terdapat kata "nama" pada proses pembentukan peraturan perundang-undangan, sebagaimana diatur di dalam UU No. 12 Tahun 2011. Pada lampiran II UU tersebut terdapat ketentuan yang mengatur teknik penyusunan peraturan perundang-undangan. Pada "judul" dan "diktum" dari kerangka peraturan perundang-undangan terdapat "nama peraturan perundang-undangan". Kata "nama peraturan perundang-undangan

17 J.S. Badudu dan Sutan Muhammad Zain, *Kamus...Op.Cit*., 930-931.
18 Antonius Cahyadi dan M. Fernandi E Manullang, *Pengantar...Op.Cit*., 34.

Penerbit ANDI

ditulis bersamaan dengan penulisan jenis peraturan, serta nomor dan tahun pembentukan, yang menjadi satu kesatuan membentuk kalimat "judul". Pada penjelasannya, "nama peraturan perundang-undangan dibuat singkat dengan hanya menggunakan satu kata atau frasa tetapi secara esensial maknanya telah dan mencerminkan isi peraturan perundang-undangan". A. Hamid S. Attamimi menggunakan kata "nama" peraturan perundang-undangan sama dengan bagian judul peraturan perundang-undangan menurut UU No. 12 Tahun 2011. Karena itu A. Hamid S. Attamimi menyebutkan nama peraturan perundang-undangan mencakup jenis peraturan perundang-undangan, nomor dan tahun pembentukannya, dan kalimat judul. Terlepas dari perbedaan sistematika penamaan peraturan perundang-undangan antara UU No. 12 Tahun 2011 dan pandangan A. Hamid S. Attamimi, penulis memperoleh pemahaman bahwa sebuah nama peraturan perundang-undangan harus mencerminkan esensi isi peraturan perundang-undangan dan ditulis secara singkat. Sebagai contoh, ketika tahun 1974 negara ingin membuat unifikasi aturan-aturan perkawinan bagi semua umat beragama, semua suku bangsa, dan semua adat istiadat di Indonesia maka dibuatlah UU yang mengatur berbagai aspek perkawinan. Mengingat esensi isi UU yang sedang dibuat ini mengatur perkawinan, maka dirumuskanlah nama UU ini dengan kata atau kalimat singkat tetapi mencerminkan isinya, yang kemudian diberi nama UU Perkawinan. Dengan nama ini, maka setiap orang mudah memahami isi atau ketentuan yang diatur di dalamnya. Dari contoh metode penamaan peraturan ini, penulis berpendapat penamaan bangunan konsep hukum pengujian SE-P perlu memperhatikan dan menyesuaikan dengan esensi isi yang terdapat di dalam konsep bangunan pengujian SE-P.

Pengujian peraturan kebijakan (SE-P) merupakan proses pemeriksaan, penilaian, dan pengambilan putusan norma peraturan kebijakan (SE-P) bertentangan atau tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB. Proses ini melibatkan pemohon dan termohon serta pejabat atau lembaga yang melakukan pengujian. Proses ini menyerupai dengan proses pengujian peraturan perundang-undangan. Jika menggunakan interpretasi analogi pengujian peraturan perundang-undangan bagi pengujian peraturan kebijakan (SE-P), maka dapat digambarkan esensi pengujiannya pada tabel 12 sebagai berikut:

Penerbit ANDI

Tabel 6: Analogi Esensi Penamaan Pengujian Peraturan

ASPEK	PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN	PERATURAN KEBIJAKAN
Materi	Norma peraturan perundang-undangan	Norma peraturan kebijakan
Sifat Norma	Umum dan abstrak	Umum dan abstrak
Sebutan/nama	Pengujian peraturan perundang-undangan	Belum terdapat sebutan
Mekanisme	*Judicial review*	*Executive review* dan *Judicial review*

Tabel di atas memperlihatkan esensi pengujian peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijakan yang memiliki kesamaan. Perbedaannya adalah pada pengujian peraturan kebijakan belum terdapat data tentang penyebutannya atau penamaannya, sedangkan pada pengujian peraturan perundang-undangan sudah terdapat sebutan atau penamaannya. Berdasarkan penafsiran analogi tersebut, cara membuat sebutan atau nama pengujian peraturan kebijakan mengadopsi sebutan atau penamaan pengujian peraturan perundang-undangan, namun diadaptasikan dengan jenis peraturan kebijakan. Karena itu penulis berpendapat bahwa sebutan atau nama bangunan hukum pengujian SE-P adalah "Pengujian Peraturan Kebijakan (*Beleidregels Toesingrecht* atau *Policy Rules Review*)". Nama atau sebutan pengujian SE-P menjadi bagian dari nama atau sebutan "Pengujian Peraturan Kebijakan (*Beleidregels Toesingrecht* atau *Policy Rules Review*)".

Penerbit ANDI

Selanjutnya adalah mekanisme pengujian peraturan kebijakan perlu dikaji berdasarkan karakteristik normanya dan dasar kewenangan membentuknya. Sebagaimana telah diuraikan pada uraian sebelumnya peraturan kebijakan (SE-P) memiliki karakter norma sama dengan norma peraturan perundang-undangan. Namun dasar kewenangan pembentukan peraturan kebijakan berbeda dengan dasar pembentukan peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan dibentuk berdasarkan kewenangan atribusi atau delegasi legislasi (perundang-undangan). Karena itu peraturan perundang-undangan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi merupakan persoalan perundang-undangan (legislasi). Peraturan kebijakan dibentuk berdasarkan kewenangan administrasi/eksekutif/ pemerintah semata. Karena itu peraturan kebijakan

yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB menjadi persoalan administratif/eksekutif/pemerintah dan perundang-undangan (legislasi). Karena itu, jika pengujian peraturan perundang-undangan cukup dilakukan oleh lembaga peradilan, dalam hal ini MA sebagai benteng keadilan dengan mekanisme *judicial review/rechtspraak toetsingrechts*, sedangkan pengujian peraturan kebijakan perlu dilakukan melalui dua lembaga yaitu pemerintah yang memiliki tanggung jawab administratif dengan mekanisme *executive review/bestuur toetsingrechts* dan pengadilan, dalam hal ini MA sebagai benteng keadilan dengan mekanisme *judicial review/ rechtspraak toetsingrechts*.

Dua mekanisme pengujian SE-P di atas perlu diatur berdasarkan tingkat tanggung jawabnya. Pengujian SE-P secara internal oleh pemerintah/eksekutif merupakan pertanggungjawaban langsung pemerintah atas SE-P yang diterbitkannya berdasarkan kewenangan administratif, sehingga mekanisme pengujian melalui *executive review/bestuur toetsingrechts* dilakukan sebagai pengujian tahap pertama. Pada hakikatnya SE-P juga adalah peraturan yang secara tidak langsung melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan karena tugas pemerintah adalah melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan. Karena itu mekanisme pengujian SE-P melalui *judicial review/rechtspraak toetsingrechts* merupakan pengujian SE-P tahap kedua.

Berdasarkan tahapan di atas, maka apabila masyarakat ingin mengajukan permohonan pengujian SE-P, permohonan itu wajib melalui mekanisme *executive review/bestuur toetsingrechts* lebih dahulu. Diharapkan, pengujian SE-P berhasil diselesaikan pada tahap ini. Apabila masyarakat belum/tidak memperoleh keadilan atas keputusan tahap pertama, maka masyarakat dapat mengajukan permohonan pengujian SE-P tahap kedua melalui mekanisme *judicial review/rechtspraak toetsingrechts*. Dalam hal terjadi demikian, maka mekanisme *executive review/bestuur toetsingrechts* menjadi upaya hukum pertama yang ditempuh labih dahulu sebelum mengajukan upaya hukum melalui *judicial review/rechtspraak toetsingrechts*. Artinya mekanisme *executive review/bestuur toetsingrechts* menjadi syarat bagi pengujian melalui mekanisme *judicial review/rechtspraak toetsingrechts*. Karena itu, dalam hal ini penulis menyebut mekanisme *executive review/bestuur toetsingrechts* sebagai upaya hukum primer dan mekanisme *judicial review/rechtspraak*

Penerbit ANDI

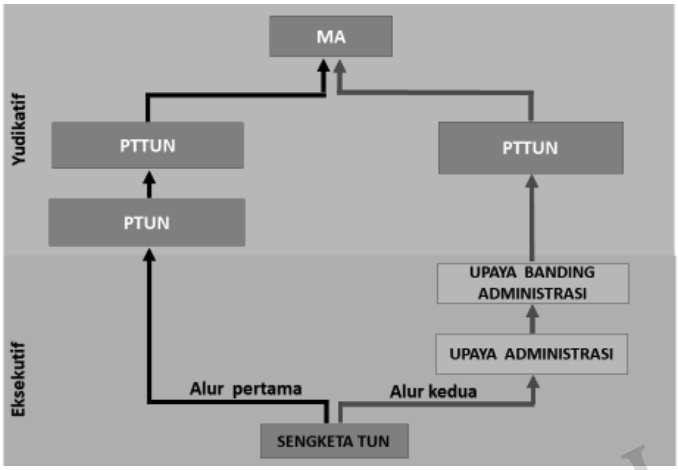
toetsingrechts sebagai upaya hukum sekunder. Meskipun demikian, apabila pemohon dan termohon sudah menerima dengan baik keputusan dari mekanisme *executive review/bestuur toetsingrechts* karena telah mendapatkan keadilan dari keputusan tersebut, maka upaya hukum pengujian telah selesai. Berdasarkan hasil analisis ini, maka praktik pengujian SE-P yang langsung dilakukan oleh MA melalui *judicial review/rechtspraak toetsingrechts* adalah tidak tepat dan perlu perbaiki. Selain itu, apabila hasil analisis ini juga dihubungkan dengan pendapat Achmad Redi, sebagaimana telah dikemukakan pada uraian sebelumnya, dalam hal pengujian SE-P berhasil diselesaikan pada tahap *executive review/bestuur toetsingrechts* maka tidak terjadi mekanisme *hybrid review*. Karena itu penulis belum sependapat dengan pendapat Ahmad Redi yang mengusulkan mekanisme pengujian SE-P dengan sebutan *hybrid review*.

Persoalan selanjutnya adalah kejelasan proses pengujian SE-P jika terjadi melalui dua tahap di atas. Bagaimana proses pengujian SE-P pada tahap mekanisme *executive review/bestuur toetsingrechts* dan bagaimana proses selanjutnya ke tahap mekanisme *judicial review/rechtspraak toetsingrechts*, perlu dianalisis secara tepat. Mengingat pembentukan SE-P dan KTUN berada pada ranah yang sama yaitu ranah administrasi/ eksekutif/TUN/pemerintah serta karakteristik norma SE-P dan KTUN berbeda, maka persoalan ini dapat dianalisis melalui metode adopsi terhadap model penyelesaian sengketa TUN menurut UU No. 5 Tahun 1986 dan adaptasi dengan model pengujian norma peraturan perundang-undangan.

Sengketa TUN adalah sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara (eksekutif) antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat Tata Usaha Negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN), termasuk sengketa kepegawaian, berdasarkan peraturan perundang- undangan yang berlaku (Pasal 1 angka 4 UU No. 5 Tahun 1986). KTUN adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang berakibat hukum pada seseorang atau badan hukum perdata (Pasal 1 angka 3 UU No. 5 Tahun 1986).

Penerbit ANDI

Penyelesaian sengketa TUN menurut UU No. 5 Tahun 1986 dan peraturan perubahannya dapat digambarkan seperti pada gambar sebagai berikut:



Gambar 7 : Alur Penyelesaian Sengketa TUN[19]

Sengketa TUN diselesaikan melalui dua alur penyelesaian. Alur pertama adalah alur penyelesaian sengketa TUN yang diajukan langsung ke pengadilan (judikatif) yaitu PTUN. Alur ini digunakan bagi sengketa TUN, yang menurut peraturan perundang-undangan yang mengatur bidang TUN tidak mewajibkan agar sengketa TUN tersebut diselesaikan melalui upaya administrasi lebih dahulu. Orang atau badan hukum perdata berhak mengajukan gugatan sengketa TUN langsung ke PTUN (Pasal 47 jo Pasal 50 UU No. 5 Tahun 1986). Selanjutnya PTUN menerima, memeriksa, mengadili, dan memutus sengketa TUN pada tingkat pertama. Apabila sengketa TUN tidak dapat diselesaikan pada tingkat pertama maka pihak yang tidak menerima Putusan PTUN dapat mengajukan upaya banding ke Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara (PTTUN) menurut ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU No.5 Tahun 1986. Dalam hal upaya tingkat banding sengketa TUN tidak dapat diselesaikan, maka pihak yang tidak menerima Putusan PTTUN dapat mengajukan upaya kasasi ke MA (Pasal 1 ayat (4) UU No. 5 Tahun 1986). Pada akhirnya, apabila upaya kasasi masih tidak menyelesaikan sengketa TUN, maka pihak yang tidak menerima

19 Alur penyelesaian sengketa TUN didasarkan pada Undang-undang Nomor 5 TAhun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

Penerbit ANDI

putusan Kasasi dan menemukan bukti baru (novum) dapat mengajukan upaya peninjauan kembali (PK) ke MA (Pasal 132 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1986).

Alur kedua adalah alur penyelesaian sengketa TUN yang tidak langsung ke PTUN, karena wajib diselesaikan terlebih dahulu melalui upaya administratif. Alur ini digunakan untuk sengketa TUN yang menurut peraturan perundang-undangan yang mengatur urusan TUN tersebut wajib menempuh upaya administrasi terlebih dahulu sebelum mengajukan gugatan ke PTUN (Pasal 48 UU No. 5 Tahun 1986). Dalam hal ini, pengadilan belum mempunyai wewenang untuk mengadili sengketa TUN apabila semua upaya administrasi yang wajib ditempuh belum dilaksanakan.

Menurut penjelasan Pasal 48, upaya administrasi meliputi dua tingkat, yaitu tingkat pertama dan tingkat kedua. Tingkat pertama adalah upaya administratif yang disebut upaya keberatan (*doleansi*)[20] yaitu upaya penyelesaian sengketa TUN yang diajukan kepada pejabat pembuat keputusan TUN. Dalam hal ini seseorang atau badan hukum perdata yang dirugikan haknya oleh keputusan TUN dapat mengajukan upaya keberatan kepada pejabat pemerintah yang membentuk keputusan TUN. Apabila upaya keberatan ini tidak berhasil menyelesaikan sengketa TUN, maka seseorang atau badan hukum perdata tersebut dapat mengajukan upaya administrasi ke tingkat kedua.

Upaya administrasi tingkat kedua adalah upaya banding administrasi (*administratief beroef*)[21] yaitu upaya administrasi yang diajukan kepada atasan dari pejabat pembentuk keputusan TUN atau lembaga tertentu yang diberi wewenang secara hukum. Upaya hukum banding administratif merupakan upaya administrasi lanjutan setelah upaya keberatan. Dalam hal ini seseorang atau badan hukum perdata yang belum menerima keputusan upaya keberatan dapat mengajukan permohonan banding administrasi kepada pejabat atasan dari pejabat pembentuk SE-P atau lembaga tertentu yang diberikan wewenang secara hukum. Apabila upaya banding administrasi tidak berhasil menyelesaikan sengketa TUN, maka seseorang atau badan hukum perdata

Penerbit AMDP

20 M. Ali Zaidan, "KOmpetensi Pengadilan Pajak", https://nasional.kompas.com/read/2010/04/ 01/03492234/kompetensi.pengadilan.pajak, 24 Nopember 2018, 1-2.

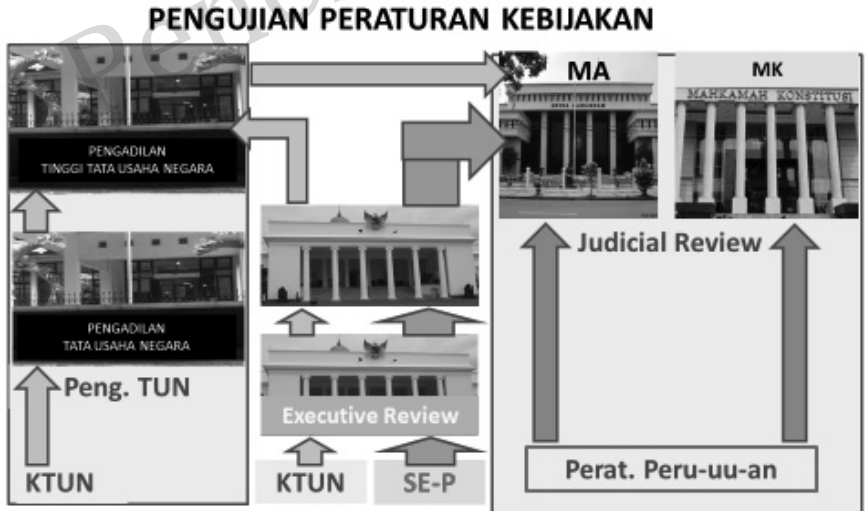
21 Hari Sugiharto dan Bagus Oktafian Abrianto, "Upaya Administratif Sebagai Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Dalam Sengketa Tata Usaha Negara", Jurnal Arena Hukum, 151., Lihat pula F.H. van Der Burg, ett al, Rechtsbescherming Tegen de Overheid, (Nederland: Nijmegen, 1985), 2.

dapat mengajukan gugatan sengketa TUN ke lembaga pengadilan (judikatif), yang dalam hal ini adalah PTTUN.

Berdasarkan gugatan tersebut, PTTUN memeriksa, mengadili, dan memutus sengketa TUN pada tingkat pertama sekaligus tingkat banding [(Pasal 51 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1986]. Apabila putusan PTTUN tidak berhasil menyelesaikan sengketa TUN, maka pihak yang ingin mengajukan upaya hukum lebih lanjut dapat mengajukan permohonan kasasi ke MA (Pasal 1 ayat (4) UU No. 5 Tahun 1986). Selanjutnya, apabila upaya kasasi masih tidak menyelesaikan sengketa TUN, maka pihak yang tidak menerima putusan kasasi dan mempunyai bukti baru (novum) dapat mengajukan upaya peninjauan kembali (PK) ke MA (Pasal 132 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1986). Pada alur kedua ini terdapat harmonisasi mekanisme penyelesaian sengketa TUN oleh eksekutif dan oleh yudikatif.

Dari dua alur di atas dan berdasarkan pendapat para ahli hukum, proses mekanisme *executive review* pengujian SE-P mengadopsi upaya administrasi penyelesaian sengketa TUN. Proses selanjutnya yaitu *judicial review* mengadaptasi model pengujian peraturan perundang-undangan. Adopsi penyelesaian sengketa TUN dan adaptasi model pengujian peraturan perundang-undangan dimaksud dapat digambarkan pada di bawah.

Penerbit ANDI



Gambar 8 : Mekanisme Pengujian Surat Edaran[22]

22 Mekanisme pengujian surat edaran yang diadopsi dari penyelesaian sengketa TUN yang

Pada gambar di atas tampak ada dua KTUN yang menjadi objek sengketa di PTUN. Proses penyelesaian kedua KTUN tersebut di PTUN menggunakan cara berbeda. KTUN pertama yang tampak pada gambar berada pada sisi kiri gambar adalah KTUN yang menjadi objek sengketa TUN, yang menurut peraturan perundang-undangnya tidak memerlukan upaya penyelesaian melalui upaya administrasi atau *executive review*, sehingga penggugat dapat mengajukan gugatan sengketa TUN langsung ke PTUN. Proses penyelesaian sengketa KTUN ini mulai dari PTUN, kemudian dapat naik banding ke PTTUN, dan dapat naik kasasi ke MA, bahkan bisa hingga PK ke MA. KTUN kedua yang tampak pada gambar berada di sisi tengah gambar adalah KTUN yang menjadi objek sengketa TUN, yang menurut peraturan perundang-undangannya wajib diselesaikan terlebih dahulu melalui upaya administratif atau *executive review*. Proses penyelesaian sengketa KTUN kedua ini mulai dari upaya administratif, kemudian dapat mengajukan gugatan ke PTTUN, dapat naik kasasi ke MA, bahkan dapat PK ke MA.

Pada gambar bagian sisi kanan tertera peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Upaya penyelesaiannya adalah pengujian oleh pengadilan (*judicial review*), yang dibagi atas dua cara. Cara pertama adalah *judicial review* yang dimohonkan pengujian kepada MK, apabila peraturan yang diujinya adalah UU karena dianggap bertentangan dengan UUD 1945. Cara kedua adalah *judicial review* yang dimohonkan kepada MA, apabila peraturan yang diujinya adalah peraturan perundang-undangan di bawah UU yang dianggap bertentangan dengan UU.

Pada gambar bagian tengah terdapat SE-P yang harus diuji karena bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB. Proses pengujiannya adalah melalui upaya administratif (*executive review*). Proses ini adalah sama dengan proses penyelesaian sengketa KTUN kedua karena keduanya berada pada ranah administrasi/eksekutif/pemerintah. Apabila proses upaya administrasi tidak selesai, maka upaya pengujian lebih lanjut langsung ke MA. Alur pengujian SE-P ini didasarkan pada metode adopsi penyelesaian sengketa KTUN kedua, yang diadaptasikan dengan model pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU.

disesuaikan dengan norma surat edaran yang bersifat mengatur.

Penerbit ANDI

Adopsi penyelesaian sengketa TUN ke pengujian SE-P dimaksud adalah mengambil model penyelesaian sengketa TUN menjadi model penyelesaian pengujian SE-P. Meskipun demikian pengambilan model tersebut disesuaikan dengan sifat SE-P sebagai norma yang mengatur atau sebagai peraturan. Berdasarkan hal tersebut, dari dua alur penyelesaian sengketa TUN penulis berpendapat hanya alur kedua yang dapat diadopsi dan diadaptasikan untuk pengujian SE-P. Pada alur kedua terdapat tingkatan penyelesaian sengketa TUN yaitu pada tahap pertama adalah penyelesaian oleh pemerintah/eksekutif (upaya administrasi) dan pada tahap kedua adalah penyelesaian oleh lembaga pengadilan (upaya judisial). Dengan mengadopsi model tersebut, maka adalah tepat jika pengujian SE-P pada tahap pertama dilakukan oleh pemerintah/eksekutif dan pada tahap kedua dilakukan oleh lembaga pengadilan (judisial).

Secara filosofis pengujian SE-P dengan dua tahap di atas adalah sesuai dengan kewenangan pemerintah. Menurut George Jellinek pemerintah mempunyai kewenangan mengatur dan kewenangan memutus. Kewenangan mengatur adalah kewenangan membuat aturan. Kewenangan membuat peraturan ini meliputi kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan dan kewenangan membentuk peraturan kebijakan[23]. Menurut Jimly Assiddiqie dan Maria Farida Indratri Suprapto kewenangan pemerintah membentuk peraturan perundang-undangan didasarkan pada kewenangan atribudi dan/atau kewenangan delegasi perundang-undangan. Menurut van Krevel dan ahli hukum lain kewenangan pemerintah membentuk peraturan kebijakan berdasarkan kewenangan administratif yaitu kewenangan diskresi atau *freies ermessen*. Kewenangan ini melekat pada jabatan, sehingga penggunaan diskresi adalah dalam rangka menjalankan wewenang jabatannya[24]. Karena itu, setelah pemerintah membentuk peraturan kebijakan, yang salah satunya berjenis SE-P, dan ternyata peraturan kebijakan tersebut menimbulkan permasalahan hukum, maka menurut pandangan di atas pemerintah berwenang memberi keputusan untuk menyelesaikan masalah hukum tersebut. Hal ini diperkuat dengan Pasal 75-Pasal 78 UU No. 30 Tahun 2014 yang memberikan kewenangan

Penerbit ANDI

23 A. Hamid S. Attamimi, "Peranan…Loc.Cit., 326.

24 Githa Angela Sihotang et al, "Diskresi Dan Tanggung Jawab Pejabat Publik Pada Pelaksanaan Tugas Dalam Situasi Darurat", *Jurnal Law Reform*, Volume 13 Nomor 1 Tahun 2017, Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoto, tahun 2017, 63.

pemerintah untuk menyelesaikan upaya keberatan dan banding administrasi yang diajukan warga masyarakat atas keputusan atau tindakan pemerintah.

Adopsi di atas juga didasarkan pada keberadaan peraturan kebijakan dan keputusan TUN yang sama-sama berada pada ranah eksekutif/pemerintah, yang secara tidak langsung juga merupakan pelaksana UU[25], sebagaimana digambarkan pada Gambar 1 di atas. Keputusan TUN dan SE-P sama-sama berisi norma bidang urusan pemerintah atau eksekutif, dibentuk oleh pejabat pemerintah, dan berada dalam kewenangan pemerintah atau eksekutif/ administratif. Karena itu tahap pertama pengujian SE-P dilakukan secara internal oleh pemerintah sebagai bentuk kontrol administratif[26] melalui upaya keberatan dan banding administratif. Dengan demikian, bagi SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB, maka pengujian pertama dilakukan oleh pejabat pemerintah yang membentuk SE-P. Upaya ini merupakan wujud kontrol masyarakat dan pertanggungjawaban hukum pemerintah atas SE-P yang dibuatnya, sehingga jika SE-P tersebut bertentangan, maka pejabat pemerintah wajib memperbaikinya atau mencabutnya.

Apabila upaya keberatan tidak berhasil menyelesaikan permasalahan pengujian SE-P secara material, maka dapat diajukan upaya banding administratif kepada pejabat atasannya. Upaya banding administratif ini juga merupakan bentuk kontrol atasan terhadap bawahan dan pertanggungjawaban pejabat bawahan terhadap atasannya, karena dalam organisasi pemerintahan terdapat hierarki jabatan dan wewenang setiap pejabat. Pejabat yang lebih rendah merupakan bagian dari lingkup kerja dan kewenangan pejabat di atasnya, sehingga kinerja dan pertanggungjawaban kinerjanya wajib dipertanggungjawabkan kepada atasnya. Pejabat atasan juga memiliki beban tanggung jawab atas keberhasilan tugas pemerintahan melalui bawahannya. Jika bawahannya tidak berhasil menjalankan tugas yang diberikan oleh atasan, maka kegagalan bawahan juga menjadi tanggung jawab atasan. Karena itu SE-P yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan/atau

Penerbit ANDI

25 Sri Soemantri, *Hak Menguji…Op.Cit.,* 75.

26 Dyah Andriantini Sintha Dewi, "Pendayagunaan Freies Ermessen Pejabat Pemerintahan Dalam Konsep Negara Kesejahteraan", *Yustisia*, Jurnal Hukum Universitas Sebelas Maret, Vol. 5 No. 1 Januari-April 2016, 192.

AUPB yang dibuat oleh pejabat pemerintah bawahan dapat diajukan upaya banding administratif kepada pejabat atasannya.

Pengujian SE-P secara administratif dapat dilakukan melalui proses atau tata cara sebagai berikut:

1. Setiap orang atau badan yang dirugikan akibat dikeluarkannya SE-P dapat mengajukan permohonan keberatan hak uji material kepada pejabat pembuat SE-P, dengan menyebutkan identitas pemohon, alasan pemohon, dan tuntutan pemohon agar SE-P diperbaiki atau dicabut serta disertai lampiran SE-P yang dimohon untuk diuji dan berkas lain yang dipandang perlu;
2. Pejabat pembuat SE-P menerima, memeriksa, dan menganalisis permohonan pemohon berdasarkan peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB;
3. Pejabat pembuat SE-P memberikan keputusan atas permohonan pemohon yang dapat berupa permohonan keberatan hak uji material disetujui atau tidak disetujui;
4. Dalam hal keputusan pejabat pembuat SE-P tidak menyetujui permohonan pemohon, pemohon dapat mengajukan permohonan banding hak uji material kepada pejabat atasan dari pejabat pembuat SE-P tersebut;
5. Pejabat atas menerima, memeriksa, menganalisis permohonan banding administratif berdasarkan peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB;
6. Pejabat atasan membuat keputusan atas permohonan banding hak uji material yang dapat berupa permohonan banding hak uji material disetujui atau tidak disetujui.

Apabila tidak dapat diselesaikan oleh pejabat di lingkungan pemerintah (eksekutif), maka proses pengujian secara material SE-P selanjutnya dapat diajukan ke lembaga judikatif (kehakiman atau peradilan), karena lembaga ini merupakan lembaga yang memberikan keadilan, kebenaran, dan kepastian hukum serta mampu mengayomi kepentingan masyarakat[27]. Hal ini karena

27 Sirajuddin dan Winardi, *Dasar-Dasar Hukum Tata Negara Indonesia*, (Malang: Setara Press, 2015), 131.

Penerbit ANDI

SE-P adalah norma/kaidah umum dan abstrak atau peraturan, yaitu peraturan kebijakan yang mengatur kepentingan umum[28]sehingga pengujiannya dilakukan dengan mekanisme pengujian peraturan (*judicial review*). Proses pengujian ini dilakukan oleh hakim pengadilan sebagai pihak yang netral dan berfungsi memberikan keadilan, karena hakim adalah pejabat negara yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili suatu perkara[29].

Menurut Pasal 48 UU No. 5 Tahun 1986 apabila sengketa TUN tidak dapat diselesaikan oleh pemerintah melalui upaya banding administratif, maka dapat diajukan gugatan ke pengadilan, yaitu PTTUN. Menurut penulis alur kedua tahap ini tidak tepat untuk tahap pengujian SE-P oleh lembaga pengadilan. Karena itu alur kedua ini perlu diadaptasi dengan karakteristik norma SE-P. Menurut para ahli hukum norma SE-P memiliki karakteristik norma peraturan perundang-undangan, karena itu disebut peraturan perundang-undangan semu, peraturan perundang-undangan bayangan. Hal ini berbeda dengan norma keputusan TUN yang merupakan norma ketetapan karena memiliki karakteristik individual, konkret, dan final. Mengingat perbedaan ini, maka menurut penulis adalah tepat jika pengujian SE-P oleh lembaga peradilan (judikatif) menganalogikan dengan pengujian peraturan perundang-undangan. Mengingat SE-P dibentuk berdasarkan kewenangan diskresi maka norma SE-P berisi ha-hal (materi muatan) yang mengatur urusan eksekutif/pemerintah, sehingga norma SE-P memiliki derajat yang lebih rendah dari norma UU. Karena itu dengan menganalogikan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU yang dilakukan oleh MA, maka pengujian SE-P ini menjadi ranah kewenangan MA. Hal ini sudah diperkuat dengan data tentang fakta pengujian SE-P oleh MA, sebagaimana telah dikemukakan pada Bab III, maka pengujian SE-P oleh MA telah mempunyai landasan hukum positif dalam bentuk yurisprudensi.

Penerbit ANDI

28 Jimly Asshiddiqie menyatakan peraturan kebijakan (beleid regels) merupakan produk hukum yang lahir dari kewenangan mengatur kepentingan umum secara mandiri atas dasar prinsip freies ermessen. Artinya ketika freies ermessen atau diskresi ini dituangkan dalam bentuk tertulis, ia menjadi peraturan kebijakan, yakni peraturan umum yang dikeluarkan oleh instansi pemerintah berkenaan dengan pelaksanaan wewenang pemerintahan terhadap warga negara atau terhadap instansi pemerintahan lainnya [Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan dalam UUD 1945*, (Yogyakarta: UII Press, 2004)], 25.

29 Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), 3.

Selanjutnya yang perlu mendapatkan kejelasan adalah materi apa yang dapat menjadi tuntutan pemohon hak uji material SE-P yang diajukan kepada MA. Jika melihat pengujian peraturan perundang-undangan, pemohon dapat mengajukan permohonan agar peraturan perundang-undangan dinyatakan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan memohon agar peraturan perundang-undangan yang diuji tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum. Dasar pemikirannya permohonan ini adalah MA bukan lembaga pembuat peraturan perundang-undangan yang diuji, sehingga tidak dapat dimohonkan agar MA mengubah, memperbaiki, atau mencabut peraturan perundang-undangan yang diuji. Karena itu, UUD 1945 sebagai konstitusi negara yang mengatur ketentuan pokok negara[30] yang dijabarkan lebih lanjut dengan UU Kekuasaan Kehakiman dan UU Mahkamah Agung memberikan kewenangan pengujian untuk menyatakan peraturan perundang-undangan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan menyatakan peraturan perundang-undangan tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum.

Mengingat norma SE-P memiliki karakteristik sama dengan norma peraturan perundang-undangan dan MA juga bukan lembaga yang berwenang memperbaiki, mengubah, dan/atau mencabut SE-P, maka model tuntutan pera permohonan hak uji material peraturan perundang-undangan dapat diadopsi menjadi tuntutan permohonan hak uji material SE-P ke MA. Artinya pemohon hak uji material SE-P dapat memohon kepada MA agar MA menyatakan SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB dan agar MA menyatakan SE-P tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum. Dua jenis tuntutan tersebut didasarkan pada:

a. objek yang dimohonkan pengujian kepada MA adalah norma peraturan. Norma peraturan memiliki daya laku atau daya ikat umum, sehingga permohonan tersebut ditujukan untuk kepentingan masyarakat umum;

b. berdasarkan Pasal 20 ayat (2) jo ayat (3) UU No. 48 Tahun 2009 jo Pasal 31A ayat (7) UU No. 3 Tahun 2009 MA hanya diberi wewenang untuk menyatakan peraturan perundang-undangan di bawah UU

30 M. Agus Santoso, "Perkembangan Konstitusi Di Indonesia", *Jurnal Hukum*, Volume 2, Nomor 3, September-Desember 2013, 119.

Penerbit ANDI

bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Norma SE-P memiliki derajat lebih rendah dari norma UU, sehingga pengujiannya diajukan kepada MA;

c. yurisprudensi Putusan MA tentang pengujian SE-P menyatakan SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB, dan menyatakan SE-P tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum. Dua amar putusan yurisprudensi tersebut menjadi acuan tuntutan atau permohonan pengujian SE-P secara material;

d. MA adalah bukan pembentuk SE-P, karena MA adalah lembaga kehakiman yang memberikan dan menegakkan keadilan, termasuk dalam hal pengujian SE-P. Karena itu, MA tidak memiliki wewenang untuk memperbaiki, mengubah, atau mencabut SE-P, sehingga pemohon hak uji material SE-P tidak boleh menuntut atau memohon agar MA memperbaiki atau mencabut SE-P. Sesuai dengan kewenangannya, maka pemohon hak uji material SE-P hanya dapat menuntut atau memohon kepada MA agar menyatakan SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB serta agar MA menyatakan SE-P tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum.

Mengingat sampai saat ini belum ada peraturan perundang- undangan yang mengatur proses pengujian peraturan kebijakan di MA (*judicial review*), termasuk pengujian terhadap SE-P, maka MA dapat menggunakan proses pengujian SE-P yang telah menjadi yurisprudensi. Sesuai tuntutan pemohon, yurisprudensi, ketentuan Pasal 31A ayat (6), ayat (7), dan ayat (8) UU No. 3 Tahun 2009, dan fakta yang muncul pada sidang pengujian SE-P, maka MA dapat menyimpulkan SE-P bertentangan atau tidak bertentangan dengan peraturan perundang- undangan dan/atau AUPB. Apabila MA menyimpulkan SE-P bertentangan dengan dengan peraturan perundang-undangan dan/atau AUPB, amar putusannya menyatakan permohonan pemohon dikabulkan, menyatakan SE-P bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau AUPB, dan menyatakan SE-P tidak memiliki kekuatan mengikat secara hukum. Sebaliknya apabila MA menyimpulkan SE-P tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau AUPB, maka amar putusannya menyatakan permohonan pemohon ditolak.

Penerbit AWD

Melalui mekanisme di atas, pengujian SE-P dilakukan oleh dua lembaga yaitu lembaga pemerintah (eksekutif) dan lembaga kehakiman (judikatif). Pengujian oleh lembaga pemerintah (*executive review*) dilakukan oleh pejabat pemerintah pembuat SE-P dan atasan pejabat pemerintah pembuat SE-P jika pengujian oleh pejabat pemerintah pembuat SE-P tidak diterima oleh pemohon. Pengujian oleh pejabat pemerintah menjadi persyaratan untuk pengujian SE-P oleh lembaga kehakiman. Pengujian oleh lembaga kehakiman (*judicial review*) dilakukan oleh MA. Mekanismenya adalah pemohon hak uji material SE-P mengajukan permohonan *executive review* kepada pejabat pemerintah pembuat SE-P dan bisa dilanjutkan ke atasan pejabat pembuat SE-P. Apabila keputusan *executve review* tidak diterima oleh pemohon, maka pemohon dapat mengajukan permohonan *judicial review* kepada MA.

Penerbit ANDI

Penerbit ANDI

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku:

Ali, Achmad. 2009. *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) Dan Teori Peradilan (Judicial Prudence) Termasuk Interpretasi Undang-undang (Legis Prudence)*. Volue 1. Edisi Pertama. Cetakan ke-2. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009).

Apeldorn, L. J. van. 1996. *Pengantar Ilmu Hukum*. Cetakan Ke-26. Jakarta: Pradnya Paramita.

A,Sri Untari Indah et al. 2005. *Pengantar Hukum Indonesia*, Cetakan 1, Jakarta: FH Universitas Trisakti.

Asshiddiqie, Jimly. 2009. *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*. Jakarta: RajaGrafindo Persada.

_____. 2004. *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan dalam UUD 1945*. Yogyakarta: UII Press.

_____. 2006.*Pengantar Hukum Tata Negara II*. Jakarta: Konpres.

_____. 2004. Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia. Jakarta: Universitas Indonesia.

Astawa, I. Gede Pantja. 2008. *Dinamika Hukum dan Ilmu Perundang-undangan di Indonesia*. Bandung: PT. Alumni.

Atmosudirdji, S. Prajudi. 1982. *Administrasi dan Management Umum*. Jakarta: Ghalia Indonesia.

Penerbit ANDI

Azhary, Muhammad Tahir. 1992. *Negara Hukum-Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsinya Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini.* Cet. Pertama. Jakarta: Bulan Bintang.

Azhary. 1995. *Negara Hukum, Analisis Yuridis dan Normatif tentang Unsur-Unsurnya*. Jakarta: UII Press.

Badudu, J. S. 2001. dan Sutan Muhammad Zain. Kamus Umum Bahasa Indonesia. Cetakan Keempat. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.

Bakry, Hasbullah. 1986. *Sistematik Filsafat*. Cet.8. Jakarta: Widjaja.

Basah, Sjachran. 1994. *Ilmu Negara, Pengantar, Metode, dan Sejarah Perkembangan*. Bandung: Citra Aditya Bakti.

_____. 1992. *Perlindungan terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*. Bandung: Alumni.

Busro, Abu Daud. 1990. *Ilmu Negara*. Jakarta: Bumi Aksara.

Busro, Daud dan Abu Bakar Busro. 1985. *Asas-Asas Hukum Tata Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia.

Cahyadi, Antonius dan E. Fernando M. Manullang. 2015. *Pengantar Ke Filsafat Hukum,* Cetakan ke-5. Jakarta: Prenadamedia Group.

Danumurti. 2012. *Kekuasaan Diskresi Pemerintah*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

Darmodiharjo, Darji dan Sidharta. 1999. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Cet. 3, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.

Dicey, A.V. 1962. *Introduction In The Constitution*. London: Me-myland Co., 1962.

Djokosoetono. 2006. *Ilmu Negara*. Jakarta: IND HILL-CO, 2006.

Dunsire, Andrew. 1972. *Administration of the Worldand the Scienc*e. New York: Martin Roberson.

Echols, John M. dan Hassan Shadily. 2006. *Kamus Inggris-Indonesia*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.

Penerbit ANDI

Erwin, Chemerinsky. 1997. *Constitutional Law Principle and Policies*, United State of Amerika: Aspen Law & Business.

Erwin Muham. 2015. Filsafat Hukum, Refleksi Kritis terhadap Hukum dan Hukum Indonesia (dalam Dimensi Ide dan Aplikasi). Edisi Revisi. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada.

Fockema, Andreae, S.J. 1951. *Rechtsgeleerd Handwoordenboek*. Tweede Druk. Groningen: J.B. Wolter's Uitgeversmaatschappij.

Fuady, Munir. 2002. *Perbuatan Melawan Hukum*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakt.

Gautama, Sudargo. 1983. *Pengertian tentang Negara Hukum*. Bandung: Alumni.

Hadjon,Philipus M. 2002. et al. *Pengantar Hukum Administrasi Negara* (*Introduction of Administrative Law*). Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.

_____. 1999. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press.

_____. 1997. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press, .

_____. 2007. "Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia: Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi". Surabaya: Peradaban, 2007.

_____. 1984. *Pengertian-Pengertian Dasar tentang Tindakan pemerintahan (Bestuurshandeling)*. Surabaya: Djumali.

_____. 2010. *Hukum Administrasi Negara dan Good Government*. Jakarta: Trisakti.

Hakim, Abdul Azis. 2011. *Negara Hukum dan Demokrasi Di Indonesia*. Cetakan Pertama. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.

Handoyo, B. Hestu Cipto. 2013. *Hukum Tata Negara Indonesia*. Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2009. H.R., Ridwan. *Hukum Administrasi Negara*. Edisi Revisi. Jakarta: RajaGrafindo Persada.

Penerbit ANDI

Hoesein, Zainal Arifin. 2009. *Judicial Review Di Mahkamah Agung, Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*. Ed. 1. Cet.1. Jakarta: Rajawali Press.

Huda, Ni'matul. 2005. *Negara Hukum, Demokrasi, dan Judicial Review*. Cetakan Pertama. Yogyakarta: UII Press.

Ilmar, Amiruddin. 2014. *Hukum Tata Pemerintahan*. Jakarta: Prenadamedia Group.

Indroharto. 1993. *Memahami Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara*. Buku I. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.

Juniarto. 1987. *Selayang Pandang Tentang Sumber-sumber Hukum Tata Negara Di Indonesia*. Yogyakarta: Liberty.

_____. 1968. *Negara Hukum*. Yogyakarta: Jajasan Penerbit Gajah Mada.

Kamil, H. Ahmad dan M. Fauzan. 2008. *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Cet. ke-3, Jakarta: Kencana.

Kansil.C.S.T. 1984. *Hukum Tata Negara Republik Indonesia*. Jakarta: Bina Aksara.

_____. 1993. *Pengantar Hukum Indonesia*. Jilid II. Jakarta: Balai Pustaka.

Kelsen, Hans. 1973. *General Theory of Law and State*. Translated bay Anders Wedberg. New York: Russel & Russel.

_____. 1978. *Pure Theory of Law*. Translated by Max Kanight, Berkeley. Los Angeles, London: University of California Press.

Kusnardi, Moh., dan Harmaily Ibrahim. 1983. *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia.* Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara UI.

_____., dan Harmaily Ibrahim. 1988. Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia. Edisi Revisi. Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara.

Latief, Abdul. 2005. *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan pada Pemerintahan Daerah*. Yogyakarta: UII Press.

Leyland, Peter and Tery Woods. 1997. *Administration Law*. Great Britain: Blacstone Press Limited.

Penerbit ANDI

Lotulung, Paulus Efendi. 1994. *Himpunan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik* (*AAUPB*). Bandung: Citra Aditya Bakti.

_____. 2000. *Laporan AkhirAnalisis dan Evaluasi Hukum tentang Wewenang Mahkamah Agung dalam Melakukan Hak Uji Material*, (*Judicial Review*). Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan Perundang-undangan, 1999/2000.

Mahadi. 2003. *Falsafah Hukum: Suatu Pengantar.* Bandung: Alumni.

Manan, Bagir (ed.). 1996. *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia, dan Negara Hukum*. Jakarta: Gaya Media Pratama.

_____. 1992. *Dasar-dasar Perundang-undangan Indonesia*. Jakarta: Ind-Hill. Co.

_____. 2003. *Teori dan Praktik Konstitusi*. Yogyakarta: FH UII Press.

_____. 1997. *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*. Bandung: Alumni.

_____. 2004. *Perkembangan UUD 1945*. Yogyakarta, FH UII Press.

Manan, Bagir dan Kuantana Magmar, 1997. *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*. Bandung: Alumni.

_____. 2004. *Hukum Positif Indonesia* (*Suatu Kajian Teoritik*). Yogyakarta: UII Press.

Marbun, S.F. dan Mahfud M.D. 1987. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: Liberty.

Marbun, S.F. 2001. et al, *Dimensi-dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: UII Pres.

Mardalis. 2007. *Metode Penelitian, Suatu Pendekatan Proposal*. Cetakan Kesembilan. Jakarta: Bumi Aksara.

Marzuki, Laica. 2005. *Berjalan-jalan di Ranah Hukum*. Jakarta: Konstitusi Press.

Marzuki, Peter Mahmud. 2008. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana Media Group.

Penerbit ANDI

MD, Moh. Mahfud. 2009. *Konstitusi dan Hukum dan Kontroversi Isu*. Jakarta: RajaGrafindso Persada.

Mertokusumo, Sudikno. 2009. *Mengenal Hukum*. Cetak-an Ke-1. Yogyakarta: Liberty.

_____. 2006. *Penemuan Hukum* (*Sebuah Pengantar*). Edisi Kedua. Cetakan Kedua. Yogyakarta: Liberty.

Muhdjad, M. Hadin. 1985. *Beberapa Masalah tentang Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*. Jakarta: Akademika Pressindo.

Mustafa, Bahsan. 1990. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Bandung: Citra Aditya Bakti.

Nasroen. 1986. *Asal Mula Negara*. Jakarta: Aksara Baru.

Nugraha, Safri et al. 2008. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: FH UI.

Penyusun,Tim. 1994. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Edisi Kedua. Jakarta: Balai Pustaka.

Prodjodikoro, R. Wirjono. 1970. *Azas-azas Hukum Tata Negara Di Indonesia*. Jakarta: Dian Rakyat.

_____. 1989. *Azas-Azas Hukum Tata Negara Di Indonesia*. Jakarta: Dian Rakyat.

_____. 1994. *Perbuatan Melanggar Hukum*. Bandung: Sumur Bandung.

Poerbopranoto,Koentjoro. 1975. *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*. Bandung: Alumni.

Ranumihardja, R. Atang. 1989. *Hukum Tata Usaha Negara Dan Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*. Bandung: Tarsito.

Rapar, J.H. 2001. *Filsafat Politik Plato, Aristoteles, Augustinus, Marchiavelli*. Jakarta: Rajagrafindo Perkasa.

Ridwan. 2014. *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*. Yogyakarta: FH UII Press.

_____. 2009. *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*. Yogyakarta: FHUII.

Penerbit ANDI

Rifai, Ahmad. 2010. *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*. Jakarta: Sinar Grafika.

Rousseau,U.J. 1977. *Het Maatschafelijk Kontrakt*, Terjemahan Vakgroep Wijsbeheerle Juridische Fakultas Tilbung. Unrecht/antwerpen: Het spectrum.

Santoso, M. 2014. Agus. *Hukum, Moral, dan Keadilan*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.

Saputra, M. Nata. 1988. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Rajawali.

Saragih, Bintan R. 1984. *Kedaulatan Rakyat dan pemilihan Umum*. Jakarta: UI Press.

Sarja. 2016. *Negara Hukum*. Cetakan Pertama. Yogyakarta: Thafa Media.

Shidarta. 1999. *Dasar-Dasar Filsafat, Pengantar Mempelajari Filsafat Hukum*. Jakarta: UPT Penerbitan Universitas Tarumanagara.

Sibuea, Hotma P. 2010. *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan, Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik*. Jakarta: Erlangga.

Simorangkir, J.C.T. 1987. *Hukum dan Konstitusi Indonesia* I. Cetakan 2. Jakarta: Gunung Agung.

Sinamo, Nomensen. 2010. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Jala Permata Aksara.

S. Indrawan W. *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia*. Jombang: Lintas Media, tanpa tahun.

Sirajuddin dan Winardi. 2015. *Dasar-Dasar Hukum Tata Negara Indonesia*. Malang: Setara Press.

Siswanto, Joko. 1998. *Sistem-Sistem Metafisika Barat*. ogyakarta: Pustaka Pelajar.

Sjarif, Amiruddin. 1987. *Perundang-undangan, Jenis, Dasar, dan Teknik Membuatnya*. Jakarta: Bina Aksara.

Soehardjo. 1991. *Hukum Administrasi Negara Pokok-pokok Pengertian Serta Perkembangannya di Indoensia*. Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro.

Penerbit ANDI

Soehino. 1998. *Ilmu Negara*. Edisi Ketiga. Cetakan Pertama. Yogyakarta: Liberty.

Soekanto, Soerjono. 1983. *Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan Hukum*. Jakarta: UI Press.

_____. 1981. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cetakan I. Jakarta: UI-Press.

_____ dan Purnadi Purbacaraka. 1989. *Perihal Kaidah Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti.

_____ dan Sri Mamudji. 1986. *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*. Cetakan II. Jakarta: CV. Rajawali.

Soemantri M, Sri. 1986. *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*. Bandung: Alumni.

_____. 1997. *Hak Uji Material Di Indonesia*. Edisi Kedua. Cetakan Ke-1. Bandung: Alumni.

Soemitro, Rahmat dalam Jazim Hamidi. 1999 *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak (AAUPL) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*. Bandung: Citra Aditya Bakti.

Soeprapto, Maria Farida Indrati. 1989. *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembuatannya*. Yogyakarta: Kanisius.

_____. 2007. *1.Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*. Yogyakarta: Kanisius.

_____*2.* 2007. *Ilmu Perundang-undangan, Proses dan Teknik Pembentukannya*. Yogyakarta: Kanisius.

Soeroso,R. 2006. *Pengantar Ilmu Hukum*. Cetakan Kedelapan. Jakarta: Sinar Grafika.

Soeseno, Frans Magis. 1988. *Etika Politik, Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.

Strong, C.F. 1973. *Modern Political Constitutions.* London: Sidgwick dan Jacson.

Subekti, R. dan Tjitro Soedibio. 1992. *Kamus Hukum*, Cetakan Ke-11. Jakarta: Pradnya Paramita.

Penerbit ANDI

Sudiro.Amad dan Deni Bram (ed). 2013. *Hukum Dan Keadilan Aspek Nasional & Internasional*. Ed. 1-1. Jakarta: Rajawali Press.

Sumartini,L. et al (ed). 2000. *Analisis Dan Evaluasi Hukum*. Jakarta: BPHN Depertemen Hukum dan Perundang-Undangan, 1999/2000.

Syarif, Amiruddin. 1987. *Perundang-undangan, Jenis, dasar, dan Teknik Membuatnya*. Jakarta: Bina Aksara.

Tafsir, Ahmad. 1994 .*Filsafat Umum: Akal Dan Hati Sejak Thales Sampai James*. Cet. 4, (Bandung: Remaja Rosdakarya,).

Thalib, Dahlan, H. Jazim Hamidi, dan Hj. Ni'matul Huda. 2001. *Teori dan Hukum Konstitusi*. Cetakan Ke-2. Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.

Utrecht. 1960. *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Bandug: Balai Buku Ichtiar.

Van Der Burg, et al. 1985. *Rechtsbescherming Tegen de Overheid*. Nederland: Nijmegen.

Wahjono,Padmo. 2003. *Ilmu Negara*. Cetakan Ketiga. Jakarta: IND HILL-CO.

_____. 1982. *Indonesia, Negara Berdasar Atas Hukum*. Jakarta: Ghalia Indonesia.

Willink, Tjeenk. 1985. *Juridisch Woordenboek*. Tanpa tempat terbit: Andreae's Fockema.

Wiratno. 2009. *Pengantar Hukum Administrasi Negara*. Cetakan Pertama. Jakarta: Universitas Trisaksi.

Wear, KC. 1975. *Modern Conatitutions*. London: Oxford University Press, .

Wolhoft, I.G. 1960. *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Republik Indonesia*. Jakarta: Timun Mas.

Yuliandri. 2010. *Asas-asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Yang Baik., Gagasan Pembentukan Undang-undang Berkelanjutan*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.

_____. 2013 *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Yang Baik, Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan*. Cetakan Keempat. Jakarta: DajaGrafindo Persada.

Penerbit ANDI

B. Peraturan Perundang-undangan, Peraturan Kebijakan, dan Putusan Pegadilan

Bupati Bengkulu *Selatan, Surat Edaran Bupati Bengkulu Selatan Nomor 800/2.2/SE/B.3/2017 tentang Pencabut Izin Gangguan*.

_____. *Peraturan Daerah Nomor 4 Tahun 2011 tentang Restribusi Izin Gangguan*.

Indonesia. *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Nomor XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPRGR Mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia*.

_____. *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan.*

_____. *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor V/MPR/1973 tentang Peninjauan Produk-Produk Yang Berupa Ketetapan-Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Republik Indonesa.*

_____. *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor IX/MPR/1978 tentang Perlunya Penyempurnaan Yang Termaktub Dalam Pasal 3 Ketetapan MPR Nomor V/MPR/1973.*

_____. *Peraturan Menteri Hukum dan Hak Azasi Manusia Nomor 32 Tahun 2017 tentang Tata Cara Penyelesaian Sengketa Peraturan Perundang-Undangan Melalui Jalur Nonlitigasi.*

_____. *Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 tentang Syarat dan Tata Cara Pelaksanaan Hak Warga Binaan Pemasyarakat*.

_____. *Undang-undang Dasar 1945 (Sebelum Amandemen).*

_____. *Undang-undang Dasar 1945 (setelah Amandemen).*

_____. *Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional*

_____. *Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman*.

Penerbit ANDI

_____. *Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tatas Usaha Negara*.

_____. *Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1986 tentang Mahkamah Agung*.

_____. *Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1986 tentang Mahkamah Agung*.

_____. *Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa.*

_____. *Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, 2004*.

_____. *Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*.

_____. *Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2012 tentang Pendidikan Tinggi*.

_____. *Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2005 tentang Guru dan Dosen*.

_____. *Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi*.

_____. *Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.*

_____. *Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan*.

_____. *Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah*.

_____. *Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman*.

Mahkamah Agung. *Putusan Mahkamah Agung Nomor 1 P/HUM/2016*.

_____. *Putusan Mahkamah Agung Nomor 04P/HUM/2008*.

_____. *Putusan Mahkamah Agung Nomor 09P/HUM/2013*.

——— *Putusan Mahkamah Agung Nomor 22P/HUM/2012*.

_____."*Laporan Tahunan Mahkamah Agung Republik Indonesia 2014*.

_____. *Putusan Mahkamah Agung Nomor Nomor 37 P/HUM/2010*.

_____. *Putusan Mahkamah Agung Nomor No. 46 P/HUM/2013*.

Penerbit ANDI

——— *Putusan Mahkamah Agung Nomor 48P/HUM/2016*.

_____. *Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor MA/Pemb/0159/1977*.

Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia, *Surat Edaran Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor M.H.H.-04/PK.01.05.06 Tahun 2013 tentang Petunjuk Pelaksanaan pemberlakuan Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2012 tentang Syarat dan Tata Cara Pelaksanaan Hak Warga Binaan Pemasyarakatan*.

Nederland. *Het Herziene Indonesich Reglement* (S. 1941-44) (HIR) atau *Reglemen Indonesia yang Diperbaharui* (RIB).

Pengadilan Negeri Sukabuni. *Putusan Pengadilan Negeri Sukabumi Nomor 25/PDT.G/2010/PN.SMI*.

Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta. *Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta Nomor 193/G/LH/2015/PTUN-JKT*.

Penerbit ANDI

C. Jurnal

Amirudin, Muh. "Perbandingan Pelaksanaan Euthanasia Di Negara yang Menganut Sistem Eropa Kontinental dan Sistem Hukum Anglo Saxon", *Jurnal Jurisprudentie* Jurusan Ilmu Hukum Fakultas Syariah dan Hukum UIN Alauddin, Vol 4, No.1 (Juni 2017).

Dewi, Dyah Andriantini Sintha. "Pendayagunaan Freies Ermessen Pejabat Pemerintahan Dalam Konsep Negara Kesejahteraan". *Yustisia*, Jurnal Hukum Universitas Sebelas Maret, Vol. 5 No. 1 (Januari-April 2016).

Febdri, Azmi. "Kebebasan Bertindak Pemerintah (Diskresi) sebagai Perbujudan Nilai-Nilai Moral dan Etika, *Jurnal Ilmu Hukum* Fakultas Hukum Universitas Andalas, Volime 4 No. 3 (September 2014- Januari 2015).

Hadi,Sofyan."Mengkaji Sistem Hukum Indonesia (Kajian Perbandingan dengan Sistem Hukum Lainnya)", *Jurnal DIH*, Jurnal Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus Surabaya, Voume 12 No. 24 (Agustus 2016).

Kartini. "Pemberdayaan Yurisprudensi sebagai Sumber Hukum Islam (Analisis Fungsional dalam Rangka Optimalisasi Kinerja Hakim Agama)", Jurnal *Al-Adl* Fakultas Syariah UIN Jakarta, Vol. 8 No. 1 (Januari 2018).

Manan, Bagir. "Peraturan Kebijakan". *Jurnal Varia Peradilan*, (Desember 2008).

Marbun, Robinsar. "Transformasi Upaya Administratif dalam Penyelesaian Sengketa Kepegawaian, *Jurnal Yuridis*, Vol. 4 No. 2, (Desember 2017).

Marzuki, Laica. "Penggunaan Upaya Administratif Dalam Sengketa Tata Usaha Negara", dalam *Jurnal GEMA*, Tahun XXVII/50/ (Februari-Juli 2015).

Muhlizi, Arfan Faiz. "Reformulasi Diskresi Dalam Penataan Hukum Administrasi Negara (*Reformulation of Discretion In The Arrangement Administrative Law*)". *Jurnal Rechtsvinding*. Volume 1 Nomor 1, (Januari-April 2012).

Nalle, Victor Imannuel W."Kewenangan Yudikatif dalam Pengujian Peraturan Kebijakan", *Jurnal Yudisial* Volume 6 No. 1 (April 2013).

Rasji. "Kebijakan Administratif sebagai Instrumen Efektivitas Layanan Publik". *Era Hukum, Jurnal Ilmiah Ilmu Hukum*. No. 4/Th.1/(April 1995).

_____. "Konsep Perwakilan dan Pemilu di Indonesia". *Era Hukum, Jurnal Ilmiah Ilmu Hukum*, No.5/Th.2/(Juli 1995).

Ridwansyah, Muhammad. "Mewujudkan Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan Hukum dalam Qanun Bendera dan Lambang Aceh". *Jurnal Konstitusi*, Volume 13 No. 2 (Juni 2016).

Santoso, M. Agus. "Perkembangan Konstitusi Di Indonesia", *Jurnal Hukum*, Volume 2, No. 3, (September-Desember 2013).

Sihotang, Githa Angela et al. "Diskresi Dan Tanggung Jawab Pejabat Publik Pada Pelaksanaan Tugas Dalam Situasi Darurat". *Jurnal Law Reform*, Volume 13 Nomor 1 Tahun 2017, Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoto, (tahun 2017).

Simanjuntak, Enrico. "Peradilan Administrasi dan Problematika Peraturan Kebijakan", *Jurnal Varia Peradilan*, Tahun XXVI, Nomor 305, (April 2011).

Penerbit ANDI

Sitorus, Lily Evelina. "Kebijakan Baikout Century: Diskresi atau Kriminalisasi Kebijakan, *Jurnal Hukum dan Pembangunan* Universitas Indonesia, 46 No. 1 (2016).

Sugiharto, Hari dan Bagus Oktafian Abrianto, "Upaya Administratif Sebagai Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Dalam Sengketa Tata Usaha Negara", *Jurnal Arena Hukum*, Vol. 11 No.2, (Tahun 2018).

Yuhdi, Mohammad. "Peran Diskresi dalam Penyelenggaraan Pemerintahan, *Likhitaprajna*, Jurnal Ilmiah Fakultas Keguruan dan Ilmu Pendidikan Universitas Wisnuwardhana, ISSN: 1410-8771, Volume 15 Nomor 1 (Tahun 2016).

D. Tesis dan Disertasi

Attamimi, A. Hamid S. "Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaran Pemerintahan Negara Republik Indonesia. Disertasi Doktor. Jakarta: Fakultas Hukum UI, 1990.

Lukman, Markus. "*Freies Ermessen* dalam Proses Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Kota di Kotamadya Pontianak". Tesis Magister Hukum, Bandung: Unpad, 1989.

Rasji. "Fungsi Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat dalam Sistem Pengaturan Negara di Indonesia", Tesis Magister Hukum, Jakarta: Universitas Indonesia, 1997.

Penerbit ANDI

E. Makalah

Attamimi, A. Hamid S. "Der Rechtsstaat Republik Indonesia dan Perspektifnya Menurut Pancasila dan UUD 1945, Makalah disampaikan dalam Dies Natalis ke-42 Universitas 17 Agustus 1945, Jakarta 19 Juli 1994.

_____. "Fungsi Presiden dan DPR di Bidang Perundang-undangan (Pembentukan dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan Menurut UUD 1945). Makalah disampaikan pada Pidato Dies Natalis. Palembang: FH Universitas Sriwijaya, 1992.

_____. "Hukum tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan", Makalah, disampaikan pada Pidato Purna Bakti, Jakarta: Fakultas Hukum UI, 1993.

_____."Perbedaan Antara peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan". Makalah, disampaikan pada Pidato Dies Natalis. Jakarta: Perguruan Tinggi Ilmu Kepolisian, 1992.

Manan, Bagir. "Ketentuan-ketentuan Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Dalam Pembangunan Hukum Nasional". Makalah disampaikan pada Pertemuan Ilmiah tentang Kedudukan Biro-Biro Hukum/Unit Kerja Departemen/LPND dalam Pembangunan Hukum. Jakarta, 29 Oktober 1994.

_____. "Fungsi dan Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan". Makalah, disampaikan pada Penataran Dosen PLKH, Jakarta, November 1994.

_____. "Wewenang Provinsi, Kabupaten, dan Kota dalam Rangka Otonomi Daerah", Makalah pada Seminar Nasional yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung, 13 Mei 2000.

Marzuki, Laica. "Peraturan Kebijakan (*Beleidsregel*), Hakikat Serta Fungsinya Selaku Sarana Hukum Pemerintahan". Makalah disampaikan pada Penataran nasional Hukum Acara dan Hukum Administrasi Negara Fakultas Hukum Hasanudin Ujing Pandang, 1996.

Soemantri M, Sri."Undang-Undang Dasar 1945, Kedudukan dan Artinya dalam Kehidupan Bernegara". Makalah, disampaikan pada Stadium Generale dan 40 Tahun Pengabdiannya di Universitas Padjadjaran Bandung, 2007.

Wahjono,Padmo. "Konsep Yuridis Negara Hukum Indonesia". Makalah September 1988.

Wiratraman, R. Herlambang Perdana. "Pengujian Pertauran Perundang-undangan". Makalah, disampaikan di Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 3 November 2014.

Penerbit ANDI

F. Majalah dan Internet

Al-Khawarizmi, Damang Averroes. "Aliran Historis (Mazhab Sejarah). (on-line), tersedia di http://www.negarahukum.com/hukum/aliran-historis-mazhab- sejarah.html, (22 Desember 2018).

Anonim. "Hatta Rajasa: Surat Edaran BPH Migas Bertentangan Dengan Prepres". (on-line), tersedia di http //www.kafeberita.com/berita-hatta- rajasa-surat-edaran-bph-migas-bertentangan-dengan-perpres.html#ixzz3Iq0jFm28, (12 November 2014).

_____. MK Gelar Sidang Pengujian SE. (on-line), tersedia di http://www. hukumonline. com/berita/baca/lt4bcf222c1ac11/mk-gelar- sidang-pengujian-surat-edaran, (11 April 2016).

_____. Putusan MA: 'SE' Bukan Objek Hak Uji Materiil Tapi dalam perkara lain, pernah dinyatakan sebagai objek HUM karena isinya bersifat regeling. (on-line), tersedia di http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt58f4255c93fc1/putusan-ma--surat-edaran-bukan-objek-hak-uji-materiil, (17 April 2017).

_____. "SE Menteri Kominfo tentang Penguruman Surat Berdasarkan Ketentuan yang Diatur dalam Konstitusi UPU (Universitas Post uhion) dan UU Pos No.6 Tahun 1984". (on-line), tersedia di http://postel.go.id/berita-surat-edaran-menteri-kominfo-tentang-pengiriman-surat-berdasarkan-ketentuan, (26 Juni 2018).

_____. "Surat Edaran Menkumham Dianggap Bertentangan dengan PP 99/2012", (on-line), tersedia di Berita Satu.com. (15 Juli 2014).

_____. "Surat Edaran Bukan Peraturan Perundang-undangan. (on-line), tersedia di http://www.kopertis12.or.id/2013/03/07/membahas-edaran-dirjen-terkait-izin-penyelenggaraan-dan-akreditasi-prodi.html#sthash.rmyEPpwX.dpuf, (12 November 2014).

_____. 34 Nama Provinsi di Indonesia dan Ibukotanya Lengkap (Terbaru). (on-line), tersedia di https://www.zonareferensi.com/provinsi-di-indonesia, (28 Oktober 2018).

Penerbit ANDI

_____. "SE, 'Kerikil' dalam Perundang-Undangan". (on-line), tersedia di http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt54b1f62361f81/surat-edaran-kerikil-dalam-perundang-undangan, (4 Februari 2016).

_____. Teori Tujuan Hukum. (on-line), tersedia di https://www.e-jurnal.com/2013/11/teori-tujuan-hukum. html, (28 Desember 2018).

Evhhalen. "Kedudukan SE yang Dikeluarkan oleh Eksekutif/Pemerintah dan Tatanan Hukum Indonesia". (on-line), tersedia di https://evhhalen.wordpress.com/2015/09/06/kedudukan-surat-edaran-yang-dikeluarkan-oleh-eksekutifpemerintah-dalam-tatanan-hukum-indonesia/ (23 September 2015).

Fahmi, Ismail. "PP 99/2012 Tak Bisa Berlaku Surut, Menkumham Pertahankan Mati-matian", (on-line), tersedia di Bisnis.com., (15 Juli 2013).

Fitri, "Izin Penyelenggaraan dan Akreditasi Institusi Perguruan Tinggi dan Prodi". (on-line), tersedia di http://www.kopertis12.or.id/2013/03/07/membahas-edaran-dirjen-terkait-izin-penyelenggaraan-dan-akreditasiprodi.html#sthash.rmyEPpwX.dpuf, (12 November 2014).

Harun, Refly. "Menggugat Judicial Review SE KPU". *Tempo*, 11 Agustus 2005,4. Lihat juga Rafly Harus. Menggugat *Judicial Review* SE KPU". (on-line), tersedia di http://reflyharun.blogspot.com/2009/03/menggugat-judicial-review-surat-edaran.html, (4 Agustus 20014).

Himawan, Adhitya. "SE Bupati Bekasi Bertentangan dengan Konstitusi". (on-line), tersedia di Suara.com, (23 November 2015).

Ibrahim, Iim "Pengertian Surat Edaran, Pengumuman, Memo, dan Disposisi". (on-line), tersedia di http://IimIbrahim, blogspot.co.id/2011/12/lPengertian-surat-edaran-pengumuman- Memo-Disposisi, html, (5 Januari 2016).

Koalisi Masyarakat Sipil Sumatera Barat (KMSS) dalam Admin SPI, "Cabut SE Gubernur Sumatera Barat tentang Percepatan Tanam Padi". (on-line), tersedia di https://www.spi.or.id/cabut-surat-edaran-gubernur-sumatera-barat-tentang-percepatan-tanam-padi. (20 Maret 2017.

Penerbit ANDI

Lazuardi, Sakti. "Beleiregel atau Peraturan Kebijakan dalam Administrasi Negara". (on-line), tersedia di http://diskusiasikblogspot.com/2011/ 10/ beleidsregel-atau-peraturan-kebijakan.html, (6 November 018).

LBH Padang. "SE Gubernur Sumbar Mengintimidasi Petani". (on-line), tersedia di http://www. berdikarionline.com/surat-edaran-gubernur-sumbar-mengintimidasi-petani. (24 Januari 2018).

Lumbun, Gayus. "SE Mahkamah Agung Bertentangan dengan MK". (on-line), tersedia di . (14 Juli 2015).

Manan, Bagir. "Bentuk-bentuk Perbuatan Keperdataan yang Dapat Dilakukan oleh Pemerintah Daerah", *Majalah Ilmiah*. Universitas Padjadjaran, 1996.

Novianta, Aditya Nugraha. "Teori Kepastian Hukum Gustav Radbruch". (on-line), tersedia di http://adhityanugrahanovianta.blogspot.com/2017/ 11/ teori-kepastian-hukum-gustav-radbruch.htm, (8 Nopember 2018).

Ns., Andi Sunarto. "Perbandingan Sistem Hukum Anglo Saxon dengan Eropa Kontinental". (on-line), tersedia http://nartocalonlegislator.blogspot.com/2014/12/perbandingan-sistem-hukum-anglo-saxon.html, (27 Juli 2018).

Nugroho, Iman D. Ketua Bidang Advokasi AJI, dalan Edwin Firdaus, "Pers Asing Bebas Meliput di Indonesia, Tapi Harus Penuhi Prosedur". (on-line), tersedia http://www.rappler.com/indonesia/104009-surat-edaran-akses-jurnalis-asing-dibatalkan, (23 Sept 2015).

Prambudi, Gerald. "Lengkap Pengertian Surat Edaran dan Jenis-jenisnya". (on-line), tersedia http://geraldprambudi.blogspot.co.id/2011/12/lengkap-pengertian-surat-edaran-dan. html, (4 Februari 2016).

Razak, Abdul. "Hakikat Peraturan kebijakan". (on-line), tersedia http:// www. Negarahukum.com/hukum/hakikat-peraturan-kebijakan. html,(2April2015).

Salim, Zamrullah. "Legislasi Semu (*Pseudowetgeving*)". (on-line), tersedia di http:ditjenpp kemenkumham go.id/htn-dan puu/1299-legislasi semu-peseudowetgeving html, (2 April 2015).

Penerbit ANDI

Samiun, Ali. "Filsafat Hukum: Aliran Positivisme". (on-line), tersedia di http://www.informasiahli.com/2016/04/filsafat-hukum-aliran- positivisme.html, 28 Januari 2019.

Syiroj, AS. "Perbedaan Sistem Hukum Eropa Kontinental dan Anglo Sakson". (on-line), tersedia di http://www.lawfirm-assyiroj.com/perbedaan-sistem-hukum-eropa-kontinental-dan-anglo-saxon, (26 Juli 2018).

Zaidan, M. Ali. "Kompetensi Pengadilan Pajak". (on-line), tersedia di https://nasional.kompas.com/read/2010/04/01/03492234/kompetensi.pengadilan.pajak, (24 November 2018).

Zuraida, Ida "Kedudukan Aturan Kebijakan (Surat Edaran, Instruksi, Petunjuk Teknis) dalam Hukum Positif Indonesia". (on-line), tersedia di http://www.bppk.kemenkeu.go.id/publikasi/artikel/167-artikel-pajak/19902-kedudukan-peraturan-kebijakan-surat-edaran,-instruksi,-petunjuk-teknis-dalam-hukum-positif-di-indonesia, (2 April 2015).

Penerbit ANDI

Penerbit ANDI

TENTANG PENULIS

Dr. H. Rasji, S.H., M.H. Lahir di Indramayu Jawa Barat, 19 April 1964. Lulus pendidikan Program Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara Jakarta tahun 1991, Program Magister Hukum di Universitas Indonesia Jakarta tahun 1997, dan Program Doktor Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara Jakarta (S3) tahun 2019. Menyelesaikan pelatihan penulisan karya ilmiah tahun 1998, pelatihan peraturan perundang-undangan tahun 2003, pendidikan dan pelatihan mediator bersertifikat tahun 2008, Pendidikan Arbiter Ad Hoc bersertifikat tahun 2010, pelatihan *trainer* kurikulum berbasis kompetensi tahun 2014, dan lain-lain.

Penulis menjadi dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara sejak tahun 1991 hingga sekarang. Tahun 2000-2004 dipercaya menjadi Ketua Program Studi Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara, kemudian menjadi Wakil Dekan Bidang Akademik di Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara tahun 2004 hingga 2012. Tahun 2012 diangkat menjadi Wakil Rektor Universitas Tarumanagara Bidang Organisasi, Hukum, dan Administrasi hingga tahun 2016; menjadi Wakil Rektor Universitas Tarumanagara Bidang Non Akademik tahun 2016 hingga 2020; kemudian menjadi Wakil Rektor Universitas Tarumanagara Bidang Akademik tahun 2020 hingga sekarang. Selain itu pernah menduduki jabatan Sekretaris Senat Fakultas Hukum tahun 2004 hingga 2012 dan Sekretaris Senat Universitas Tarumanagara tahun 2012 hingga sekarang.

Beberapa pekerjaan dan keahlian lain penulis adalah menjadi Mediator Non-Hakim, Mediator Mandiri Bersertifikat, Arbiter Ad. Hoc. Mandiri Bersertifikat, pernah menjadi Anggota Badan Pengawas Pemilu tahun 1999, Ahli kurikulum pendidikan tinggi, Ahli Hukum pada beberapa proyek dan

Penerbit ANDI

program pemerintah dan swasta, pemimpin dan editor jurnal ERA HUKUM terakreditasi, menulis buku, aktif melakukan berbagai penelitian dan kegiatan pengabdian kepada masyarakat, aktif menulis artikel ilmiah di jurnal internasional bereputasi dan nasional terakreditasi, serta menjadi narasumber/ pembicara pada berbagai seminar dan konferensi nasional dan internasional.

Sejak menempuh pendidikan program sarjana hingga program doktor, penulis lebih memfokuskan keilmuan pada hukum kenegaraan, baik hukum tata negara, hukum administrasi negara, hukum pajak, hukum keuangan negara, hukum anggaran negara, hukum acara peradilan tata usaha negara, ilmu perundang-undangan, peraturan kebijakan, dan hukum kenegaraan lainnya. Bahkan mengkaji dan mendalami peraturan kebijakan adalah sejak tahun 1996 hingga sekarang. Menulis buku *Pengujian Peraturan Kebijakan Di Indonesia (Problematika, Praktik, dan Bangunan Hukum)* merupakan wujud refleksi penguasaan keilmuan penulis, yang diharapkan bermanfaat bagi pembaca, ilmuwan, dan praktisi.

Penerbit ANDI