



AKTUAL JUSTICE
JURNAL ILMIAH MAGISTER HUKUM
PASCASARJANA UNIVERSITAS NGURAH RAI

PEMBATALAN PERATURAN KEBIJAKSANAAN
YANG DIBUAT BERDASARKAN
ASAS FREIES ERMESSEN

Anak Agung Ayu Ari Widhyasari

Staff Ahli Wakil Ketua BAKN/KOMISI XI DPR RI dan Tutor Online & Korektor FHISIP

Universitas Terbuka Jakarta , Email : ariwidhyasari@gmail.com

Abstract

The existence of policy regulations cannot be separated from the free authority (vrije bevoegdheid) of the government which is known as freies ermessen. The granting of freies ermessen to the government or state administration is actually a logical consequence of the concept of the welfare state, but within the framework of a rule of law, freies ermessen cannot be used indefinitely. This paper aims to determine the limits of the use of policy regulations in government administration and the forms of accountability when there are legal deviations. With the normative juridical method, this research concludes that the policy regulations taken by the government in an urgent situation must be limited by the signs of the General Principles of Good Governance (AAUPB) and if the policy regulations are formed without heeding these principles, the policy regulation can be canceled. .

Keywords: Policy Regulations, Government Officials, Repeal of Rules.

Abstrak

Keberadaan peraturan kebijakan tidak dapat dilepaskan dari adanya kewenangan bebas (*vrije bevoegdheid*) dari pemerintah yang disebut dengan istilah *freies ermessen*. Pemberian *freies ermessen* kepada pemerintah atau administrasi negara sebenarnya merupakan suatu konsekuensi logis dan konsepsi *welfare state* namun dalam kerangka negara hukum, *freies ermessen* tidak dapat digunakan tanpa batas. Tulisan ini bertujuan untuk mengetahui batas-batas penggunaan peraturan kebijakan dalam penyelenggaraan pemerintahan dan bentuk pertanggungjawabannya manakala terjadi penyimpangan hukum. Dengan metode yuridis normatif penelitian ini menyimpulkan bahwa peraturan kebijakan yang diambil oleh pemerintah dalam keadaan yang mendesak harus dibatasi oleh rambu-rambu Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) dan apabila peraturan kebijakan dibentuk tanpa mengindahkan asas-asas tersebut mengakibatkan peraturan kebijakan dapat dibatalkan.

Kata Kunci: Peraturan Kebijakan, Pejabat Pemerintah, Pembatalan.

1. Pendahuluan

Administrasi negara melakukan berbagai macam perbuatan pemerintah. Ada dua macam perbuatan pemerintah yaitu perbuatan pemerintah berdasarkan hukum dan perbuatan pemerintah tidak berdasarkan hukum. Namun yang lebih relevan dalam hukum administrasi negara adalah perbuatan yang berdasarkan atas hukum. Menurut Utrecht¹ perbuatan berdasarkan atas hukum di bagi ke dalam 2 (dua) kategori yakni perbuatan menurut hukum privat (sipil) dan perbuatan menurut hukum publik.

Dalam bukunya yang berjudul pokok-pokok hukum administrasi negara SF Marbun dan Moh Mahfud² menyebutkan bahwa di dalam administrasi negara juga sering kali mengadakan suatu perbuatan yang sifatnya hukum privat. Seperti jual-beli sewa-menyewa. Perbuatan hukum publik ada dua macam bentuknya, perbuatan hukum publik yang bersegi satu dan perbuatan hukum publik yang bersegi dua. Dalam hukum administrasi yang paling dominan digunakan adalah perbuatan hukum bersegi satu. Perbuatan hukum bersegi satu lebih menekankan pada kehendak administrasi negara yang dalam hal ini merupakan alat negara³.

Perbuatan hukum yang didasari oleh perbuatan hukum publik bersegi satu meliputi suatu keputusan/ketetapan, peraturan maupun melaksanakan peraturan kebijaksanaan yang tujuannya untuk melaksanakan kepentingan umum. Dengan demikian membuat suatu keputusan/ketetapan, peraturan, peraturan kebijaksanaan merupakan kewenangan pemerintah sebagai alat administrasi negara. Namun dalam

¹ Utrecht, E. (1986). *Pengantar Hukum Administrasi Negara di Indonesia*. Surabaya : Pustaka Tinta Emas. h. 88.

² Marbun, SF dan Moh Mahfud MD. (1987). *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: Liberty. h. 69.

³ Kusdarini, E. (2011). *Dasar-Dasar Hukum Administrasi Negara dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*. Yogyakarta: UNY Press. h. 92.

penulisan makalah ini, penulis akan menitikberatkan pembahasan mengenai peraturan kebijaksanaan.

Suatu peraturan kebijaksanaan dikeluarkan untuk melaksanakan suatu tujuan positif yang dianggap perlu untuk diambil oleh suatu aparatur dalam menyelesaikan suatu kepentingan umum yang konkrit dan mendesak⁴. Menurut JP Wind⁵ kondisi tersebut sangatlah wajar mengingat setiap ketentuan tertulis hanya memuat garis besarnya saja untuk mengantisipasi diperlukan suatu kebijaksanaan terhadap ruang yang kosong untuk menilai suatu permasalahan tersebut.

Sebagai penopang kegiatan administrasi negara, aparatur pemerintah mengalami keadaan dimana harus mengambil keputusan atau kebijakan sesegera mungkin⁶. Dengan kondisi demikian aparatur pemerintah dihadapkan pada serangkaian pilihan untuk dapat bertindak yang sesuai dalam mengambil keputusan. Maka diperlukan suatu tindakan berlandaskan asas *Freies Ermessen* (diskresi)⁷ atau yang disering disebut peraturan kebijaksanaan.

Dalam pengambilan suatu peraturan kebijaksanaan aparatur pemerintah diberikan kewenangan untuk menafsirkan dan memutuskan sendiri apa yang menurutnya perlu demi kepentingan umum⁸. Tidak dapat dipungkiri suatu peraturan kebijaksanaan yang seharusnya diambil untuk kepentingan umum dan kepastian hukum tetapi malah diboncengi dengan kepentingan privat. Hal ini akan menimbulkan suatu aspek negatif

⁴ Ansori, L. (2015). "Diskresi Dan Pertanggungjawaban Pemerintah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan," *Jurnal Yuridis* Vol.2 No. 1 Juni 2015, h. 134-150 .

⁵ Susilo, A.B. (2014). *Makna Diskresi Keputusan Pejabat Publik*.h 1 dikutip dalam JP. Wind, 2004, *Enige Bestuursrechtelijke Begrippen: en de Algemene wet bestuursrecht*, Sdu Uitgever bv Den Haag.

⁶ Muhlizi, A.F. (2021). "Reformulasi Diskresi Dalam Penataan Hukum Administrasi" *Jurnal RechtsVinding*, Volume 1 Nomor 1 April 2021, h. 93-109.

⁷ *Ibid.*, h. 2.

⁸ Fendri, A. (2015). "Kebebasan Bertindak Pemerintah (Diskresi) Sebagai Perwujudan Nilai-Nilai Moral Dan Etika", *Jurnal Ilmu Hukum* Volume 4 No. 3 September 2014-Januari 2015, h.138-149.

terhadap suatu peraturan kebijaksanaan. Permasalahan akan timbul apabila menyikapi suatu peraturan kebijaksanaan yang diambil berdasarkan asas *Freies Ermessen* merugikan suatu pihak masyarakat. Permasalahannya tidak akan sulit jika peraturan kebijaksanaan termasuk dalam peraturan perundang-undangan karena dapat diajukan uji materiil ke badan yudikatif. Namun tidak demikian adanya karena peraturan kebijaksanaan bukan termasuk ke dalam peraturan perundang-undangan. Ini akan menjadi pertanyaan apakah suatu peraturan kebijaksanaan diperbolehkan diajukan kebatalan dalam hal merugikan suatu pihak masyarakat dan siapa yang berhak memutus kebatalan tersebut. Berdasarkan latar belakang tersebut penulis tertarik untuk mengkaji lebih lanjut mengenai Pembatalan Peraturan Kebijaksanaan Yang Dibuat Berdasarkan Asas *Freies Ermessen*.

2. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan metode yuridis normatif yakni dengan cara melakukan studi kepustakaan dan menelaah data sekunder yang berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier⁹. Bahan hukum Primer meliputi peraturan perundang-undangan yang terkait seperti UUD NRI 1945, Undang-Undang Republik Indonesinomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Undang-Undang Undang-Undang Republik Indonesia nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Pengumpulan Bahan hukum atau teknik pengumpulan bahan hukum yang digunakan penulis dalam penelitian ini adalah dengan studi kepustakaan atau library research¹⁰ yang didapat di dapat dengan cara

⁹ Soekanto, S dan Mamudji, S. (2010). *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: Raja Grafindo Persada. h. 13-14

¹⁰ Marzuki, P.M. (2014). *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta ; Kencana, h. 438

menelaah peraturan perundang-undanganm buku, jurnal ilmiah dan informasi di media cetak yang terkait dengan kemudahan berusaha. Bahan Hukum primer dalam penelitian yakni peraturan perundang-undangan bersifat autoritatif¹¹ atau mempunyai otoritas sebab dijadikan sebagai landasan hukum, bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer dan alasan digunakannya adalah untuk mencari landasan teori dengan jalan membandingkan teori satu dengan teori lainnya. Bahan hukum tersier digunakan untuk mencari suatu pengertian atau istilah.

Pengolah data dalam penelitian dilakukan secara kualitatif. Bahan-bahan Hukum yang tertulis yang telah dikumpulkan dan klasifikasikan sesuai dengan permasalahan yang akan diidentifikasi kemudian dilakukan komparasi dari berbagai sumber.

3. Hasil Dan Pembahasan

a. Kewenangan Pemerintah Sebagai Alat Administrasi Negara

Asas Legalitas

Dalam konsep kewenangan, asas legalitas merupakan asas yang dijadikan dasar dalam melaksanakan penyelenggaraan negara¹². Di dalam suatu negara hukum, ditentukan bahwa asas legalitas adalah apa yang telah tertulis dalam undang-undang, merupakan hal yang mengikat setiap warga negara. Secara normatif segala tindakan yang dilaksanakan oleh setiap aparatur pemerintah harus berdasarkan pada peraturan perundang-undangan atau berdasarkan kewenangan yang memang telah dianut dalam negara hukum.¹³

¹¹ Marzuki, P.M. (2005). *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana. h. 181.

¹² Kurniawaty, Y. (2016). "Penggunaan Diskresi Dalam Pembentukan Produk Hukum", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 13 N0. 01 - Maret 2016 h. 53 – 62.

¹³ Ridwan HR. (2006). *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada. h. 96.

Menurut Indroharto¹⁴, penerapan asas legalitas akan sangat menunjang suatu kepastian hukum dan kesamaan perlakuan. Kepastian hukum berlaku apabila suatu peraturan dapat membuat semua tindakan yang akan dilakukan pemerintah dapat diperkirakan terlebih dahulu dengan melihat peraturan-peraturan yang berlaku dan diharapkan apa yang dilakukan oleh aparat pemerintah dapat disesuaikan dengan keadaan. Kesamaan perlakuan terjadi ketika setiap orang yang berada dalam situasi yang telah ditentukan oleh ketentuan undang-undang berhak dan berkewajiban untuk berbuat seperti apa yang telah ditentukan oleh suatu undang-undang. Namun saat ini penerapan asas legalitas sudah tidak sepenuhnya lagi dapat mewadahi setiap perbuatan yang terjadi di dalam masyarakat. Besarnya dinamika kehidupan yang membuat tidak semua peraturan perundang-undangan dapat menjangkaunya.

Wewenang Pemerintah

Dalam ceramah perkuliahan Prof Muchsan menjelaskan dalam hal membuat suatu keputusan/ketetapan aparatur negara harus memiliki kewenangan. Ada 2 (dua) macam wewenang yang dimiliki oleh aparat negara:

1. Kewenangan yang bersifat atributif (orisinil) yakni kewenangan yang bersifat permanen dan langsung diberikan oleh peraturan perundang-undangan.
2. Kewenangan yang bersifat non atributif (non orisinil) yakni pelimpahan wewenang yang terbagi menjadi 2 (dua) delegasi dan mandat.

H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt memberikan pengertian mengenai kewenangan administrasi negara yakni: atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang

¹⁴ *Ibid.*, h.97.

kepada organ pemerintahan. Delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintah lainnya. Mandat terjadi ketika organ pemerintah mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya.¹⁵

b. Bentuk Hukum Perbuatan Alat Administrasi Negara

Sebelumnya telah dijelaskan dalam latar belakang masalah penulisan makalah ini, disebutkan bahwa yang dimaksud dengan perbuatan alat administrasi negara hanya perbuatan hukum publik bersegi satu yang meliputi perbuatan dalam melaksanakan peraturan yang dilakukan untuk menyelesaikan masalah konkrit. Salah satu bentuk perbuatan alat administrasi negara adalah mengeluarkan suatu keputusan atau ketetapan administrasi negara. Menurut Bagir Manan¹⁶ keputusan atau ketetapan administrasi negara dapat diklasifikasikan menjadi beberapa bentuk keputusan administrasi negara:

1. Keputusan-keputusan yang berisi peraturan perundang-undangan
2. Keputusan-keputusan yang berisi penetapan
3. Keputusan-keputusan yang bukan merupakan peraturan perundang-perundangan tetapi mempunyai akibat secara umum
4. Keputusan-keputusan yang berisi perencanaan
5. Keputusan-keputusan yang berisi peraturan kebijakan

Disamping keputusan/ketetapan dan peraturan alat administrasi negara. Dalam makalah ini penulis akan lebih menitikberatkan pembahasan mengenai peraturan kebijaksanaan yang dibuat berdasarkan pada asas *freies ermessen* (kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri) atau yang sering disebut dengan peraturan kebijaksanaan.

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 104 dikutip dalam H.D Van Wijk EnWillem Konijnenbelt, 1995, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, Vuga, s-Gravenhage, h.129.

¹⁶ Eny Kusdarini, *op.cit*, hlm. 95 dikutip dalam A. Muin Fahmal, 2006, *Peran Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Layak Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih*, Yogyakarta, UII Press, h.29.

c. Syarat-Syarat Yang Harus Dipenuhi Agar Suatu Keputusan/Ketetapan Menjadi Sah

Putusan yang sah aparaturnegara wajib memiliki kewenangan untuk membuat suatu keputusan/ketetapan. Selain itu suatu keputusan yang sah harus memenuhi syarat keputusan/ketetapan. Adapun beberapa syarat untuk sahnya suatu keputusan/ketetapan:

1. Keputusan harus dibuat oleh alat administrasi yang berwenang
Keputusan/ketetapan merupakan perbuatan pemerintah (*bestuur*) tidak hanya dilakukan oleh alat administrasi negara termasuk pula dilakukan oleh kalangan badan kehakiman dan kalangan badan pembentuk perundang-undang. Bilamana alat (jabatan) yang membuat sesuatu ketetapan dengan terang kelihatan tidak berkuasa membuatnya, maka ketetapan itu dapat menjadi batal.¹⁷
2. Keputusan/Ketetapan tidak Boleh Ada Kekurangan Yuridis
Suatu keputusan/ketetapan memerlukan suatu kehendak alat administrasi negara dan tidak boleh terdapat kekurangan yuridis. Kekurangan yuridis dalam pembentukan kehendak alat negara yang mengeluarkan suatu ketetapan dapat disebabkan karena salah kira (*dwaling*), paksaan(*dwag*), tipuan (*bedrog*).¹⁸
3. Harus Diberi Bentuk Sesuai Dengan Peraturan Yang Menjadi Dasarnya Dan Harus Menurut Prosedur Pembuatannya
Suatu keputusan harus memenuhi syarat-syarat formal dan yang termasuk didalamnya adalah prosedur/cara pembuatannya, bentuk keputusan, pemberitahuan pada yang bersangkutan. Apabila prosedur pembuatan tidak diikuti maka keputusan tersebut menjadi batal.¹⁹

¹⁷ Utrecht, E. *op.cit.* h.120.

¹⁸ *Ibid*, h. 125.

¹⁹ SF Marbun dan Mahfud MD, *op.cit.* h.80

4. Isi Dan Tujuannya Harus Sesuai Dengan Isi Dan Tujuannya Peraturan Dasarnya

Suatu keputusan harus sesuai dengan isi dan tujuan yang menjadi peraturan dasarnya. Keputusan harus langsung terarah pada sasaran tujuan, sehingga efisien dan cermat. Apabila keputusan yang diambil tidak sesuai akan dengan isi dan tujuannya atau terjadi penyalahgunaan wewenang maka dapat digugat agar dibatalkan.²⁰

Apabila terdapat produk hukum yang dikeluarkan oleh pemerintah tidak memenuhi syarat sahya keputusan/ketetapan maka produk hukum menjadi tidak sah atau dapat disebut mengalami suatu kebatalan. Prof Muchsan menjelaskan kebataln suatu produk hukum ada 3 (tiga) macam yakni:

- 1) Batal mutlak (*Absolut Nietig*) berarti bahwa seluruh perbuatan hukum yang telah dilakukan dianggap tidak pernah ada. Kembali keadaan semula . Lembaga yang berhak menyatakan suatu peraturan batal mutlak adalah badan yudikatif yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.
- 2) Batal demi hukum (*nietig van rechtwege*) sebgaiian perbuatan dianggap sah dan sebagian dianggap batal. Lembaga yang berhak menyatakan suatu peraturan batal Lembaga Yudikati (Mahkamah Agung & Mahkamah Agung) dan Lembaga Eksekutif (Menteri Dalam Negeri).
- 3) Dapat dibatalkan (*vernientigbaar*) semua produk hukum yang lahir dianggap sah tetapi jangka waktu tertentu tidak boleh dilakukan.

d. Peraturan Kebijaksanaan

Freies Ermessen

²⁰ *Ibid*, h. 82.

Dalam rangka menjalankan tindakan hukum dalam ranah administrasi negara. Aparatur pemerintah harus memiliki kewenangan yang diatur dalam bentuk peraturan perundang-undangan (tertulis) namun demikian aparatur pemerintah diperbolehkan melakukan suatu tindakan diluar seperti apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan atau yang sering disebut dengan kewenangan bebas (*Freies Ermessen*) dari pemerintah. Ini dimungkinkan karena begitu pesatnya perkembangan yang terjadi di dalam masyarakat sehingga apa yang telah dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan menjadi tertinggal. Maka dari itu aparatur pemerintah menempuh berbagai langkah untuk mengeluarkan suatu kebijakan tertentu yang dalam pembentukannya tidak terlepas dari penggunaan asas (*Freies Ermessen*).

Secara bahasa *Freies Ermessen* berasal dari kata *frei* yang artinya bebas, lepas, tidak terikat dan merdeka. *Freies* artinya orang yang bebas tidak terikat dan merdeka. *Ermessen* berarti mempertimbangkan menilai, menduga dan memperkirakan. Sehingga *Freies Ermessen* artinya orang yang memiliki kebebasan untuk menilai, menduga, dan mempertimbangkan sesuatu.²¹ Istilah *Freies Ermessen* sepadan dengan kata *discretionair* yang artinya menurut kebijaksanaan dan sebagai kata sifat memiliki makna menurut wewenang atau kekuasaan yang tidak atau tidak seluruhnya terikat pada undang-undang.²²

Freies Ermessen merupakan suatu produk dari aparatur pemerintah yang tidak memiliki kewenangan atau melampui kewenangan untuk mengeluarkan produk hukum tersebut. Namun dalam situasi mendesak untuk kepentingan umum maka dikeluarkanlah suatu kebijaksanaan. Salah satu bentuk kebijaksanaan dapat berwujud pedoman, surat edaran yang mengumumkan kebijakan tertentu.

²¹ Ridwan HR, *op.cit*, h. 177.

²² Eny Kusdarini, *op.cit*, h.102.

Menurut Sjachran Basah²³ pelaksanaan *Freies Ermessen* harus dapat dipertanggungjawabkan secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa dengan menjunjung tinggi nilai-nilai kebenaran dan keadilan. Selanjutnya dikatakan pula bahwa secara hukum terdapat batas-batas dalam *Freies Ermessen* yakni peraturan yang tingkat derajatnya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan dengan peraturan yang derajatnya lebih tinggi dan peraturan yang dibuat tidak boleh melanggar hak dan kewajiban warga. *Freies Ermessen* dalam hukum administrasi diberikan kepada pemerintah untuk melaksanakan tindakan biasa maupun tindakan hukum, ketika *Freies Ermessen* ini dibuat sebagai suatu peraturan tertulis maka disebut dengan peraturan kebijaksanaan.²⁴

Peraturan Kebijaksanaan Yang Mengalami Kebatalan

Dikeluarkannya suatu produk peraturan kebijaksanaan sangatlah penting dalam kehidupan bernegara terutama apabila terjadi kekosongan hukum suatu peraturan tertulis, melenturkan peraturan yang kaku (*rigid*) dan sudah tidak sesuai dengan dengan konteks yang berlaku dalam masyarakat (*out of date*)²⁵. Permasalahan akan timbul apabila suatu peraturan kebijaksanaan yang dikeluarkan oleh aparatur pemerintah mengandung makna negatif dan merugikan pihak masyarakat tertentu. Terhadap peraturan kebijaksanaan tersebut apakah dapat diajukan suatu kebatalan. Sebelum memahami apakah suatu peraturan kebijaksanaan dapat diajukan kebatalan perlu dipahami mengenai pengertian, ciri-ciri dari peraturan kebijaksanaan.

Freies Ermessen atau yang dikenal dengan istilah kebijaksanaan dan kebijakan yang secara teoritis adalah perilaku atau tindakan yang mencerminkan kebijakan atau rasa bijak bagi setiap pribadi atau individu

²³ Ridwan HR, *op.cit*, h. 181.

²⁴ *Ibid.*, h 182.

²⁵ Agus Budi Susilo, *op.cit*, h.2.

pejabat, sedangkan kebijaksanaan sebagai tindakan yang cenderung mengarah pada tujuan sebagai pelaksana dari kekuasaan pejabat. Kebijaksanaan lahir dalam rangka menjalankan wewenang.²⁶

Bagir Manan Menyebutkan ciri-ciri dalam peraturan kebijaksanaan sebagai berikut:

1. Peraturan kebijakan bukan merupakan suatu peraturan perundang-undangan
2. Asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijaksanaan
3. Peraturan kebijaksanaan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid* karena memang tidak ada dasar peraturan perundang-undangan untuk membuat suatu keputusan peraturan kebijaksanaan
4. Peraturan kebijaksanaan dibuat berdasarkan *Freies Ermessen* dan ketiadaan wewenangan administrasi bersangkutan dalam membuat peraturan perundang-undangan
5. Pengujian terhadap peraturan kebijaksanaan lebih diserahkan kepada *doelmatigheid* dan karena berkaitan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Dilihat dari ciri-ciri mengenai peraturan kebijakan yang diberikan oleh Bagir Manan menyatakan bahwa suatu peraturan kebijaksanaan bukan merupakan peraturan perundang-undangan sehingga tidak bisa diajukan kebatalan ke badan yudikatif baik MK maupun MA apabila ada salah satu pihak merasa dirugikam. Secara normatif sebagaimana yang tertuang dalam pasal Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945, MK hanya memiliki kewenangan menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar.

²⁶ Eny Kusdarini, *op.cit*, h. 104.

Sedangkan MA berwenang untuk melakukan judicial review yang dinyatakan secara tegas dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI 1945: “Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.”

Pada faktanya Mahkamah Agung pernah memutus suatu peraturan kebijaksanaan yang diambil berdasarkan asas *Freies Ermessen* (diskresi) yaitu Putusan No. 48 PK/TUN/2010 yang perkaranya berkenaan dengan Surat Keputusan Menteri Energi Sumber Daya Mineral RI terkait obyek sengketa berupa Surat Keputusan No 1176 K/10/MEM/2008 tanggal 5 Juni 2008 tentang Izin Usaha Pengolahan Gas Bumi. Penggugat merasa keberatan dengan diterbitkannya surat keputusan tersebut. Obyek sengketa yang dijadikan lokasi pada surat keputusan itu masih berproses dalam ranah peradilan umum atau peradilan tata usaha negara. Sejatinya penggugat telah memberi tahu kepada tergugat secara tertulis maupun lisan bahwa obyek lokasi sengketa tersebut masih berproses dalam peradilan.

Berdasarkan literatur yang penulis baca pada Laporan Penelitian Makna Dan Kriteria Diskresi Keputusan Pejabat Publik Puslitbang Hukum Dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil Mahkamah Agung RI 2014 dasar pertimbangannya Mahkamah Agung dalam memutus sengketa tersebut adalah tergugat telah melanggar asas kecermatan dan asas larangan tindakan kesewenang-wenangan dan surat keputusan tersebut mengalami cacat prosedur karena ketika itu proses peradilan masi berjalan²⁷.

²⁷ Agus Budi Susilo, *op.cit*, h. 101-102.

Menurut hemat penulis dalam hal suatu keputusan yang diambil oleh pejabat publik berdasarkan *freies Ermessen* (diskresi) Mahkamah Agung tidak berwenang untuk memutus sengketa yang obyeknya adalah surat keputusan yang diambil berdasarkan diskresi. Saya menilai surat keputusan menteri bukan peraturan perundang-undangan sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 7 ayat 1 Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Walaupun selain peraturan perundang-undangan sebagaimana yang disebutkan oleh Pasal 7 ayat 1 diatas, suatu peraturanperundang-undangan diakui memiliki kekuatan mengikat sepanjang dibentuk berdasarkan kewenangan. Faktanya surat keputusan Menteri yang diambil berdasarkan *freies Ermessen* tidak memperhatikan kecermatan karena saat itu obyek sengketa masih diajukan proses peradilan.

Peraturan Kebijakan tidak termasuk kedalam peraturan perundang-undangan karena diambil berdasarkan inisatif dan pertimbangan aparatur pemerintah untuk mengisi suatu kekosongan hukum. Sehingga apabila suatu peraturan kebijakan mengalami cacat prosedur yang mengakibatkan dirugikannya suatu pihak hal ini tidak dapat diajukan kebatalan. Namun pada faktanya(*das sein*) MA pernah membatalkan suatu surat keputusan yang diambil berdasarkan *freies Ermessen* (diskresi). Secara Normatif seharusnya (*das sollen*) MA tidak berwenang membatalkan suatu peraturan kebijakan

4. Kesimpulan

Peraturan kebijakan bukan termasuk sebagai peraturan perundang-undangan sebagaimana yang disebutkan oleh Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan sehingga apabila suatu peraturan kebijakan merugikan suatu pihak maka peraturan kebijakan tersebut tidak dapat

di batalkan melalui Mahkamah Agung. Namun dalam ketentuan Pasal 30 UU Administrasi Pemerintahan bawa peraturan kebijakan yang diambil berdasarkan asas *freies ermerrsen* menjadi tidak sah apabila melampaui batas berlakunya wewenang yang diberikan, tidak menguraikan maksud, tujuan, substansi dan dampak yang ditimbulkan serta tidak didasarkan pada AAUPB.

Daftar Pustaka

1. Buku

Kusdarini, E. (2011). *Dasar-Dasar Hukum Administrasi Negara dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*. Yogyakarta: UNY Press

Marbun, SF dan Moh Mahfud MD. (1987). *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: Liberty

Marzuki, P.M. (2014). *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta ; Kencana

Marzuki, P.M. (2005). *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana

Ridwan HR. (2006). *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada

Soekanto, S dan Mamudji, S. (2010). *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: Raja Grafindo Persada

Susilo, A.B. (2014). *Makna Diskresi Keputusan Pejabat Publik*.h 1 dikutip dalam JP. Wind, 2004, *Enige Bestuursrechtelijke Begrippen: en de Algemene wet bestuursrecht*, Sdu Uitgever bv Den Haag.

Utrecht, E. (1986). *Pengantar Hukum Administrasi Negara di Indonesia*. Surabaya : Pustaka Tinta Emas

2. JURNAL ILMIAH

Ansori, L. (2015). "Diskresi Dan Pertanggungjawaban Pemerintah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan," *Jurnal Yuridis* Vol.2 No. 1 Juni 2015

Fendri, A. (2015). "Kebebasan Bertindak Pemerintah (Diskresi) Sebagai Perwujudan Nilai-Nilai Moral Dan Etika", *Jurnal Ilmu Hukum* Volume 4 No. 3 September 2014-Januari 2015.

Kurniawaty, Y. (2016). "Penggunaan Diskresi Dalam Pembentukan Produk Hukum", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 13 N0. 01 - Maret 2016

Muhlizi, A.F. (2021). "Reformulasi Diskresi Dalam Penataan Hukum Administrasi" *Jurnal RechtsVinding*, Volume 1 Nomor 1 April 2021.