

BAB II

KEDUDUKAN SURAT EDARAN MENTERI AGRARIA DAN TATA RUANG/KEPALA BADAN PERTANAHAN NASIONAL NOMOR : 2/SE- HT.02.01/VI/2019 DALAM PENDAFTARAN HAK GUNA BANGUNAN YANG DIAJUKAN OLEH PERSEKUTUAN KOMANDITER

2.1. Bentuk Hukum Surat Edaran

Segala macam tindakan pemerintahan harus didasarkan pada norma wewenang, karena norma wewenang menjadi dasar keabsahan atas tindak pemerintahan. Wewenang yang diperoleh dari peraturan perundang-undangan merupakan legalitas formal, artinya yang memberi legitimasi terhadap tindak pemerintahan, maka dikatakan bahwa substansi dari asas legalitas tersebut adalah wewenang, yakni wewenang yang diperoleh dari peraturan perundang-undangan. Hal ini sejalan dengan prinsip negara hukum yang meletakkan undang-undang sebagai sumber kewenangan.²⁸

Asas legalitas (*legalitiet beginsel*) merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan dasar penyelenggaraan pemerintahan dan negara, khususnya dalam negara hukum. Asas legalitas ini di dalam hukum administrasi mengandung makna, pemerintah tunduk kepada undang-undang, dan semua ketentuan yang mengikat warga negara harus didasarkan pada undang-undang. Oleh karena itu asas legalitas sebagai landasan kewenangan pemerintah.²⁹

Asas legalitas ini dalam hukum administrasi Indonesia terdapat dalam pasal 1 angka 2 Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 jo. Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 tentang PTUN yang menyebutkan :

²⁸ Sadjijono, *Memahami Beberapa Bab Pokok Hukum Administrasi*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2008, Cetakan pertama, hlm 55.

²⁹ *Ibid.*

Badan atau pejabat tata usaha negara melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan sebagai alat ukur keabsahan tindak pemerintahan, sebagaimana disebutkan dalam pasal 53 ayat (2) huruf b.

Berdasarkan pasal 7 Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan, mengatur tata urutan perundang-undangan, dimana peraturan perundang-undangan tersebut menjadi dasar wewenang pemerintah, antara lain yaitu :

- a. Undang-Undang Dasar
- b. Undang-Undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
- c. Peraturan Pemerintah
- d. Peraturan Presiden
- e. Peraturan Daerah

Dari masing-masing tingkatan dimaksud yang mengatur tentang wewenang pemerintahan menjadi dasar hukum sahnya tindak pemerintahan, bahkan dapat dikatakan, bahwa peraturan perundang-undangan dimaksud menjadi sumber hukum formal dari hukum administrasi, disamping sumber-sumber hukum yang lain.

Wewenang merupakan konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi, sebab didalam wewenang tersebut mengandung hak dan kewajiban, bahkan di dalam hukum tata negara wewenang dideskripsikan sebagai kekuasaan hukum (*rechtskracht*), artinya hanya tindakan yang sah yang mendapat kekuasaan hukum.³⁰

Menurut Henc van Maarseveen dalam hukum publik wewenang terdiri dari tiga komponen yaitu :³¹

³⁰ Philipus M Hadjon, *Fungsi Normatif Hukum Administrasi Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih*, (Pidato Penerimaan Guru Besar), Universitas Airlangga, Surabaya tanggal 10 Oktober 1994.

³¹ Philipus M Hadjon, *Op.cit.*

- a. Komponen pengaruh, ialah bahwa penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subyek hukum;
- b. Komponen dasar hukum, bahwa wewenang itu selalu harus dapat ditunjuk dasar hukumnya;
- c. Komponen konformitas hukum, mengandung makna adanya standar wewenang, baik standard umum (semua jenis wewenang) maupun standard khusus (untuk jenis wewenang tertentu)

Keberadaan peraturan kebijakan merupakan konsekuensi dari kewenangan bebas yang dimiliki oleh pemerintah (diskresi). Peraturan kebijakan tidak lain dari penggunaan diskresi dalam wujud tertulis. Secara normatif, di Belanda negara yang merupakan peletak dasar konsep administratif di Indonesia, peraturan kebijakan diartikan sebagai :³²

“een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegheid van een bestuursorgaan” (suatu keputusan yang ditetapkan sebagai peraturan umum, bukan merupakan suatu peraturan tertulis yang mengikat umum, berkenaan dengan pertimbangan berbagai kepentingan, penetapan fakta-fakta atau penjelasan peraturan tertulis mengenai penggunaan wewenang organ pemerintah).

Pemerintah seringkali menggunakan peraturan kebijakan sebagai dasar hukum dalam pelaksanaan kebijakan. Peraturan kebijakan yang dibuat oleh pemerintah bentuknya bukan berupa salah satu jenis peraturan perundang-undangan yang dikenal dalam Pasal 7 UU No.12 Tahun 2011. Namun dalam praktik seringkali peraturan kebijakan memiliki kekuatan mengikat yang sama dengan peraturan perundang-undangan.

³² Sadhu Bagas Suratno, *Pembentukan Peraturan Kebijakan Berdasarkan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*, e-Journal Lentera Hukum Universitas Jember, 2017, Volume 4, hlm 167.

Praktik dalam pemerintahan menunjukkan bahwa berbagai bentuk peraturan kebijakan digunakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Namun berbagai bentuk peraturan kebijakan tersebut tidak diatur kedudukannya sebagai peraturan kebijakan. Menurut Jimly Asshiddiqie, dalam praktiknya di Indonesia, peraturan kebijakan dapat dibuat dalam bentuk-bentuk seperti :³³

- a. Surat edaran;
- b. Surat perintah;
- c. Pedoman kerja atau manual;
- d. Petunjuk Pelaksanaan (Juklak);
- e. Petunjuk Teknis (Juknis);
- f. Buku Panduan atau “guide” (*guidance*);
- g. Kerangka Acuan atau *Term of Reference* (TOR);
- h. Desain Kerja atau Desain Proyek (Project Design).

Selain bentuk-bentuk yang dikemukakan Jimly Asshiddiqie, Bagir Manan juga memberikan contoh bentuk peraturan kebijakan yang pernah digunakan dalam administrasi pemerintahan.

Beberapa bentuk tersebut antara lain :³⁴

- a. Peraturan kebijakan yang berbentuk peraturan.
Sebagai contoh peraturan kebijakan yang berbentuk peraturan adalah Permendagri No.4 Tahun 1976 tentang Tata Cara Pelaksanaan Penyerahan Urusan-urusan dari Daerah Tingkat I kepada Daerah Tingkat II.
- b. Peraturan kebijakan yang berbentuk keputusan.
Peraturan kebijakan yang berbentuk keputusan bukanlah KTUN. Sifat substansinya berbeda dengan KTUN yang bersifat konkret, individual, dan final. Contoh peraturan kebijakan berbentuk keputusan adalah Keppres No.29 Tahun 1984 tentang Pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara.

³³ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, hlm 274.

³⁴ Bagir Manan, *Peraturan Kebijakan*, Varia Peradilan, 2008, Cetakan ke-1, hlm 16-17.

c. Surat Edaran.

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

d. Instruksi.

Instruksi merupakan suatu bentuk keputusan yang bersifat hirarkis, berlaku bagi jajaran administrasi negara di bawah pembuat instruksi. Berdasarkan isinya, terdapat instruksi yang merupakan peraturan kebijakan dan ada juga yang bukan peraturan kebijakan. Instruksi tentang kebijakan konkret tertentu (khusus) tidak dapat dimasukkan sebagai peraturan kebijakan. Instruksi untuk melaksanakan tugas tertentu bukanlah peraturan kebijakan. Instruksi akan menjadi peraturan kebijakan jika disertai dengan ketentuan yang bersifat umum.

e. Pengumuman tertulis.

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

Secara teoretis, di dalam ilmu hukum administrasi mengenal konsep peraturan kebijakan sebagai produk hukum dari diskresi. Namun peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan sehingga implikasi mengikatnya tidak sama dengan peraturan perundangundangan. Namun pada praktiknya, kekuatan mengikat peraturan kebijakan sebenarnya telah mengalami perluasan.

Peraturan kebijakan, menurut Bagir Manan, tidak secara langsung mengikat secara hukum walaupun tetap mengandung relevansi hukum. Kekuatan mengikatnya hanya bagi badan atau pejabat administrasi negara sendiri. Meskipun ketentuan dalam peraturan kebijakan biasanya akan menyangkut masyarakat umum secara tidak langsung.³⁵ Sebagai contoh adalah suatu Juklak pelaksanaan tender. Juklak tersebut hanya berisi ketentuan tata cara administrasi negara dalam menyelenggarakan tender tetapi ketentuan-ketentuan tersebut secara tidak langsung akan terkait dengan calon peserta tender.

Walaupun sifat peraturan kebijakan pada hakikatnya tidak mengikat, tetapi pada praktiknya peraturan kebijakan memegang peranan penting dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dengan peranan yang penting dalam penyelenggaraan pemerintahan, seharusnya UU Administrasi Pemerintahan mengatur peraturan kebijakan, tetapi pada kenyataannya justru sebaliknya. Padahal peraturan kebijakan tidak dapat dilepaskan dari diskresi yang diatur dalam UU Administrasi Pemerintahan.

Peraturan kebijakan memiliki substansi dan kekuatan mengikat yang tidak berbeda dengan peraturan perundang-undangan. Menurut Attamimi, peraturan kebijakan jika dilihat dari bentuk dan formatnya seringkali sama dengan peraturan perundang-undangan, lengkap dengan pembukaan berupa konsiderans “menimbang”, dasar hukum “mengingat”, batang tubuh berupa pasal-pasal, bagian, bab, serta penutup yang serupa dengan peraturan perundang-undangan.³⁶ Praktik tersebut menunjukkan bahwa belum terdapat kejelasan tentang format dan substansi peraturan

³⁵ Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1997, hlm 170.

³⁶ A. Hamid S. Attamimi, *Hukum tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan (Hukum Tata Pengaturan)*, Pidato Purna Bakti Guru Besar Tetap Universitas Jakarta, 1993 hlm 13.

kebijakan. Peraturan kebijakan disebut bukanlah peraturan perundang-undangan tetapi sifat substansinya seringkali merupakan norma pengaturan untuk umum yang seharusnya diatur melalui peraturan perundang-undangan. Kondisi seperti ini dalam praktiknya tentu dapat menimbulkan ketidakpastian hukum, terutama dalam hal kekuatan mengikatnya. Oleh karena itu seharusnya peraturan kebijakan diatur dalam Undang-Undang untuk mencegah penggunaan peraturan kebijakan secara sewenang-wenang.

Van der Vlies, salah seorang ahli perundang-undangan Belanda, mengidentifikasi peraturan kebijakan di Belanda yang lebih banyak dibuat oleh menteri tidak bersumber pada Undang-Undang. Contoh peraturan menteri yang merupakan peraturan kebijakan adalah keputusan dan surat edaran mengenai pajak, peraturan subsidi, surat edaran mengenai orang asing serta surat edaran mengenai pelaksanaan Undang-Undang Tunjangan Sosial.³⁷ Van der Vlies kemudian membagi peraturan kebijakan di Belanda, pada praktiknya, ke dalam dua kategori, yaitu :³⁸

- a. Peraturan kebijakan karena kewenangan membuat *beschikking* yang timbul karena kewenangan menteri, dari suatu Undang-Undang, untuk membentuk *beschikking*. Namun Undang-Undang tidak merinci norma-norma apa saja yang perlu diperhatikan oleh menteri dalam membuat suatu keputusan. Oleh karena itu, seseorang tidak dapat mengetahui dari Undang-Undang tersebut dalam hal apa ia mempunyai atau tidak mempunyai hak atas keputusan yang diinginkannya sehingga ia berada dalam ketidakpastian hukum.
- b. Peraturan kebijakan karena kewenangan membuat keputusan lainnya, yang pada umumnya terkait dengan kewenangan yang timbul dari Undang-Undang tentang anggaran negara. Peraturan kebijakan ini timbul karena kondisikondisi dalam konteks penggunaan dana anggaran negara

³⁷ I.C. van der Vlies, *Buku Pegangan Perancang Peraturan Perundang-undangan*, Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia, 2005, hlm 192.

³⁸ *Ibid*, hlm 193.

memerlukan peraturan kebijakan untuk memudahkan pengelolaan dana tersebut.

Menurut Albertjan Tollenaar, peraturan kebijakan merupakan sebuah terobosan untuk mengatasi hambatan dari asas legalitas yang berakibat pada inefisiensi dan ketidakefektifan dalam pengambilan keputusan pada masyarakat yang berubah dengan cepat.³⁹

Lebih lanjut Tollenaar mengemukakan bahwa persyaratan yang paling penting dalam membentuk peraturan kebijakan adalah bahwa peraturan kebijakan harus diterapkan oleh badan administratif yang kompeten. Badan administratif yang kompeten adalah badan administratif memiliki wewenang untuk membuat keputusan individual. Jadi, misalnya, pemerintah kota yang kompeten untuk mengeluarkan izin bangunan juga memiliki kompetensi untuk menetapkan peraturan kebijakan yang berkaitan dengan izin tersebut.⁴⁰

Pengaturan peraturan kebijakan berdampak pada pelaksanaan peraturan yang tidak termasuk peraturan perundang-undangan, atau yang dikategorikan Tollenaar sebagai *soft law*. Kodifikasi peraturan kebijakan di Belanda membuat aplikasi *soft law* dalam pengambilan keputusan yang bersifat individual menjadi kompleks. Semenjak parlemen Belanda mendefinisikan peraturan kebijakan, hal tersebut juga berakibat pada implikasinya karena peraturan kebijakan menjadi memiliki kekuatan yang sama dengan peraturan perundang-undangan (*hard law*). Oleh karena itu badan-badan administratif dalam bertugas harus bertindak sesuai dengan peraturan kebijakan. Penyimpangan hanya diperbolehkan dalam 'keadaan khusus'.⁴¹

³⁹ Albertjan Tollenaar, *Soft Law and Policy Rules in the Netherlands* (2012) Netherlands Administrative Law Library 1, 4.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

Mengacu pada hukum positif di Indonesia, peraturan perundang-undangan yang dapat digunakan sebagai dasar hukum pembentukan dan pelaksanaan peraturan kebijakan ialah UU Administrasi Pemerintahan. Dalam undang-undang tersebut memang tidak disebutkan secara eksplisit mengenai definisi dari peraturan kebijakan. Namun, jika mengacu pada pendapat Bagir Manan yang menyatakan bahwa peraturan kebijakan (*beleidsregel, pseudowetgeving, policy rules*) yaitu peraturan yang dibuat – baik kewenangan maupun materi muatannya– tidak berdasar pada peraturan perundangundangan, delegasi atau mandat, melainkan berdasarkan wewenang yang timbul dari *freies ermessen* (diskresi), maka pembentukan dan pelaksanaan peraturan kebijakan harus memperhatikan definisi, lingkup, persyaratan, prosedur dan akibat hukum dari diskresi sebagaimana diatur dalam UU Administrasi Pemerintahan.⁴²

Jika melihat definisi dari diskresi yang terdapat dalam Pasal 1 angka 9 UU Administrasi Pemerintahan, maka bentuk diskresi terbatas hanya pada keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.

Berdasarkan Pasal 1 angka 7 UU Administrasi Pemerintahan, yang dimaksud dengan keputusan adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Sedangkan mengacu pada Pasal 1 angka 8 UU Administrasi Pemerintahan, yang dimaksud dengan tindakan adalah perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk

⁴² Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia* (Satu Kajian Teoritik), FH UII Press, Yogyakarta, 2004, hlm 15.

melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.

Dibatasiya lingkup diskresi pada UU Administrasi Pemerintahan hanya pada keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 9 UU Administrasi Pemerintahan berdampak pada ketiadaan regulasi (kekosongan hukum).⁴³

Dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan (*bestuurspraktijk*) di negara Belanda, menurut J.H. Van Kreveld terdapat jenis aturan hukum administrasi dengan berbagai sebutan, antara lain: *beleidslijnen* (garis-garis kebijakan), *het beleid* (kebijakan), *voorschriften* (peraturan-peraturan), *richtlijnen* (pedoman-pedoman), *regelingen* (petunjuk-petunjuk), *circulaires* (edaran-edaran), *resoluties* (resolusi-resolusi), *anschrijvingen* (instruksi-instruksi), *beleisnota's* (nota kebijakan), *reglementen (ministeriele)* (peraturan-peraturan menteri), *beschikkingen* (keputusan-keputusan), dan *bekennemakingen* (pengumuman-pengumuman).⁴⁴

Di negara Inggris, peraturan kebijakan yang dikeluarkan oleh departemen pemerintah, pemerintah daerah, dan badan publik lainnya dapat berbentuk "*circulars, codes of practice, official guidelines, et cetera*" (surat edaran, aturan-aturan pelaksana, pedoman-pedoman resmi, dan sebagainya).⁴⁵

Marcus Lukman mengemukakan bahwa pembentukan peraturan kebijakan dapat dicermati dari tanda pengenal umum *beleidregels* antara lain yaitu:⁴⁶

⁴³ Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1993, hlm 8

⁴⁴ Marcus Lukman, 1996, *Eksistensi Peraturan Kebijaksanaan dalam bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan di Daerah serta Dampaknya terhadap Materi Hukum Tertulis Nasional (Suatu Studi di Provinsi Kalimantan Barat Pembangunan lima tahun III, IV dan V)*, Disertasi di Universitas Padjadjaran Bandung, 1996, hlm. 181.

⁴⁵ AP Le Sueur dan JW Herberg, *Constitutional...* op,cit, hlm. 95.

⁴⁶ Marcus Lukman, *Eksistensi Peraturan...* op,cit, Disertasi, 1996, hlm. 183.

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

Lebih lanjut, Marcus mengatakan bahwa terlihat redaksi yuridis peraturan kebijaksanaan di negara Belanda ada yang dibentuk mengikuti format peraturan perundang-undangan biasa, dan diumumkan secara resmi dalam berita berkala pemerintah, walaupun di dalam konsiderannya tidak menunjuk kepada undang-undang yang memberikan wewenang pembentukannya kepada badan pemerintah yang bersangkutan. dapat pula ditentukan sendiri format yuridisnya oleh pejabat atau badan tata usaha negara yang memiliki ruang pertimbangan atau kebijaksanaan untuk itu.⁴⁷

Berkenaan dengan hal tersebut, H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt menulis bahwa bentuk peraturan kebijakan secara garis besar antara lain:⁴⁸

“er komen twee hoofdvormen van pseudowetgeving voor: algemene regels voor de uitoefening van bestuursbevoegheden door de pseudowetgever zelf, en regels voor het beleid dat ondergeschikten van de pseudowetgever moeten voeren.” (Ada dua bentuk utama dari perundang-undangan semu {baca: peraturan kebijakan} yaitu: peraturan kebijakan yang dibuat dan berlaku pagi pembuat peraturan kebijakan itu sendiri, dan peraturan kebijakan yang dibuat

⁴⁷ *Ibid*, hlm. 184-185.

⁴⁸ H.D. van Wijk & Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, Uitgeverij Lemma BV, Utrecht, 1988, hlm. 279.

dan berlaku bagi jabatan pemerintahan yang menjadi bawahan pembuat peraturan kebijakan).

Sedangkan, dalam praktik pemerintahan di Indonesia, disebutkan oleh Bagir Manan bahwa peraturan kebijakan dapat berupa instruksi, surat edaran, petunjuk, pengumuman, atau keputusan-keputusan yang berisi juklak dan juknis.⁴⁹

Perumusan peraturan kebijakan yang dibuat oleh organ pemerintah yang berwenang dengan berbagai bentuk sejatinya mengandung kewajiban bagi organ atau jabatan pemerintah agar menggunakan wewenangnya dengan efektif, efisien dan tepat. Peraturan kebijakan dalam praktek menjelma dalam bermacam-macam bentuk keputusan, instruksi, pengumuman, surat edaran, bahkan sering ditemui peraturan kebijakan berbentuk peraturan. Namun, secara substantif berbagai bentuk peraturan kebijakan tersebut di atas dapat berisi pedoman, petunjuk pelaksanaan, petunjuk teknis, atau berupa peraturan-peraturan umum lainnya. Jadi sebenarnya tidak ada peraturan kebijakan yang berbentuk pedoman, juklak atau juknis. pedoman, juklak atau juknis berkenaan substansinya, bukan berkenaan dengan bentuknya. Bentuknya sendiri dapat berupa peraturan dan bentuk-bentuk lainnya.⁵⁰

Dengan demikian, rumusan tersebut menunjukkan bahwa karakter peraturan kebijakan dan kaitannya dengan tolak ukur pengujian tidak dapat hanya dilihat dari bentuk formilnya, namun harus dilihat dari isinya (materiil). Ada peraturan kebijakan yang berbentuk keputusan atau ketetapan, ada juga berbentuk peraturan dan tidak menutup kemungkinan dalam bentuk instruksi, surat edaran, pengumuman (maklumat) dan lain sebagainya.

⁴⁹ Bagir Manan, *Asas, Tata Cara dan Teknik Penyusunan Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan*, Ceramah di Departemen Pertambangan dan Energi RI, Jakarta, 8 April 1994. hlm. 15.

⁵⁰ Bagir Manan, *Peraturan...* op.cit, hlm. 15 & 19.

2.2. Syarat Formil dan Materil Dalam Pembentukan Surat Edaran

Pembentukan norma hukum oleh administrasi negara memberikan manfaat dan kegunaan dalam hal penentuan dan penetapan norma-norma hukum oleh badan administrasi negara. Selain itu, dapat dilakukan perbedaan-perbedaan perlakuan atau penerapan norma hukum dalam situasi khusus tertentu yang dialami langsung masyarakat ketimbang harus menunggu pembuatan norma hukum oleh pembuat undang-undang. Hal tersebut menunjukkan bahwa doktrin tanpa pendelegasian wewenang telah usang dan tak sesuai lagi dengan realitas pemerintahan dewasa ini (*the non-delegation doctrine has failed*). Terkait hal itu, Kenneth Culp Davis menyebutkan sebagai berikut :⁵¹

“...The non-delegation doctrine does not prevent delegation of legislative power. It does not prevent delegation of power to make law and to exercise discretion in individual cases. And it does not even assure meaningful legislative standards...the original objective of preventing the delegation of legislative power and the later objective of requiring every delegation to be accompanied by meaningful statutory standards had to fail, should have failed, and did fail.” (doktrin tanpa pendelegasian tidak menghalangi pendelegasian wewenang legislatif. Ia tidak menghalangi pendelegasian wewenang untuk membuat aturan dan menjalankan diskresi dalam kasus-kasus tertentu. Dan hal itu tidak jadi jaminan berarti standar pembentuk peraturan perundang-undangan tujuan original dari mencegah pendelegasian wewenang legislatif dan kemudian tujuan yang memerlukan setiap delegasi disertai oleh standar aturan yang berarti telah gagal, harus telah gagal, dan melakukan kegagalan).

Di dalam teori hukum administrasi negara, pelaksanaan wewenang tersebut dilakukan bersandar pada asas kebebasan bertindak (*beleidsvrijheid* atau

⁵¹ Kenneth Culp Davis, *Administrative...op,cit*, hlm. 27 & 34.

beoordelingsvrijheid) atau lazim disebut *freies ermessen*.⁵² Atas dasar itu, badan administrasi negara dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan secara faktual diberikan keleluasaan bertindak atau disertai wewenang-wewenang diskresioner yang lebih besar maka, wewenang diskresi melekat pada jabatan pemerintahan (*inherent aan het bestuur*). Apabila dilihat dari bentuknya yang tertulis, hukum administrasi yang berupa peraturan perundang-undangan tetap merupakan komponen utama sistem peraturan perundang-undangan.⁵³

Pelaksanaan wewenang diskresi juga bukan berarti menegasikan asas legalitas, melainkan berfungsi menciptakan fleksibilitas dalam penyelenggaraan pemerintahan. Berkenaan dengan hal itu, Ridwan menulis sebagai berikut :⁵⁴

“...Pemberian diskresi kepada organ pemerintah itu bukan berarti menggeser apalagi meniadakan asas legalitas. Diskresi pemerintah berfungsi untuk mendinamisir keberlakuan undang-undang terhadap persoalan faktual yang semakin kompleks...bahwa sesuai dengan sifatnya undang-undang itu merupakan peraturan umum dan abstrak serta hanya menentukan hal-hal pokok sehingga tidak dapat menjawab semua masalah, apalagi yang bersifat kongkrit dan detail. Guna menghadapi hal-hal yang bersifat kongkrit dan detail, organ pemerintah dapat membuat dan menggunakan peraturan perundang-undangan atau peraturan kebijakan.”

Peraturan kebijakan tidak sekedar mengisi kekosongan hukum dan menjamin fleksibilitas penyelenggaraan pemerintahan belaka tetapi sebagai juga instrumen pemenuhan hak-hak warga negara untuk mewujudkan kesejahteraan sosial di dalam kerangka negara hukum. Persoalan sebenarnya yang dihadapi pemerintah sering

⁵² Bagir Manan, “Peraturan Kebijakan”, Makalah ini pernah disampaikan pada penataran dosen Fakultas Hukum seluruh Sumatra, yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, tanggal 5 April 1994, hlm. 12.

⁵³ Bagir Manan, “Peranan Hukum Administrasi Negara Dalam Pembentukan Peraturan Perundangundangan”, Makalah disampaikan dalam Penataran Nasional Hukum Administrasi Negara, diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Ujung Pandang, 31 Agustus 1996. hlm. 15.

⁵⁴ Ridwan, *Diskresi...op,cit*, hlm. 142.

berada pada hal-hal faktual sedikit banyak dapat menghambat jalannya penyelenggaraan pemerintahan, oleh karena itu, organ pemerintah diberikan wewenang diskresi guna mendinamisir pelaksanaan UU yang bersifat umum dan abstrak sehingga tidak akan selalu mengatur secara tuntas permasalahan yang timbul dan menyebabkan kekosongan hukum (*leemten*) yang kesemuanya itu dapat diisi dan dijawab melalui peraturan kebijakan (*beleidsregel*).

Organ atau jabatan pemerintah dalam menjalankan tugasnya dilekati wewenang legislasi (*delegated legislation*), baik berupa mengeluarkan produk hukum peraturan (*regeling*), keputusan (*beschikking*) maupun peraturan kebijakan (*beleidsregel*).⁵⁵ Wewenang legislasi pemerintah selain bersandar pada peraturan perundang-undangan (asas legalitas), didasarkan juga pada diskresi pemerintah (*ermessen*). Menurut Philipus M. Hadjon, produk semacam peraturan kebijaksanaan ini tidak terlepas dari kaitan penggunaan *freies ermessen*.⁵⁶ Badan atau organ administrasi yang merumuskan diskresinya dalam bentuk tertulis pada umumnya akan menjadi peraturan kebijakan. Dikatakan pada umumnya karena tidak selalu tindakan pemerintah atas dasar diskresi itu melahirkan peraturan kebijakan. Dapat saja tindakan pemerintah yang didasarkan pada diskresi itu melahirkan peraturan perundang-undangan ataupun menghasilkan bentuk tindakan-tindakan nyata pemerintah (*feitelijke handelingen*).

Pengertian peraturan kebijakan (*beleidregels; policy rule*) susah dijumpai di dalam hukum positif di Indonesia, termasuk di dalam UU No. 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan maupun dalam UU no. 30 tahun 2014

⁵⁵ Kewenangan legislasi atau pendelegasian kekuasaan kepada organ pemerintah untuk membuat dan menerapkan instrumen hukum, dikenal juga dengan berbagai istilah yaitu: *delegatie van de wetgeving, instrument legislation, terugtred van de wetgever* (langkah mundur pembuat undang-undang), *secondary legislation*, peraturan delegasian, dan *subordinate legislation etc. Ibid*, hlm. 131.

⁵⁶ Philipus M. Hadjon et. al, *Pengantar Hukum Administrasi Di Indonesia*, cet-11, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 152.

tentang Administrasi Pemerintahan. Ketiadaan perumusan pengertian peraturan kebijakan dalam kerangka hukum positif, telah cukup menjelaskan bahwa peraturan kebijakan (*beleidregels*) bukanlah isu hukum yang menarik dan cukup penting bagi pembentuk UU di Indonesia.

Dalam ketentuan Pasal 1 angka (9) UU Administrasi Pemerintahan hanya merumuskan pengertian diskresi padahal, konsep diskresi sebenarnya bermakna lebih luas daripada peraturan kebijakan. Diskresi merupakan genus dari peraturan kebijakan dan sebaliknya peraturan kebijakan adalah bagian dari diskresi. Adanya peraturan kebijakan karena adanya diskresi sebelumnya atau peraturan kebijakan lahir akibat penggunaan wewenang diskresi. Dengan kata lain, eksisnya wewenang diskresi tidak bergantung pada peraturan kebijakan melainkan sebaliknya. Sebagaimana pernah disinggung di atas bahwa kewenangan diskresi tidak hanya melahirkan peraturan kebijakan, dapat saja menghasilkan bentuk-bentuk tindakan nyata pemerintah (*feitelijke handelingen*) ataupun peraturan perundang-undangan.⁵⁷

Peraturan kebijakan bukanlah berasal dari suatu wewenang pembentuk undang-undang (*wetgever*) dan bila digunakan kriteria formal bukanlah termasuk peraturan perundang-undangan. Indroharto mengatakan bahwa isi muatan peraturan kebijakan merupakan pelaksanaan atau penjabaran kebijaksanaankebijaksanaan lebih lanjut dari wewenang diskresioner yang memiliki dan yang harus dilaksanakan oleh para badan atau jabatan TUN sebagai aparat pemerintah, oleh karena itu dinamakan peraturan kebijakan (*beleidregel*).⁵⁸

⁵⁷ H.M. Laica Marzuki, "Peraturan Kebijaksanaan (*Beleidregel*): Hakikat Serta Fungsinya Selaku Sarana Hukum Pemerintahan", Makalah ini pernah disajikan pada penataran hukum nasional hukum acara dan hukum administrasi negara, yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin tanggal 26 – 31 Agustus 1996 di Ujung Pandang, hlm. 8

⁵⁸ Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I*, Cetakan Keenam, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1996, hlm. 197.

Berkenaan dengan kemunculan peraturan kebijakan, Ridwan mengatakan tampak kemunculan peraturan kebijakan disebabkan karena beberapa kemungkinan yakni sebagai berikut:⁵⁹

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

Sebagaimana lazimnya sebuah konsep hukum, suatu peraturan kebijakan akan selalu terkandung unsur-unsur (*elemen*). H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan bahwa secara esensial peraturan kebijakan selalu berkenaan dengan:⁶⁰

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

Berkenaan dengan hal tersebut, H.M. Laica Marzuki merumuskan adanya tiga komponen utama dari peraturan kebijakan, yakni:⁶¹

⁵⁹ Ridwan HR, Op.Cit. hlm 98

⁶⁰ H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...*op,cit, hlm. 278.

⁶¹ H.M. Laica Marzuki, *Peraturan Kebijaksanaan...*op,cit, hlm.5

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

Mengacu pada konsep *beleidregels* tersebut yang disesuaikan dengan kondisi negara hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945, lebih lanjut, Marcus Lukman berpandangan bahwa peraturan kebijakan dalam sistem hukum nasional Indonesia secara makro memiliki ciri-ciri umum dan tipe sebagai berikut:⁶²

1. Dasar kewenangan pembentukan
 - a. kebebasan mempertimbangkan intra-legal yang bersumber pada peraturan perundang-undangan, dapat melahirkan: (1) peraturan kebijaksanaan intra-legal; (2) peraturan kebijaksanaan kontra-legal. kedua tipe peraturan kebijaksanaan ini memiliki derajat sebagai peraturan perundang-undangan. keabsahannya. dapat diuji berdasarkan norma-norma dan asas-asas yang berlaku bagi pengujian peraturan perundang-undangan, serta berdasarkan asas *doelmatigheid* dan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak.
 - b. kebebasan mempertimbangkan ekstra-legal, tidak diatur secara tegas oleh peraturan perundang-undangan, tetapi dimungkinkan berdasarkan; konvensi

⁶² Marcus Lukman, *Eksistensi Peraturan...op,cit*, Disertasi, 1996, hlm. 146- 147.

ketatanegaraan, kebiasaan administrasi, asas *doelmatigheid*, dan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak. dapat melahirkan; (1) peraturan kebijaksanaan ekstralegal; dan (2) peraturan kebijaksanaan kontra-legal. kedua jenis peraturan perundang-undangan. keabsahannya hanya dapat diuji semata-mata berdasarkan; konvensi ketatanegaraan, kebiasaan administrasi, asas *doelmatigheid*, dan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak.

2. Subyek yang berwenang

Pejabat atau badan tata usaha negara di tingkat pusat dan daerah

3. Tujuan atau keperluan

Guna memberikan aturan-aturan, pedoman-pedoman atau petunjuk-petunjuk secara umum maupun teknis administratif, kepada aparat pelaksana di lingkungan administrasi negara.

4. Kekuatan mengikat

Dapat bersifat umum abstrak, umum kongkret dan kongkret umum secara langsung maupun tidak langsung, intern maupun ekstern.

5. Bentuknya

Peraturan, Keputusan, Surat Keputusan Bersama, Instruksi, Surat Edaran, dan Surat-Surat Resmi.

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

menyimpangi peraturan perundang-undangan. Kelima, tindakan organ pemerintah harus dapat dipertanggungjawabkan baik secara hukum maupun moral. Dengan begitu dapat diuji terutama dengan asas larangan penyalahgunaan wewenang, asas larangan tindakan sewenang-wenang dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) lainnya.

H.M. Laica Marzuki mengatakan bahwa peraturan kebijakan (*beleidregel*) adalah produk pejabat TUN atas dasar penggunaan *ermessen*. Peraturan kebijakan dibentuk sehubungan dengan pengaturan operasional atau penjabaran peraturan perundang-undangan (*algemene verbindende voorschrift*). Dengan begitu peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan dan kehadirannya dimaksudkan untuk mendinamisir implementasi suatu UU yang sesuai dengan sifatnya bersifat umum dan abstrak sehingga tidak mampu menjawab semua persoalan yang dihadapi organ pemerintah.⁶³

Sehubungan dengan itu, Philipus M. Hadjon mengemukakan sebagai berikut:⁶⁴

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

Hal senada juga dikemukakan N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge bahwa peraturan kebijakan adalah pemberitahuan tertulis mengenai cara pemerintahan akan menggunakan wewenangnya. Lebih lengkapnya sebagai berikut:⁶⁵

⁶³ H.M. Laica Marzuki, *Peraturan Kebijaksanaan...*op,cit, hlm. 3.

⁶⁴ Philipus M. Hadjon et. al., *Pengantar...*op,cit, hlm. 152.

⁶⁵ N.M Spelt dan J.B.J.M Ten Berge, *Pengantar Hukum Perizinan*, disunting oleh Philipus M. Hadjon, Cetakan Pertama, Yuridika, Surabaya, 1993, hlm. 20-21

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

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

Menurut Bernard Schwartz bahwa “*absolute discretion is a ruthless master. It is more destructive of freedom than any of man’s other interventions*” (diskresi tanpa batas merupakan sosok yang kejam. Ia lebih menghancurkan kebebasan dibandingkan intervensi seseorang atas pihak lain).⁶⁶

Terkait hal itu, Ridwan menyebutkan sebagai berikut.⁶⁷

“...Diskresi dan peraturan kebijakan yang mengarah pada penyimpangan dan kesewenang-wenangan adalah penggunaan diskresi yang tidak sah, sedangkan

⁶⁶ Ridwan, *Diskresi...*op,cit, hlm. 152.

⁶⁷ *Ibid*, hlm. 153-154.

diskresi dan peraturan kebijakan yang mengarah pada penyelenggaraan pemerintahan yang efektif dan efisien serta tidak bertentangan dengan norma hukum merupakan penggunaan diskresi yang sah. Atas dasar itu, diperlukan norma agar penggunaan diskresi dan peraturan kebijakan itu mengarah pada penyelenggaraan pemerintahan yang efektif dan efisien.”

Untuk menghindari peraturan kebijakan melampaui batas-batas kebebasan bertindak dan merusak tatanan hukum yang berlaku, sangat perlu untuk menemukan asas-asas yang dapat menjadi kendali bagi peraturan kebijakan. Asas-asas tersebut antara lain asas-asas negara berdasarkan atas hukum, asas perlindungan terhadap masyarakat dan asas-asas umum penyelenggaraan administrasi yang layak. Di luar asas-asas tersebut, peraturan kebijakan tidak lagi dalam kerangka *freies ermessen*, tetapi dapat menjadi tindakan sewenang-wenang.⁶⁸

Menurut Ridwan⁶⁹, dengan bersandarkan pada norma-norma penggunaan diskresi dan peraturan kebijakan dalam sistem *common law* yang menggunakan pendekatan *ultra vires* dan sistem *civil law* yang menggunakan pendekatan *rechtmatigheid* dan *doelmatigheid*, dapat disebutkan bahwa keabsahan diskresi dan peraturan kebijakan dalam sistem *common law* adalah legalitas dan rasionalitas, yang mencakup pertimbangan yang relevan, tujuan yang layak, kejujuran dan keterbukaan, serta konsistensi. Sedangkan dalam sistem *civil law*, diskresi dianggap memiliki keabsahan jika tidak bertentangan dengan hukum tertulis (*gescrheven recht*) dan hukum tidak tertulis (*ongescrheven recht*), yakni asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen behoorlijk bestuur*). Disamping itu, karena di dalam diskresi itu terkandung makna pertimbangan berbagai kepentingan terkait, pilihan, dan pencapaian tujuan, maka keabsahan diskresi dan peraturan kebijakan juga didasarkan

⁶⁸ Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara*, Cetakan Keenam, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983, hlm. 100.

⁶⁹ Ridwan, *Diskresi...Ibid*, hlm. 154-156.

pada prinsip rasionalitas (*redelijkheid*), efektifitas dan efisiensi (*doeltreffendheid en doelmatigheid*).

Doktrin *ultra vires* sering dipersamakan dengan *excess of discretion* (diskresi yang berlebihan). Roger Douglas dan Melinda Jones mengatakan “*the doctrine of ultra vires requires that administrative action not exceed the limit of the grant of power*” (doktrin *ultra vires* menghendaki tindakan administrasi itu tidak melampaui batas kekuasaan atau wewenang yang diberikan).⁷⁰ Lebih lanjut, Roger Douglas dan Melinda Jones menyebutkan sebagai berikut:⁷¹

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

Syarat formil pembentukan surat edaran terdiri dari komponen subjektum (dibuat oleh badan atau pejabat tata usaha negara) dan komponen kewenangan (tidak

⁷⁰ Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, First Published, Spinger, New York, 2007, hlm. 37.

⁷¹ Roger Douglas dan Melinda Jones, *Administrative Law; Commentary and Materials*, The Federation Press, Sydney, Edisi Ketiga, 1999, hlm. 51.

memiliki kewenangan perundang-undangan namun secara tidak langsung mengikat). Sedangkan yang menjadi syarat materiil pembentukan surat edaran yakni komponen materi atau substantif karena isi dari peraturan kebijakan tersebut memuat aturan umum dan hanya berbentuk peraturan operasional saja.

Sehingga apabila dilihat dari syarat formil pembentukan surat edaran, dengan diberlakukannya Surat Edaran Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional nomor 2/SE-HT.02.01/VI/2019 yang menjadi komponen subjekturnya adalah Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional. Komponen wewenangnya yakni penerbitan sertipikat Hak Guna Bangunan yang diajukan oleh Persekutuan Komanditer. Kemudian komponen substansinya adalah pengajuan kepemilikan sertipikat Hak Guna Bangunan oleh Persekutuan Komanditer.

2.3. Kedudukan Surat Edaran Dalam Sistem Hukum Indonesia

Surat edaran sebagai salah satu bentuk dari peraturan kebijakan lahir dari kewenangan bebas (diskresi) yang dimiliki oleh pemerintah. Pembuatan peraturan kebijakan tidak memiliki dasar yang tegas dalam UUD 1945 dan undang-undang formal baik langsung maupun tidak langsung. Artinya peraturan kebijakan tidak didasarkan pada kewenangan pembuatan undang-undang oleh karena itu tidak termasuk peraturan perundang-undangan. Peraturan kebijakan adalah semacam hukum bayangan dari undang-undang atau hukum. Oleh karena itu, peraturan ini disebut pula dengan istilah *pseudo-wetgeving* (perundang-undangan semu) atau *spiegelrecht* (hukum bayangan/cermin).⁷²

⁷² Sadhu Bagas Suratno, *Pembentukan Peraturan Kebijakan Berdasarkan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*, e-Journal Lentera Hukum Universitas Jember, 2017, Volume 4, hlm 170.

Surat Edaran Nomor 2/SE-HT.02.01/VI/2019 tentang Pemberian Hak Guna Bangunan kepada Persekutuan Komanditer (*Commanditaire Vennootschap*) diterbitkan oleh Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala BPN dalam melaksanakan tugas utama untuk menyelenggarakan urusan pemerintah di bidang agraria/pertanahan dan tata ruang untuk membantu Presiden dalam menyelenggarakan pemerintahan negara serta melaksanakan tugas pemerintahan di bidang pertanahan.

Wewenang Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala BPN tersebut diberikan dengan dasar peraturan perundang-undangan, khususnya Peraturan Presiden Nomor 17 Tahun 2015 tentang Kementerian Agraria dan Tata Ruang dan Peraturan Presiden Nomor 20 Tahun 2015 tentang Badan Pertanahan Nasional. Surat Edaran Nomor 2/SE-HT.02.01/VI/2019 tersebut diterbitkan sebagai petunjuk pelaksanaan bagi Kantor Pertanahan dalam melakukan pelayanan pemberian Hak Guna Bangunan kepada Persekutuan Komanditer.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 2019 telah mengatur tentang jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas :

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

Berdasarkan jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan tersebut tidak diatur tentang Peraturan Menteri ataupun Surat Edaran Menteri, namun demikian tidak membuat suatu Peraturan Menteri ataupun Surat Edaran Menteri yang diterbitkan

menjadi tidak berlaku serta tidak mempunyai kekuatan mengikat layaknya suatu peraturan perundang-undangan.

Dalam praktek pelaksanaan pemerintahan sehari-hari, seringkali dijumpai produk peraturan kebijakan (*beleidregel, policy rule*) yang memiliki karakteristik berbeda dengan peraturan perundang-undangan. Produk peraturan kebijakan tidak terlepas dari penggunaan *Freies Ermessen*, yaitu badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan merumuskan kebijaksanaannya dalam berbagai bentuk “*juridische regels*” seperti peraturan, pedoman, pengumuman, surat edaran dan mengumumkan kebijaksanaan itu.⁷³

Freies Ermessen merupakan kebebasan administrasi negara melakukan suatu tindakan (dengan berbuat atau tidak berbuat) untuk mencapai tujuan atau manfaat tertentu (*doelmatigheid*) di luar batas ketentuan yang berlaku. Namun demikian, tidak berarti dapat dilakukan secara atau untuk sesuatu yang melawan hukum. Kendali terhadap asas *Freies Ermessen* adalah asas-asas umum penyelenggaraan administrasi negara yang baik (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*). *Freies Ermessen* dalam pelaksanaannya memperhatikan kepantasan atau kepatutan sesuai dengan keadaan faktual yang dihadapi pejabat administrasi.

Kebebasan bertindak (*Freies Ermessen*) tersebut dilaksanakan untuk menyelesaikan suatu permasalahan konkrit yang pada dasarnya:⁷⁴

1. Belum atau tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengatur penyelesaian masalah tersebut, padahal masalah tersebut menuntut segera untuk diselesaikan;
2. Peraturan perundang-undangan telah memberikan kebebasan untuk bertindak penuh; dan

⁷³ Philipus M. Hadjon et.al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Penerbit Gadjah Mada University Pers, Yogyakarta, 2005, hlm. 130.

⁷⁴ *Ibid.* hlm. 73-74.

3. Adanya delegasi dari suatu peraturan perundang-undangan.

Kebebasan bertindak tersebut diwujudkan dalam bentuk penerbitan peraturan kebijakan (*beleidregel*) dalam berbagai format. Pembentukan peraturan kebijakan ini merupakan hal lumrah terjadi dalam praktik pemerintahan. Peraturan kebijakan tetap diakui sebagai peraturan perundangan selama memenuhi ciri-ciri sebagai berikut:

1. Berupa keputusan atau peraturan tertulis yang mempunyai bentuk dan format tertentu;
2. Dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah yang dibentuk berdasarkan kewenangan perundang-undangan, baik bersifat atribusi maupun bersifat delegasi;
3. Memuat norma hukum yang mengikat secara umum artinya norma hukum yang ditujukan untuk orang banyak dan tidak ditujukan kepada individu tertentu, tetapi berlaku bagi siapapun;
4. Melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan artinya pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut telah diatur dalam peraturan perundang-undangan tertentu.

Surat Edaran Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala BPN Nomor 2/SEHT.02.01/VI/2019 diterbitkan dengan memenuhi kaidah Kebebasan Bertindak (*Freies Ermessen*) serta diwujudkan dalam bentuk penerbitan peraturan kebijakan (*beleidregel*) dengan format surat edaran Menteri, dalam rangka memberikan petunjuk pelaksanaan dalam proses pemberian hak guna bangunan kepada persekutuan komanditer, terutama kepada Kantor Pertanahan selaku bawahan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala BPN serta sebagai pelaksana pencatatan dan pendaftaran hak atas tanah.

Dengan demikian maka Surat Edaran Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala BPN Nomor 2/SE-HT.02.01/VI/2019 adalah berlaku dan mengikat serta menjadi salah satu aturan pelaksana dalam Hukum Tanah Nasional Indonesia, terutama pada

pemberian Hak Guna Bangunan kepada persekutuan komanditer yang didasarkan pada Pasal 36 UUPA yang mengatur tentang subjek yang dapat menguasai hak guna bangunan.

Kepemilikan para sekutu terhadap persekutuan komanditer akan bergantung kepada jumlah pemasukan yang mereka lakukan serta dengan berjalannya waktu akan dipengaruhi oleh pembagian peran antara sekutu komanditer dan sekutu komplementer. Hal tersebut akan berpengaruh jika ada sekutu yang memutuskan untuk keluar ataupun pada saat pembubaran persekutuan komanditer akan menemukan masalah terkait dengan berapa bagian yang dimiliki oleh para sekutu terhadap Hak Guna Bangunan, terutama yang didapatkan dari kegiatan usaha dan menjadi harta bersama para sekutu.

Selain dalam masalah kepemilikan, pembagian keuntungan antara para sekutu dalam persekutuan komanditer akan mempengaruhi kepemilikan terhadap Hak Guna Bangunan yang menjadi harta bersama persekutuan. Pembagian keuntungan dalam persekutuan komanditer dapat diperjanjikan oleh para sekutu atau mengikuti perbandingan jumlah pemasukan ke dalam persekutuan. Namun demikian, apabila tidak diperjanjikan dan mengikuti perbandingan jumlah pemasukan maka hal tersebut akan menimbulkan ketimpangan, terutama pada sekutu komplementer atau pengurus yang hanya memberikan tenaga atau keahliannya ke dalam persekutuan dan mendapatkan bagian terkecil dari keuntungan sesuai dengan Pasal 1633 KUHPerdara, sementara sekutu komplementer tersebut akan bertanggungjawab penuh sampai dengan harta pribadinya terhadap perikatan yang dibuat oleh persekutuan komanditer.