

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar belakang

Bentuk negara Indonesia sebagai Negara Kesatuan (*unitary state*) telah disepakati para pemimpin negara dan seluruh rakyat Indonesia sejak zaman kemerdekaan dengan merujuk pada luas wilayah Indonesia mulai dari Sabang sampai Merauke. Konsep Negara Kesatuan dipilih karena lebih dapat menggambarkan atau merepresentasikan kebhinekaan yang ada diseluruh wilayah negara Indonesia. Hal tersebut sesuai teks tertuang dalam pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 yang menyatakan :

“Negara Indonesia ialah Negara Kesatuan yang berbentuk Republik”

Konsekwensi awal pemilihan bentuk Negara Kesatuan Indonesia adalah tidak mengenalnya “ada negara dalam suatu negara”. Wilayahnya dibagi atas daerah-daerah provinsi, daerah-daerah kabupaten/ kota yang semua wilayah tersebut tunduk pada pemerintah pusat. Hal tersebut sesuai teks naskah yang Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 pasca amandemen yang berbunyi :

“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 ”

Konsekwensi lain dari pemilihan bentuk negara sebagai kesatuan adalah negara tersebut dipimpin oleh presiden, presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintah. Hal tersebut sesuai teks naskah dalam pasal 4 (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 yang menyatakan :

“Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan Pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar ”

Presiden dalam menjalankan pemerintahan berhak mengangkat ataupun memberhentikan menteri, Hal tersebut sesuai dengan bunyi teks pada pasal 17 (2) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 yang menyatakan :

“menteri-menteri itu diangkat dan diberhentikan oleh presiden”

Presiden dalam menjalankan pemerintahan dibantu oleh menteri-menteri negara yang membidang urusan tertentu guna membuat acuan dasar/ program kerja bagi seluruh aspek pemerintahan baik dipusat maupun di daerah. Hal tersebut sesuai dengan bunyi teks pada pasal 17 (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 yang menyatakan :

“Presiden dibantu oleh menteri-menteri negara”

Dan bunyi teks pada pasal 17 (3) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 yang menyatakan :

“setiap menteri membidangi urusan tertentu dalam pemerintahan”

Menteri dalam pelaksanaan kegiatan pemerintahan menerbitkan peraturan. Dalam peraturan yang diterbitkan oleh menteri lebih dikenal dengan nama Peraturan Menteri .

Peraturan Peraturan Menteri yang mempunyai fungsi sebagai peraturan pelaksana yang akan diikuti oleh semua SKPD (satuan kerja perangkat daerah) di seluruh Indonesia baik di tingkat provinsi maupun kabupaten/ kota.

Pemerintah dalam praktiknya, seringkali menggunakan Peraturan Menteri sebagai dasar hukum dalam petunjuk pelaksanaan kegiatan pemerintahan. Menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 pasal 7 (1) yang termasuk peraturan perundang-undangan adalah :

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, dan*
7. *Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota*

Peraturan Menteri bila 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 seperti dengan peraturan perundang-undangan. Substansi Peraturan Menteri tersebut yang berlaku umum, bagi seluruh SKPD (Satuan Kerja Perangkat Daerah) sangat sulit untuk dibedakan dengan sifat substansi peraturan perundang-undangan yang juga berlaku umum. Hal ini menunjukkan secara praktis Peraturan Menteri juga seringkali digunakan sebagai peraturan yang memiliki kekuatan mengikat sehingga tidak berbeda dengan peraturan perundang-undangan.

Hal tersebut menunjukkan bahwa penggolongan Peraturan Menteri sebagai salah satu produk perundang-undangan adalah sudah tepat. Hal tersebut tertuang dalam teks pada pasal 8 (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan, yang menyatakan :

*“jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 7 (1) mencakup **peraturan** yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, **Menteri**, 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 Kabupaten/ Kota, Bupati/walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.”*

Sebuah contoh dalam Peraturan Menteri Koperasi Nomor 1 Tahun 2006 Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pembentukan, Pengesahan Akta Pendirian Dan Perubahan Anggaran Dasar koperasi yang memberikan petunjuk mengenai pembentukan Badan Hukum Koperasi diseluruh Indonesia atau Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 24 tahun 2006 tentang Pedoman Penyelenggaraan Pelayanan Perijinan Terpadu Satu Pintu, yang menjadi petunjuk pelaksanaan dalam pembentukan Perijinan Satu Pintu di semua Provinsi, Kabupaten dan Kota se Indonesia.

Hal berbeda sekaligus juga menarik yang terdapat dilapangan adalah gubernur sebagai penguasa didaerah adalah juga wakil dari pemerintah Pusat dan bertanggung jawab kepada presiden seperti halnya menteri yang berada dipusat yang bertanggung jawab pula kepada presiden. Hal tersebut sesuai dengan bunyi teks pada pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah yang menyatakan :

*“Dekonsentrasi adalah pelimpahan sebagian Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Pemerintah Pusat kepada **gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat**, kepada instansi vertikal di wilayah tertentu, dan/atau kepada gubernur dan bupati/wali kota sebagai penanggung jawab urusan pemerintahan umum”*

Pasal 25 angka 4 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah :

*“**Dalam melaksanakan urusan pemerintahan umum, gubernur bertanggung jawab kepada Presiden melalui Menteri dan bupati/wali kota bertanggung jawab kepada Menteri melalui gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat**”.*

Gubernur sebagai penguasa daerah berhak mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahannya asalkan sesuai asas otonomi dan tugas pembantuan. Hal tersebut sesuai dengan bunyi teks pada pasal 18 (2) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 yang menyatakan :

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

Sebagai dasar pelaksanaan di daerah, maka Gubernur berhak menerbitkan Peraturan Daerah Provinsi dan peraturan daerah lain unruk pelaksanaan otonomi daerah dan tugas pembantuan. Peraturan lain tersebut dapat berupa Peraturan Kepala Daerah (Perkada), Peraturan Gubernur (Pergub)/ Keputusan Gubernur (Kepgub), Hal tersebut sesuai dengan bunyi teks pada pasal 18 (6) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 yang menyatakan :

“Pemerintah daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan”

Dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 lebih jauh dijelaskan pada pasal 18 (7) mengenai :

“susunan dan tata cara penyelenggaraan pemerintah daerah diatur dalam undang-undang”

Hal tersebut dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, sehingga daerah baik provinsi maupun kabupaten/kota tunduk pada aturan ini. Ruang gerak daerah dalam menjalankan pemerintahannya didasarkan pada Asas Otonomi dan Tugas Pembantuan.

Dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah maka daerah dapat memandirikan dirinya sehingga dapat berkreasi dan berkembang sesuai potensi daerah yang dimilikinya.

Dalam rangka kemandirian tersebut daerah-daerah yang sanggup mengelola daerahnya dengan baik berlomba melakukan pelayanan dasar kepada rakyatnya sebagai pelayan masyarakat namun dalam kerangka Negara Kesatuan.

Saat ini Dinas/ Badan yang dahulunya bernaung dalam ruang lingkup pusat sebagai Kanwil (Kantor Wilayah) telah berubah statusnya menjadi SKPD (Satuan Kerja Perangkat Daerah) dan otomatis menjadi Abdi Negara milik daerah.

Muncul sebuah permasalahan ketika pegawai SKPD (Satuan Kerja Perangkat Daerah) mengimplementasikan/ mengaplikasikan aturan hukum yang berasal dari Peraturan Menteri sedangkan saat ini telah memasuki era otonomi daerah dan gubernur sebagai penguasa dilingkup pemerintah provinsi dan mempunyai wilayah mengeluarkan kebijakannya yang notabennya Gubernur adalah selaku wakil pemerintahan yang diakui keberadaannya oleh Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945. Kebijakan yang diterbitkan oleh Gubernur tersebut sesuai dengan kewenangannya dengan Peraturan Menteri, manakah yang harus diikuti oleh pegawai SKPD (Satuan Kerja Perangkat Daerah) dalam proses pemerintahan.

Kondisi seperti ini dalam praktiknya menimbulkan ketidakpastian hukum, terutama dalam hal norma hukum dan kekuatan mengikatnya.

Berdasarkan latar belakang tersebut, penulis menganggap perlu adanya penelitian hukum yang mengkaji kewenangan Gubernur terhadap Peraturan Menteri. Hal inilah yang mendorong penulis ingin melakukan penelitian hukum dengan judul “Kedudukan Peraturan Menteri Dalam Pelaksanaan Pemerintahan Daerah Provinsi”.

Isu hukum Kedudukan Peraturan Menteri akan dikaji dengan menjawab dua permasalahan hukum yang terkait dengan isu tersebut, yaitu:

1. Apa karakteristik dari Peraturan Menteri ?
2. Apa *legal standing* dari Peraturan Menteri terhadap kewenangan yang dimiliki gubernur?

B. Tujuan Penelitian

Berdasarkan isu hukum yang telah diidentifikasi tersebut, penelitian ini mempunyai tujuan sebagai berikut:

1. Untuk mengkaji Peraturan Menteri.
2. Untuk mengetahui legal standing Peraturan Menteri terhadap kewenangan yang dimiliki gubernur.

C. Manfaat Penelitian

Melalui penelitian ini, diharapkan dapat memberikan manfaat teoritis dan praktis sebagai berikut:

1. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam perkembangan sistem ketatanegaraan, lebih spesifiknya mengenai Peraturan Menteri terhadap kewenangan gubernur di Indonesia. Kontribusi tersebut akan memperjelas kedudukan Peraturan Menteri dalam tata peraturan perundang-undangan di Indonesia serta memperjelas kewenangan seorang gubernur sebagai wakil pemerintah pusat yang berada di daerah.
2. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam praktik hukum di Indonesia, terutama bagi aparatur birokrasi dalam menempatkan Peraturan Menteri ketika menjalankan wewenangnya.

D. Kerangka Teoritis

1. Teori Negara Kesatuan

Dalam Pasal 1 ayat (1) UUD 1945 dinyatakan bahwa Negara Indonesia adalah Negara Kesatuan, yang berbentuk Republik. Dalam menjalankan pemerintahannya, Indonesia menganut sistem desentralisasi yang dalam pelaksanaannya menyerahkan urusan-urusan tertentu kepada daerah sebagai bagian dari urusan rumah tangganya. Sedangkan bentuk Republik yang diaplikasikan di Indonesia adalah Republik dengan Sistem Presidensiil dimana Kepala Pemerintahan sekaligus sebagai Kepala Negara, yaitu Presiden tidak bertanggung jawab kepada parlemen (DPR). Kekuasaan yang ada secara umum terdiri atas 3(tiga) unsur, yaitu Legislatif, Eksekutif dan Yudisiil. Ketiga unsur kekuasaan tersebut dalam menjalankan fungsinya terdapat hubungan, kerja sama dan koordinasi satu sama lain yang disebut Pembagian Kekuasaan (*division of power*).

Pada prakteknya, sistem ketatanegaraan Indonesia sebelum dan setelah amandemen UUD 1945 terdapat perbedaan yang cukup mendasar terutama dalam pelaksanaan kekuasaan yang dilakukan oleh antar lembaga negara.¹ Berikut perbedaan yang dipaparkan di bawah ini:

a. Sistem Ketatanegaraan Indonesia sebelum amandemen UUD 1945.²

Setelah dikeluarkannya Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959 yang salah satunya menyerukan agar kembali kepada UUD 1945 pasca berlakunya Undang-Undang Dasar Sementara Tahun 1950 (UUDS 1950) serta penegasan kembali pada era Orde Baru untuk melaksanakan UUD 1945 secara murni dan konsekuen, UUD 1945 mulai disakralkan keeksistensiannya, namun dalam pelaksanaannya terdapat beberapa hal yang dimanfaatkan oleh penguasa pada saat itu, yaitu masa jabatan Presiden yang sangat lama dan memang tidak dibatasi dalam UUD 1945. Pada masa itu, dikenal adanya lembaga tertinggi negara (MPR) dan

¹ Asshiddiqie, Jimly, "Struktur Ketatanegaraan-an Indonesia Sebelum dan Setelah Perubahan Ke-empat UUD Tahun 1945", makalah disampaikan pada Seminar Pemba-ngunan Hukum Nasional VIII yang diselenggarakan oleh BPHN Dep-hukham RI, Denpasar, 14-18 Juli 2003.

² *Ibid*, hlm.9.

lembaga tinggi negara (Presiden, DPR, Dewan Pertimbangan Agung dan lain-lain). Dampaknya, MPR memegang kekuasaan tertinggi dalam merepresentasikan kedaulatan rakyat di Indonesia. Hal ini juga terdapat dalam 7 (tujuh) Kunci Pokok Sistem Pemerintahan Negara Republik Indonesia, yaitu:³

1. Indonesia adalah negara berdasarkan hukum (*rechtstaat*) bukan berdasar atas kekuasaan belaka (*machtstaat*);
2. Sistem Konstitusional;
3. Kekuasaan Negara yang tertinggi ada di tangan MPR;
4. Presiden adalah penyelenggara negara tertinggi di bawah Majelis;
5. Presiden tidak bertanggung jawab kepada DPR;
6. Menteri Negara ialah pembantu Presiden, Menteri Negara tidak bertanggung jawab kepada DPR;
7. Kekuasaan Kepala Negara tidak tak terbatas.

Dari ketujuh kunci sistem pokok pemerintahan diatas, dapat ditarik kesimpulan bahwa:

1. Indonesia adalah negara hukum;
2. MPR sebagai pemegang kedaulatan rakyat dan berkedudukan sebagai lembaga tertinggi negara;
3. Indonesia menganut Sistem Pemerintahan Presidensiil;
4. Pembatasan Kekuasaan khususnya kepada Presiden selaku Kepala Negara.

b. Sistem Ketatanegaraan Indonesia setelah amandemen UUD 1945⁴

Berakhirnya Orde Baru pada tahun 1998 membawa angin segar menuju perubahan melalui Reformasi yang diserukan oleh seluruh elemen masyarakat, termasuk pedoman dasar yang ada, yaitu UUD 1945.

Perubahan pertama hingga keempat UUD 1945 memberi dampak yang cukup signifikan di Indonesia, salah satunya terdapat lembaga negara baru yaitu

³ *Ibid*, hlm.14.

⁴ *Ibid*.

DPD, Mahkamah Konstitusi, dan Komisi Yudisial kemudian di samping itu Dewan Pertimbangan Agung dihapus.

Sebutan lembaga tertinggi dan lembaga tinggi negara ditiadakan, yang ada hanya lembaga negara, dengan kata lain, tidak ada dominasi antar lembaga negara seperti dahulu sebelum amandemen, dimana MPR sebagai pemegang kedaulatan rakyat.

Adapun Pokok-pokok sistem pemerintahan ini adalah sebagai berikut :⁵

1. Bentuk Negara Kesatuan dengan prinsip otonomi yang luas. dimana wilayah Negara terbagi menjadi beberapa provinsi;
2. Bentuk pemerintahan adalah Republik;
3. Sistem pemerintahan adalah presidensial;
4. Presiden adalah kepala Negara sekaligus kepala pemerintahan;
5. Kabinet atau menteri diangkat oleh presiden dan bertanggung jawab kepada presiden;
6. Parlemen yaitu DPR (Dewan Perwakilan Rakyat).

Sistem pemerintahan ini pada dasarnya masih menganut sistem presidensial. Hal ini terbukti dengan presiden sebagai Kepala Negara dan Kepala Pemerintahan. Presiden juga berada di luar pengawasan langsung DPR dan tidak bertanggung jawab terhadap parlemen.

Beberapa variasi dari sistem pemerintahan presidensial di Indonesia adalah sebagai berikut:⁶

1. Presiden sewaktu-waktu dapat diberhentikan MPR atas usul dan pertimbangan dari DPR.
2. Presiden dalam mengangkat pejabat Negara perlu pertimbangan dan/atau persetujuan DPR.
3. Presiden dalam mengeluarkan kebijakan tertentu perlu pertimbangan dan/atau persetujuan DPR.
4. Parlemen diberi kekuasaan yang lebih besar dalam hal membentuk undang-undang dan hak budget (anggaran).

⁵ *Ibid*, hlm.23.

⁶ *Sistim Pemerintahan Presidensial di Indonesia*, <http://mikeuwizz.blogspot.com/2012/11/sistem-pemerintahan-presidensial-di.html>. di akses 10 Januari 2015.

Dengan demikian, ada perubahan-perubahan baru dalam sistem pemerintahan Indonesia. Hal itu diperuntukkan dalam memperbaiki sistem presidensial yang lama. Perubahan baru tersebut, antara lain adanya pemilihan presiden secara langsung, mekanisme *check and balance*, dan pemberian kekuasaan yang lebih besar kepada parlemen untuk melakukan pengawasan dan fungsi anggaran.⁷

2. Wewenang

Wewenang merupakan konsep utama dalam hukum tata negara dan hukum administrasi. Konsep wewenang dalam hukum tata negara dideskripsikan sebagai kekuasaan hukum (*rechtsmacht*). Sehingga dapat ditarik hubungan awal bahwa dalam konsep hukum publik wewenang berkaitan dengan kekuasaan. Sedangkan wewenang mengacu pada pengertian *authority* dalam Black's Law Dictionary, yang diartikan sebagai:

*“the right or permission to act legally on another's behalf; the power of one person to affect another's legal relations by acts done in accordance with the other's manifestation of assent; the power delegated by a principal to an agent”*⁸

Menurut Van Maarseveen, sebagaimana dikutip Philipus M. Hadjon, wewenang terdiri atas tiga komponen, yaitu:⁹

- a. Pengaruh, menunjukkan bahwa wewenang ditujukan untuk mengendalikan perilaku subyek hukum;
- b. Dasar hukum, dimana wewenang harus memiliki dasar hukum;
- c. Konformitas, menunjukkan bahwa adanya standar wewenang.

Wewenang dapat diperoleh dengan tiga cara, yaitu

- a. Atribusi

Atribusi menurut Van Wijk dan Konijnenbelt merupakan cara normal dalam memperoleh wewenang pemerintahan. Atribusi dalam memperoleh wewenang

⁷ Fernandes Raja Saor, <http://raja1987.blogspot.com/2008/10/sistem-pemerintahan-indonesia-sebelum.html>, di akses 10 Januari 2015

⁸Black Law's *Dictionary*, Eds. Bryan A. Garnet et.al (St.Paul: West Publishing, 2009), hlm.152

⁹ Philipus M. Hadjon, Tentang Wewenang, *Jurnal Yuridika Fakultas Hukum Universitas Airlangga* Nomor 5 dan 6 Tahun XII (September-Desember 1997), hlm.1.

membuat keputusan (*besluit*) bersumber langsung pada undang-undang dalam arti materiil. Dengan demikian yang dapat membentuk wewenang adalah organ yang berwenang berdasarkan peraturan perundang-undangan.¹⁰

b. Delegasi

Tidak ada peraturan perundang-undangan di Indonesia yang menjelaskan maksud/ pengertian delegasi. Pengertian delegasi dapat mengacu pada pengertian yang dirumuskan oleh *Algemene Wet Bestuursrecht* (AWB) Artikel 10:13, yaitu delegasi merupakan konsep pengalihan wewenang dari satu badan tata usaha negara kepada badan tata usaha negara lainnya. Tanggung jawab atas wewenang tersebut menjadi tanggung jawab delegataris (pihak yang menerima wewenang). Dalam hal tanggung jawab inilah yang nantinya membedakan konsep delegasi dan mandat.

Menurut Philipus M. Hadjon sebagaimana mengutip pendapat Ten Berge bahwa pelaksanaan delegasi harus memenuhi lima syarat sebagai berikut :¹¹

1. Delegasi harus definitif, artinya delegans (pemberi wewenang) tidak dapat lagi menggunakan wewenang yang telah dilimpahkan;
2. Delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;
3. Delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hubungan hirarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;
4. Delegans berwenang untuk meminta penjelasan terhadap delegataris tentang pelaksanaan tugas tersebut;
5. Adanya Peraturan Menteri untuk memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.

c. Mandat

¹⁰*Ibid*, hlm.3.

¹¹*Ibid*, hlm.9.

Mandat adalah penugasan kepada bawahan. Penugasan kepada bawahan misalnya untuk membuat keputusan atas nama pejabat yang memberi mandat. Keputusan itu merupakan keputusan pejabat yang memberi mandat.¹² Pengertian sepea dapat dilihat pada Artikel 10:1 AWB, dimana mandat tersebut sebagai:

“... *de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen.*”
(... *the power to make orders in the name of an administrative authority*)

Dengan demikian tanggung jawab jabatan tetap pada pemberi mandat. Inilah yang membedakan anantara mandat dan delegasi. Oleh karena itu penerima mandat tidak dapat menjadi tergugat dalam sengketa tata usaha negara (pasal 1 angka 12 Undang-undang nomor 51 tahun 2009 tentang perubahan ke dua atas Undang-undang nomor 5 tahun 1986 tentang pengadilan tata usaha negara). Selain itu pembeda anatar mandat dan delegasi adalah pemberi mandat dapat menggunakan lagi wewenang atas mandat tersebut.

Setiap wewenang dibatasi oleh materi/ isi wewenang, wilayah wewenang dan waktu. Jika wewenang yang dilaksanakan melampaui batas-batas tersebut maka yang timbul adalah kondisi-kondisi berikut:¹³

- i. *Onbevoegdheid ratione materiae* atau ketidakwenangan karena materi dimana pemerintah oleh peraturan perundang-undangan tidak diberikan wewenang untuk melakukan tindakan yang dilakukan. Contoh sederhananya, seorang walikota tidak berwenang mencabut Peraturan Daerah karena Peraturan Daerah hanya bisa dicabut oleh Peraturan Daerah yang dibuat bersama-sama oleh walikota dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.
- ii. *Onbevoegdheid ratione loci* atau ketidakwenangan karena pemerintah tidak berwenang untuk melakukan tindakan pemerintahan di wilayah tersebut. Contoh sederhananya, Pemerintah Kota Surabaya tidak berhak membuat Peraturan Daerah yang mengatur rencana tata wilayah dimana wilayah yang termasuk didalamnya adalah wilayah sidoarjo.

¹²*Ibid*, hlm.12.

¹³Philipus M. Hadjon, *Fungsi Normatif Hukum Administrasi dalam mewujudkan Pemerintahan yang bersih*, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya, 10 Oktober 1994.

- iii. *Onbevoegdheid ratione temporis* atau ketidakwenangan pemerintah karena terlampauinya batas waktu. Contoh sederhanya, tindakan pemerintah dilakukan dengan mengacu pada peraturan perundang-undangan yang tidak berlaku lagi.

Wewenang memang mempunyai batas, tetapi bisa terjadi suatu kondisi tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan padahal tindakan pemerintah diperlukan dalam kondisi tersebut. Hal tersebut bisa saja terjadi karena bukannya tidak mungkin semua kondisi diatur dalam peraturan perundang-undangan. Disinilah pentingnya konsep diskresi atau *Freies ermessen*.¹⁴

Menurut Philipus M. Hadjon, untuk dapat memahami konsep diskresi dapat melihat ruang lingkupnya, yakni antara lain:¹⁵

- i. Kewenangan untuk memutus sendiri;
- ii. Kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar.

Sedangkan menurut Ten Berge, ruang lingkup diskresi antara lain kebebasan kebijakan dan kebebasan penilaian.¹⁶

Makna diskresi bukan berarti bebas tanpa batas sama sekali. Dalam Black's Law Dictionary memberikan penjelasan bahwa *discretoion* sebagai:

"wise conduct and management; cautious discernment; prudence" atau *"individual judgement; the power of free decision making"*.¹⁷

Sedangkan administrative discretion diartikan sebagai

"a public official's or agency's power to exercise judgement in the discharge of its duties".¹⁸

Pengertian diskresi menurut Black's Law Dictionary tersebut menunjukkan bahwa dibalik kebebasan untuk membuat/ mengambil keputusan terdapat juga aspek kehati-hatian yang perlu di perhatikan.

¹⁴Diskresi (*discretionary power*) merupakan konsep hukum administrasi inggris. Sedangkan *freies ermessen* merupakan konsep hukum administrasi Jerman. Kedua istilah ini biasa digunakan untuk menyebut kekuasaan bebas. Lihat pula Philipus M. Hadjon et.al, *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi* (Yogyakarta:Gadjah Mada University Press, 2011), hlm.14.

¹⁵ Philipus M. Hadjon, *Discretionary power dan Azas-Azas Umum Pemerintahan yang baik* (AAUPB), Makalah, Seminar Nasional "Aspek Pertanggungjawaban pidana dalam Kebijakan Publik dari tindak pidana Korupsi", Semarang, 6-7 Mei 2004, hlm.6.

¹⁶*Ibid*, hlm.2.

¹⁷ *Op.cit*, hlm.534.

¹⁸*Ibid*.

Dengan demikian kebebasan bertindak yang ada dalam konsep diskresi tidak dapat dilakukan dengan benar-benar bebas. Kebebasan bertindak dalam diskresi tidak pula menunjukkan bahwa administrasi negara bebas dari undang-undang. Menurut Philipus M. Hadjon sebagai mana mengutip pendapat Kranenburg, kebebasan yang dimaksud dalam diskresi adalah kebebasan karena tidak ada pegaturan. Diskresi perlu dilakukan karena Undang-Undang tidak merinci apa yang terjadi secara kongkrit dan hal itulah yang harus dicari sendiri oleh pemerintah. Oleh sebab itu tetap ada keterikatan pada peraturan perundang-undangan saat tindakan pemerintah yang dilakukan atas dasar diskresi.¹⁹

E. Metode Penelitian

1. Tipe Penelitian

Penelitian yang akan dilakukan merupakan penelitian hukum, yaitu sebuah proses untuk menemukan aturan-aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Argumentasi, teori atau konsep baru yang dihasilkan dalam penelitian hukum merupakan preskripsi untuk menyelesaikan masalah yang dihadapi.²⁰ Menurut Morris L. Cohen, penelitian hukum adalah sebuah proses menemukan hukum yang mengatur aktivitas pergaulan manusia, yang melibatkan aturan yang diberlakukan oleh negara dan komentar yang menjelaskan atau menganalisis aturan ini, sebagaimana diterjemahkan penulis dari pernyataannya sebagai berikut:

“...Legal research is the process of finding the law that governs activities in human society, it involves locating both the rules which are enforced by the states and commentaries which explain or analyze these rule...”²¹

Penelitian ini merupakan suatu penelitian normatif yang dilakukan untuk mencari pemecahan masalah atas permasalahan hukum yang ada.

¹⁹Philipus M. Hadjon, *Pengertian Dasar Mengenai Tindak Pemerintah*, Surabaya: Djumali 1985, hlm.45.

²⁰Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta:kencana, 2007, hlm.35.

²¹*Ibid*, hlm.29.

Hasil dari penelitian ini adalah memberikan preskripsi mengenai apa yang seyogyanya mengenai rumusan masalah yang diajukan. Peter Mahmud Marzuki menyatakan bahwa penelitian hukum merupakan proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.²²

Selanjutnya, Peter Mahmud Marzuki menyatakan bahwa langkah-langkah penelitian hukum yang dilakukan adalah sebagai berikut:²³

1. Mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminir hal-hal yang tidak relevan untuk menetapkan isu hukum yang hendak dipecahkan;
2. Pengumpulan bahan-bahan hukum dan sekiranya dipandang relevansi juga bahan-bahan non-hukum;
3. Melakukan telaah atas isu yang diajukan berdasarkan bahan-bahan yang telah dikumpulkan;
4. Menarik kesimpulan dalam bentuk argumentasi yang menjawab isu hukum;
5. Memberikan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun dalam kesimpulan.

2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan-pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

a) Pendekatan Konseptual (conceptual approach)

Memecahkan jawaban atas rumusan masalah yang diajukan dengan merujuk pada konsep prinsip-prinsip hukum yang relevan.²⁴ Pendekatan konseptual digunakan mana kala belum ada aturan hukum yang mengatur kewenangan Gubernur terhadap Peraturan Menteri di provinsi Jawa Timur. Oleh karena

²² *Loc. cit.*

²³ *Loc cit.*, hlm. 171

²⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm.137.

itu dibutuhkan pendekatan konseptual dimana analisis akan beranjak dari pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang didalam ilmu hukum.

b) Pendekatan Perundang-undangan (*statute approach*)

Memecahkan jawaban atas rumusan masalah yang diajukan dengan mendasarkan pada ketentuan-ketentuan dalam legislasi dan regulasi yang relevan.²⁵ Pendekatan Perundang-undangan digunakan dalam penelitian ini untuk menganalisis pengaturan konsep-konsep yang terkait dengan kewenangan Gubernur dan kedudukan Peraturan Menteri . Hukum positif yang digunakan antara lain Undang-Undang Dasar pasca amanden, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang pemerintahan daerah, Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 38 Tahun 2007 tentang pembagaian urusan pemerintahan antara pemerintah, pemerintah daerah provinsi dan pemerintah daerah kabupaten/ kota. Di samping ketiga regulasi tersebut, digunakan rujukan peraturan perundang-undangan lain yang digunakan untuk menganalisis konsep kewenangan pada khususnya guna memecahkan jawaban atas rumusan masalah yang diajukan dengan mendasarkan pada ketentuan-ketentuan dalam legislasi dan regulasi yang relevan.

c) Pendekatan Historis (*historical approach*)

Pendekatan historis dilakukan dengan menelaah latar belakang dan perkembangan pengaturan mengenai isu yang dihadapi. Telaah historis diperlukan manakala peneliti ingin mengungkap filosofis dan pola pikir yang melahirkan sesuatu yang sedang dipelajari. Pendekatan historis ini diperlukan karena menurut peneliti terdapat relevansi antara pengungkapan filosofis dengan pola pikir ketika sesuatu yang dipelajari itu dilahirkan. Dalam penggunaan pendekatan ini, penulis menjabarkan perihal penerapan pengawasan terhadap produk hukum daerah sejak kemerdekaan RI yakni melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1945 hingga Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah yang berlaku hingga kini.

²⁵*Ibid*, hlm.97.

3. Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer sebagai bahan hukum otoritatif yang dihasilkan oleh lembaga yang berwenang dalam penelitian ini meliputi peraturan perundang-undangan. Lebih khususnya adalah peraturan perundang-undangan yang mengatur tata peraturan perundang-undangan dan peraturan perundang-undangan yang mengatur kewenangan Gubernur terhadap Peraturan Menteri . Bahan hukum sekunder adalah segala bentuk publikasi ilmiah yang terkait atau membahas tentang hukum (buku teks, jurnal, ensiklopedia, kamus hukum), khususnya dalam hal ini adalah publikasi ilmiah tentang kewenangan Gubernur terhadap Peraturan Menteri .²⁶

4. Prosedur dan Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum primer diinventarisasi dan dikategorisasi sedangkan bahan hukum sekunder diinventarisasi berdasarkan isu hukum yang ingin dikaji. Bahan hukum sekunder dikumpulkan melalui penelusuran kepustakaan. Bahan-bahan hukum tersebut diinventarisasi dengan pengelompokan arsip melalui komputer sesuai identifikasi isu hukum yang ingin dibahas.

5. Pengelolaan dan Analisis Bahan Hukum

Bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang diinventarisasi dan dikelompokkan kemudian dianalisis dengan pendekatan-pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini.

²⁶ Peter d.Cruz, *Comparative Law in a Charging World (second Edison)*, London Cavendish Publishing, 1999, hlm.141. lihat juga Enid Campbell et.al, *Legal Research: Material and Methods* North Ryde:LBC, 1996, Hlm.2-3.