

TESIS

EKSISTENSI *BELEIDSREGELS* (PERATURAN KEBIJAKAN) DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DI INDONESIA

Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat
Untuk Memperoleh Gelar Magister Hukum (M.H.)



OLEH :

NAMA : FITRI ELFIANI

NOMOR MAHASISWA : 171021006

BIDANG KAJIAN UTAMA : HUKUM TATA NEGARA

**PROGRAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
UNIVERSITAS ISLAM RIAU
PEKANBARU**

2019

**EKSISTENSI BELEIDSREGELS (PERATURAN KEBIJAKAN) DALAM
PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DI INDONESIA**

NAMA : FITRI ELFIANI
NOMOR MAHAISWA : 171021006
BIDANG KAJIAN UTAMA : HUKUM TATA NEGARA

Telah dipertahankan di depan Tim Penguji
pada tanggal 16 April 2019
dan dinyatakan Lulus

TIM PENGUJI

Ketua



H.M Husnu Abadi, S.H., M.Hum., Ph.D

Sekretaris



Dr. H. Efendi Munusilo, S.H., M.H

Anggota



Dr. Syafriadi, S.H., M.H

Mengetahui
Direktur Program Pascasarjana
Universitas Islam Riau



Dr. L. Saipul Bahri, M.Ec

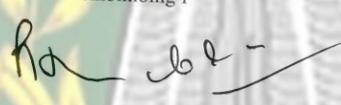
Dokumen ini adalah Arsip Milik :

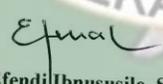
Perpustakaan Universitas Islam Riau



TESIS
Eksistensi *Beleidsregels* (Peraturan Kebijakan) dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia
Nama : FITRI ELFIANI
Nomor Mahasiswa : 171021006
Bidang Kajian Utama : Hukum Tata Negara

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing

Pembimbing I Tanggal: 02 April 2019

H. M. Husnu Abadi, S.H., M.Hum., Ph.D

Pembimbing II Tanggal: 26 Februari 2019

Dr. H. Efendi Ibususilo, S.H., M.H

Mengetahui
Ketua Program Studi

Dr. H. Efendi Ibususilo, S.H., M.H



BERITA ACARA BIMBINGAN TESIS

Telah dilakukan bimbingan tesis terhadap:

Nama : FUTRI ELFIANI

No. Mahasiswa : 171021006

Bidang Kajian Utama : Hukum Tata Negara

Pembimbing I : H. M. Husnu Abadi, S.H., M.Hum., Ph.D

Pembimbing II : Dr. H. Efendi Ibnu Susilo, S.H., M.H

Judul Tesis : **Eksistensi *Beleidsregels* (Peraturan Kebijakan) dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia**

No	Tanggal	Berita Bimbingan	Paraf	
			Pembimbing I	Pembimbing II
1.	08/02/2019	- Perbaiki Bab III tentang pembahasan pokok masalah pertama. - Perbaiki penulisan gelar tokoh dihapuskan.		
2.	12/02/2019	- Perbaiki Bab IV Penutup: kesimpulan dan saran. - Perbaiki daftar isi, kata pengantar dan abstrak.		
3.	16/02/2019	- Lengkapi dengan footnote. - Perbaiki dan sempurnakan penulisan daftar pustaka.		
4.	26/02/2019	Acc Pembimbing II, dapat diajukan ke Pembimbing I		
5.	26/02/2019	- Perbaiki dan sempurnakan Abstrak, maksimal 350 kata. - Perbaiki dan sempurnakan Kata Pengantar cukup 2 halaman saja.		

Dokumen ini adalah Arsip Milik :

6.	08/03/2019	<ul style="list-style-type: none">- Rapihan Daftar Isi, Daftar Pustaka, dan Daftar Riwayat Hidup.- Pada BAB II tambahkan tabel Hierarki Peraturan Perundang-undangan yang pernah berlaku di Indonesia.	hs	
7.	14/03/2019	<ul style="list-style-type: none">- Tambahkan Daftar Singkatan.- Pada BAB III tambahkan tabel Surat Edaran.	hs	
8.	26/03/2019	<ul style="list-style-type: none">- Penulisan footnote sesuaikan dengan pedoman penulisan tesis.- Perbaiki dan sempurnakan penulisan pada tabel yang ada.	hs	
9.	29/03/2019	<ul style="list-style-type: none">- Gunakan bahasa sendiri untuk membahas surat edaran.- Perbaiki dan sempurnakan Kesimpulan dan Saran.	hs	
10.	02/04/2019	ACC Pembimbing I untuk ujian OC	hs	

Diketahui oleh
Direktur Program Pascasarjana
Universitas Islam Riau



Dr. Ir. Saipul Bahri, M. Ec



UNIVERSITAS ISLAM RIAU PROGRAM PASCASARJANA

Jalan Kaharuddin Nasution No. 113 Pekanbaru 28284 Riau
Telp. (+62) (761) 674717 - 7047726 Fax. (+62) (761) 674717

SURAT KEPUTUSAN DIREKTUR PROGRAM PASCASARJANA UNIVERSITAS ISLAM RIAU
NOMOR : 161/UIR/KPTS/PS-IH/2018
TENTANG PENUNJUKAN PEMBIMBING PENULISAN TESIS MAHASISWA
PROGRAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM PPS UIR

DIREKTUR PROGRAM PASCASARJANA UNIVERSITAS ISLAM RIAU

1. Bahwa penulisan tesis merupakan tugas akhir dan salah satu syarat bagi mahasiswa dalam menyelesaikan studinya pada Program Magister (S2) Ilmu Hukum PPS – UIR.
2. Bahwa dalam upaya meningkatkan mutu penulisan dan penyelesaian tesis, perlu ditunjuk pembimbing yang akan memberikan bimbingan kepada mahasiswa tersebut.
3. Bahwa nama – nama dosen yang ditetapkan sebagai pembimbing dalam Surat Keputusan ini dipandang mampu dan mempunyai kewenangan akademik dalam melakukan pembimbingan yang ditetapkan dengan Surat Keputusan Direktur Program Pascasarjana Universitas Islam Riau.

1. Undang – Undang Nomor : 20 Tahun 2003
2. Peraturan Pemerintah Nomor : 60 Tahun 1999
3. Keputusan Presiden Republik Indonesia :
 - a. Nomor : 85/M/1999
 - b. Nomor : 102/M/2001
 - c. Nomor : 228/M/2001
4. Keputusan Menteri Pendidikan Nasional R.I. :
 - a. Nomor : 232/U/2000
 - b. Nomor : 234/U/2000
 - c. Nomor : 176/O/2001
5. Surat Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Depdiknas R.I. :
 - a. Nomor : 2283/D/T/2003 Jo. Nomor : 625/D/T/2007
 - b. Nomor : 681/D/T/2004 Jo. Nomor : 624/D/T/2007
 - c. Nomor : 156/D/T/2007
 - d. Nomor : 2/Dikti/Kep/1991
 - e. Nomor : 490/D/T/2007
 - f. Nomor : 4009/D/T/2007
6. Surat Keputusan Badan Akreditasi Nasional Perguruan Tinggi (BAN-PT) Nomor : 021/BAN-PT/Ak-VI/S2/II/2009
7. Statuta Universitas Islam Riau Bab IX Pasal 54, 55, 56, 57.
8. SK. Dewan Pimpinan YLPI Daerah Riau :
 - a. Nomor : 007/Kep.D/YLPI-I/1993
 - b. Nomor : 135/Kep.A/YLPI-VIII/2005
9. SK. Rektor Universitas Islam Riau Nomor : 117/UIR/Kpts/2012

MEMUTUSKAN

1. Menunjuk :
 - a. Nama : H.M. Husnu Abadi, S.H., M.Hum., Ph.D sebagai Pembimbing I
 - b. Nama : Dr. H. Efendi Ibrusulo, S.H., M.H sebagai Pembimbing II

Untuk Penulisan Tesis Mahasiswa :

Nama : FITRI ELFIANI

N P M : 171021006

Program Studi / BKU : Ilmu Hukum / Hukum Tata Negara

Judul Proposal Tesis : "EKSTENSIF BELEIDSREGELS (PERATURAN KEBIJAKAN) DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DI INDONESIA".

2. Tugas – tugas pembimbing adalah memberikan bimbingan kepada mahasiswa Program Magister (S2) Ilmu Hukum dalam penulisan tesis.
 3. Dalam pelaksanaan bimbingan supaya diperhatikan usul dan saran dari forum seminar proposal dan ketentuan penulisan tesis sesuai dengan Buku Pedoman Program Magister (S2) Ilmu Hukum.
 4. Kepada yang bersangkutan diberikan honorarium, sesuai dengan peraturan yang berlaku di Universitas Islam Riau.
 5. Keputusan ini mulai berlaku pada tanggal ditetapkan dengan ketentuan bila terdapat kekeliruan segera ditinjau kembali.
- KUTIPAN : Disampaikan kepada yang bersangkutan untuk dapat diketahui dan diindahkan.

DITETAPKAN DI : PEKANBARU
PADA TANGGAL : 11 Agustus 2018



Disampaikan kepada :
Kopertis Wilayah X di Padang.
Rektor Universitas Islam Riau di Pekanbaru.
Program Magister (S2) Ilmu Hukum PPS UIR di Pekanbaru.
Kantor Biro Keuangan UIR di Pekanbaru.

SURAT PERNYATAAN

Yang bertandatangan di bawah ini:

Nama : FITRI ELFIANI
NPM : 171021006
Program Studi : Ilmu Hukum
Tempat/Tanggal Lahir : Pasir Pengarayan/11 Maret 1994
Alamat : Jalan Anggrek, Perumahan Vaishatama Blok B1, Garuda Sakti Km. 2
Judul Tesis : "Eksistensi *Beleidsregels* (Peraturan Kebijakan) dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia"

Dengan ini menyatakan bahwa tesis ini merupakan hasil karya saya sendiri dan tidak dibuatkan oleh orang lain serta sepengetahuan saya tesis ini belum pernah ditulis oleh orang lain. Untuk itu bila dikemudian hari tesis ini terbukti merupakan hasil karya orang lain, atau hasil mencontek tesis/karya ilmiah orang lain (plagiat), maka gelar Magister Hukum (M.H) yang telah saya peroleh bersedia untuk dibatalkan. Demikian surat pernyataan ini dibuat dengan sesungguhnya tanpa adanya paksaan dari pihak manapun.

Pekanbaru, 04 April 2019
Yang Menyatakan



FITRI ELFIANI

ABSTRAK

Di negara hukum Indonesia, selain terdapatnya peraturan perundang-undangan (Pasal 7 dan Pasal 8 UU No. 12 Tahun 2011), dalam penyelenggaraan pemerintahan dikenal juga peraturan-peraturan lainnya, salah satunya yaitu peraturan kebijakan (*beleidsregels*). *Beleidsregels* salah satunya dapat berbentuk surat edaran. Lahirnya *beleidsregels* berdasarkan kewenangan kebebasan bertindak/*freies ermessen* (diskresi). Namun, kewenangan kebebasan bertindak yang dimiliki oleh pemerintah tersebut tidak boleh digunakan dengan sewenang-wenang dengan mengeluarkan *beleidsregels* yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Hal tersebut dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Namun faktanya pemerintah pernah mengeluarkan peraturan kebijakan berupa SE yang menimbulkan masalah dan ketidakpastian hukum, diantaranya yaitu: SE Dirjen Minerba dan Panas Bumi, Departemen ESDM RI No: 03.E/31/DJB/2009, SEMA No. 7 Tahun 2014, SE Dirjen POLPUM Kemendagri No: 188.31/2398/POLPUM dan SE Mendagri RI No: 100/2215/SJ. Dari latar belakang tersebut, maka dikemukakan pokok masalah sebagai berikut: Pertama, Bagaimanakah kedudukan *beleidsregels* (peraturan kebijakan) dan fungsi surat edaran dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia? Kedua, Bagaimanakah kekuatan mengikat dari surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan? Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang bersifat deskriptif, yaitu menggambarkan secara jelas dan terperinci mengenai objek penelitian. Data yang digunakan adalah data sekunder, berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Analisis data secara kualitatif, yaitu mendeskripsikan/menggambarkan, kemudian membandingkan antara data dengan ketentuan peraturan perundang-undangan atau dengan pendapat para ahli hukum serta teori-teori hukum. Metode penarikan kesimpulan secara induktif, yaitu penarikan kesimpulan dari ketentuan yang bersifat khusus kepada ketentuan yang bersifat umum. Adapun hasil penelitian yaitu, kedudukan *beleidsregels* di Indonesia bukan merupakan peraturan perundang-undangan yang berakibat hukum, namun memiliki relevansi hukum yang berpengaruh terhadap praktek di lapangan dan mengikat umum secara tidak langsung. *Beleidsregels* tidak boleh bertentangan dengan AAUPB dan peraturan perundang-undangan yang dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Fungsi SE untuk menjelaskan dan memberikan saran-saran yang sifatnya nonyuridis dan pedoman/panduan tentang persoalan-persoalan tertentu untuk mengembangkan ketentuan sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. SE yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan tidak memiliki kekuatan mengikat, karena sumber utama hukum positif di Indonesia adalah Peraturan Perundang-undangan, maka kedudukan peraturan perundangan di Indonesia sangat kuat. Sehingga, apabila terjadi pertentangan antara peraturan perundang-undangan dan SE maka peraturan perundang-undangan memiliki kedudukan yang lebih kuat (seharusnya) lebih didahulukan daripada SE.

KATA PENGANTAR

Bismillahirrohmanirrohim.

Puji syukur penulis ucapkan kehadirat Allah SWT yang telah memberikan kekuatan kepada penulis sehingga mampu menyelesaikan tesis ini dengan judul “**Eksistensi *Beleidsregels* (Peraturan Kebijakan) dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia**”. Penulisan tesis ini merupakan salah satu syarat untuk mendapatkan gelar Magister Hukum. Dalam proses penulisan tesis ini, penulis banyak mendapat dukungan materil maupun moril dari berbagai pihak. Oleh sebab itu, ucapan terima kasih penulis sampaikan kepada:

1. Bapak Prof. Dr. H. Syafrinaldi, S.H., MCL, selaku Rektor Universitas Islam Riau yang telah memberikan kesempatan kepada punilis untuk menimba ilmu di Universitas Islam Riau.
2. Bapak Dr. Ir. Saipul Bahri, M.Ec, selaku Direktur Program Pascasarjana Universitas Islam Riau.
3. Bapak Dr. H. Efendi Ibnu Susilo, S.H., M.H, Lektor Kepala, selaku Ketua Prodi Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Islam Riau dan selaku Pembimbing II yang telah banyak mendidik dan membemberikan ilmu kepada penulis.

4. Bapak H. M. Husnu Abadi, S.H., M.Hum., Ph.D, Lektor Kepala, selaku Pembimbing I yang telah banyak membimbing dan memberikan arahan dalam penulisan tesis ini.
5. Semua Guru Besar dan dosen pengajar pada Program Magister (S2) Ilmu Hukum Universitas Islam Riau yang telah memberikan ilmu pengetahuan yang tentunya akan memperluas cakrawala penulis dimasa yang akan datang.
6. Kepada kedua orang tua penulis, Ayahanda H. Hanafi, S.Pd dan Ibunda tercinta Hj. Eliwati, S.Pd, kepada kakak, adik dan ipar yang telah memberikan kasih sayang, dukungan, serta do'a yang tiada henti sehingga penulis dapat menyelesaikan program studi Magister Ilmu Hukum ini.

Terimakasih kepada semua yang telah memberikan dukungan dan bantuan yang tidak dapat disebutkan satu per satu. Tentunya penulisan tesis ini masih jauh dari kesempurnaan. Untuk itu penulis mengharapkan kritik dan saran dari semua pihak untuk perbaikan dikemudian hari. Akhirnya penulis berharap semoga tesis ini dapat memberikan manfaat kepada pembaca.

Pekanbaru, 28 Maret 2019

Hormat Penulis

FITRI ELFIANI
171021006

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
BERITA ACARA BIMBINGAN TESIS.....	ii
ABSTRAK	iv
KATA PENGANTAR.....	v
DAFTAR ISI.....	vi
DAFTAR SINGKATAN.....	vii
BAB I. PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang.....	1
B. Masalah Pokok.....	14
C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian	14
D. Kerangka Teori.....	15
E. Konsep Operasional	26
F. Metode Penelitian.....	27
BAB II. TINJAUAN UMUM TENTANG <i>BELEIDSREGELS</i> (PERATURAN KEBIJAKAN) DAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN	
A. Bentuk dan Fungsi <i>Beleidsregels</i> (Peraturan Kebijakan).....	31
B. Perbedaan <i>Beleidsregels</i> (Peraturan Kebijakan) dengan Peraturan Perundang-Undangan.....	40
C. Kedudukan Mahkamah Agung dalam Pengujian Peraturan di bawah Undang-Undang.....	51
BAB III. EKSISTENSI <i>BELEIDSREGELS</i> (PERATURAN KEBIJAKAN) DAN KEKUATAN MENGIKAT SURAT EDARAN YANG BERTENTANGAN DENGAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN	
A. Kedudukan <i>Beleidsregels</i> (Peraturan Kebijakan) dan Fungsi Surat Edaran dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia	63
B. Kekuatan Mengikat dari Surat Edaran yang Bertentangan dengan Peraturan Perundang-undangan	78
BAB IV. PENUTUP	
A. Kesimpulan	102
B. Saran.....	103
DAFTAR PUSTAKA	105

DAFTAR SINGKATAN



AAUPB	: Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik
Dirjen	: Direktur Jenderal
ESDM	: Energi dan Sumber Daya Mineral
Kemendagri	: Kementerian Dalam Negeri
Kepres	: Keputusan Presiden
Mendagri	: Menteri Dalam Negeri
Minerba	: Mineral dan Batubara
Perda	: Peraturan Daerah
Permen	: Peraturan Menteri
Perppu	: Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
Perpres	: Peraturan Presiden
PMB	: Pertambangan Mineral dan Batubara
POLPUM	: Politik dan Pemerintahan Umum
PP	: Peraturan Pemerintah
SE	: Surat Edaran
SEMA	: Surat Edaran Mahkamah Agung
TAP MPR	: Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
UU	: Undang-Undang
UUD	: Undang-Undang Dasar

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara Indonesia adalah Negara yang berdasarkan hukum (*rechtsstaat*), bukan Negara yang berdasarkan atas kekuasaan (*machtsstaat*), sebagaimana terdapat di dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD N RI Tahun 1945) yang berbunyi “*Negara Indonesia adalah negara hukum*”. Sebagai negara hukum, semua tindakan pemerintah maupun warga negaranya harus berdasarkan peraturan yang berlaku. Berdasarkan Pasal 4 UUD N RI Tahun 1945 “*Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan berdasarkan Undang-Undang Dasar*”, dan di dalam menjalankan kekuasaan pemerintahan tersebut, Presiden dibantu oleh Menteri-menteri negara (Pasal 17 UUD NRI Tahun 1945).

Munir Fuady mengatakan di dalam bukunya yang berjudul Teori Negara Hukum Modern (*Rechtsstaat*) sebuah negara dapat dikategorikan sebagai negara hukum, haruslah memenuhi beberapa persyaratan yang dapat disebut sebagai syarat-syarat negara hukum.¹ Beberapa diantara syarat-syarat negara hukum yang disebutkan Munir Fuady tersebut yang harus dipenuhi adalah:

¹ Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*, Refika Aditama, Bandung, 2011, hlm. 177.

1. Berlakunya prinsip trias politica,
2. Pemberlakuan sistem *checks and balances*,
3. Adanya keadilan dan kepastian hukum,
4. Sistem hukum yang tertib berdasarkan konstitusi,
5. Dalam negara hukum, segala kekuasaan negara harus dijalankan sesuai konstitusi dan hukum yang berlaku.

Menurut teori konstitusi, terdapat dua macam pendistribusian kekuasaan dalam suatu negara, yaitu distribusi kekuasaan yang vertikal dan yang horizontal. Distribusi kekuasaan yang vertikal mengajarkan tentang pembagian kekuasaan antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah, yang banyak muncul dalam wujud teori-teori tentang federalisme atau otonomi daerah. Sedangkan distribusi kekuasaan yang horizontal adalah pembagian kekuasaan yang ada ditingkat pusat maupun tingkat daerah ke dalam bidang legislatif, eksekutif, dan yudikatif, atau yang disebut dengan teori trias politica.²

Teori trias politica ini dikemukakan oleh Montesquieu, yang menjelaskan bahwa suatu pemerintahan memiliki tiga kekuasaan, yaitu kekuasaan formulasi/membuat undang-undang (legislatif), kekuasaan pelaksana undang-undang (eksekutif), dan kekuasaan mengadili sesuai undang-undang. Ketiga kekuasaan ini harus diberikan pada pihak yang berbeda-beda, terutama untuk menjaga agar hak-hak

² *Ibid.*, hlm. 103-104.

rakyat tidak dilanggar. Menumpuknya ketiga kekuasaan ini pada satu tangan sangat berbahaya dan dapat menyebabkan inefisiensi, korupsi, dan kesewenang-wenangan.

Sementara itu, Ajaran pembagian kekuasaan yang lain diajukan oleh C. Van Vollenhoven. Menurut Van Vollenhoven, fungsi-fungsi kekuasaan negara itu terdiri atas empat cabang yang kemudian di Indonesia biasanya diistilahkan dengan catur praja, yaitu: fungsi *regeling* (pengaturan), fungsi *bestuur* (penyelenggaraan pemerintahan), fungsi *rechtsspraak* atau peradilan, dan fungsi *politie* yaitu berkaitan dengan fungsi ketertiban dan keamanan.³ Dengan berlakunya prinsip trias politica ini, berarti secara tidak langsung telah memberlakukan sistem *checks and balances* dalam sebuah Negara hukum.

Selanjutnya di dalam sebuah Negara hukum diperlukan adanya keadilan dan kepastian hukum. Karena kepastian hukum dapat menciptakan keadilan. Dalam menjamin kepastian hukum ini, peran peraturan perundang-undangan sangat dibutuhkan. Asas kepastian hukum yakni asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan.⁴ Di negara Indonesia, peraturan perundang-undangan diatur dengan sistem tata urutan peraturan perundang-undangan, atau yang disebut dengan hierarki peraturan perundang-undangan. Sebagai suatu sistem, kaidah aturan yang termuat dalam semua

³ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006, hlm 33.

⁴ Lihat penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

bentuk peraturan perundang-undangan yang tersusun secara hierarki dan berpuncak pada konstitusi sebagai hukum tertinggi. Peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Jika hal itu terjadi, maka berlakulah asas hukum *lex superior derogat legi imperiori*, hukum yang lebih tinggi mengesampingkan hukum yang lebih rendah.⁵

Di dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dijelaskan mengenai hierarki peraturan perundang-undangan yang berlaku saat ini di Indonesia, sebagaimana disebutkan di dalam Pasal 7 undang-undang tersebut:

- (1) Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:
 - a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
 - c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
 - d. Peraturan Pemerintah;
 - e. Peraturan Presiden;
 - f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
 - g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.
- (2) Kekuatan hukum Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Di dalam Pasal 8 ayat (1) juga disebutkan bahwa peraturan perundang-undangan juga mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank

⁵ Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review di Mahkamah Agung Republik Indonesia: Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Rajawali Press, Jakarta, 2009, hlm. 5.

Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Selain peraturan perundang-undangan seperti yang telah disebutkan diatas, dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia, dikenal juga peraturan-peraturan lainnya, salah satunya yaitu peraturan kebijakan (*beleidsregels*). Menurut I Gde Pantja Astawa yang disebut dengan peraturan negara (*staatsregelings*) atau keputusan dalam arti luas (*besluiten*), keputusan dalam arti luas (*besluiten*) tersebut dapat dibagi dalam 3 (tiga) kelompok yakni: Pertama, *Wettelijk regeling* (peraturan perundang-undangan), seperti UUD, undang-undang, peraturan pemerintah pengganti undang-undang, peraturan pemerintah, peraturan presiden, peraturan menteri, peraturan daerah, dan lain-lain. Kedua, *Beleidsregels* (peraturan kebijakan), seperti instruksi, surat edaran, pengumuman dan lain-lain. Dan yang ketiga *Beschikking* (penetapan), seperti surat keputusan dan lain-lain.⁶

Salah satu bentuk kekuasaan Presiden dalam bidang administrasi adalah kewenangan untuk membuat keputusan-keputusan administrasi negara atau keputusan

⁶Arif Christiono Soebroto, *Kedudukan Hukum Peraturan/Kebijakan Dibawah Peraturan Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional/Kepala Bappenas*, diakses dari http://birohukum.bappenas.go.id/data/data_presentasi/WORKSHOP%20Peraturan%20kebijakan%20di%20Kementerian%20PPN%20%20bappenas.pdf, tanggal 27 Juli 2018.

penyelenggara pemerintahan (eksekutif).⁷ Bagir Manan membagi jenis keputusan administrasi negara ke dalam 4 macam bentuk keputusan, yaitu:

1. Bentuk keputusan peraturan perundang-undangan, yang meliputi keputusan dalam bentuk Peraturan Pemerintah dan Peraturan Presiden;
2. Bentuk peraturan kebijakan (*beleidsregels, policy rules*), peraturan kebijakan dibuat oleh administrasi negara yang didasarkan pada aspek *doelmatigheid* dalam kerangka *freies ermessen*;
3. Bentuk ketetapan administrasi negara (*beschikking*), ketetapan ini merupakan keputusan administrasi di lapangan hukum publik yang bersifat kongkrit dan individual; dan
4. Bentuk perencanaan (*plannen*), peraturan perencanaan yang menggambarkan visi, misi, tujuan, sasaran, program pembangunan untuk kurun waktu tertentu.

Di dalam penyelenggaraan tugas-tugas administrasi negara, pemerintah banyak mengeluarkan kebijakan yang dituangkan dalam berbagai bentuk seperti garis-garis kebijakan (*beleidslijne*), kebijakan (*het beleid*), peraturan-peraturan (*voorschriften*), pedoman-pedoman (*richtlijnen*), petunjuk-petunjuk (*regelingen*), surat edaran (*circulaires*), resolusi-resolusi (*resoluties*), instruksi-instruksi (*aanschrijvingen*), nota kebijakan (*beleidsnota's*), peraturan-peraturan menteri (*reglimen ministriële*), keputusan-keputusan (*beschikkingen*), dan pengumuman-pengumuman (*enbekenmakingen*). Peraturan kebijakan diartikan suatu keputusan, dengan isi aturan

⁷ Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, FH UII Press, Yogtakarta, 2003, hlm. 229.

tertulis yang mengikat umum, yang memberikan aturan umum berkenaan dengan pertimbangan kepentingan, penetapan fakta-fakta atau penjelasan peraturan tertulis dalam penggunaan suatu wewenang organ pemerintahan.⁸ Peraturan kebijakan hanya berfungsi sebagai bagian dari operasional penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan, karenanya tidak dapat mengubah ataupun menyimpangi peraturan perundang-undangan.⁹

Kebijakan yang ditetapkan pejabat administrasi negara berdasarkan wewenang yang bersumber dari peraturan perundang-undangan (undang-undang dasar atau undang-undang), kemudian dituangkan dalam berbagai bentuk-bentuk hukum yang di Indonesia termasuk dalam golongan peraturan perundang-undangan. Di Indonesia, bentuk-bentuk peraturan perundang-undangan yang disebut di atas beraneka ragam dan antara lain mencakup sebagai berikut: peraturan pemerintah, keputusan presiden yang berisi peraturan, keputusan menteri yang berisi peraturan, Keputusan Lembaga Pemerintah Nondepartemen yang berisi peraturan, Keputusan Direktur Jenderal Departemen yang berisi peraturan, Keputusan Badan Negara yang dibentuk dengan undang-undang yang berisi peraturan, Peraturan Daerah Tingkat I, Keputusan Gubernur Kepala Daerah berisi peraturan yang melaksanakan ketentuan Peraturan Daerah Tingkat I, Peraturan Daerah Tingkat II dan Keputusan Bupati/Walikota berisi

⁸ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta, Rajawali Pers, 2011, hlm. 176.

⁹ *Ibid.*, hlm. 175.

peraturan yang melaksanakan Peraturan Daerah Tingkat II.¹⁰ Dengan demikian, kebijakan di atas yang berisi peraturan tersebut dapat dilakukan uji materiil pada Mahkamah Agung, karena termasuk kepada peraturan perundang-undangan. Contoh kebijakan pejabat administrasi negara yang termasuk peraturan perundang-undangan adalah peraturan menteri, seperti salah satunya Peraturan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Pendidikan Jarak Jauh Pada Pendidikan Tinggi.

Kekuasaan eksekutif dan penyelenggaraan pemerintahan dibedakan antara kekuasaan penyelenggaraan pemerintahan yang bersifat umum dan kekuasaan penyelenggaraan pemerintahan yang bersifat khusus. Kekuasaan penyelenggaraan pemerintahan yang bersifat umum adalah kekuasaan menyelenggarakan administrasi negara, sedangkan kekuasaan penyelenggaraan pemerintahan yang bersifat khusus adalah penyelenggaraan tugas dan wewenang pemerintahan yang secara konstitusional ada pada presiden pribadi yang memiliki sifat prerogatif di bidang pemerintahan.¹¹ Tugas dan wewenang administrasi negara dimaksud menurut Bagir Manan dapat dikelompokkan kedalam beberapa golongan: (1) Tugas dan wewenang administrasi dibidang keamanan dan ketertiban umum; (2) Tugas dan wewenang menyelenggarakan tata usaha pemerintahan mulai dari surat-menyurat sampai kepada dokumentasi dan lain-lain; (3) Tugas dan wewenang administrasi negara dibidang

¹⁰ Hotma P. Sibuea, *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan , dan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, Penerbit Erlangga, Jakarta, 2010, hlm. 92.

¹¹ Bagir Manan, *Lembaga Kepresidenan*, FH UII Press, Yogyakarta, 2003, hlm. 122-123.

pelayanan umum; (4) Tugas dan wewenang administrasi dibidang penyelenggaraan kesejahteraan umum.

Adanya peraturan kebijakan dalam penyelenggaraan pemerintahan dikarenakan pada hakikatnya tidak ada undang-undang yang sempurna, pasti di dalamnya ada kekurangan dan keterbatasan. Tidak ada undang-undang yang lengkap, selengkap-lengkapnyanya atau sejelas-jelasnya dalam mengatur seluruh kegiatan manusia. Menurut Shidarta hal ini disebabkan karena hukum positif sebagai suatu produk hukum, selalu dipersepsikan memotret masyarakat dalam konteks penggalan waktu tertentu (sinkronis). Hasil potret ini memperlihatkan sistem hukum sebagai karya momentaris (*momentary legal system*). Disisi lain, disadari atau tidak disadari masyarakat senantiasa berproses sedangkan produk hukum cenderung mengkristal.¹²

Lahirnya peraturan kebijakan tersebut dikarenakan pemerintah mempunyai kewenangan bebas (*vrije bevoegdheid*) atau yang lazim disebut dengan *freies ermessen/discretionary power* (diskresi). Diskresi merupakan salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.¹³ Di dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dijelaskan bahwa diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret

¹² Sadhu Bagas Suratno, *Pembentukan Peraturan Kebijakan Berdasarkan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*, diakses dari <https://media.neliti.com/media/publications/217520-pembentukan-peraturan-kebijakan-berdasar.pdf>, tanggal 27 Juli 2018.

¹³ *Ibid.*

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.

Diantara bentuk penggunaan diskresi yang dimiliki oleh pemerintah adalah lahirnya Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2014 Tentang Pencabutan Surat Edaran Presidium Kabinet Ampera Nomor Se-06/Pres.Kab/6/1967, Tanggal 28 Juni 1967. Namun, bagaimana halnya jika kewenangan diskresi yang dimiliki oleh pemerintah tersebut digunakan dengan sewenang-wenang atau dengan kata lain bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, sumber hukum maupun asas-asas umum pemerintahan yang baik. Hal tersebut akan dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dan dikhawatirkan akan melanggar hak-hak warga negara.

Berikut ini akan dipaparkan beberapa peraturan kebijakan berupa surat edaran yang dikeluarkan oleh pemerintah yang tidak menimbulkan masalah, diantaranya yaitu: surat edaran Sekretaris Jenderal Kementerian Kesehatan Republik Indonesia Nomor: KP.02.05/II.2-2/754/2014 tentang Rotasi PNS di Lingkungan Kemenkes, surat edaran Direktur Jenderal Penyelenggaraan Pos dan Informatika Kementerian Komunikasi dan Informatika Republik Indonesia Nomor: 1 Tahun 2017 tentang Moratorium Permohonan Baru Izin Penyelenggaraan Penyiaran Jasa Penyiaran Televisi Secara Analog Melalui Terrestrial, dan surat edaran Menteri Badan Usaha Milik Negara Republik Indonesia Nomor: SE-06/MBU/08/2018 tentang Kepesertaan

Badan Usaha Milik Negara dalam Program Jaminan Sosial Ketenagakerjaan. Beberapa surat edaran yang telah disebutkan di atas merupakan contoh surat edaran yang dikeluarkan oleh pejabat administrasi negara yang telah tepat, tidak bertentangan dengan aturan yang berlaku ataupun peraturan perundang-undangan, sehingga tidak menimbulkan masalah atau ketidakpastian hukum.

Namun, di dalam penyelenggaraan pemerintahan Indonesia dapat pula ditemui beberapa peraturan kebijakan berupa surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, sumber hukum maupun asas-asas umum pemerintahan yang baik. Diantaranya ialah Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 03.E/31/DJB/2009 tanggal 30 Januari 2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara sebelum terbitnya Peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Materi dalam surat edaran tersebut bertentangan dengan ketentuan Undang-Undang Pertambangan Mineral dan Batubara, sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum. Oleh sebab itu, Ir. H. Isran Noor, M.Si (Bupati Kutai Timur) bertindak untuk dan atas nama Pemerintah Daerah Kabupaten Kutai Timur, Propinsi Kalimantan Timur mengajukan permohonan uji materiil surat edaran tersebut kepada Mahkamah Agung agar surat edaran tersebut dibatalkan. Kemudian dengan dasar-dasar pertimbangan hukumnya, Mahkamah Agung mengabulkan permohonan pemohon dan menyatakan bahwa Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 03.E/31/DJB/2009

tanggal 30 Januari 2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara sebelum terbitnya Peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan harus dibatalkan.

Dari putusan Mahkamah Agung tersebut menimbulkan pertanyaan baru bagi banyak kalangan. Karena berdasarkan UUD NRI Tahun 1945 dan berdasarkan UU Kekuasaan Kehakiman, kewenangan Mahkamah Agung adalah melakukan uji materil peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Sementara itu, berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, surat edaran tidak dikenal sebagai salah satu bentuk dari peraturan perundang-undangan yang berada dibawah undang-undang.

Yang dipahami sebagai “*judicial review*” di Indonesia adalah pengujian peraturan (*regels*), bukan pengujian atas keputusan-keputusan yang bersifat administratif (*beschikking*). Pengujian peraturan yang berbentuk undang-undang terhadap undang-undang dasar dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Agung. Sedangkan pengujian atau peradilan atas keputusan-keputusan administratif atau tata usaha negara dilakukan di Pengadilan Tata Usaha Negara.¹⁴

¹⁴ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm. 108.

Selanjutnya Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 7 Tahun 2014 tanggal 31 Desember 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana yang bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU/XI/2013 yang menimbulkan ketidakpastian hukum juga. Dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU/XI/2013 menyatakan bahwa Pasal 268 ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, jika dimaknai tidak dikecualikan terhadap alasan ditemukannya *novum* berdasarkan pada perkembangan ilmu dan teknologi yang pada saat perkara diperiksa belum dimanfaatkan atau belum ditemukan. Sementara itu, di dalam SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tersebut membatasi permohonan peninjauan kembali hanya dapat dilakukan satu kali.

Selanjutnya, Surat Edaran Direktur Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri Nomor: 188.31/2398/POLPUM tertanggal 8 Juni 2016 perihal Penundaan Penetapan Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Pelaksanaan Urusan Pemerintahan Umum, dan Surat Edaran Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia Nomor: 100/2215/SJ tertanggal 16 Juni 2016 Tentang Pelaksanaan Urusan Pemerintahan Umum yang bertentangan dengan pasal di dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum. Dimana dalam surat edaran tersebut menunda berlakunya pasal di dalam UU Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

Oleh sebab itu, maka penulis tertarik untuk melakukan kajian dalam bentuk penulisan tesis dengan judul: **“Eksistensi *Beleidsregels* (Peraturan Kebijakan) dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia”**

B. Masalah Pokok

Berdasarkan latar belakang masalah diatas, maka dirumuskan masalah pokok dalam penelitian ini ialah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah kedudukan *beleidsregels* (peraturan kebijakan) dan fungsi surat edaran dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia?
2. Bagaimanakah kekuatan mengikat dari surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan?

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui kedudukan *beleidsregels* (peraturan kebijakan) dan mengetahui fungsi surat edaran dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia.
2. Untuk mengetahui kekuatan mengikat dari surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan tujuan penelitian sebagaimana tersebut diatas, maka kegunaan dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Menambah wawasan penulis dalam lingkup ilmu Hukum Tata Negara, khususnya terhadap pelaksanaan *beleidsregels* (peraturan kebijakan) di dalam Tata Hukum negara Indonesia.
2. Memberikan gambaran kepada akademisi maupun praktisi tentang peraturan kebijakan di Indonesia yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan kepastian hukum dari peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan tersebut, serta tentang fungsi surat edaran dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia.
3. Memberikan sumbangan pikiran sebagai referensi kepada peneliti lainnya yang memiliki objek yang sama dengan penelitian ini.

D. Kerangka Teori

1. Negara Hukum

Negara adalah suatu organisasi kekuasaan yang diciptakan oleh sekelompok manusia yang disebut bangsa. Jadi, terlebih dahulu harus ada sekelompok manusia yang mempunyai kesadaran untuk mendirikan suatu organisasi, dengan tujuan untuk memelihara kepentingan dari kelompok tersebut. Maka di sini yang primer, artinya yang terpenting dan yang terlebih dahulu harus ada adalah kelompok manusia. Sedangkan negara itu adalah sekunder, artinya menyusul kemudian. Adanya negara hanya dapat didasarkan atas suatu kelompok manusia yang disebut bangsa.¹⁵ Konsep negara hukum memiliki tujuan keadilan, kepastian, dan kesejahteraan rakyat. Pemikiran tentang negara hukum secara historis dapat dikatakan mulai sejak plato

¹⁵ Soehino, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, 1986, hlm. 142.

menyampaikan pemikirannya dalam konsep yang disebut bahwa penyelenggara negara yang baik adalah yang di dasarkan pada peraturan (hukum) yang baik yang disebutnya dengan istilah *nomoi*.¹⁶

Albert Venn Dicey menyatakan bahwa negara hukum adalah negara yang mempunyai *the rule of law*. Konsep ini menekankan pada tiga tolok ukur atau unsur utama dari negara hukum, yaitu supremasi hukum (*supremacy of law*), persamaan dihadapan hukum (*equality before the law*), dan konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perorangan (*the constitution based on individual rights*).¹⁷ Negara hukum menurut Hadjon, adalah suatu gagasan bernegara yang paling ideal dan telah berkembang sejak lama. Gagasan negara hukum yang dianut oleh negara-negara barat sekarang pada umumnya adalah gagasan negara hukum yang berasal dari pemikiran intelektual barat yang berpijak pada filsafat liberal dan sekuler.¹⁸ Istilah negara hukum di Indonesia sering diterjemahkan *rechtsstaats* atau *the rule of law*.¹⁹ Konsep negara hukum memiliki pengertian bahwa negara beserta seluruh aktornya hanya dapat melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu berdasarkan peraturan perundang-undangan yang sah. Dalam negara hukum ini terdapat unsur yang berperan penting untuk mencapai tujuan negara hukum, yaitu unsur pemerintah.

¹⁶ Agus Surono, *Fiksi Hukum Dalam Pembuatan Peraturan Perundang-undangan*, Fakultas Hukum Universitas Al-Azhar Indonesia, Jakarta, 2013, hlm. 10-12.

¹⁷ Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Pustaka Setia, Bandung, 2011, hlm. 135.

¹⁸ Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Kencana, Jakarta, 2007, hlm. 2.

¹⁹ Juhaya S. Praja, *Op.Cit.*, hlm. 137.

Menurut SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD menyatakan: “Pemerintah dalam arti sempit adalah organ/alat perlengkapan negara yang disertai tugas pemerintah atau melaksanakan undang-undang (hanya sebagai eksekutif). Sedangkan pemerintah dalam arti luas adalah semua badan yang menyelenggarakan semua kekuasaan di dalam negara, baik kekuasaan eksekutif, maupun kekuasaan legislatif dan yudikatif”.²⁰ Tujuan utama negara hukum ialah pembatasan kekuasaan negara/pemerintah dan perlindungan hak asasi manusia. Montesquieu menjelaskan bahwa suatu pemerintahan memiliki tiga kekuasaan, yaitu kekuasaan formulasi/membuat undang-undang (legislatif), kekuasaan pelaksana undang-undang (eksekutif), dan kekuasaan mengadili sesuai undang-undang. Ketiga kekuasaan ini harus diberikan pada pihak yang berbeda-beda, terutama untuk menjaga agar hak-hak rakyat tidak dilanggar.

Setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang, seperti dikemukakan oleh Lord Acton: “*Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*”. Karena itu kekuasaan selalu harus dibatasi dengan cara memisah-misahkan kekuasaan ke dalam cabang-cabang yang bersifat *checks and balances* dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain.²¹

²⁰ SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, Liberty, Yogyakarta, 2006, hlm. 8.

²¹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 125.

Ridwan HR menyatakan: “Secara teoritis dan praktis terdapat perbedaan antara pemerintah dengan pemerintahan. Pemerintah adalah organ/alat atau aparat yang menjalankan pemerintahan. Sedangkan pemerintahan adalah segala urusan yang dilaksanakan oleh negara dalam menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat dan kepentingan negara. Dengan kata lain, pemerintahan adalah *bestuurvoering* atau pelaksanaan tugas pemerintah”²²

Berdasarkan penjelasan di atas, dapat disimpulkan bahwa pemerintah menyelenggarakan tugas pemerintahan dan pembangunan untuk mencapai salah satu tujuan negara Indonesia, yaitu terwujudnya kesejahteraan masyarakat Indonesia secara keseluruhan. Untuk menjalankan tugasnya menyelenggarakan kesejahteraan umum, pemerintah diberi *freies ermessen* yaitu kewenangan yang sah untuk turut campur dalam kegiatan sosial guna melaksanakan tugas-tugas menyelenggarakan kepentingan umum, seperti: memberi izin, melakukan pencabutan hak, mendirikan rumah sakit, sekolah dan sebagainya. Tercakup dalam arti *freies ermessen* adalah membuat peraturan tentang hal-hal yang belum ada pengaturannya, atau mengimplementasikan peraturan yang ada sesuai dengan kenyataan, pencakupan yang demikian disebut *discretionary power*.²³

Secara bahasa *freise ermessen* berasal dari kata *frei* artinya bebas, lepas, tidak terikat, dan mardeka. Sedangkan *ermessen* berarti mempertimbangkan, menilai, menduga dan memperkirakan. *Freise ermessen* berarti orang yang memiliki

²² Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm. 30.

²³ SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Op.Cit.*, hlm. 57.

kebebasan untuk menilai, menduga, dan mempertimbangkan sesuatu. Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan, sehingga *freise ermessen* (*discretionary power*) diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi pejabat-pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.²⁴

Sjachran Basah berpendapat bahwa pelaksanaan *freise ermessen* tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan, “Secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, demi kepentingan bersama”. Lebih lanjut Sjachran Basah mengatakan bahwa secara hukum terdapat dua batas; batas atas, dan batas bawah. Batas atas dimaksudkan ketaatan-asas ketentuan peraturan perundang-undangan berdasarkan asas taat asas, yaitu peraturan yang tingkat derajatnya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang tingkat derajatnya lebih tinggi. Sedangkan batas bawah ialah peraturan yang dibuat atau sikap tindak administrasi negara (baik aktif maupun pasif) tidak boleh melanggar hak dan kewajiban asasi warga.²⁵ Dapat ditambahkan bahwa *freise ermessen* itu tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum.

Untuk menjaga kesatuan sistem hukum dalam negara, perlu dilakukan pengujian apakah satu kaidah hukum berlawanan dengan kaidah hukum lain, dan terutama apakah satu kaidah hukum tidak ingkar dan atau bersifat menyisihkan

²⁴ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm. 169.

²⁵ *Ibid.*, hlm. 173.

kaidah hukum yang lebih penting dan lebih tinggi derajatnya. Pertentangan antara kaidah-kaidah hukum dalam tata hukum harus diselesaikan dan diakhiri oleh lembaga peradilan yang berwenang menentukan apa yang menjadi hukum positif dalam suatu negara.²⁶

Pengujian peraturan perundang-undangan disebut juga dengan istilah *judicial review*. Pengujian peraturan perundang-undangan secara terminologi bahasa terdiri dari perkataan “pengujian” dan “peraturan perundang-undangan”. Pengujian berasal dari akar kata “uji” yang memiliki arti percobaan untuk mengetahui mutu sesuatu, sehingga “pengujian” diartikan sebagai proses, cara, perbuatan, menguji. Sedangkan peraturan perundang-undangan diartikan sebagai peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum. Dengan demikian, pengujian peraturan perundang-undangan dapat diartikan sebagai proses untuk menguji peraturan tertulis baik yang dibentuk oleh lembaga negara maupun pejabat yang berwenang yang memiliki kekuatan mengikat secara umum. Oleh karena itu, pengujian peraturan perundang-undangan yang diartikan sebagai suatu proses untuk menguji, akan berkaitan dengan “siapa” (subjek) dan “apa” (objek) dalam proses pengujian peraturan perundang-undangan tersebut.²⁷

Kewenangan dalam melakukan *judicial review* di Indonesia diberikan kepada Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, sebagaimana terdapat di dalam UUD NRI Tahun 1945. Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-

²⁶ Ni'matul Huda, *Perkembangan Hukum Tata Negara: Perdebatan dan Gagasan Penyempurnaan*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014, hlm. 24-25.

²⁷ Zainal Arifin Hoesein, *Op.Cit*, hlm. 37.

undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang (Pasal 24A ayat (1) UUD NRI Tahun 1945), sedangkan Mahkamah Konstitusi berwenang menguji undang-undang terhadap UUD NRI Tahun 1945 (Pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945).

2. Teori Kepastian Hukum

Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologi.²⁸

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang deliberatif. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani

²⁸ Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2010, hlm.59.

atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.²⁹

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi tafsir) dan logis. Jelas dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan secara faktual mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk.³⁰

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu.³¹

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung

²⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm.158.

³⁰ C.S.T Kansil, dkk, *Kamus Istilah Hukum*, Jakarta, 2009, hlm. 385.

³¹ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm.23.

melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.³²

Kepastian hukum merupakan jaminan mengenai hukum yang berisi keadilan. Norma-norma yang memajukan keadilan harus sungguh-sungguh berfungsi sebagai peraturan yang ditaati. Menurut Gustav Radbruch keadilan dan kepastian hukum merupakan bagian-bagian yang tetap dari hukum. Beliau berpendapat bahwa keadilan dan kepastian hukum harus diperhatikan, kepastian hukum harus dijaga demi keamanan dan ketertiban suatu negara. Akhirnya hukum positif harus selalu ditaati. Berdasarkan teori kepastian hukum dan nilai yang ingin dicapai yaitu nilai keadilan dan kebahagiaan.³³

3. **Teori Kewenangan**

Wewenang merupakan bagian yang sangat penting dalam Hukum Tata Pemerintahan (Hukum Administrasi), karena pemerintahan baru dapat menjalankan fungsinya atas dasar wewenang yang diperolehnya. Keabsahan tindakan pemerintahan diukur berdasarkan wewenang yang diatur dalam peraturan perundang-

³² Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Penerbit Toko Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm. 82-83.

³³ *Ibid.*, hlm 95.

undangan. Perihal kewenangan dapat dilihat dari konstitusi negara yang memberikan legitimasi kepada Badan Publik dan Lembaga Negara dalam menjalankan fungsinya. Wewenang adalah kemampuan bertindak yang diberikan oleh undang-undang yang berlaku untuk melakukan hubungan dan perbuatan hukum.³⁴

Kewenangan adalah merupakan hak menggunakan wewenang yang dimiliki seorang pejabat atau institusi menurut ketentuan yang berlaku, dengan demikian kewenangan juga menyangkut kompetensi tindakan hukum yang dapat dilakukan menurut kaedah-kaedah formal, jadi kewenangan merupakan kekuasaan formal yang dimiliki oleh pejabat atau institusi. Kewenangan memiliki kedudukan yang penting dalam kajian hukum tata negara dan hukum administrasi negara. Begitu pentingnya kedudukan kewenangan ini, sehingga F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyebut sebagai konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi negara.³⁵

Dalam kewenangan terdapat tiga unsur diantaranya:

1. Pengaruh, bahwa penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subjek hukum.
2. Dasar hukum, bahwa wewenang itu harus selalu dapat ditunjukkan dasar hukumnya.

³⁴ SF. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2003, hlm. 154.

³⁵ Ridwan HR. *Op.Cit.* hlm. 99.

3. Konfirmasi hukum, bahwa mengandung makna adanya standard wewenang, yaitu standard umum (semua jenis wewenang) dan standard khusus (untuk jenis wewenang tertentu).³⁶

Indroharto, mengemukakan bahwa wewenang diperoleh secara atribusi, delegasi, dan mandat, yang masing-masing dijelaskan sebagai berikut : Wewenang yang diperoleh secara atribusi, yaitu pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan. Jadi, disini dilahirkan/diciptakan suatu wewenang pemerintah yang baru. Pada delegasi terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh Badan atau Jabatan TUN yang telah memperoleh suatu wewenang pemerintahan secara atributif kepada Badan atau Jabatan TUN lainnya. Jadi, suatu delegasi selalu didahului oleh adanya sesuatu atribusi wewenang. Pada mandat, disitu tidak terjadi suatu pemberian wewenang baru maupun pelimpahan wewenang dari Badan atau Jabatan TUN yang satu kepada yang lain.³⁷

Kewenangan sering disejajarkan dengan istilah wewenang, istilah wewenang digunakan dalam bentuk kata benda dan sering disejajarkan dengan istilah “*bevoegheid*” dalam istilah hukum Belanda. Menurut Philipus M. Hadjon, jika dicermati ada sedikit perbedaan antara istilah kewenangan dengan istilah “*bevoegheid*”. Perbedaan tersebut terletak pada karakter hukumnya, istilah

³⁶ Philipus M. Hadjon, *Penataan Hukum Administrasi*, Fakultas Hukum Unair, Surabaya, 1998. hlm.2.

³⁷ Indroharto. *Usaha Memahami Undang-undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993. hlm. 68.

“*bevoegheid*” digunakan dalam konsep hukum publik maupun dalam hukum privat. Dalam konsep hukum kita istilah kewenangan atau wewenang seharusnya digunakan dalam konsep hukum publik.

E. Konsep Operasional

Dari permasalahan yang akan diteliti, penulis mengarahkan penelitian ini kepada eksistensi *beleidsregels* (peraturan kebijakan) dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia. Oleh karena itu, untuk memperoleh kesamaan pemahaman dan persepsi dalam penelitian ini, maka dikemukakan konsep operasional sebagai berikut:

1. Eksistensi berasal dari kata bahasa latin *existere* yang artinya muncul, ada, timbul, hal berada atau keberadaan.³⁸ *Existere* disusun dari *ex* yang artinya keluar dan *sistere* yang artinya tampil atau muncul. Dalam penelitian ini eksistensi yang dimaksud adalah keberadaan dari *beleidsregels* (peraturan kebijakan) yang dikeluarkan oleh pejabat administrasi negara.
2. *Beleidsregels* (peraturan kebijakan) adalah jenis tindak administrasi negara dalam bidang hukum publik yang bersegi satu (*eenzijdige publiek rechtelijke handelingen*). Ia merupakan hukum bayangan (*spiegelrecht*) yang membayangi undang-undang atau hukum yang terkait pelaksanaan kebijakan (*policy*).³⁹

³⁸ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2002, hlm. 288.

³⁹ Safri Nugraha dkk, *Hukum Administrasi Negara*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, 2005, hlm. 93.

3. Penyelenggaraan berarti proses, cara, perbuatan menyelenggarakan dalam berbagai-bagai arti (seperti pelaksanaan, penunaian).⁴⁰
4. Pemerintahan ialah segala urusan yang dilakukan oleh negara dalam menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat dan kepentingan negara.
5. Indonesia adalah sebuah negara yang berdasarkan atas hukum, bukan berdasarkan kekuasaan. Sebagaimana terdapat di dalam Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945.

F. Metode Penelitian

Metode dalam penelitian ini disusun secara sistematis dengan uraian sebagai berikut:

1. Jenis dan Sifat Penelitian

Dilihat dari jenisnya, maka penelitian ini dapat digolongkan kepada penelitian hukum normatif (*legal research*). Sedangkan dilihat dari sifatnya, maka penelitian ini digolongkan kepada penelitian yang bersifat deskriptif, yaitu menggambarkan secara jelas dan terperinci mengenai objek penelitian.

2. Objek Penelitian

Objek kajian dalam penelitian ini adalah mengenai *beleidsregels* (peraturan kebijakan) berupa surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yaitu Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 03.E/31/DJB/2009 tanggal 30 Januari 2009 tentang Perizinan Pertambangan

⁴⁰ <https://www.artikata.com/arti-377296-penyelenggaraan.html>, diakses pada 15 Agustus 2018.

Mineral dan Batubara sebelum terbitnya Peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 7 Tahun 2014 tanggal 31 Desember 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana yang bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU/XI/2013, dan Surat Edaran Direktur Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri Nomor: 188.31/2398/POLPUM dan Surat Edaran Menteri dalam Negeri Republik Indonesia Nomor: 100/2215/SJ yang bertentangan dengan Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

3. Data dan Sumber Data

Data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder. Data sekunder menurut Abdulkadir Muhammad, terdiri dari:

- a. Bahan hukum primer (*primary law material*), sumbernya perundang-undangan, naskah kontrak, dokumen hukum, dan arsip hukum. Bahan hukum primer dalam penelitian ini yaitu: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; Hierarki Peraturan Perundang-undangan; Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan; Putusan Mahkamah Agung Nomor 23P/HUM/2009 terkait dengan Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 03.E/31/DJB/2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara; Putusan Mahkamah

Konstitusi Nomor 34/PUU-XI/2013 terkait dengan SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana; Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah terkait dengan Surat Edaran Direktur Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri Nomor: 188.31/2398/POLPUM dan Surat Edaran Menteri dalam Negeri Republik Indonesia Nomor: 100/2215/SJ.

- b. Bahan hukum sekunder (*secondary law material*), sumbernya adalah buku literatur hukum, jurnal penelitian hukum, laporan penelitian hukum, pidato ilmiah, dan laporan hukum media cetak atau media elektronik yang berkaitan dengan penelitian ini.
- c. Bahan hukum tersier (*tertiary law material*), sumbernya adalah internet, kamus hukum, kamus besar bahasa Indonesia, dan ensiklopedia.⁴¹

4. Analisis Data dan Metode Penarikan Kesimpulan

Analisis data dalam penelitian ini dilakukan secara kualitatif, yaitu mendeskripsikan atau menggambarkan, kemudian membandingkan antara data dengan ketentuan peraturan perundang-undangan atau dengan pendapat para ahli hukum serta teori-teori hukum. Tahapan analisis data dalam penelitian ini dimulai dari pengumpulan data, selanjutnya pengolahan data, penyajian data dan membandingkan data. Metode penarikan kesimpulan dalam penelitian ini

⁴¹ Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm. 67.

dilakukan secara induktif, yaitu penarikan kesimpulan dari ketentuan yang bersifat khusus kepada ketentuan yang bersifat umum.



Dokumen ini adalah Arsip Milik :
Perpustakaan Universitas Islam Riau

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG *BELEIDSREGELS* (PERATURAN KEBIJAKAN) DAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

A. Bentuk dan Fungsi *Beleidsregels* (Peraturan Kebijakan)

Selain dari sarana berupa keputusan tata usaha negara (*beschikking*), sarana tata usaha negara lainnya adalah dalam bentuk:

1. Peraturan perundang-undangan dan keputusan tata usaha negara yang memuat pengaturan yang bersifat umum;
2. Peraturan-peraturan kebijaksanaan (*beleidsregels*);
3. Rencana (*het plan*);
4. Penggunaan sarana hukum keperdataan; dan
5. Perbuatan materiil (*feitelijke handelingen*).

Selain dikenal dengan istilah peraturan kebijakan, ada juga yang menyebutkan *beleidsregels* (peraturan kebijakan) dengan istilah peraturan kebijaksanaan dan legislasi semu (*pseudo-wetgeving*)⁴² atau hukum bayangan. Menurut Bagir Manan, istilah yang lebih tepat adalah ketentuan kebijakan. Penggunaan kata “ketentuan” adalah untuk membedakan dengan peraturan yang dapat berkonotasi sebagai salah satu bentuk peraturan perundang-undangan seperti peraturan pemerintah atau peraturan menteri. Sementara itu, bagi Jimly Asshiddiqie, istilah yang lebih pas

⁴² Legislasi semu (*pseudo-wetgeving*) adalah penciptaan dari aturan-aturan hukum oleh pejabat administrasi negara yang berwenang yang sebenarnya dimaksudkan sebagai garis-garis pedoman (*richtlijnen*) pelaksanaan *policy* (kebijaksanaan) untuk menjalankan suatu ketentuan undang-undang, akan tetapi dipublikasikan secara luas.

adalah ‘aturan kebijakan’ bukan ‘peraturan kebijakan’ untuk membedakannya dari bentuk peraturan resmi.⁴³ Meskipun terdapat beberapa istilah yang bisa digunakan, namun dalam penelitian ini penulis menggunakan istilah yang lebih sering digunakan pada buku-buku literatur yaitu istilah peraturan kebijakan (*beleidsregels*).

Dalam praktik pemerintahan di Belanda, ada berbagai macam bentuk peraturan kebijakan. Menurut Van Kreveld, dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan (*bestuurpraktijk*) di negara Belanda, terdapat berbagai sebutan antara lain *beleidslijnen*, *het beleid*, *voorschriften*, *richkijnen*, *regelingen*, *circulaires*, *resoluties*, *aauschrijvingen*, *beleidsnota's*, *reglementen*, (*ministeriele*) *beschikkingen*, dan *bekendmakingen*.⁴⁴ Dalam hukum administrasi pemerintahan Indonesia, eksistensi *pseudowetgeving*, *spiegelrecht*, dan *beleidsregels* juga bukan merupakan hal yang baru karena sudah dikenal sejak zaman kolonial.

Di dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, suatu peraturan kebijakan dalam kerangka *freies ermessen* yang dibuat oleh pejabat administrasi negara adalah mencakup beberapa hal-hal, diantaranya disebabkan karena belum adanya perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian *in concreto* terhadap suatu masalah tertentu, padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera, sehingga pemerintah/pejabat administrasi negara dapat mengeluarkan peraturan kebijakan agar penyelenggaraan pemerintahan tetap dapat berjalan dengan lancar. Perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintahan memberikan kebebasan

⁴³ A'an Efendi dan Freddy Poernomo, *Hukum Administrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2017, hlm. 226.

⁴⁴ Hotma P. Sibuea, *Op., Cit*, hlm. 106.

sepenuhnya kepada pemerintahan untuk membuat suatu peraturan kebijakan, dan yang pastinya tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Adanya delegasi perundang-undangan, maksudnya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya.⁴⁵

Secara praktis kewenangan diskresioner/*freies ermessen* administrasi negara yang kemudian melahirkan peraturan kebijakan, mengandung dua aspek pokok, yakni: Pertama, kebebasan menafsirkan mengenai ruang lingkup wewenang yang dirumuskan dalam peraturan dasar wewenangnya. Aspek pertama ini lazim dikenal dengan kebebasan menilai yang bersifat objektif. Kedua, kebebasan untuk menentukan sendiri dengan cara bagaimana dan kapan wewenang yang dimiliki administrasi negara itu dilaksanakan. Aspek kedua ini dikenal dengan kebebasan menilai yang bersifat subjektif.⁴⁶

Pejabat administrasi negara tidak boleh mengambil suatu tindakan atas inisiatif sendiri dengan maksud dan tujuan menguntungkan diri sendiri, keluarga, atau pihak-pihak tertentu lainnya. Pejabat administrasi negara yang bertindak atas inisiatif sendiri harus memiliki motivasi dan tujuan yang jelas dalam melakukan diskresi supaya tindakan tersebut dapat dipertanggungjawabkan secara kepatutan dan kelayakan, meskipun tidak dapat dimintai pertanggungjawaban secara hukum.

⁴⁵ Muchsan, *Catatan Tentang Hukum Administrasi Negara dan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung, 2000, hlm. 27-28.

⁴⁶ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm. 175.

Dalam hubungan dengan motivasi, tujuan, keadaan, ataupun alasan yang memperbolehkan pejabat administrasi negara melakukan tindakan atas inisiatif sendiri, Sjachran Basah mengemukakan beberapa persyaratan yang harus dipenuhi. Beberapa persyaratan tersebut adalah bahwa diskresi:

- a. Ditujukan untuk menjalankan tugas servis publik;
- b. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara;
- c. Diambil atas inisiatif sendiri, dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;
- d. Dapat dipertanggungjawabkan, baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.⁴⁷

Freies ermessen akan berarti positif apabila dapat menjadi umpan balik kepada legislatif untuk perbaikan undang-undang. Sebaliknya, *freies ermessen* akan menimbulkan efek negatif apabila timbul budaya pragmatisme, yaitu pengambilan keputusan yang hanya didasarkan pada pertimbangan praktis, keberpihakan kepada kelompok kepentingan tertentu dan bersifat sesaat serta berjangka waktu pendek. Peraturan-peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan. Badan yang mengeluarkan peraturan-peraturan kebijakan adalah *in casu* tidak memiliki kewenangan pembuatan peraturan. Peraturan-peraturan kebijakan juga tidak mengikat hukum secara langsung, namun mempunyai relevansi hukum. Peraturan-peraturan kebijakan memberi peluang bagaimana suatu badan tata usaha negara menjalankan kewenangan pemerintahan (*beschikkingbevoegdheid*). Hal tersebut

⁴⁷ Hotma P. Sibuea, *Op., Cit*, hlm. 76.

dengan sendirinya harus dikaitkan dengan kewenangan pemerintahan atas dasar penggunaan *discretionare* karena jika tidak demikian, maka tidak ada tempat bagi peraturan-peraturan kebijaksanaan.

Di dalam penyelenggaraan tugas-tugas administrasi negara, pemerintah banyak mengeluarkan kebijakan yang dituangkan dalam berbagai bentuk seperti *beleidslijne* (garis-garis kebijakan), *het beleid* (kebijakan), *voorschriften* (peraturan-peraturan), *richtlijnen* (pedoman-pedoman), *regelingen* (petunjuk-petunjuk), *circulaires* (surat edaran), *resoluties* (resolusi-resolusi), *aanschrijvingen* (instruksi-instruksi), *beleidsnota's* (nota kebijakan), *reglimen ministriële* (peraturan-peraturan menteri), *beschikkingen* (keputusan-keputusan), dan *enbekenmakingen* (pengumuman-pengumuman).⁴⁸

Menurut Jimly Asshiddiqie, dalam praktiknya di Indonesia, peraturan kebijakan dapat dibuat dalam bentuk-bentuk seperti⁴⁹:

- a. Surat edaran, contoh: Surat Edaran Bank Indonesia;
- b. Surat perintah atau instruksi, contoh: Instruksi Presiden;
- 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);

⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 174.

⁴⁹ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm. 274.

h. Desain Kerja atau Desain Proyek (*Project Design*).

Surat edaran biasanya digunakan oleh seorang pejabat (menteri atau direktur jenderal) untuk memberitahukan kepada jajaran dibawahnya mengenai suatu kebijakan yang harus dilaksanakan yang berkaitan dengan pelayanan publik. Sedangkan petunjuk operasional atau petunjuk teknis memuat berbagai cara teknis administratif dan operasional mengenai tugas tertentu. Sementara itu, intruksi dikeluarkan oleh pimpinan yang bersifat perintah untuk menjalankan tugas tertentu. Selanjutnya pengumuman ialah yang antara lain berisi informasi yang diperlukan bagi masyarakat yang berkepentingan mengenai suatu pelayanan publik yang disediakan oleh instansi pemerintah.⁵⁰

Adapun ciri-ciri dari peraturan kebijakan itu sendiri, J.H Van Kreveld mengemukakan bahwa peraturan kebijakan memiliki ciri-ciri sebagai berikut, Pertama, peraturan itu langsung ataupun tidak langsung tidak didasarkan pada ketentuan undang-undang formal ataupun UUD yang memberikan kewenangan mengatur, dengan kata lain peraturan itu tidak ditemukan dasarnya dalam undang-undang; yang Kedua, peraturan itu tidak tertulis dan muncul melalui serangkaian keputusan-keputusan instansi pemerintahan yang bebas terhadap warga negara atau ditetapkan secara tertulis oleh instansi pemerintahan tersebut; dan yang Ketiga adalah peraturan itu memberikan petunjuk secara umum, dengan kata lain tanpa pernyataan

⁵⁰ Diakses dari https://www.academia.edu/19952556/PERATURAN_KEBIJAKAN, pada tanggal 10 Januari, 2019.

dari individu warga negara yang berada dalam situasi yang dirumuskan dalam peraturan itu.

Bagir Manan mengemukakan enam ciri peraturan kebijakan, yaitu sebagai berikut, Pertama, peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan; Kedua, asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijakan; Ketiga, peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid* karena memang tidak ada dasar peraturan perundang-undangan untuk membuat keputusan peraturan kebijakan; Keempat, peraturan kebijakan dibuat berdasarkan *freies ermessen* dan ketiadaan wewenang administrasi bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan; Kelima, pengujian terhadap peraturan kebijakan lebih diserahkan pada *doelmatigheid* sehingga batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang layak; dan ciri peraturan kebijakan yang terakhir adalah dalam praktik diberi format berupa berbagai bentuk dan jenis aturan, yakni keputusan, instruksi, surat edaran, pengumuman, dan lain-lain, bahkan dapat dijumpai dalam bentuk peraturan.

Sementara itu, Ganz mengemukakan karakteristik peraturan kebijakan sebagai berikut:

1. Menggunakan bahasa nonteknis sehingga mudah dipahami oleh orang awam.
2. Dokumen yang fleksibel dan oleh karena itu mudah untuk ditarik kembali dan digantikan yang baru.

3. Dokumen sering dirancang untuk memastikan bahwa kepada mereka yang dituju untuk melaksanakan suatu kewenangan memiliki kesamaan cara dalam melaksanakan wewenang itu.
4. Dokumen adalah manifestasi dari keyakinan bahwa untuk mencapai tujuan lebih baik menggunakan pendekatan persuasi dibandingkan dengan paksaan.
5. Dokumen merupakan suatu kompromi yang dapat diterima antara membuat undang-undang atas suatu masalah tertentu atau tidak melakukan apapun sama sekali.⁵¹

Peraturan kebijakan (*beleidsregels*) ini sebenarnya adalah jenis tindak administrasi negara dalam bidang hukum publik yang bersegi satu (*eenzijdige publiek rechtelijke handelingen*). Ia merupakan hukum bayangan (*spiegelrecht*) yang membayangi undang-undang atau hukum yang terkait pelaksanaan kebijakan (*policy*).⁵² Pandangan para ahli tentang tindakan atau perbuatan hukum pemerintah yang bersegi satu ini menyatakan bahwa tidak ada satu tindakan atau perbuatan hukum pemerintah yang bersegi dua dan tidak ada persesuaian yang terjadi antara pemerintah dengan masyarakat.⁵³

Sebenarnya penyelenggaraan urusan pemerintahan dalam suatu negara hukum itu bersendikan pada peraturan perundang-undangan sesuai dengan prinsip yang

⁵¹ Yuwen Li (ed), *Administrative Litigation Systems in Greater China and Europe*, Ashgate Publishing Limited, Surrey, England, 2014, dalam A'an Efendi dan Freddy Poernomo, *Hukum Administrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2017, hlm. 229.

⁵² Safri Nugraha, dkk, *Hukum Administrasi Negara*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, 2005, hlm. 93.

⁵³ Aminuddin Ilmar, *Hukum Tata Pemerintahan*, Kencana, Jakarta, 2016, hlm. 141.

dianut dalam suatu negara hukum yaitu asas legalitas, akan tetapi karena peraturan perundang-undangan sebagai hukum tertulis itu mengandung kekurangan dan kelemahan, karena itu keberadaan peraturan kebijakan menempati posisi penting terutama dalam negara hukum modern.

Adapun fungsi *beleidsregels* (peraturan kebijakan) menurut Marcus Lukman, peraturan kebijakan dapat difungsikan secara tepatguna dan berdayaguna sebagai berikut:

1. Tepatguna dan berdayaguna sebagai sarana pengaturan yang melengkapi, menyempurnakan dan mengisi kekurangan-kekurangan yang ada pada peraturan perundang-undangan;
2. Tepatguna dan berdayaguna sebagai sarana pengaturan bagi keadaan vacuum peraturan perundang-undangan;
3. Tepatguna dan berdayaguna sebagai sarana pengaturan bagi kepentingan-kepentingan yang belum terakomodasi secara patut, layak, benar, dan adil dalam peraturan perundang-undangan;
4. Tepatguna dan berdayaguna sebagai sarana peraturan untuk mengatasi kondisi peraturan perundang-undangan yang sudah ketinggalan zaman;
5. Tepatguna dan berdayaguna bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan fungsi administrasi dibidang pemerintahan dan pembangunan yang bersifat cepat

berubah atau memerlukan pembaharuan sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi.⁵⁴

Sementara itu, penerapan atau penggunaan peraturan kebijakan harus memperhatikan hal-hal di antaranya⁵⁵:

1. Harus sesuai dan serasi dengan tujuan undang-undang yang memberikan *beoordelingsvrijheid* (ruang kebebasan bertindak).
2. Serasi dengan asas-asas hukum umum yang berlaku, seperti:
 - a. Asas perlakuan yang sama menurut hukum;
 - b. Asas kepatutan dan kewajaran;
 - c. Asas keseimbangan;
 - d. Asas pemenuhan kebutuhan dan harapan; dan
 - e. Asas kelayakan mempertimbangkan segala sesuatu yang relevan dengan kepentingan publik dan warga masyarakat.
3. Sesuai dan tepat guna dengan tujuan yang hendak dicapai.

B. Perbedaan *Beleidsregels* (Peraturan Kebijakan) dengan Peraturan Perundang-undangan

Secara teoretis, 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

⁵⁴ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm. 183.

⁵⁵ Iqbal Perdana, *Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregels)*, diakses dari <https://sukatulis.wordpress.com/2012/04/07/peraturan-kebijaksanaan-beleidsregels/>, pada tanggal 13 September 2018.

perundang-undangan. 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.⁵⁶

Ada pula pendapat yang menyebutkan bahwa peraturan kebijakan memiliki substansi dan kekuatan mengikat yang tidak berbeda dengan peraturan perundang-undangan, tetapi arus besar pemikiran hukum tidak mengkategorikan peraturan kebijakan sebagai peraturan perundang-undangan. Padahal, 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.⁵⁷ Praktik tersebut menunjukkan bahwa belum terdapat kejelasan tentang format dan substansi peraturan kebijakan. Peraturan kebijakan disebut bukanlah peraturan perundang-undangan tetapi sifat substansinya seringkali merupakan norma pengaturan untuk umum yang seharusnya diatur melalui peraturan perundang-undangan.

⁵⁶ Victor Imanuel W. Nalle, *Kedudukan Peraturan Kebijakan Dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan*, diakses dari https://www.researchgate.net/publication/318333957_KEDUDUKAN_PERATURAN_KEBIJAKAN_DALAM_UNDANG-UNDANG_ADMINISTRASI_PEMERINTAHAN, pada tanggal 20 Juli 2018.

⁵⁷https://www.researchgate.net/publication/318333957_KEDUDUKAN_PERATURAN_KEBIJAKAN_DALAM_UNDANG-UNDANG_ADMINISTRASI_PEMERINTAHAN, diakses pada tanggal 14 september 2018.

Bagir Manan berpendapat bahwa peraturan perundang-undangan memiliki kekurangan-kekurangan, diantara kekurangan tersebut adalah sebagai berikut, bahwa peraturan perundang-undangan tidak pernah lengkap. Berbagai peristiwa atau masalah hukum yang terjadi dalam masyarakat ternyata tidak atau belum terampung dalam peraturan perundang-undangan. Selain itu, deskripsi-deskripsi dalam peraturan perundang-undangan pada umumnya mencerminkan keadaan, pandangan, keinginan pada saat pembuatannya. Adapun masyarakat tempat peraturan perundang-undangan itu berlaku berubah terus sehingga adakalanya terjadi kesenjangan antara masyarakat dan peraturan perundang-undangan. Sebagai bentuk hukum tertulis, peraturan perundang-undangan tidak fleksibel. Perubahan harus melalui tata cara yang kadang-kadang tidak mudah. Kadang-kadang rumusan peraturan perundang-undangan tidak jelas atau memungkinkan berbagai arti sehingga tidak ada atau mengurangi kepastian.⁵⁸

Ada beberapa persamaan antara peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijakan, A. Hamid S. Attamimi menyebutkan unsur-unsur persamaannya sebagai berikut⁵⁹, Pertama, aturan yang berlaku umum, yaitu peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan mempunyai adresat atau subjek norma dan pengaturan perilaku atau objek norma yang sama, yaitu bersifat umum dan abstrak (*algemene regeling* atau *algemene regel*). Selanjutnya yaitu peraturan yang berlaku ‘ke luar’, peraturan perundang-undangan berlaku ‘ke luar’ dan ditujukan kepada

⁵⁸ Bagir Manan dalam A’an Efendi dan Freddy Poernomo, *Hukum Administrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2017, hlm. 51-52.

⁵⁹ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm. 179-180.

masyarakat umum (*naar buiten werkend, tot een ieder gericht*), demikian juga peraturan kebijakan berlaku ‘ke luar’ dan ditujukan kepada masyarakat umum yang bersangkutan. Kemudian, kewenangan pengaturan yang bersifat umum/publik, peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan ditetapkan oleh lembaga/pejabat yang mempunyai kewenangan umum/publik untuk itu.

Di samping terdapat kesamaan, ada pula beberapa perbedaan antara peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijakan. A. Hamid S. Attamimi menyebutkan perbedaan-perbedaannya sebagai berikut⁶⁰, pertama yaitu, pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan fungsi negara. Pembentukan hukum melalui perundang-undangan dilakukan oleh rakyat sendiri, oleh wakil-wakil rakyat, atau sekurang-kurangnya dengan persetujuan wakil-wakil rakyat. Kekuasaan dibidang perundang-undangan atau kekuasaan legislatif hanya diberikan kepada lembaga yang khusus untuk itu, yaitu lembaga legislatif (sebagai organ kenegaraan, yang bertindak untuk dan atas nama negara).

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

⁶⁰ *Ibid.*, hlm. 180-181.

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

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

Suatu perbedaan hukum lain yang penting antara peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijakan, adalah bahwa peraturan kebijakan mengandung suatu syarat pengetahuan yang tidak tertulis (*aangeschreven harheidsclausule*). Ini berarti bahwa manakala terdapat keadaan khusus yang

mendesak, maka badan tata usaha negara di dalam hal yang sifatnya individual harus menyimpang dari peraturan kebijakan guna kemaslahatan warga. Hal ini disebabkan karena tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, maka badan tata usaha negara berdasar ketentuan peraturan kebijakan sendiri, tidak dapat meniadakan kewenangan di dalam hal yang menyimpang dari garis kebijakan. Tata usaha negara pada setiap kasus harus menanyakan sendiri apakah tidak terdapat keadaan-keadaan khusus.⁶¹

Sementara itu, menurut A'an Efendi dan Freddy Poernomo di dalam bukunya yang berjudul Hukum Administrasi disebutkan beberapa perbedaan antara peraturan kebijakan dan peraturan perundang-undangan, beberapa perbedaan tersebut yaitu, Pertama, bahwa putusan akhir hakim administrasi atas suatu keputusan (*beschikking*) yang sedang dipermasalahkan tidak langsung didasarkan pada peraturan kebijakan. Dasar-dasar pengujian bagi hakim administrasi diberikan secara limitatif dalam undang-undang yang bersangkutan. Dasar-dasar pengujian itu hanya menyebut mengenai pelanggaran terhadap suatu pelanggaran peraturan perundang-undangan dan bukan mengenai pelanggaran terhadap peraturan kebijakan. Jika hakim mengkonstatir adanya pelanggaran terhadap peraturan kebijakan, maka putusan akhirnya akan dirumuskan dalam bentuk pengujian yang berdasar pada asas-asas umum pemerintahan yang baik. Suatu keputusan yang dikeluarkan secara bertentangan dengan peraturan kebijakan, pada umumnya karena pelanggaran

⁶¹ Diakses dari <http://deviliasugiarto.blogspot.com/p/produk-hukum.html>, pada 25 Desember 2018.

terhadap asas pemberian alasan (*motivering*), asas kepastian hukum, atau asas keseksamaan.

Perbedaan berikutnya yaitu, pada umumnya peraturan kebijakan diuji ke (dan peraturan perundang-undangan tidak diuji ke) asas-asas pemerintahan yang baik, atau lebih umum lagi, ke asas-asas hukum tidak tertulis. Perbedaan ketiga adalah, jika pemerintah memberikan suatu keputusan berdasarkan peraturan kebijakan, pemerintah wajib menyelidiki apakah peraturan kebijakan itu di dalam suatu perkara harus dijalankan secara utuh. Keadaan-keadaan khusus dalam suatu perkara tertentu dapat menjadi alasan untuk menyimpang dari peraturan kebijakan. Pada umumnya penyimpangan itu menguntungkan pihak yang bersangkutan, tetapi tidak tertutup kemungkinan bahwa dalam keadaan-keadaan tertentu dan jika asas kepastian hukum tidak dilanggar, penyimpangan tersebut adalah penyimpangan yang merugikan pihak yang bersangkutan. Selanjutnya bahwa suatu peraturan perundang-undangan baru dapat diterapkan setelah diumumkan keluar; untuk peraturan kebijakan, cukup jika itu diketahui oleh umum.⁶²

Bukan hanya perbedaan saja, menurut A'an Efendi dan Freddy Poernomo peraturan kebijakan dan peraturan perundang-undangan juga memiliki persamaan-persamaan, diantara persamaan-persamaan tersebut adalah sebagai berikut, bahwa mengenai pemberian alasan atas suatu keputusan yang diberikan, biasanya pada keduanya hal itu cukup dengan pengajuan argumentasi yang berdasar pada apa yang

⁶² A'an Efendi dan Freddy Poernomo, *Op., Cit*, hlm. 241-242.

ditetapkan dalam peraturan itu. Namun, bagi penerapan peraturan kebijakan perlu dinyatakan mengapa dalam suatu kasus tertentu tidak terdapat suatu keadaan khusus yang membenarkan adanya penyimpangan terhadap peraturan tersebut.

Setiap orang dianggap mengetahui peraturan kebijakan maupun peraturan perundang-undangan yang telah diumumkan. Suatu peraturan kebijakan harus memenuhi kriteria tertentu, tanpa membedakan apakah itu menyangkut kebijakan yang dituangkan ke dalam peraturan kebijakan atau peraturan perundang-undangan. Kriteria yang penting yaitu bahwa hal itu harus diawasi demi kepastian hukum bagi pihak-pihak yang bersangkutan. Hak asasi yang diberikan dalam konvensi internasional boleh dibatasi baik dengan peraturan kebijakan maupun peraturan perundang-undangan. Namun demikian, pembatasan oleh peraturan kebijakan tidak boleh sewenang-wenang.⁶³

Seperti yang telah disebutkan terdahulu bahwa *beleidsregels* (peraturan kebijakan) merupakan bentuk dari pejabat administrasi negara (lembaga eksekutif) dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Namun, terkadang peraturan kebijakan yang dikeluarkan oleh lembaga eksekutif juga memiliki kekurangan-kekurangan. Diantara kelemahan dari ketentuan hukum yang dibuat bukan oleh lembaga legislatif yaitu⁶⁴: karena anggota dari badan pembuat

⁶³ *Ibid.*, hlm. 242-243.

⁶⁴ Munir Fuady, *Op., Cit.*, hlm. 43.

ketentuan hukum tersebut tidak dipilih oleh rakyat, kedudukan mereka beserta *output* yang dihasilkannya menjadi kurang *legitimate*. Anggota dari badan pembuat ketentuan hukum tersebut tidak dipilih oleh rakyat, sehingga kurang mengetahui keinginan rakyat.

Kalaupun mereka mengetahui dengan persis keinginan dari rakyat, karena mereka tidak dipilih oleh rakyat, mereka tidak terdorong untuk menyuarakan suara rakyat. Karena mereka merupakan bagian dari eksekutif, maka mereka lebih mendengar suara atasannya atau suara kepentingannya dari pada mendengar suara rakyat. Tidak adanya partisipasi dari rakyat dalam pembuatan suatu ketentuan hukum yang bukan oleh perlemen, seperti tidak dilakukan *hearing*, media tidak punya akses untuk berpartisipasi, dan lain-lain. Kurangnya asas publikasi, sehingga tidak banyak diketahui oleh rakyat tentang adanya proses pembuatan atau ketentuan yang dibuat oleh lembaga yang bukan parlemen. Berakibat kurangnya elemen kepastian hukum berhubung dengan peraturan yang gampang diubah-ubah.

Namun demikian, selain dari kelemahan-kelemahan dari ketentuan hukum yang dibuat bukan oleh badan legislatif, terdapat juga kelebihan-kelebihannya. Diantara kelebihan-kelebihan tersebut dapat dilihat⁶⁵ bahwa karena ketentuan hukum dibuat berdasarkan kewenangan yang didelegasikan (oleh parlemen), maka secara teoritis tentunya parlemen sudah menyaringnya ketentuan apa saja yang dapat didelegasikan

⁶⁵ *Ibid.*, hlm.45.

tersebut. Ketentuan tersebut dibuat dengan arahan atau sebagai pelaksanaan dari ketentuan yang lebih tinggi yang diterbitkan oleh parlemen.

Melalui pembuatan berbagai perundang-undangan, parlemen sudah memberikan petunjuk atau arahan terhadap pembuatan perundang-undangan oleh badan-badan administratif. Oleh karena itu, disebabkan yang membuat ketentuan tersebut memang sudah merupakan bidang keahliannya yang umumnya dia geluti sehari-hari, kualitas dari ketentuan tersebut bisa lebih terjamin.

Parlemen dapat mengetahui persoalan secara umum saja, tetapi tidak mengetahui bagaimana cara memecahkan persoalan tersebut dan memformaliskannya ke dalam ranah perundang-undangan. Selain itu, pembuatan ketentuan hukum yang bukan oleh parlemen secara politik bisa lebih netral, karena tidak seperti parlemen, mereka bukan lembaga politik sehingga kurang terpengaruh dari hingar bingar politik. Kemudian pembuatan ketentuan hukum tersebut bisa lebih cepat tanpa perlu mengikuti banyak formalitas, dan bekerja tidak dengan beban yang bertumpuk-tumpuk.

Kelebihan-kelebihan lain dari ketentuan hukum yang dibuat bukan oleh badan legislatif selanjutnya yakni, bisa fleksibel dalam pelaksanaannya, berhubung ketentuan hukum tersebut gampang diubah-ubah ditengah jalan. Dan juga dapat menghilangkan beban dan risiko politik bagi parlemen jika membuat perundang-undangan yang ternyata keliru. Di samping itu, parlemen masih dapat melakukan

berbagai upaya kontrol lainnya terhadap pelaksanaan fungsi legislasi dari badan-badan administrasi negara, yaitu pelaksanaan berbagai upaya kontrol seperti *Oversight hearing*, yakni dalam hal ini pihak parlemen dapat mengundang pihak-pihak administrator bahkan eksekutif atasannya untuk datang ke parlemen untuk didengar pendapat dan keterangannya yang berkenaan dengan ketentuan hukum yang telah dibuatnya. *Hearing* pendapat atau keterangan seperti itu disebut dengan *oversight hearing*.

Upaya kontrol *Appropriate rider*, yaitu dalam hal ini pengarah atau larangan terhadap pembuatan peraturan tentang hal tertentu dapat ditambahkan/dimasukkan ke dalam pengontrolan *budget* pemerintah yang harus dibahas dan disetujui parlemen. Selanjutnya upaya kontrol pengaturan *budget* lembaga administrasi, dalam hal ini parlemen dapat memperbesar atau memperkecil *budget* terhadap bidang tertentu, yang sekaligus dapat merupakan pengontrolan terhadap pelaksanaan tindakan yang bersangkutan oleh pihak administratif/eksekutif.

Parlemen juga dapat melakukan pengontrolan berupa pembatalan tindakan/kewenangan administrasi. Menurut teori distribusi kekuasaan (*distribution of power*), sejauh yang menyangkut dengan kewenangan pembuatan aturan hukum, parlemen dapat mencabut kekuasaan dari pejabat administratif atau membatalkan tindakan yang telah dilakukannya. Berikutnya parlemen dapat melakukan perubahan undang-undang yang sudah ada. Undang-undang yang sudah ada dapat dibatalkan oleh parlemen dalam rangka membatasi kewenangan dari pejabat administrasi

tertentu. Perubahan peraturan perundang-undangan tersebut dapat dilakukan dengan cara pembuatan undang-undang yang baru. Undang-undang yang baru dapat dibuat oleh parlemen yang mengatur (secara lebih baik) tentang apa-apa yang sebelumnya telah diatur dalam peraturan yang dibuat oleh badan-badan administratif negara/pihak eksekutif.

C. Kedudukan Mahkamah Agung dalam Pengujian Peraturan di Bawah Undang-Undang

Dalam ketatanegaraan Indonesia, Rapat Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) di bawah pimpinan KRT Radjiman Wedyodiningrat bersidang untuk membentuk UUD, yang pada waktu itu menolak usulan dari Mr. Moh. Yamin yang menghendaki Agar Mahkamah Agung mempunyai wewenang untuk memutus dan menentukan suatu perundang-undangan yang bertentangan dengan konstitusi atau Undang-Undang Dasar. Alasan penolakan terhadap hak menguji materiil Mahkamah Agung oleh BPUPKI dikemukakan oleh Mr. Soepomo antara lain karena: “Undang-Undang Dasar yang hendak dibentuk tidak mengenal teori Trias Politika, sedangkan hak menguji materiil hanya dijumpai di negara-negara yang menganut teori Trias Politika. Karena UUD 1945 tidak menganut ajaran pemisahan kekuasaan, maka dengan sendirinya hak menguji materiil terhadap UU juga dianggap tidak perlu”.

Akan tetapi setelah perubahan UUD 1945, kekuasaan legislatif bergeser dari tangan Presiden ke DPR.⁶⁶ Karena itu, bisa dikatakan bahwa ketiga cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif dipisahkan secara tegas. Dengan demikian, argumen penolakan terhadap ide *judicial review* ditingkat UU sebagaimana digunakan oleh Soepomo tidak dapat dipakai lagi.

Alasan mendasar dari sudut pandang hukum tata negara keharusan dilakukan *judicial review* atau *control judicial* terhadap kekuasaan legislatif dalam penyelenggaraan pemerintahan negara adalah untuk mencegah lembaga tersebut melanggar norma-norma konstitusi terutama dalam hal membuat undang-undang. Amandemen UUD 1945 membawa perubahan terhadap sistem ketatanegaraan Indonesia. Selain perubahan yang terjadi pada susunan kedudukan eksekutif, dan legislatif, kekuasaan kehakiman pasca amandemen UUD 1945 juga mengalami perubahan yang mendasar. Sebelum amandemen kekuasaan kehakiman hanya dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan lainnya. Setelah UUD 1945 diamandemenkan, maka kekuasaan kehakiman tidak hanya dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung, tetapi dilaksanakan bersama-sama dengan Mahkamah Konstitusi.

Dengan demikian kekuasaan kehakiman dalam sistem ketatanegaraan Indonesia pasca amandemen telah berpuncak pada dua menara yakni: Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi sebagaimana ditegaskan pasal 24 ayat 2 UUD N RI Tahun 1945. Baik Mahkamah Agung maupun Mahkamah Konstitusi sama-sama diberi

⁶⁶ Lihat Pasal 20 UUD NRI Tahun 1945.

kewenangan dalam pengujian peraturan perundang-undangan. Mahkamah Agung memiliki kewenangan menguji peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang, sedangkan Mahkamah Konstitusi kewenangannya mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD N RI Tahun 1945.

Dalam praktek dikenal adanya tiga macam norma hukum yang dapat diuji atau yang biasa disebut sebagai *norm control mechanism*. Ketiganya sama-sama merupakan bentuk norma hukum sebagai hasil dari proses pengambilan keputusan hukum yang dapat diuji kebenarannya melalui mekanisme pengadilan, yaitu:

1. Keputusan normatif yang berisi dan bersifat mengatur (*regeling*);
2. Keputusan normatif yang berisi dan bersifat penetapan administratif (*beschikking*);
3. Keputusan normatif yang berisi dan bersifat penghakiman (*judgement*) yang biasa disebut vonis.⁶⁷

Mahkamah Agung Republik Indonesia (MA) adalah lembaga tinggi negara dalam sistem ketatanegaraan Indonesia yang merupakan pemegang kekuasaan kehakiman bersama-sama dengan Mahkamah Konstitusi dan bebas dari pengaruh cabang-cabang kekuasaan lainnya. Mahkamah Agung membawahi badan peradilan dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha negara. Mahkamah Agung

⁶⁷ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006, hlm. 1.

memiliki beberapa fungsi, diantaranya terdapat dalam Pasal 28, 29, 30, 31, 32, 35 dan 79 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung yaitu fungsi peradilan, fungsi pengawasan dan fungsi mengatur.

1. Fungsi Peradilan; sebagai Pengadilan Negara Tertinggi dari semua Lingkungan Peradilan, Mahkamah Agung merupakan pengadilan kasasi yang bertugas membina keseragaman dalam penerapan hukum melalui putusan kasasi dan peninjauan kembali menjaga agar semua hukum dan undang-undang diseluruh wilayah Negara Republik Indonesia diterapkan secara adil, tepat dan benar serta dalam melaksanakan tugasnya terlepas dari pengaruh pemerintah dan pengaruh-pengaruh lainnya. Fungsi peradilan mengenai hak uji materiil, yaitu wewenang menguji/nilai secara materiil peraturan perundangan di bawah undang-undang tentang hal apakah sesuatu peraturan ditinjau dari isinya bertentangan dengan peraturan dari tingkat yang lebih tinggi.
2. Fungsi Pengawasan; Mahkamah Agung memiliki fungsi pengawasan tertinggi terhadap penyelenggaraan peradilan pada semua badan peradilan yang berada di bawahnya dalam menyelenggarakan kekuasaan kehakiman. Selain itu, Mahkamah Agung juga memiliki fungsi pengawasan tertinggi terhadap pelaksanaan tugas administrasi dan keuangan. Mahkamah Agung memiliki kewenangan untuk meminta keterangan tentang hal-hal yang berkaitan dengan teknis peradilan dari semua badan peradilan yang berada di bawahnya.

Mahkamah Agung berwenang memberi petunjuk, teguran, atau peringatan kepada pengadilan di semua badan peradilan yang berada di bawahnya. Namun, pengawasan yang dilakukan oleh Mahkamah Agung tidak serta merta dapat atau tidak boleh mengurangi kebebasan hakim dalam memeriksa, mengadili serta memutus perkara.

3. Fungsi Mengatur; berkaitan dalam hal mengatur, Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam undang-undang tentang Mahkamah Agung sebagai pelengkap untuk mengisi kekurangan atau kekosongan hukum yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan.
4. Fungsi pemberi nasihat; memberikan nasihat atau pertimbangan dalam bidang hukum kepada Lembaga Tinggi Negara lain, dan memberikan nasihat kepada Presiden selaku Kepala Negara dalam rangka pemberian atau penolakan grasi.

Jadi, karena kekuasaan kehakiman yang ada pada Mahkamah Agung dan badan peradilan lainnya adalah kekuasaan yang bebas dari pengaruh kekuasaan eksekutif maka kedudukan Mahkamah Agung dijamin oleh undang-undang. Mahkamah Agung senantiasa memberikan pertimbangan hukum baik diminta atau tidak kepada semua lembaga tinggi lainnya terutama kepada Presiden.⁶⁸

Berbicara tentang *judicial review* di dalam politik hukum tidak dapat dilepaskan dari pembicaraan tentang hukum perundang-undangan atau peraturan

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 320.

perundang-undangan. Sebab, *judicial review* itu bekerja atas dasar peraturan perundang-undangan yang tersusun secara hierarkis. Pengujian oleh lembaga yudisial dalam *judicial review* adalah untuk menilai sesuai atau tidaknya satu peraturan perundang-undangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi secara hierarkis. *Judicial review* tidak bisa dioperasikan tanpa ada peraturan perundang-undangan yang tersusun secara hierarkis.⁶⁹

Menurut Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, pengertian peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Pengujian Undang-Undang merupakan suatu wewenang untuk menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.

Sementara itu, jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia berdasarkan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 yakni:

- (1) Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:
 - a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
 - c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
 - d. Peraturan Pemerintah;

⁶⁹ Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, 2011, hlm. 123.

- e. Peraturan Presiden;
 - f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
 - g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.
- (2) Kekuatan hukum Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Di dalam Pasal 8 ayat (1) juga disebutkan bahwa peraturan perundang-undangan juga 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 Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Sementara itu, Bagir Manan memberikan definisi tentang peraturan perundang-undangan yakni suatu keputusan tertulis yang dikeluarkan pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang yang berisi aturan tingkah laku yang bersifat atau mengikat secara umum dimana atauran tingkah laku tersebut berisi ketentuan-ketentuan tentang hak, kewajiban, fungsi, status dan suatu tatanan.

Berikut ini dapat dilihat beberapa hierarki peraturan perundang-undang yang pernah berlaku di Negara Republik Indonesia:

Tabel II. 1
 Hierarki Peraturan Perundang-undangan yang Pernah Berlaku di Indonesia

TAP MPRS No. XX/MPRS/1966	TAP MPR No. III/MPR/2000	UU No. 10 Tahun 2004	UU No. 12 Tahun 2011
1. UUD 1945	1. UUD 1945	1. UUD NRI Tahun 1945	1. UUD NRI Tahun 1945
2. TAP MPR	2. TAP MPR RI	2. UU/ Perppu	2. TAP MPR RI
3. PP	3. UU	3. PP	3. UU/Perppu
4. Kepres	4. Perppu	4. Perpres	4. PP
5. Peraturan pelaksanaan lainnya, seperti: Permen, Instruksi Menteri, dan lain-lainnya	5. PP 6. Kepres 7. Perda	5. Perda: a. Perda Provinsi b. Perda Kab/Kota c. Peraturan Desa	5. Perpres 6. Perda Provinsi 7. Perda Kab/Kota

Prinsip dan pelaksanaan pengujian peraturan perundang-undangan berkaitan erat dengan prinsip kekuasaan negara, baik pembagian kekuasaan negara (*distribution of power*), maupun pemisahan kekuasaan negara (*separation of power*).⁷⁰ Prinsip kekuasaan negara dalam perspektif UUD 1945 (sebelum amandemen) menganut prinsip sistem pembagian kekuasaan (*distribution of power*).

Kewenangan Mahkamah Agung untuk melakukan pengujian peraturan perundang-undangan dibawah Undang-Undang pada awalnya lahir dari Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman dalam Pasal 26, dan juga dalam Pasal 31 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Kedua Pasal pada Undang-Undang tersebut

⁷⁰ Zainal Arifin Hoesein, *Op.Cit.*, hlm. 71.

pada pokoknya mengatakan bahwa Mahkamah Agung berwenang untuk melakukan pengujian materiil terhadap peraturan perundang-undangan yang berada di bawah undang-undang dan menyatakan tidak sah peraturan tersebut apabila ternyata bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berada di atasnya. Selanjutnya, MPR melalui Ketetapan MPR Nomor III Tahun 2000 Pasal 5 ayat (2), (3), dan (4) juga mengatur kewenangan Mahkamah Agung tersebut, begitu pula halnya dengan UUD NRI Tahun 1945.

Di dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 dijelaskan kewenangan Mahkamah Agung sebagai berikut “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”. Begitu juga di dalam Pasal 20 ayat (2) UU Kekuasaan Kehakiman dijelaskan kewenangan yang sama untuk Mahkamah Agung.

Objek pengujian peraturan perundang-undangan di Mahkamah Agung adalah peraturan perundang-undangan yang tingkatnya berada dibawah undang-undang. Pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang merupakan bentuk pengujian yang objeknya adalah seluruh peraturan yang bersifat mengatur, abstrak, dan mengikat secara umum yang derajatnya di bawah undang-undang. Sehingga, objek yang diuji adalah segala peraturan di bawah undang-undang dan yang dijadikan tolok ukur pengujiannya adalah undang-undang.⁷¹

⁷¹ *Ibid.*, hlm. 54.

Untuk membedakan peraturan perundang-undangan dengan peraturan lainnya, dapat dilihat bahwa peraturan perundang-undangan memiliki ciri-ciri sebagai berikut⁷², bahwa peraturan perundang-undangan bersifat umum dan komprehensif, yang dengan demikian merupakan kebalikan dari sifat-sifat yang khusus dan terbatas. Kemudian peraturan perundang-undangan itu bersifat universal, yang diciptakan untuk menghadapi peristiwa-peristiwa yang akan datang yang belum jelas bentuk konkretnya. Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan tidak dapat dirumuskan untuk mengatasi peristiwa-peristiwa tertentu saja. Ciri yang terakhir yakni, peraturan perundang-undangan memiliki kekuatan untuk mengoreksi dan memperbaiki dirinya sendiri. Pencantuman klausul yang memuat kemungkinan dilakukannya peninjauan kembali.

Diaturinya masalah pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang oleh Mahkamah Agung dimaksudkan sebagai sarana kontrol normatif terhadap setiap tindakan atau produk hukum yang berbentuk peraturan dari pihak eksekutif, yang dalam hal ini adalah presiden dan lembaga pemerintahan lainnya.

Kemudian, untuk menguji atau mengukur diskresi pemerintah dan *beleidsregels* melenceng atau tidak, melanggar hak-hak warga negara atau tidak, bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau tidak, disetiap sistem hukum berbeda-beda. Dalam sistem hukum *common law* pengujian terhadap tindakan pemerintahan itu dengan pendekatan *ultra vires* (melampaui kekuasaan), sedangkan

⁷² Nomensen Sinamo, *Hukum Administrasi Negara, Suatu Kajian Kritis Tentang Birokrasi Negara*, Jala Permata Aksara, Jakarta, 2010, hlm. 45-46.

pada sistem hukum *civil law* menggunakan pendekatan *rechmatigheid* dan *doelmatigheid* dengan dasar pengujian berupa hukum tertulis dan hukum tidak tertulis atau asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Mendasarkan pada doktrin *ultra vires* dalam sistem *common law* secara umum dasar pengujian yang digunakan oleh hakim terhadap diskresi organ pemerintah yaitu:

1. *Illegality* atau ilegalitas: pada dasarnya ini merupakan prinsip bahwa pembuat keputusan harus memahami secara benar hukum yang mengatur tentang pembuatan keputusan dan memberikan efek pada keputusan itu;
2. *Procedural impropriety* atau penyimpangan prosedur: ini mencakup hal pokok pengujian yang menentukan standard procedural yang harus dipatuhi pengambil keputusan publik, ini meliputi kewajiban untuk mendengarkan alasan seseorang yang dipengaruhi oleh keputusan, kewajiban untuk tidak terpengaruhi oleh bias, kewajiban untuk tidak mengabaikan pengecualian yang sah.
3. *Irrationality* atau irasional: ini mencakup apa yang kadang-kadang dikenal sebagai *wednesbury unreasonableness*. Untuk batas tertentu, batas pengujian ini termasuk prinsip pengujian substantif, yaitu menguji manfaat dari keputusan tersebut.⁷³

Dalam sistem *civil law* pengujian terhadap tindakan organ pemerintahan itu, disamping menggunakan pendekatan *rechmatigheid* dan *doelmatigheid*, H.D. van

⁷³ Ridwan HR, *Diskresi dan Tanggungjawab Pemerintah*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014, hlm. 160.

Wijk dan Willem Konijnenbelt menyebutkan bahwa ada empat macam pengujian yang dapat digunakan terhadap tindakan pemerintah itu⁷⁴:

1. Bertentangan dengan peraturan yang mengikat umum atau peraturan perundang-undangan;
2. Penyalahgunaan wewenang;
3. Organ pemerintah dalam mempertimbangkan berbagai kepentingan terkait untuk mengambil keputusan tidak berdasarkan pada alasan yang rasional;
4. Bertentangan dengan apa yang dalam kesadaran umum merupakan asas-asas yang hidup/berlaku tentang pemerintahan yang baik.

Pengujian terhadap diskresi dengan menggunakan peraturan tertulis dianggap tidak memadai karena penggunaan diskresi itu lebih banyak berkenaan dengan wewenang yang tidak disebutkan secara tegas dalam peraturan perundang-undangan. Atas dasar itu, maka pengujiannya dengan menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik, terutama asas larangan melampaui wewenang dan larangan penyalahgunaan wewenang.

⁷⁴ H.D. van Wijk dan Willem Konijnenbelt dalam Ridwan HR, *Diskresi..., Ibid.*, hlm. 163.

BAB III

EKSISTENSI *BELEIDSREGELS* (PERATURAN KEBIJAKAN) DAN KEKUATAN MENGIKAT SURAT EDARAN YANG BERTENTANGAN DENGAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

A. Kedudukan *Beleidsregels* (Peraturan Kebijakan) dan Fungsi Surat Edaran dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia

Berdasarkan kajian dalam hukum administrasi dan ilmu perundang-undangan, khususnya tentang norma, dapat diperoleh pengertian bahwa norma hukum (*rechtsnorm*) itu ada dalam bentuk peraturan-peraturan (*regels*) dan ada pula dalam bentuk ketentuan lainnya (*andere bepalingen*). Menurut Waaldijk, peraturan-peraturan (*regeligen*) itu terdiri atas peraturan (*regels*) dan peraturan lainnya (*andere bepalingen*). Yang dimaksud dengan peraturan adalah ketentuan yang dengan sendirinya memiliki suatu makna normatif; ketentuan yang menyatakan bahwa sesuatu harus (tidak harus) dilakukan, atau boleh (tidak boleh) dilakukan.⁷⁵

Dikotomi antara peraturan (*regels*) dengan ketentuan lain (*andere bepalingen*) membawa paradigma yuridis bahwa di samping peraturan (hierarki berdasarkan Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, yaitu: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat; Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;

⁷⁵ Zafrullah Salim, *Legislasi Semu*, artikel diakses dari <http://ditjenpp.kemenkumham.go.id/htn-dan-puu/1299-legislasi-semu-pseudowetgeving.html>, tanggal 6 Desember 2018.

Peraturan Pemerintah; Peraturan Presiden; Peraturan Daerah Provinsi; dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. Dan non-hierarki Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, yaitu: 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 Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat) terdapat berbagai bentuk ketentuan yang sebenarnya bukan merupakan peraturan, namun dianggap sebagai peraturan sehingga disebut dengan istilah legislasi semu (peraturan bayangan). Dalam kenyataan sehari-hari masyarakat mengenal ketentuan lain itu secara langsung atau tidak langsung, tertulis maupun tersirat, sehingga ketentuan lain itu dianggap juga sebagai peraturan. Sebagai contoh, suatu pedoman yang dikeluarkan oleh seorang pimpinan, yang secara langsung dan eksplisit diajukan kepada bawahannya, merupakan suatu ketentuan, yang dianggap sebagai peraturan karena itu dinyatakan berlaku.

Sedangkan menurut I Gde Pantja Astawa yang disebut dengan peraturan negara (*staatsregelings*) atau keputusan dalam arti luas (*besluiten*), keputusan dalam arti luas (*besluiten*) tersebut dapat dibagi dalam 3 (tiga) kelompok yakni: Pertama, *Wettelijk regeling* (peraturan perundang-undangan), seperti UUD, undang-undang, peraturan pemerintah pengganti undang-undang, peraturan pemerintah, peraturan presiden,

peraturan menteri, peraturan daerah, dan lain-lain. Kedua, *Beleidsregels* (peraturan kebijakan), seperti instruksi, surat edaran, pengumuman dan lain-lain. Dan yang ketiga *Beschikking* (penetapan), seperti surat keputusan dan lain-lain.⁷⁶

Berbicara mengenai peraturan kebijakan (*beleidsregels*) maka tidak terlepas dari kewenangan bebas pemerintah yang dikenal dengan istilah *freis ernessen* atau asas diskresi. Diskresi secara khusus diatur dalam Bab VI UU Administrasi Pemerintahan. Sebelumnya Pasal 1 angka 9 mendefinisikan diskresi sebagai 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. Definisi tersebut memberikan unsur-unsur diskresi, antara lain:

1. Berupa keputusan dan/atau tindakan;
2. Ditetapkan dan/atau dilakukan;
3. Dilakukan oleh pejabat pemerintahan;
4. Untuk mengatasi persoalan konkret dalam penyelenggaraan pemerintahan;
5. Diskresi tersebut dilakukan dalam hal (bersifat alternatif):
 - a. Peraturan perundang-undangan memberikan pilihan;

⁷⁶Arif Christiono Soebroto, *Kedudukan Hukum Peraturan/Kebijakan Dibawah Peraturan Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional/Kepala Bappenas*, diakses dari http://birohukum.bappenas.go.id/data/data_presentasi/WORKSHOP%20Peraturan%20kebijakan%20di%20Kementerian%20PPN%20%20bappenas.pdf, tanggal 27 Juli 2018.

- b. Peraturan perundang-undangan tidak mengatur;
- c. Peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas;
- d. Adanya stagnasi pemerintahan.

Dengan demikian diskresi dapat memiliki 2 (dua) bentuk. Pertama, keputusan tata usaha negara. Kedua, tindakan nyata pemerintahan atau yang dikonsepsikan oleh Utrecht⁷⁷ sebagai perbuatan pemerintah yang berdasarkan fakta atau perbuatan yang bukan perbuatan hukum atau perbuatan tanpa akibat yang diatur oleh hukum. Oleh karena itu, jika mengacu pada definisi Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, diskresi juga berupa tindakan faktual yang tidak memiliki akibat hukum.

Meskipun terdapat peluang melaksanakan tugas pemerintahan secara bebas tanpa terikat sepenuhnya pada undang-undang, namun dalam kerangka Negara hukum harus dipahami bahwa unsur-unsur asas diskresi/*freies ermessen* dalam suatu negara hukum adalah sebagai berikut⁷⁸:

1. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas servis publik;
2. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi Negara;
3. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
4. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
5. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;

⁷⁷ Jum Anggriani, *Hukum Administrasi Negara*, Graha Ilmu Yogyakarta, 2012, hlm. 106.

⁷⁸ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm. 170-171.

6. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Walaupun peraturan kebijakan yang dikeluarkan oleh pejabat administrasi negara atas dasar diskresi bukan merupakan peraturan perundang-undangan yang berakibat hukum, namun pengaruhnya terhadap praktek dilapangan besar sekali. Oleh karena itu, peraturan kebijakan tidak boleh melanggar asas-asas hukum, terutama asas persamaan hukum (*gelijkheidsbeginsel*) dan asas kepastian hukum (*rechtszekerheidsbeginsel*).⁷⁹

Apabila pemerintah/administrasi negara dibiarkan mengembangkan peraturan kebijakan yang melanggar hukum, sehingga merugikan para warga masyarakat dengan melanggar ketentuan-ketentuan hukum yang asli, maka wibawa hukum dan arti serta wibawa Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai negara hukum (*rechtsstaat*) akan jatuh.⁸⁰

Kewenangan pemerintah sebagai administrator, atau dengan perkataan lain, kewenangan administrasi negara untuk membuat peraturan-peraturan (*rule making powers*) memang dimana-mana merupakan salah satu masalah yang besar. Salah satu masalah pokoknya adalah bagaimana membuat administrasi negara tidak membuat peraturan-peraturan yang mempunyai akibat politik atau konstitusional yang luas.

⁷⁹ S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Galia Indonesia, Jakarta, 1994, hlm. 104.

⁸⁰ S. Prajudi Atmosudirjo, *loc cit.*

Kewenangan administrasi negara untuk membuat peraturan ada tiga macam, yakni⁸¹:

- a. Penjabaran secara normatif dari pada ketentuan-ketentuan undang-undang/perundang-undangan menjadi peraturan-peraturan (administratif);
- b. Interpretasi dari pasal-pasal undang-undang yang dijadikan peraturan atau instruksi dinas;
- c. Penentuan atau penciptaan daripada kondisi-kondisi nyata untuk membuat ketentuan-ketentuan undang-undang untuk dapat direalisasikan (atau menjadi operasional).

Seharusnya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan mengatur secara komprehensif aspek-aspek administrasi pemerintahan sehingga tidak terjadi “kekosongan” atau norma yang “kabur” dalam menjalankan pemerintahan. Namun jika dianalisis secara kritis, Undang-Undang Administrasi Pemerintahan menyisakan ruang kosong pengaturan salah satu instrumen yang seringkali digunakan oleh aparatur negara, yaitu peraturan kebijakan. Pemerintah, dalam praktiknya, 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 maupun Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Namun dalam praktik seringkali peraturan kebijakan memiliki kekuatan mengikat yang sama dengan peraturan perundang-undangan. Peraturan

⁸¹ *Ibid*, hlm. 105.

kebijakan memiliki substansi dan kekuatan mengikat yang tidak berbeda dengan peraturan perundang-undangan, tetapi arus besar pemikiran hukum tidak mengategorikan peraturan kebijakan sebagai peraturan perundang-undangan.

Dalam perspektif negara hukum kesejahteraan, tindakan yang dilakukan oleh pejabat administrasi negara berdasarkan asas kebebasan bertindak (diskresi atau *freies ermessen*) tidak terikat kepada undang-undang. Akan tetapi, tentu saja pejabat administrasi negara yang bersangkutan tidak boleh melakukan tindakan tanpa pertimbangan-pertimbangan atau dasar pemikiran tertentu. Dalam perspektif negara hukum, segenap tindakan pejabat administrasi harus selalu ada batasan dan alasannya. Jika suatu tindakan pemerintahan tidak dapat dinilai berdasarkan pertimbangan-pertimbangan hukum, tidak berarti perbuatan tersebut tidak perlu dipertanggungjawabkan. Tindakan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan secara hukum harus dipertanggungjawabkan secara moral dan akal sehat yang ukuran-ukurannya adalah kepatutan (moral) dan kelayakan (akal sehat).

Guna mencegah penyalahgunaan kekuasaan oleh administrasi negara, dan untuk mencegah pelanggaran konstitusional, maka perlu ada beberapa ketegasan mengenai pelimpahan membuat peraturan tersebut diatas, yakni⁸²:

1. Undang-undang harus menetapkan asas-asas dan premis-premis (prakondisi-prakondisi) mana yang tidak boleh dijabarkan atau diinterpretasikan lebih lanjut;
2. Pendelegasian dibatasi secara tegas dengan:

⁸² *Ibid*, hlm. 105-106.

- a. Menetapkan dalam pasal yang bersangkutan butir atau hal apa yang didelegasikan;
 - b. Menetapkan dalam pasal undang-undang yang bersangkutan semacam suatu pedoman (*policy guidance*), berupa standar pokok atau kriterium, untuk pejabat administrasi negara yang bersangkutan.
3. Mensyaratkan dengan undang-undang (dalam salah satu pasalnya) agar supaya sebelumnya diadakan studi atau penelitian yang secukupnya;
 4. Undang-undang menetapkan jenis dan beratnya sanksi hukum bagi pelanggaran daripada peraturan administrasi negara tersebut;
 5. Pelimbanan hanya dilakukan kepada pejabat pemerintah/administrasi negara;
 6. Undang-undang menetapkan diadakannya badan atau instansi untuk menampung keluhan, pengaduan, atau gugatan.

Salah satu bentuk peraturan kebijakan yang sering dikeluarkan oleh pejabat administrasi negara atas nama pemerintahan Indonesia yakni berupa surat edaran. Surat edaran (*circular/circular letter/government circular*) diterbitkan oleh menteri, kepala lembaga pemerintah nonkementerian, para direktur jenderal kementerian, kepala daerah, dan lain sebagainya. Berdasarkan Pedoman Tata Naskah Dinas Instansi Pemerintah yang diterbitkan oleh Kementerian Pendayagunaan Aparatur

Negara dan Reformasi Birokrasi, surat edaran adalah naskah dinas yang memuat pemberitahuan tentang hal tertentu yang dianggap penting dan mendesak.⁸³

Menurut David Pollard, Neil Parpworth, dan David Hughes, surat edaran pada dasarnya adalah surat dari pemerintah kepada badan atau pejabat bawahannya yang berisi panduan tentang pelaksanaan fungsi peraturan perundang-undangan, misalnya mengenai perencanaan, perumahan, pendidikan, pelayanan sosial, keuangan dan pensiun pemerintah kota. Surat edaran dapat dicetak dan disediakan untuk umum dengan diberikan nomor berseri, meskipun saat ini telah banyak yang dimuat di situs departemen yang menerbitkannya.⁸⁴

Surat edaran pada umumnya memberikan saran-saran yang sifatnya nonyuridis dan pedoman atau panduan tentang persoalan-persoalan tertentu untuk mengembangkan ketentuan sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Surat edaran memuat petunjuk atau persyaratan untuk mengambil suatu tindakan tertentu.⁸⁵

Surat edaran mestinya hanya sekedar menjelaskan atau memuat petunjuk teknis suatu peraturan umum. Tetapi, tidak jarang surat edaran membuat norma baru yang akhirnya membingungkan. Apalagi kalau sampai surat edaran itu lebih dipatuhi oleh bawahan di lingkungan pejabat pembuat surat edaran daripada peraturan perundang-

⁸³ Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, *Pedoman Tata Naskah Dinas Instansi Pemerintah*, Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, Jakarta, 2012, hlm. 14.

⁸⁴ A'an Efendi, dan Freddy Poernomo, *Op., Cit.*, hlm. 234.

⁸⁵ *Ibid.*, hlm. 234.

undangan. Kadang-kadang surat edaran memang seperti peraturan, tapi sifatnya intern saja.⁸⁶

Dari segi materi muatan, biasanya sebuah surat edaran menjelaskan atau membuat prosedur untuk mempermudah, atau memperjelas peraturan yang mesti dilaksanakan. Karena sifatnya hanya memperjelas, maka surat edaran tidak boleh menabrak apalagi menegasikan peraturan perundang-undangan. Meskipun jarang menemukan surat edaran yang demikian, Maria Farida berpendapat surat edaran tidak boleh menabrak Undang-undang, Peraturan Pemerintah, atau Perpres⁸⁷ dan juga semua yang termasuk ke dalam kategori peraturan perundang-undangan.

Guru besar Universitas Parahyangan Bandung Willa Chandrawila menduga surat edaran semacam itu (yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan) dikeluarkan bisa karena faktor kesengajaan, bisa pula karena ketidaktahuan. Disebut kesengajaan karena pejabat tertentu menganggap punya kewenangan diskresi untuk membuat norma tertentu. Secara hukum, pejabat boleh saja menggunakan diskresi asalkan terhadap apa yang belum diatur. Kalau sudah diatur tidak boleh, karena akan mengakibatkan *ultra vires* (melebihi kekuasaan atau kewenangan yang diizinkan oleh hukum).

Khusus untuk surat edaran, Dosen Fakultas Hukum Universitas Jember, [Bayu Dwi Anggono](#) mengatakan, surat edaran memang bukan peraturan perundang-

⁸⁶ <https://www.hukumonline.com/berita/baca/hol18765/surat-edaran-bukan-peraturan-perundangundangan>, diakses pada tanggal 3 Desember 2018.

⁸⁷ Maria Farida, diakses dari <https://www.hukumonline.com/berita/baca/hol18765/surat-edaran-bukan-peraturan-perundangundangan>, pada tanggal 3 Desember 2018.

undangan (*regeling*), bukan pula keputusan tata usaha negara (*beschikking*), melainkan sebuah peraturan kebijakan. Masuk ke dalam kelompok peraturan kebijakan (*beleidsregels*) atau peraturan perundang-undangan semu (*pseudo wetgeving*).⁸⁸ Jika surat edaran bukan peraturan perundang-undangan, lantas bagaimana menguji keabsahannya? Jika bukan keputusan, berarti surat edaran tidak bisa digugat ke Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN). Praktek selama ini, surat edaran yang tidak sesuai dicabut sendiri oleh instansi yang mengeluarkan.

Sumber utama hukum positif di Indonesia adalah Peraturan Perundang-undangan, maka kedudukan peraturan perundangan di Indonesia sangat kuat. Sedangkan sudah dibahas sebelumnya jika surat edaran bukanlah bagian dalam peraturan perundangan di Indonesia berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, namun masuk kedalam lingkup aturan kebijakan yang bersumber dari kewenangan *fries ernessen* pejabat Pemerintah. Walaupun begitu bukan berarti surat edaran tidaklah penting. Dewasa ini kebutuhan dan kepentingan manusia berkembang secara dinamis dan cepat, sehingga peraturan perundangan seringkali tidak bisa mengakomodasinya secara tuntas.

Salah satu contoh surat edaran yang dikeluarkan oleh pejabat administrasi negara dalam rangka menjelaskan atau membuat prosedur untuk mempermudah, atau memperjelas peraturan yang mesti dilaksanakan, adalah surat edaran Sekretaris Jenderal Kementerian Kesehatan Republik Indonesia Nomor: KP.02.05/II.2-

⁸⁸ Diakses dari <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt54b1f62361f81/surat-edaran--kerikil-dalam-perundang-undangan>, pada tanggal 10 Januari 2019.

2/754/2014 tentang Rotasi PNS di Lingkungan Kemenkes. Yang mana surat edaran tersebut berisi sebagai berikut:

Dalam rangka meningkatkan kinerja Kementerian Kesehatan dan Pelaksanaan Reformasi Borokrasi sesuai dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara, saudara dimohon untuk melaksanakan penataan pegawai dengan melaksanakan rotasi staf secara periodik dan proporsional.

Rotasi staf tersebut dapat dilakukan di lingkungan satker, antar satker di Unit Utama atau antar satker antar Unit Utama/UPT terurama bagi yang sudah memiliki masa kerja 5 (lima) tahun ke atas.

Dalam melakukan rotasi staf, agar saudara mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

1. Adanya kebutuhan jabatan sesuai dengan peta jabatan sebagai hasil analisis jabatan di masing-masing satuan kerja;
2. Kekurangan jumlah PNS yang menduduki jabatan sesuai dengan perhitungan analisis beban kerja;
3. Perpindahan JFU tidak boleh menyebabkan turunnya kelas jabatan/grade PNS yang bersangkutan seperti yang tertuang dalam Permenkes No. 73 Tahun 2013 tentang Jabatan Fungsional Umum pada Pasal 7 ayat (3);
4. Mempertimbangkan hasil penilaian prestasi kerja masing-masing pegawai;
5. Pegawai Negeri Sipil yang sedang dalam proses pemeriksaan karena diduga melakukan pelanggaran disiplin atau sedang mengajukan upaya administratif tidak dapat dipindahkan dan harus dilakukan pembinaan;

6. Penetapan surat keputusan pindah harus sesuai dengan kewenangan yang diatur dalam Permenkes 510 Tahun 2010 tentang Pemberian Kuasa dan Pendelegasian Kewenangan Penandatanganan Nota/Surat Persetujuan dan Keputusan Mutasi Kepegawaian dalam Lingkungan Departemen Kesehatan.

Dari contoh surat edaran Sekretaris Jenderal Kementerian Kesehatan Republik Indonesia Nomor: KP.02.05/IL.2-2/754/2014 tentang Rotasi PNS di Lingkungan Kemenkes tersebut, dapat dilihat hubungan antara peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijakan adalah bahwa peraturan kebijakan berupa surat edaran berfungsi untuk menjelaskan dan memberikan saran-saran yang sifatnya nonyuridis dan pedoman atau panduan tentang persoalan-persoalan tertentu untuk mengembangkan ketentuan sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Surat edaran tersebut merupakan salah satu surat edaran yang sudah betul, yang tidak bertentangan dengan peraturan perundnag-undangan. Namun, terkadang pejabat administrasi negara khilaf dalam membuat sebuah surat edaran yang melampaui batas kewenangannya dan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

Dalam teori hukum administrasi Negara, jika penguasa melakukan kelalaian untuk menjalankan kewajiban berdasar hukum publik penguasa tidak dapat diminta pertanggungjawabannya atas dasar perbuatan melanggar hukum/ *onrechtmatige daad*.⁸⁹ Dalam melakukan tugas tersebut penguasa diberi wewenang, akan tetapi

⁸⁹ Diakses dari <https://evhhalen.wordpress.com/2015/09/06/kedudukan-surat-edaran-yang-dikeluarkan-oleh-eksekutifpemerintah-dalam-tatanan-hukum-indonesia/>, pada tanggal 10 Januari 2019.

sekaligus dibatasi kewenangannya oleh peraturan perundang-undangan. Dengan demikian terlepas dari masalah kebijaksanaan, tidak menutup kemungkinan bahwa tindakan-tindakannya melampaui batas atau bertentangan dengan kewenangan yang ada padanya. Namun demikian, pada dasarnya, kita harus selalu bertitik tolak dari pokok pikiran bahwa tindakan penguasa itu pada dasarnya sah, sehingga dikenal sebagai *rechtmatigheid van bestuur*.⁹⁰

Menurut penulis, hal ini dimaksudkan agar penguasa tidak ragu atau takut dalam membuat kebijakan dan terobosan, selama kebijakan tersebut bertujuan untuk kesejahteraan rakyatnya. Jadi apabila kebijakan yang diambil oleh pejabat publik dianggap dan diduga menyalahi atau melanggar hukum, bukan pejabat publiknya yang ditindak, tapi produk kebijakannya yang diuji.

Selain pejabat administrasi negara yang mendapat perlindungan hukum dalam mengeluarkan kebijakan, perlindungan hukum juga diberikan terhadap masyarakat yang merasa dirugikan oleh kebijakan melalui surat edaran yang dikeluarkan pejabat administrasi negara. Perlindungan hukum bagi masyarakat dapat dilakukan dengan tiga cara yaitu *Judicial Review*, *Political Review*, dan *Administrative Review*. Menurut pakar hukum Universitas Diponegoro, Yos Johan Utama, untuk mengetahui apakah suatu surat edaran bertentangan dengan Undang-Undang, surat edaran tersebut dapat di uji materi di Mahkamah Agung Republik Indonesia.⁹¹

⁹⁰ Bambang Heryanto, *Perbuatan Melawan Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, Purwokerto, 2004, hlm. 162.

⁹¹ Diakses dari <https://evhhalen.wordpress.com/2015/09/06/kedudukan-surat-edaran-yang-dikeluarkan-oleh-eksekutifpemerintah-dalam-tatanan-hukum-indonesia/>, pada tanggal 10 Januari 2019.

Pengujian surat edaran oleh Mahkamah Agung dinamakan pengujian oleh badan peradilan/yudikatif/*judicial review*.

Selain pengujian oleh badan yudikatif masih terdapat cara lain yang bisa di tempuh yaitu pengujian oleh badan yang sifatnya politik/*political review/legislatif review* dan pengujian oleh badan administrasi negara/eksekutif/*administrative review*. Legislatif dapat melakukan *political review/legislatif review* dengan cara meminta keterangan, sekaligus memberikan saran kepada pejabat pemerintah mengenai surat edarannya berkaitan dengan surat edaran yang diduga bertentangan dengan undang-undang. Pemerintah/pejabat administrasi negara juga dapat melakukan *administrative review*, yaitu dengan cara mengevaluasi dan memperbaiki surat edaran yang diduga menyalahi peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini berarti eksekutif/pejabat administrasi negara melakukan perbaikan internal.

Dari uraian dan penelitian yang telah penulis lakukan, maka dapat diketahui bahwa kedudukan *beleidsregels*/peraturan kebijakan dalam penyelenggaraan pemerintahan negara Indonesia bukanlah sebagai peraturan perundang-undangan. Namun, meskipun peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan, bukan berarti peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan yang menimbulkan ketidakpastian hukum (sehingga terjadi dualisme hukum) tidak dapat dipermasalahkan dimuka pengadilan. Warga negara atau pihak-pihak yang merasa dirugikan dengan peraturan kebijakan yang dibuat oleh pemerintah bisa mengajukan keberatan kepada lembaga peradilan.

Dari uraian dan penelitian ini juga dapat diketahui bahwa fungsi surat edaran dalam penyelenggaraan pemerintahan Indonesia yakni berisi panduan tentang pelaksanaan fungsi peraturan perundang-undangan. Sebuah surat edaran tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, asas-asas umum pemerintahan yang baik dan tidak boleh melanggar kepentingan-kepentingan warga negara yang dapat menimbulkan penderitaan sehingga tidak sesuai dengan tujuan atau cita-cita negara hukum modern, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum.

B. Kekuatan Mengikat dari Surat Edaran yang Bertentangan dengan Peraturan Perundang-undangan

Sebagaimana telah disebutkan di atas, bahwa surat edaran merupakan salah satu bentuk dari peraturan kebijakan, dan bukan merupakan peraturan perundang-undangan. Meskipun surat edaran bukan merupakan aturan hukum, namun tetap memiliki relevansi hukum. Oleh karena itu, suatu surat edaran tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan ataupun aturan hukum lainnya.

Dalam perjalanan penyelenggaraan pemerintahan Indonesia ada terdapat beberapa surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan maupun aturan hukum lainnya, sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum. Diantara surat edaran yang pernah menjadi sorotan dan butuh perhatian lebih karena bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, sumber hukum maupun asas-asas umum pemerintahan yang baik, yang pertama yaitu Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 03.E/31/DJB/2009 tanggal 30 Januari 2009 tentang Perizinan

Pertambangan Mineral dan Batubara sebelum terbitnya Peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Materi dalam surat edaran tersebut bertentangan dengan ketentuan Undang-Undang Pertambangan Mineral dan Batubara, sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum. Oleh sebab itu, Isran Noor (Bupati Kutai Timur) yang memiliki kepentingan yang kepentingannya itu dibatasi oleh surat edaran tersebut bertindak untuk dan atas nama Pemerintah Daerah Kabupaten Kutai Timur, Propinsi Kalimantan Timur mengajukan permohonan uji materiil surat edaran tersebut kepada Mahkamah Agung agar surat edaran tersebut dibatalkan. Kemudian dengan dasar-dasar pertimbangan hukumnya, melalui Putusan Mahkamah Agung Nomor: 23P/HUM/2009 mengabulkan permohonan pemohon dan menyatakan bahwa Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 03.E/31/DJB/2009 tanggal 30 Januari 2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara sebelum terbitnya Peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan harus dibatalkan.

Dari putusan Mahkamah Agung tersebut menimbulkan pertanyaan baru bagi banyak kalangan. Karena berdasarkan UUD NRI Tahun 1945 dan berdasarkan UU Kekuasaan Kehakiman, kewenangan Mahkamah Agung adalah melakukan uji materiil peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.

Sementara itu, berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, surat edaran tidak dikenal sebagai salah satu bentuk dari peraturan perundang-undangan yang berada dibawah undang-undang.

Adapun para pihak dalam perkara permohonan hak uji materiil surat edaran Direktur Jenderal Mineral Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor: 03.E/31/DJB/2009 yaitu, sebagai Pemohon adalah Irsan Noor (Bupati Kutai Timur) yang bertindak untuk dan atas nama Pemerintah Daerah Kabupaten Kutai Timur, Propinsi Kalimantan Timur, berkedudukan di Komplek Pemerintahan Bukit Pelangi, Sengata, Kabupaten Kutai Timur, Propinsi Kalimantan Timur. Sedangkan Termohon adalah Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral, yang berkedudukan di Jakarta.

Alasan-alasan yang disampaikan oleh Pemohon dalam perkara tersebut yaitu, bahwa materi muatan surat edaran Dirjen Minerba dan Panas Bumi tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan (UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara). Dimana materi surat edaran tersebut menyatakan Sehubungan dengan telah diundangkannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, dalam penyelenggaraan urusan di bidang pertambangan mineral dan batubara sebelum terbitnya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB Tahun 2009, maka Gubernur dan Bupati/Walikota di seluruh Indonesia agar menghentikan sementara penerbitan Izin

Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya Peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB Tahun 2009.

Materi muatan surat edaran tersebut bertentangan dengan UU PMB Tahun 2009, sebagaimana UU PMB Tahun 2009 telah memberikan beberapa kewenangan kepada Pemerintah Kabupaten/Kota terhadap pertambangan mineral dan batubara. Hal tersebut termuat di dalam Pasal 8 ayat (1) huruf b UU PMB Tahun 2009, yaitu “Kewenangan Pemerintah Kabupaten/Kota dalam pengelolaan Pertambangan Mineral dan Batubara, antara lain: b. Pemberian IUP dan IPR, pembinaan, penyelesaian konflik masyarakat, dan pengawasan usaha pertambangan di wilayah Kabupaten/Kota dan/ atau wilayah laut sampai dengan 4 (empat) mil”.

Karenanya surat edaran yang dikeluarkan oleh Dirjen Minerba dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral tidak dapat menghentikan (untuk sementara sekalipun) kewenangan Bupati untuk memberikan/menerbitkan Izin Usaha Pertambangan yang merupakan kewenangan yang diberikan oleh dan berdasarkan undang-undang, dalam hal ini UU PMB 2009.

Surat edaran Dirjen Minerba dan Panas Bumi tersebut memang diterbitkan sebelum terbitnya Peraturan Pemerintah sebagai peraturan pelaksanaan dari UU PMB Tahun 2009, namun surat edaran tersebut tidak bisa menggantikan kedudukan peraturan pemerintah untuk sementara karena materinya bertentangan dengan UU PMB Tahun 2009 tersebut. Selanjutnya ketentuan Pasal 173 ayat (2) UU PMB Tahun

2009 secara tegas menyatakan bahwa “Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku, semua Peraturan Perundang-undangan yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Undang-Undang ini”. Oleh karena itu, meskipun peraturan pemerintah sebagai peraturan pelaksanaan dari UU PMB Tahun 2009 belum diterbitkan, maka peraturan pelaksanaan dari UU No. 11 Tahun 1967 (yang telah dicabut) dapat berlaku sebagai peraturan pelaksanaan dari UU PMB Tahun 2009 selama tidak bertentangan dengan UU tersebut.

Alasan/dasar penghentian sementara Izin Usaha Pertambangan, yakni “sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB Tahun 2009”, juga bertentangan dengan (maksud dan tujuan) Ketentuan Penutup, Pasal 173 ayat (2) UU PMB Tahun 2009 karena memberi kesan bahwa sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU PMB Tahun 2009” ada kekosongan hukum (*recht vacuum*), padahal UU PMB Tahun 2009 seperti halnya semua undang-undang baru, tidak menghendaki adanya kekosongan hukum dan karenanya memuat ketentuan seperti ketentuan Pasal 173 ayat (2) tersebut.

Alasan lain yang disampaikan oleh Pemohon dalam perkara tersebut yaitu, bentuk surat edaran tidak dikenal dalam sistem peraturan perundang-undangan yang berlaku, dalam hal ini Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 10 Tahun

2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyatakan bahwa “Peraturan Perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum”. Sedangkan Pasal 7 ayat (1) UU No 10 Tahun 2004 tersebut menyatakan bahwa:

Jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan adalah:

- a. UUD RI Tahun 1945;
- b. Undang-undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang;
- c. Peraturan Pemerintah;
- d. Peraturan Presiden;
- e. Peraturan Daerah.

Pembentukan surat edaran tersebut juga tidak memenuhi ketentuan berlaku. Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 tersebut menyatakan bahwa “Jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”.

Agar surat edaran diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat maka (pembentukan) surat edaran harus diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi (dari pada surat edaran), yang memerintahkan pembentukan (ataupun pengeluaran/penerbitan) surat edaran. Surat edaran sendiri tidak memuat elemen pengingat (unsur “Mengingat”) yang merupakan dan sebagai landasan hukum pembentukan surat edaran tersebut.

Dalam permohonannya Pemohon memohon kepada Mahkamah Agung agar mengabulkan permohonannya, dan menyatakan bahwa Surat Edaran Direktur

Jenderal Mineral Batubara dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 03E/31/D/JB/2009 Tanggal 30 Januari 2009 tentang Perizinan Pertambangan Minerba sebelum terbitnya Peraturan Pemerintah sebagai Peraturan Pelaksanaan UU Nomor 4 Tahun 2009 tidak sah dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat karena alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, dalam hal ini Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Selanjutnya alasan bahwa bentuk dan/atau pembentukan surat edaran tidak memenuhi ketentuan yang berlaku, dalam hal ini Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

Atas permohonan keberatan Pemohon, Termohon pun telah diberitahukan sesuai ketentuan yang berlaku, namun sampai batas waktu yang ditentukan ternyata Termohon tidak menyampaikan jawabannya.

Sehingga dalam perkara permohonan ini, Majelis Hakim khususnya mengenai apakah surat edaran termasuk peraturan perundang-undangan atau bukan memberikan pertimbangan sebagai berikut:

“Menimbang, bahwa objek keberatan Hak Uji Materiil berupa Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bum, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor: 03.E/31/DJB/2009, walaupun tidak termasuk urusan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan

Perundang-undangan, akan tetapi berdasarkan penjelasan Pasal 7 tersebut dapat digolongkan sebagai bentuk peraturan perundang-undangan yang sah sehingga tunduk pada ketentuan tata urutan dimana peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi.”

Dari permohonan uji materiil surat edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 03.E/31/DJB/2009 yang diajukan oleh pemohon tersebut, maka dengan prinsip *Ius Curia Novit/Curia Novit Jus* berarti hakim dianggap mengetahui semua hukum sehingga pengadilan tidak boleh menolak memeriksa dan mengadili perkara. Sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 10 ayat (1) [Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman](#) (UU Kekuasaan Kehakiman) yang berbunyi: *“Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.”*

Dilihat dari pertimbangan majelis hakim dalam putusan tersebut bahwa objek keberatan hak uji materiil berupa Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 03.E/31/DJB/2009 walaupun tidak termasuk urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, akan tetapi berdasarkan penjelasan Pasal 7 tersebut dapat digolongkan sebagai bentuk perundang-undangan yang sah, sehingga tunduk pada ketentuan tata urutan dimana peraturan yang lebih

rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi (asas *lex perriori derogate lex superriori*).

Sebenarnya penjelasan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tersebut tidak menyebutkan secara spesifik bahwa surat edaran adalah termasuk ke dalam golongan peraturan perundang-undangan. Pada dasarnya penjelasan Pasal 7 ayat (4) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan tersebut sama dengan bunyi Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Mengingat ketidakjelasan itu, Bayu Dwi Anggono berpendapat setiap *beleidsregels* tetap harus tunduk pada asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik. Ia harus menaati asas pembentukan peraturan kebijakan yang baik (*beginselen van behoorlijke regelgeving*). Menurutnya, peraturan kebijakan yang secara tidak langsung mengikat publik akan menimbulkan masalah jika pembentukannya tidak memenuhi asas pembentukan peraturan perundang-undangan, baik formil maupun materil. Surat Edaran berpotensi menjadi kerikil dalam sistem peraturan perundang-undangan.

Selanjutnya Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 7 Tahun 2014 tanggal 31 Desember 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana yang bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU/XI/2013 yang menimbulkan ketidakpastian hukum juga. Dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU/XI/2013 menyatakan bahwa Pasal

268 ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, jika dimaknai tidak dikecualikan terhadap alasan ditemukannya *novum* berdasarkan pada perkembangan ilmu dan teknologi yang pada saat perkara diperiksa belum dimanfaatkan atau belum ditemukan. Sementara itu, di dalam SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tersebut membatasi permohonan peninjauan kembali hanya dapat dilakukan satu kali.

Materi muatan dalam Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 7 Tahun 2014 tentang Pengajuan Permohonan Peninjauan Kembali dalam Perkara Pidana tersebut bertentangan dengan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU/XI/2013, di dalam Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 7 Tahun 2014 tersebut disebutkan bahwa pengaturan upaya hukum peninjauan kembali, selain diatur dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana yang normanya telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh Putusan Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah disebut di atas, juga diatur dalam beberapa Undang-Undang, yaitu:

- a. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 24 ayat (2), berbunyi: *“Terhadap putusan peninjauan kembali tidak dapat diajukan peninjauan kembali”*
- b. Undang-undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 Pasal

66 ayat (1), berbunyi: “*Permohonan peninjauan kembali dapat diajukan hanya 1 (satu) kali*”

Mahkamah Agung berdalih bahwa dengan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat Pasal 268 ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana oleh Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 34/PUU-XI/2013 tanggal 6 Maret 2014, tidak serta merta menghapus norma hukum yang mengatur permohonan peninjauan kembali yang diatur dalam Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 66 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 5 Tahun 2004 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tersebut.

Berdasarkan hal tersebut di atas, Mahkamah Agung berpendapat bahwa permohonan peninjauan kembali dalam perkara pidana dibatasi hanya 1 (satu) kali. Dan permohonan peninjauan kembali yang diajukan lebih dari 1 kali terbatas pada alasan yang diatur dalam Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 10 Tahun 2009 tentang Pengajuan Peninjauan Kembali yaitu apabila ada suatu objek perkara terdapat 2 (dua) atau lebih putusan peninjauan kembali yang bertentangan satu dengan yang lain baik dalam perkara perdata maupun dalam perkara pidana. Permohonan Peninjauan Kembali yang tidak sesuai dengan ketentuan tersebut, maka dengan penetapan Ketua Pengadilan tingkat pertama permohonan tersebut tidak dapat

diterima dan berkas perkaranya tidak perlu dikirim ke Mahkamah Agung sebagaimana telah diatur dalam Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 10 Tahun 2009.

Dari materi muatan SEMA tersebut dapat dilihat bahwa Mahkamah Agung menegaskan bahwa pemberlakuan SEMA Nomor 7 Tahun 2014 tidak melanggar atau bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 34/PUU-XI/2013. Mahkamah Agung menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi hanya mencabut Pasal 268 ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Mengenai pemberlakuan SEMA tersebut mengacu pada Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 66 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung.

Jika disandingkan dengan Pasal 268 ayat (3) KUHAP yang telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi yang menyatakan permohonan peninjauan kembali atas suatu putusan hanya dapat dilakukan satu kali, terdapat kesamaan frasa yaitu sama-sama membatasi permohonan peninjauan kembali hanya 1 (satu) kali. Artinya, ketiga materi pasal tersebut menjelaskan hal yang sama mengenai pengaturan peninjauan kembali yang hanya boleh 1 (satu) kali. Secara otomatis, dikarenakan memiliki materi pengaturan yang sama, materi Pasal 268 ayat (3) KUHAP yang telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi juga ikut membatalkan materi Pasal 24 ayat (2) Undang-

Undang Nomor 48 Tahun 2009 dan Pasal 66 ayat (1) Undang- Undang Nomor 14 Tahun 1985 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung.

Putusan Mahkamah Agung Nomor: 23P/HUM/2009 sebagaimana dijelaskan diatas, menegaskan bahwa surat edaran bisa dimohonkan uji materiil ke Mahkamah Agung. Lantas, apakah SEMA juga bisa dimohonkan uji materiil ke lembaga yang menerbitkannya? Bayu Dwi Anggono⁹² mengatakan mekanisme pengujian SEMA memang belum dikenal dalam peradilan tata negara kita, sehingga berpotensi menjadi tirani. Minimal ada warga yang potensial dirugikan oleh berlakunya SEMA atau surat edaran lain. Dalam kasus SEMA Nomor 7 Tahun 2014, yang rugi adalah pencari keadilan. Memang ada preseden, Mahkamah Konstitusi menguji Undang-Undang yang menyangkut dirinya sendiri. Bahkan membatalkan Undang-Undang yang membatasi kewenangannya. Merujuk pada preseden ini dan juga pada Putusan Mahkamah Agung Nomor: 23P/HUM/2009 bahwa surat edaran dapat dilakukan uji materiil pada Mahkamah Agung, uji materiil SEMA ke Mahkamah Agung bisa saja diajukan.

Mengingat putusan Mahkamah Konstitusi bersifat *constitutief*, artinya bukan saja mengubah norma hukum, akan tetapi lebih dari itu, putusan Mahkamah Konstitusi dapat mengubah suatu keadaan hukum dan menciptakan keadaan hukum baru (*negative legislator*) seperti halnya lembaga legislatif yang memiliki

⁹² DR. Bayu Dwi Anggono, S.H., M.H merupakan salah satu dosen Universitas Jember.

kewenangan dalam membentuk hukum (*positive legislator*). Kekuatan hukum Putusan Mahkamah Konstitusi yang membatalkan suatu pasal dapat disamakan dengan kekuatan hukum produk undang-undang yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR).

Oleh karena itu, SEMA tidak boleh bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi. Munculnya kontroversi terhadap terbitnya SEMA Nomor 7 Tahun 2014 semestinya dijadikan pertimbangan oleh Mahkamah Agung untuk mengevaluasi keputusannya. Meskipun Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat *declaratoir*⁹³ tanpa adanya eksekusi, Mahkamah Agung sebagai salah satu organ negara yang bersentuhan langsung dengan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menindaklanjuti dan menjalankan apa saja yang termuat dalam amar putusan Mahkamah Konstitusi tersebut.

Selanjutnya, Surat Edaran Direktur Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri Nomor: 188.31/2398/POLPUM tertanggal 8 Juni 2016 perihal Penundaan Penetapan Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Pelaksanaan Urusan Pemerintahan Umum, dan Surat Edaran Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia Nomor: 100/2215/SJ tertanggal 16 Juni 2018 Tentang Pelaksanaan Urusan Pemerintahan Umum yang bertentangan dengan pasal di dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum. Dimana di dalam kedua surat edaran tersebut menunda

⁹³ Putusan *declaratoir* adalah putusan yang menyatakan suatu keadaan sebagai suatu keadaan yang sah menurut hukum. Putusan yang bersifat *declaratoir* tidak memerlukan eksekusi dan upaya pemaksa karena sudah mempunyai akibat hukum dan memiliki kekuatan mengikat.

berlakunya pasal di dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

Di dalam Pasal 9 ayat (5) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah disebutkan bahwa urusan pemerintahan umum adalah urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Presiden sebagai kepala pemerintahan. Selanjutnya di dalam Pasal 25 ayat (1) huruf b disebutkan bahwa urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Presiden tersebut meliputi Pembinaan persatuan dan kesatuan bangsa.

Penetapan urusan pembinaan persatuan dan kesatuan bangsa sebagai urusan pemerintahan umum (sebagaimana terdapat di dalam Pasal 25 UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah tersebut) membawa konsekuensi hukum yang sangat penting bagi Bakesbangpol yaitu yang semula kedudukannya sebagai perangkat daerah dengan sumber pembiayaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD) berubah menjadi perangkat pusat atau instansi vertikal dengan sumber pembiayaan APBN (Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara).

Penarikan Bakesbangpol yang semula sebagai perangkat daerah menjadi instansi vertikal harus memperhatikan ketentuan Pasal 404 dan Pasal 410 yang menetapkan sebagai berikut:

Pasal 404:

“Serah terima personel, pendanaan, sarana dan prasarana, serta dokumen sebagai akibat pembagian Urusan Pemerintahan antara Pemerintah Pusat, Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota yang diatur berdasarkan Undang-Undang ini

dilakukan paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak Undang-Undang ini diundangkan.”

Pasal 410:

“Peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang ini harus ditetapkan paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak Undang-Undang ini diundangkan.”

Jadi, paling akhir tanggal 2 Oktober 2016 (dua tahun sejak diundangkannya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 yaitu pada tanggal 2 Oktober 2014) harus sudah terjadi serah terima personel, pendanaan, sarana dan prasarana, serta dokumen yang terkait Bakesbangpol dari Pemerintah Daerah kepada Pemerintah Pusat. Di samping itu, paling akhir tanggal 2 Oktober 2016 harus sudah ditetapkan peraturan pemerintah mengenai pelaksanaan urusan pemerintahan umum sebagaimana yang telah diamanatkan oleh Pasal 25 ayat (7) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014. Peraturan Pemerintah ini nantinya akan mengatur lebih lanjut tentang tugas dan wewenang serta pembiayaan bagi Bakesbangpol sebagai instansi vertikal.

Namun demikian, tanpa alasan yang dijelaskan, peraturan pemerintah mengenai pelaksanaan urusan pemerintahan umum tidak akan diterbitkan sampai batas akhir tanggal 2 Oktober 2016. Hal ini tentu saja menghambat proses vertikalisasi Bakesbangpol dan menjadikan kedudukannya tidak jelas apakah menjadi instansi vertikal atau tetap sebagai perangkat daerah.⁹⁴ Dalam rangka mengatasi kondisi yang sulit seperti itu, Direktur Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri menerbitkan Surat Edaran Nomor: 188.31/2398/POLPUM tertanggal 8

⁹⁴ A'an Efendi dan Freddy Poernomo, *Op., Cit*, hlm. 237.

Juni 2016 perihal Penundaan Penetapan Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Pelaksanaan Urusan Pemerintahan Umum, yang isinya sebagai berikut:

1. Status Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten/Kota atau sebutan lainnya adalah tetap berstatus sebagai perangkat daerah;
2. Status PNS di lingkungan adan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten/Kota atau sebutan lainnya tetap berstatus sebagai aparatur perangkat daerah. Perpindahan/mutasi PNS di lingkungan adan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten/Kota atau sebutan lainnya, dapat dilakukan dengan mempertimbangkan kompetensi yang sesuai dengan tugas dan fungsi organisasi Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten/Kota; dan
3. Agar Tim Anggaran Pemerintah Daerah (TAPD) segera memasukkan ke dalam Kebijakan Umum APBD Prioritas dan Plafon Anggaran Sementara (KUA-PPAS) pendanaan untuk Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten/Kota atau sebutan lainnya Tahun Anggaran 2017, dengan jumlah anggaran minimal sama dengan anggaran Tahun 2016.

Sebagai tindak lanjut dari Surat Edaran Direktur Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri tersebut, Menteri Dalam Negeri menerbitkan Surat Edaran Nomor: 100/2215/SJ tentang Pelaksanaan Urusan Pemerintahan Umum tertanggal 16 Juni 2016 yang menyatakan bahwa Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Pelaksanaan Urusan Pemerintahan Umum sebagaimana

amanat Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 belum ditetapkan, maka urusan pemerintahan umum sebagaimana diatur dalam Pasal 9 ayat (5) dan Pasal 25 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 belum dapat dilaksanakan. Surat Edaran Menteri Dalam Negeri tersebut memuat beberapa hal, yaitu: Pertama, rencana pengalihan personel, pembiayaan, peralatan dan dokumentasi (P3D) Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten Kota atau sebutan lainnya menjadi Instansi Vertikal Kementerian Dalam Negeri yang melaksanakan urusan pemerintahan umum, ditunda pelaksanaannya sampai batas waktu yang tidak ditentukan.

Selanjutnya yaitu, bahwa status Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten Kota, atau sebutan lainnya adalah tetap berstatus sebagai perangkat daerah yang menyelenggarakan urusan pemerintahan dibidang kesatuan bangsa dan politik dalam negeri berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 41 Tahun 2007 tentang Organisasi Perangkat Daerah. Ketiga, pegawai Negeri Sipil di lingkungan Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten Kota atau sebutan lainnya adalah tetap berstatus sebagai aparatur perangkat daerah. Perpindahan/mutasi Pegawai Negeri Sipil di lingkungan Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten Kota atau sebutan lainnya, dapat dilakukan dengan mempertimbangkan kompetensi yang sesuai dengan tugas dan fungsi organisasi Badan/kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten Kota.

Point keempat dari surat edaran Mendagri tersebut menyebutkan bahwa seluruh program dan kegiatan yang selama ini telah berjalan baik di lingkungan Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten Kota atau sebutan lainnya agar tetap dilanjutkan dan ditingkatkan. Kelima, pendanaan untuk Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten Kota atau sebutan lainnya Tahun Anggaran 2017 tetap bersumber dari dan atas beban APBD dan bagi Provinsi/Kabupaten/Kota yang belum menganggarkan agar Tim Anggaran Pemerintah Daerah (TAPD) segera memasukkan dalam Kebijakan Umum APBD Prioritas dan Plafon Anggaran Sementara (KUA-PPAS) dengan sama dengan minimal anggaran tahun 2016. Dan yang keenam, agar tetap mendayagunakan Badan/Kantor Kesatuan Bangsa dan Politik Provinsi dan Kabupaten Kota atau sebutan lainnya secara optimal mendukung peningkatan kinerja pemerintah daerah dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan bidang kesatuan bangsa dan politik dalam negeri.

Dari kedua materi surat edaran tersebut, ada tiga poin penting yang dapat menjadi pertanyaan dan permasalahan. Pertama, dari kedua surat edaran yang dikeluarkan oleh Direktur Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri dan Menteri Dalam Negeri tersebut dapat diketahui bahwa isi dalam surat edaran itu menunda berlakunya pasal di dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah. Kedua, dapatkah surat edaran tersebut menggantikan Peraturan Pemerintah yang seharusnya dikeluarkan/diterbitkan sebagai peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tersebut. Dan

yang ketiga adalah dapatkah surat edaran Menteri Dalam Negeri tersebut memberlakukan kembali Peraturan Pemerintah Nomor 41 Tahun 2007 tentang Organisasi Perangkat Daerah yang jelas-jelas telah dicabut dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tersebut.

Berdasarkan prinsip peraturan perundang-undangan maka peraturan perundang-undangan hanya dapat ditunda pelaksanaannya atau dicabut dan digantikan dengan peraturan yang lebih tinggi atau yang sejenis. Peraturan perundang-undangan yang kedudukannya lebih rendah tidak dapat menunda, mencabut dan menggantikan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Apalagi surat edaran yang bukan termasuk dalam peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, surat edaran tidak dapat menunda berlakunya undang-undang atau menggantikan peraturan pemerintah.

Berdasarkan Lampiran Bab II Huruf C Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dinyatakan sebagai berikut: “Peraturan Perundang-undangan hanya dapat dicabut melalui Peraturan Perundang-undangan yang setingkat atau lebih tinggi. Pencabutan melalui Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi tersebut dimaksudkan untuk menampung kembali seluruh atau sebagian dari materi Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah yang dicabut itu.”

Jadi, untuk kedua surat edaran yang dikeluarkan oleh Direktur Jenderal Politik dan Pemerintahan Umum Kementerian Dalam Negeri dan Menteri Dalam Negeri tersebut menurut penulis tidak memiliki kekuatan mengikat. Meskipun kedua surat edaran tersebut tidak dipermasalahkan pada lembaga yudikatif, harusnya pemerintah

tidak membiarkan hal ini begitu saja. Pemerintah seharusnya mengambil tindakan dengan mencabut kedua surat edaran tersebut dan mengeluarkan Peraturan Pemerintah sebagai peraturan pelaksanaan sesuai dengan perintah Undang-Undang nomor 23 Tahun 2014 tersebut.

Surat edaran di Indonesia dikonsepsikan sekedar memberi penjelasan dan/atau memberi petunjuk cara melaksanakan hal tertentu yang dianggap penting dan mendesak yang belum ada/belum jelas aturannya di peraturan perundangan sebagai sumber utama hukum positif di Indonesia, bukan untuk menentang hukum atau peraturan perundang-undangan dan juga aturan hukum lainnya. Peraturan perundang-undangan umumnya memuat pasal-pasal sanksi hukum bagi pelanggar ketentuan persyaratan yang sudah ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan tersebut, sedangkan surat edaran hanyalah aturan kebijakan dari pejabat yang tidak memiliki akibat hukum apapun. Jadi, apabila terjadi pertentangan antara peraturan perundang-undangan dan surat edaran maka peraturan perundang-undangan memiliki kedudukan yang lebih kuat (seharusnya) lebih didahulukan daripada surat edaran tersebut.

Namun kenyataannya, sering kali pejabat administrasi negara mengeluarkan surat edaran yang berisikan aturan baru, sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum dan merugikan masyarakat. Apabila terdapat surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan aturan hukum lainnya, pihak yang merasa dirugikan bisa mengajukan permohonan uji materiil seperti yang telah dijelaskan di atas yaitu kepada lembaga yudikatif yaitu Mahkamah Agung. Karena jika dibiarkan

maka dikhawatirkan para pejabat administrasi negara yang lainnya juga akan sewenang-wenang dalam mengeluarkan surat edaran.

Penyelesaian sengketa uji materiil peraturan kebijakan pada lembaga Mahkamah Agung memang masih menjadi ploblematic, karena menurut penulis peraturan perundang-undangan yang ada belum memadai dan belum cukup tegas dalam mengatur hal tersebut. Namun, mengacu pada asas hukum acara yang berlaku universal yaitu asas *ius curia novit*, hakim dengan menggunakan asas tersebut tetap dapat dan bisa mengadili serta memutuskan perkara hak uji materiil peraturan kebijakan yang diajukan kepadanya. Hal ini untuk tetap menegakkan asas kepastian hukum dan sebagai kontrol normatif terhadap setiap tindakan pemerintah (eksekutif) yang mengeluarkan peraturan kebijakan ataupun produk hukum lainnya. Sehingga hakim memang dituntut agar tidak membiarkan sengketa atas peraturan kebijakan berada di wilayah yang tidak jelas (*grey area*).

Menurut Abdul Latief, kebutuhan untuk melakukan uji materiil peraturan kebijakan didasarkan pada dua alasan, yaitu⁹⁵:

1. Masyarakat mengharapkan adanya jaminan perlindungan hukum dari tindakan badan atau pejabat pemerintah. Sebaliknya bagi badan atau pejabat pemerintah uji materiil tersebut menjadi batasan atau dasar untuk bertindak secara bebas dalam membentuk peraturan kebijakan.

⁹⁵ Ebit Asmana, *Proses Pengujian Terhadap Peraturan Kebijakan (Beleidsregel)*, diakses dari <http://ebitasmana.blogspot.com/2016/07/proses-pengujian-terhadap-peraturan.html>, pada 4 Januari 2019.

- Alasan teoritis yang didorong oleh perkembangan hukum administrasi, khususnya konsep *besluit* (keputusan) yang mendapat pengertian baru dan luas serta merupakan instrumen utama dalam penyelenggaraan pemerintah suatu negara hukum.

Dari uraian penelitian di atas, maka dapat kita ketahui bahwa beberapa surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Lebih jelasnya dapat dilihat dari tabel berikut ini:

Tabel III. 1
Surat Edaran yang Bertentangan dengan Peraturan Perundang-undangan

No	Surat Edaran	Bertentangan dengan	Kesimpulan
1	SE Dirjen Minerba dan Panas Bumi, Departemen ESDM RI No: 03.E/31/DJB/2009	UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara	Setelah diajukan permohonan hak uji materiil kepada MA terhadap SE ini, maka MA mengabulkan permohonan pemohon, dan menyatakan SE tersebut tidak sah dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat karena bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009.
2	SEMA No. 7 Tahun 2014	Putusan MK No. 34/PUU/XI/2013	Meskipun tidak dilakukan uji materiil terhadap SEMA No. 7 Tahun 2009, namun SEMA ini tidak memiliki kekuatan hukum mengikat karena kedudukan Putusan MK No. 34/PUU/XI/2013 tersebut sama dengan UU yang dijadikan sebagai aturan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat. Pasal 24 ayat (2)

			UU No. 48 Tahun 2009 dan Pasal 66 ayat (1) UU No. 3 Tahun 2009 meskipun tidak dilakukan uji materiil dan tidak dicabut melalui putusan MK. Namun karena materinya sama dengan Pasal 268 ayat (3) UU No. 8 Tahun 1981 yang telah dicabut, secara otomatis kedua pasal dalam UU yang berbeda tersebut juga tidak berlaku lagi.
3	SE Dirjen POLPUM Kemendagri No: 188.31/2398/PO LPUM dan SE Mendagri RI No: 100/2215/SJ	UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemda	Berdasarkan prinsip peraturan perundang-undangan maka peraturan perundang-undangan hanya dapat ditunda pelaksanaannya atau dicabut dan digantikan dengan peraturan yang lebih tinggi atau yang setingkat dengannya. Oleh karena itu, kedua SE ini tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dan tidak dapat menunda untuk sementara berlakunya pasal di dalam UU No. 23 Tahun 2014.

Peraturan kebijakan berupa surat edaran di Indonesia memang diakui keberaannya, namun surat edaran bukan termasuk ke dalam bentuk peraturan perundang-undangan dan tidak memiliki akibat hukum. Jadi, seperti yang telah diuraikan di atas, surat edaran tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Apabila terdapat surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, maka surat edaran tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil pembahasan dari penelitian yang telah dilakukan dan diuraikan pada bab sebelumnya, maka dapat diambil kesimpulan sebagai berikut:

1. Peraturan kebijakan yang dikeluarkan oleh pejabat administrasi negara atas dasar *freies ermessen*/diskresi kedudukannya di Indonesia bukanlah merupakan peraturan perundang-undangan yang berakibat hukum. Peraturan kebijakan tidak boleh bertentangan dengan AAUP dan peraturan perundang-undangan yang dapat menimbulkan ketidakpastian hukum atau dualisme hukum. Peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dapat diajukan keberatannya pada lembaga peradilan. Sementara itu, fungsi surat edaran dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia adalah untuk menjelaskan dan memberikan saran-saran yang sifatnya nonyuridis dan pedoman atau panduan tentang persoalan-persoalan tertentu untuk mengembangkan ketentuan sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Sebuah surat edaran tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, asas-asas umum pemerintahan yang baik dan tidak boleh melanggar kepentingan-kepentingan warga negara yang dapat menimbulkan penderitaan sehingga tidak sesuai dengan tujuan atau cita-cita negara hukum modern, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum.

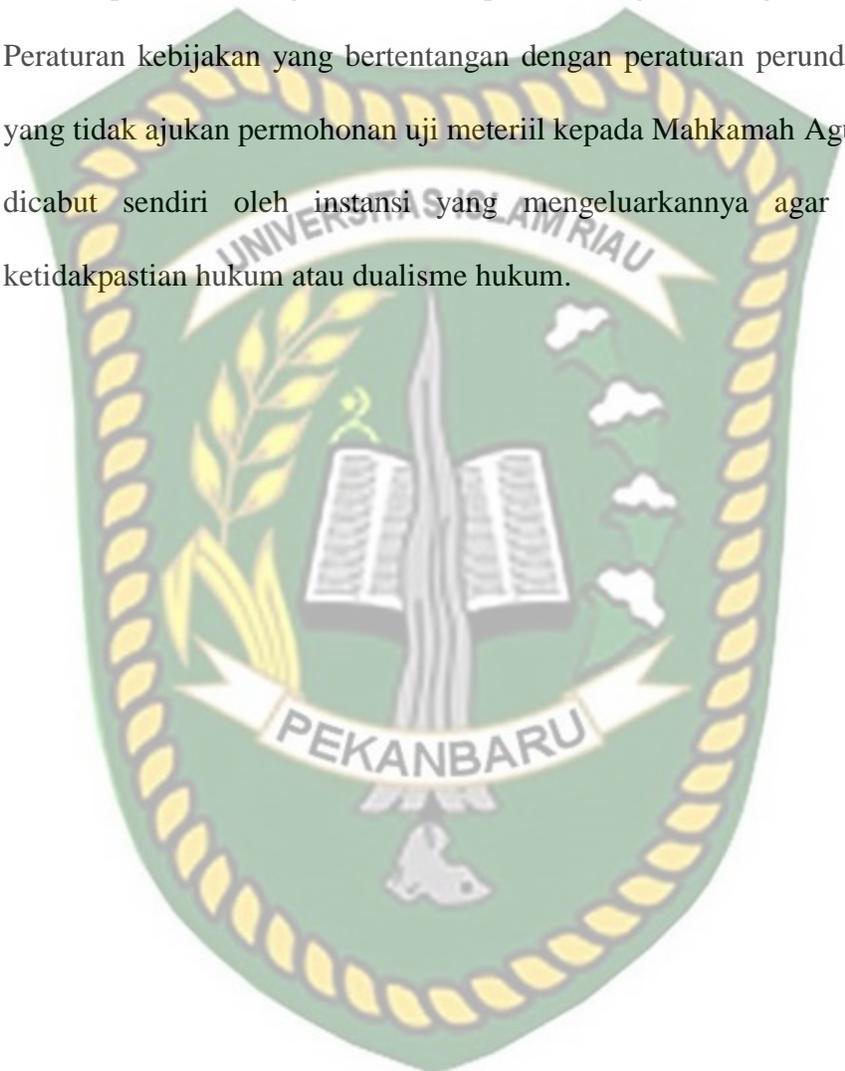
2. Surat edaran yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan tidak memiliki kekuatan mengikat, karena sumber utama hukum positif di Indonesia adalah Peraturan Perundang-undangan, maka kedudukan peraturan perundangan di Indonesia sangat kuat. Sehingga, apabila terjadi pertentangan antara peraturan perundang-undangan dan surat edaran maka peraturan perundang-undangan memiliki kedudukan yang lebih kuat (seharusnya) lebih didahulukan daripada surat edaran.

B. Saran

1. Hendaknya peraturan perundang-undangan mengatur lebih rinci mengenai kewenangan bebas (*freies ermessen*) yang diberikan kepada pihak eksekutif (pejabat administrasi negara) yang mengatur dengan jelas batas-batas kewenangan bebas tersebut, hal tersebut dimaksudkan agar pejabat administrasi negara tidak melampaui batas-batas yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan tersebut. Sehingga meminimalisir terjadinya peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.
2. Untuk pengujian peraturan kebijakan (dalam bentuk surat edaran) yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan sebaiknya diatur dalam peraturan perundang-undangan. Karena apabila tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, maka tidak jelas lembaga peradilan yang mana yang harus mengujinya. Memang Mahkamah Agung pernah mengabulkan permohonan uji materiil peraturan kebijakan yang diajukan ke Mahkamah Agung tersebut, namun di sisi lain Mahkamah Agung juga pernah menolak uji

materiil peraturan kebijakan yang diajukan ke Mahkamah Agung tersebut, sehingga pertimbangan majelis hakim dalam mengabulkan ataupun menolak uji materiil peraturan kebijakan menurut penulis menjadi tidak jelas.

3. Peraturan kebijakan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang tidak ajukan permohonan uji meteriil kepada Mahkamah Agung sebaiknya dicabut sendiri oleh instansi yang mengeluarkannya agar tidak terjadi ketidakpastian hukum atau dualisme hukum.



DAFTAR PUSTAKA

A. Buku-buku

- A'an Efendi dan Freddy Poernomo, *Hukum Administrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2017.
- Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004.
- Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Penerbit Toko Gunung Agung, Jakarta, 2002.
- Agus Surono, *Fiksi Hukum Dalam Pembuatan Peraturan Perundang-undangan*, Fakultas Hukum Universitas Al-Azhar Indonesia, Jakarta, 2013.
- Aminuddin Ilmar, *Hukum Tata Pemerintahan*, Kencana, Jakarta, 2016.
- Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, FH UII Press, Yogtakarta, 2003.
- , *Lembaga Kepresidenan*, FH UII Press, Yogyakarta, 2003.
- Bambang Heryanto, *Perbuatan Melawan Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, Purwokerto, 2004.
- C.S.T Kansil dan Christine S.T. Kansil, *Modul Hukum Administrasi Negara*, PT.Pradnya Paramita, Jakarta, 2005.
- C.S.T Kansil, dkk, *Kamus Istilah Hukum*, Jakarta, 2009.
- Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2010.
- Hamdan Zoelva, *Pemakzulan Presiden di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011.
- Hotma P. Sibuea, *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan , dan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, Penerbit Erlangga, Jakarta, 2010.
- Indroharto. *Usaha Memahami Undang-undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993.
- Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005.

- , *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006.
- , *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006.
- , *Perihal Undang-Undang*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011.
- Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Pustaka Setia, Bandung, 2011.
- Jum Anggriani, *Hukum Administrasi Negara*, Graha Ilmu Yogyakarta, 2012.
- Nomensen Sinamo, *Hukum Administrasi Negara, Suatu Kajian Kritis Tentang Birokrasi Negara*, Jala Permata Aksara, Jakarta, 2010.
- Muchsan, *Catatan Tentang Hukum Administrasi Negara dan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung, 2000.
- Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Kencana, Jakarta, 2007.
- Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*, Refika Aditama, Bandung, 2011.
- Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, 2011.
- Pataniari Siahaan, *Politik Hukum Pembentukan Undang-undang Pasca Amandemen UUD 1945*, Konstitusi Press, Jakarta, 2012.
- Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008.
- Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999.
- Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta, Rajawali Pers, 2011.
- , *Diskresi dan Tanggungjawab Pemerintah*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014.
- S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Galia Indonesia, Jakarta, 1994.
- Safri Nugraha dkk, *Hukum Administrasi Negara*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, 2005.

- SF. Marbun, dkk, *Dimensi-dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, 2001.
- SF. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2003.
- SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, Liberty, Yogyakarta, 2006.
- Soehino, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, 1986.
- Sri Soemantri, *UUD 1945 Kedudukan dan Aspek-aspek Perubahannya*, UNPAD Press, Bandung, 2002.
- Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review di Mahkamah Agung Republik Indonesia: Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Rajawali Press, Jakarta, 2009.

B. Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

C. Jurnal

Arif Christiono Soebroto, *Kedudukan Hukum Peraturan/Kebijakan Dibawah Peraturan Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional/Kepala Bappenas*, diakses dari http://birohukum.bappenas.go.id/data/data_presentasi/WORKSHOP%20Peraturan%20kebijakan%20di%20Kementerian%20PPN%20%20bappenas.pdf.

Ebit Asmana, *Proses Pengujian Terhadap Peraturan Kebijakan (Beleidsregel)*, diakses dari <http://ebitasmana.blogspot.com/2016/07/proses-pengujian-terhadap-peraturan.html>, pada 4 Januari 2019.

Iqbal Perdana, *Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregels)*, diakses dari <https://sukatulis.wordpress.com/2012/04/07/peraturan-kebijaksanaan-beleidsregels/>, pada tanggal 13 September 2018.

Maria Farida, diakses dari <https://www.hukumonline.com/berita/baca/hol18765/surat-edaran-bukan-peraturan-perundangundangan>, pada tanggal 3 Desember 2018.

Sadhu Bagas Suratno, *Pembentukan Peraturan Kebijakan Berdasarkan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*, diakses dari <https://media.neliti.com/media/publications/217520-pembentukan-peraturan-kebijakan-berdasar.pdf>.

Victor Imanuel W. Nalle, *Kedudukan Peraturan Kebijakan Dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan*, diakses dari https://www.researchgate.net/publication/318333957_KEDUDUKAN_PERATURAN_KEBIJAKAN_DALAM_UNDANG-UNDANG_ADMINISTRASI_PEMERINTAHAN, pada tanggal 20 Juli 2018.

Zafrullah Salim, *Legislasi Semu*, diakses dari <http://ditjenpp.kemenkumham.go.id/htn-dan-puu/1299-legislasi-semu-pseudowetgeving.html>, tanggal 6 Desember 2018.

D. Internet dan Lainnya

<https://www.coursehero.com/file/p7malk5/Pandangan-A-Hamid-S-Attamimi-tentang-asas-asas-pembentukan-peraturan-perundang/>, diakses pada 29 Juli 2018.

<https://www.artikata.com/arti-377296-penyelenggaraan.html>, diakses pada 15 Agustus 2018.

https://www.academia.edu/19952556/PERATURAN_KEBIJAKAN, diakses pada tanggal 10 Januari, 2019.

https://www.researchgate.net/publication/318333957_KEDUDUKAN_PERATURAN_KEBIJAKAN_DALAM_UNDANG-UNDANG_ADMINISTRASI_PEMERINTAHAN, diakses pada tanggal 14 september 2018.

<http://deviliasugiarto.blogspot.com/p/produk-hukum.html>, diakses pada 25 Desember 2018.

<https://www.hukumonline.com/berita/baca/hol18765/surat-edaran-bukan-peraturan-perundangundangan>, diakses pada tanggal 3 Desember 2018.

Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, *Pedoman Tata Naskah Dinas Instansi Pemerintah*, Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, Jakarta, 2012.

Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2002.



Dokumen ini adalah Arsip Milik :
Perpustakaan Universitas Islam Riau