

KEWENANGAN YUDIKATIF DALAM PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN

Kajian Putusan Mahkamah Agung Nomor 23 P/HUM/2009

JUDICIAL AUTHORITY IN REVIEWING POLICY RULES

An Analysis on Supreme Court Decision Number 23P/HUM/2009

Victor Imanuel W. Nalle

Fakultas Hukum Universitas Katolik Darma Cendika

Jl. Dr. Ir. H. Soekarno 201, Surabaya

Email: vicnalle@yahoo.com

Diterima tgl 14 Februari 2013/Disetujui tgl 11 Maret 2013

ABSTRAK

Berdasarkan konsep negara hukum, pemerintah melakukan tindakan pemerintahan berdasarkan atas peraturan perundang-undangan, dan pemerintah tidak dapat membuat peraturan perundang-undangan yang tidak didelegasikan oleh undang-undang. Pada praktiknya, berdasarkan prinsip diskresi, pemerintah dapat membentuk peraturan kebijakan. Sebagian besar ahli hukum mengkategorikan peraturan kebijakan bukan sebagai peraturan perundang-undangan dan tidak memiliki kekuatan mengikat. Jika demikian, tidak terdapat lembaga peradilan yang dapat melakukan uji material karena Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi hanya dapat menguji peraturan perundang-undangan. Pada praktiknya uji material peraturan kebijakan pernah dilakukan oleh Mahkamah Agung terhadap Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batubara dan Panas Bumi. Tulisan ini akan menganalisis putusan pengujian surat edaran tersebut, yaitu Putusan Nomor 23 P/HUM/2009. Melalui analisis tersebut akan diketahui apakah Mahkamah Agung, secara teoretis maupun yuridis, memiliki wewenang melakukan uji material terhadap peraturan kebijakan atau justru sebaliknya.

Kata kunci: diskresi, peraturan kebijakan, uji material.

ABSTRACT

Based on the rule of law concept, a government should act in accordance with legislation and it can not produce any regulation without obtaining delegation from the legislation. But in practice the government, based on the principle of discretion, may issue a policy rule. Most of the scholars categorize a policy rule not as legislation and has no binding force. If so, Indonesia's legal system has no juridical institutions that can review such a rule because the Supreme Court and Constitutional Court can only examine regulations or legislation. In fact, the judicial review of policy rules has been carried out by the Supreme Court to the Circular of the Director General of Mineral, Coal and Geothermal. This paper will analyze the decision of circular's judicial review, that is the Decision No. 23 P/HUM/2009. Through the analysis will be known, theoretically and legally, whether the Supreme Court authorized reviewing policy rules.

Keywords: discretion, policy rule, judicial review.

I. PENDAHULUAN

Setiap negara yang menyatakan diri sebagai negara hukum tidak dapat lepas dari peraturan perundang-undangan. Suatu hal yang wajar karena negara hukum menempatkan peraturan perundang-undangan sebagai panduan dalam menyusun struktur kenegaraan dan menjalankannya dalam pemerintahan sehari-hari. Karena pemerintahan harus dijalankan dengan hukum, maka secara logis pemerintah tidak dapat melakukan tindakan yang menyimpang atau bahkan bertentangan dengan hukum. Implikasi lainnya, pemerintah tidak dapat membuat peraturan perundang-undangan atau keputusan tata usaha negara yang bertentangan dengan konstitusi atau undang-undang.

Pada dasarnya peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dari undang-undang tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, selain itu peraturan perundang-undangan tersebut haruslah sebagai instrumen untuk melaksanakan undang-undang. Peraturan pemerintah misalnya, berdasarkan Pasal 12 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU No. 12 Tahun 2011) berisi materi untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Demikian pula materi muatan dari peraturan presiden dan peraturan daerah provinsi serta peraturan daerah kabupaten/kota untuk lingkup daerah. Peraturan perundang-undangan tersebut tidak dapat mengatur hal yang tidak berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Contoh-contoh tersebut menunjukkan bahwa dalam negara hukum kekuasaan pemerintah dibatasi sedemikian rupa oleh hukum agar tidak dijalankan secara sewenang-wenang. Tradisi Anglo Saxon mengenal *doktrin*

ultra vires, yakni pemerintah tidak dapat bertindak di luar kekuasaan yang diberikan. Doktrin *ultra vires* menjadi prinsip utama dalam hukum administrasi yang menunjukkan betapa pentingnya hukum memberikan batasan bagi kekuasaan (Wade, 1982: 38). Apakah negara hukum tidak memberikan celah bagi pemerintah untuk melakukan tindakan hukum atau membuat peraturan tanpa kewenangan yang diberikan? Bagaimana jika dalam keadaan terpaksa harus dilakukan tindakan hukum atau dikeluarkan suatu peraturan sedangkan tidak ada dasar hukum yang menjadi landasannya?

Dalam kondisi demikian maka prinsip *freies ermessen* atau diskresi menjadi penting sebagai panduan bagi pemerintah untuk mengambil tindakan. Sebagaimana halnya hakim yang tidak boleh menolak mengadili perkara dengan alasan tidak ada hukumnya, maka pemerintah tidak dapat menolak mengambil tindakan dalam keadaan genting dengan alasan tidak ada dasar hukumnya. Produk hukum yang merupakan keluaran dari diskresi tersebut berupa peraturan kebijakan (*beleidsregels* atau *policy rules*). Secara teoretis pemerintah bisa saja mengeluarkan suatu peraturan kebijakan dengan dasar diskresi namun bukan berarti tidak ada permasalahan secara teoretis pula di dalamnya. Permasalahan yang dapat timbul adalah bagaimana jika ada pihak yang merasa dirugikan dengan dikeluarkannya suatu peraturan kebijakan? Jika peraturan kebijakan dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan maka jalur yang dapat ditempuh adalah uji material ke Mahkamah Agung (MA), tetapi arus besar pemikiran hukum tidak mengkategorikan peraturan kebijakan sebagai peraturan perundang-undangan.

Menurut Abdul Latief, kebutuhan untuk melakukan uji material peraturan kebijakan

didasarkan pada dua alasan. Pertama, masyarakat mengharapkan adanya jaminan perlindungan hukum dari tindakan badan atau pejabat pemerintah. Sebaliknya bagi badan atau pejabat pemerintah uji material tersebut menjadi batasan atau dasar untuk bertindak secara bebas dalam membentuk peraturan kebijakan. Alasan kedua adalah alasan teoretis yang didorong oleh perkembangan hukum administrasi, khususnya konsep *besluit* (keputusan) yang mendapat pengertian baru dan luas serta merupakan instrumen utama dalam penyelenggaraan pemerintahan suatu negara hukum (Latief, 2005: 239).

Sampai saat ini belum terdapat kebulatan pendapat dari ahli hukum Indonesia tentang pengujian peraturan kebijakan. Bagir Manan berpendapat bahwa suatu peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara hukum (*wetmatigheid*) karena peraturan kebijakan tidak didasarkan pada peraturan perundang-undangan. Selain itu peraturan kebijakan itu sendiri bukanlah peraturan perundang-undangan (Manan & Magnar, 1997: 170-171). Serupa dengan Bagir Manan, Philipus Hadjon menyatakan bahwa pengujian langsung terhadap peraturan kebijakan tidaklah perlu dilakukan (Hadjon et.al, 2002: 153). Pertanyaannya, apakah ada lembaga peradilan yang berwenang untuk melakukan *judicial review* terhadap peraturan kebijakan?

Dalam sistem hukum Indonesia terdapat dua lembaga peradilan yang memiliki kewenangan untuk melakukan *judicial review*. Mahkamah Konstitusi (MK) adalah salah satu lembaga tersebut, tetapi jika dikaitkan dengan pengujian peraturan kebijakan MK tidak berwenang. Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945, MK hanya memiliki kewenangan menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Selain MK, lembaga peradilan

lainnya yang berwenang dalam *judicial review* adalah MA. Kewenangan MA dalam *judicial review* merupakan kewenangan atributif yang dinyatakan secara tegas dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI 1945: “Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.” Peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, yang dimaksud dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI 1945, telah diatur jenis dan hierarkinya dalam UU No. 12 Tahun 2011. Berdasarkan hierarki dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011, peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang meliputi:

- a. peraturan pemerintah;
- b. peraturan presiden;
- c. peraturan daerah provinsi;
- d. peraturan daerah kabupaten/kota.

Jenis peraturan di samping yang disebutkan di atas, terdapat pula jenis peraturan perundang-undangan lainnya yang berada di bawah undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011. Jenisnya meliputi (dengan tidak menyebut nama nomenklturnya) 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. Pasal 8 ayat (2) memberikan batasan peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh pejabat/lembaga tersebut dapat diakui keberadaannya, yaitu pembentukannya diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan. Berdasarkan batasan yang diberikan oleh Pasal 8 ayat (2) tersebut, peraturan kebijakan dengan bentuk surat edaran, instruksi, dan peraturan-peraturan lain yang menggunakan nomenklatur peraturan kebijakan tidak dapat diuji oleh MA karena bukan peraturan perundang-undangan.

Pada praktiknya, MA pernah melakukan pengujian terhadap peraturan kebijakan yang berbentuk surat edaran, yaitu terhadap Surat Edaran Dirjen Mineral Batubara dan Panas Bumi Nomor 03/31/DJB/2009 (SE No.03/31/DJB/2009). Berdasarkan Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Perkara No. 23 P/HUM/2009 (selanjutnya disebut Putusan No. 23 P/HUM/2009), MA menyatakan SE No. 03/31/DJB/2009 bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU No. 4 Tahun 2009) dan karenanya tidak sah dan tidak berlaku untuk umum. Putusan MA tersebut menunjukkan adanya interpretasi yang memperluas ruang lingkup jenis peraturan perundang-undangan tetapi juga sekaligus menyamakan batasan konsep peraturan kebijakan. Oleh karena itu diperlukan analisis kritis terhadap Putusan No. 23 P/HUM/2009.

Analisis terhadap Putusan No. 23 P/HUM/2009 akan mengkonstruksikan *ratio decidendi* MA dalam uji material terhadap peraturan kebijakan, dalam konteks ini adalah SE No. 03/31/DJB/2009. *Ratio decidendi* tersebut kemudian dianalisis dengan pendekatan konseptual maupun peraturan perundang-

undangan agar dapat diketahui apakah MA berwenang atau tidak dalam melakukan uji material terhadap peraturan kebijakan.

II. RUMUSAN MASALAH

Apakah Mahkamah Agung, dengan mengacu pada Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 23 P/HUM/2009, memiliki wewenang untuk melakukan uji material terhadap peraturan kebijakan?

III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISIS

Pengertian peraturan kebijakan di Indonesia tidak dapat dirujuk pada peraturan perundang-undangan. Hal ini disebabkan tidak adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur peraturan kebijakan. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU No. 12 Tahun 2011) tidak memberikan pengertian yang komprehensif tentang peraturan kebijakan. Ketidadaan pengatur tersebut sudah cukup menunjukkan bahwa peraturan kebijakan bukanlah isu hukum yang menjadi materi muatan dalam UU No. 12 Tahun 2011. Mengkonstruksikan pengertian peraturan kebijakan di Indonesia dapat dilakukan dengan mengacu pada pendapat ahli hukum. Pendapat-pendapat ahli hukum tentang konsep peraturan kebijakan akan dibandingkan sehingga dapat mengarahkan konstruksi pengertian peraturan kebijakan secara komprehensif.

Pertama-tama perlu ditetapkan terlebih dahulu terminologi yang digunakan dalam bahasa Indonesia sebagai padanan dari konsep *beleidsregel* di Belanda. Terdapat dua istilah yang sering dipakai, yaitu peraturan kebijaksanaan dan peraturan kebijakan. Perlu dibedakan apakah kebijaksanaan dan kebijakan merupakan dua

hal yang sama ataukah berbeda berdasarkan pengertiannya. Dengan demikian dapat ditentukan terminologi mana yang lebih sesuai untuk digunakan sebagai padanan bagi konsep *beleidsregel*.

Menurut R.M. Girindro Pringgodigdo, istilah '*beleid*' atau '*policy*' lebih sesuai untuk dipadankan dengan istilah '*kebijaksanaan*', sedangkan istilah '*kebijakan*' merupakan padanan kata dari '*wijsheid*' atau '*wisdom*'. '*Kebijaksanaan*' menurut Pringgodigdo adalah serangkaian tindakan dan kegiatan yang direncanakan oleh pemerintah atau dengan melibatkan pakar, non pemerintah atau swasta, untuk mencapai tujuan atau sasaran yang dicita-citakan. '*Kebijakan*' menurut Pringgodigdo adalah keputusan yang bersifat pengaturan (tertulis) atau keputusan tertulis atau lisan yang berkaitan erat dengan kekuasaan atau wewenang diskresioner atau prinsip *freies ermessen* (Soebechi, 2010: 28).

Menurut penulis, Pringgodigdo memberikan pengertian '*kebijakan*' yang lazim dikemukakan oleh ahli hukum lainnya, yaitu pengertian yang terkait dengan diskresi atau *freies ermessen*. Tampaknya akan membingungkan bahwa pengertian tersebut menjadi pengertian dari '*wijsheid*' atau '*wisdom*' yang merupakan padanan istilah '*kebijaksanaan*'. Padahal, sebagaimana diulas berikutnya dalam tulisan ini, pengertian tersebut merupakan ruang lingkup dari *beleid* atau *policy*. Oleh karena itu, menurut penulis, pengertian '*kebijaksanaan*' yang dikemukakan oleh Pringgodigdo dapat menjadi salah satu acuan tetapi bukan sebagai pengertian dari padanan istilah '*wisdom*'.

Istilah '*kebijaksanaan*' sebagai padanan kata '*beleid*' dalam konsep *beleidsregel* digunakan oleh Jimly Asshiddiqie. Menurut Jimly

Asshiddiqie (2010: 273), peraturan kebijakan secara formal bukanlah peraturan yang resmi maka terminologinya menggunakan kata kebijakan, *beleids*, atau *policy*. Jimly Asshiddiqie memberikan contoh surat edaran dari menteri atau direktur jenderal yang ditujukan kepada seluruh pegawai negeri sipil yang berada dalam lingkup tanggung jawabnya. Isi dalam surat tersebut bersifat mengatur (*regelling*) tetapi tidak dituangkan dalam peraturan resmi seperti Peraturan Menteri.

Bagir Manan dan Kuntana Magnar memberikan pandangan atas peraturan kebijakan dari sudut pandang yang berbeda. Menurutnya salah satu ciri utama peraturan kebijakan adalah tidak adanya wewenang pemerintah membuat peraturan tersebut (Manan & Magnar, 1997: 136). Tidak adanya wewenang dalam hal ini perlu diinterpretasikan sebagai tidak adanya peraturan perundang-undangan yang secara tegas memberikan kewenangan pada pemerintah untuk mengeluarkan peraturan kebijakan tersebut. Walaupun tidak ada kewenangan yang diberikan namun seringkali permasalahan yang ada membuat pemerintah tidak dapat menyelesaikannya jika hanya berdasarkan peraturan perundang-undangan yang ada. Dalam sudut pandang keadaan yang mendesak inilah peraturan kebijakan menjadi relevan untuk dibuat oleh pemerintah. 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.

Philipus Hadjon, seperti halnya Jimly Asshiddiqie dan Bagir Manan, menggolongkan peraturan kebijakan bukan sebagai peraturan perundang-undangan. Selain itu Hadjon menambahkan beberapa aspek penting yang

terkait dengan peraturan kebijakan. *Pertama*, bahwa peraturan kebijakan tidak mengikat hukum secara langsung namun mempunyai relevansi hukum. Tidak mengikatnya peraturan kebijakan merupakan implikasi dari kedudukannya yang bukan merupakan peraturan perundang-undangan. *Kedua*, peraturan kebijakan mengandung suatu syarat pengetahuan yang tidak tertulis (Hadjon et.al, 2002: 153). Artinya manakala terdapat keadaan khusus yang mendesak maka badan tata usaha negara harus menyimpang dari peraturan kebijakan guna kemaslahatan warga. *Ketiga*, peraturan kebijakan tidak dapat diuji di Mahkamah Agung karena termasuk dunia fakta. Hal ini berbeda dengan peraturan perundang-undangan.

Jika mengacu pada tujuan diskresi menurut pendapat Darumurti (2012: 57-58), maka peraturan kebijakan merupakan produk dari tindakan pemerintahan yang berkaitan dengan pelayanan publik yang harus diberikan pemerintah. Pemerintah dalam fungsinya memberikan pelayanan publik harus aktif berperan mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi masyarakat. Dengan demikian pemerintah tidak boleh menolak untuk bertindak dengan dalih terjadi kekosongan pengaturan hukum.

Pengertian peraturan kebijakan (*beleidsregels*) di Belanda, menurut Bruinsma, tidak dapat lepas dari konsep '*beleid*' yang susah untuk diterjemahkan ke dalam bahasa lain karena konsep tersebut adalah bagian integral dari masyarakat Belanda. Terminologi '*policy*' hanya mencakup sebagian dari makna '*beleid*'. '*Beleid*' dapat berarti mengelola dan mengatur berdasarkan prinsip-prinsip dan kebijakan-kebijakan. Aspek ini berkaitan dengan perencanaan dari atas ke bawah (*top-down*). '*Beleid*' juga dapat berarti mempertimbangkan segala aspek terkait dan

memberikan solusi atas suatu masalah. Dua pengertian ini maknanya dapat bertentangan. Dalam makna pertama, suatu keputusan yang diambil dapat bertentangan dengan keinginan salah satu pihak. Dalam makna kedua, keputusan yang diambil merupakan keputusan yang saling menguntungkan bagi dua pihak yang terkait. Dalam teori maupun praktik, konsep '*beleid*' merupakan campuran dari kedua makna tersebut (Clark, 2007: 411-415).

Pentingnya pemahaman konsep 'kebijakan' dalam peraturan kebijakan juga dikemukakan oleh Hoogerwerf sebagaimana dikutip Tollenaar. Menurut Hoogerwerf, kebijakan adalah upaya untuk mencapai tujuan tertentu dengan berdasarkan atas pilihan-pilihan yang ada (Tollenaar, 2008: 10). Pengertian 'kebijakan' tersebut menunjukkan bahwa kebijakan terkait dengan dua aspek: tujuan dan pilihan. Aspek 'pilihan', menurut penulis, menunjukkan keterkaitan yang erat antara 'kebijakan' dan 'diskresi'. Diskresi dalam hal ini merupakan wewenang pada badan atau pejabat pemerintah yang memungkinkan mereka untuk melakukan pilihan-pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual dalam lingkup tindakan pemerintah. Diskresi dimiliki oleh pemerintah karena pemerintah harus aktif berperan mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi masyarakat (*public service*) yang mengakibatkan pemerintah tidak boleh menolak untuk mengambil keputusan ataupun bertindak dengan dalih terjadi kekosongan pengaturan hukum (Darumurti, 2012: 57-58).

Berdasarkan pendapat para ahli hukum tersebut maka penulis mengkonstruksikan konsep peraturan kebijakan di Indonesia dengan memberikan beberapa ciri untuk mempermudah identifikasi. Ciri-ciri tersebut antara lain:

1. Peraturan kebijakan dibentuk bukan atas dasar kewenangan yang diberikan tetapi atas dasar diskresi. Karena atas dasar diskresi maka peraturan kebijakan dikeluarkan untuk mengatasi permasalahan yang belum diatur oleh peraturan perundang-undangan yang sudah ada.
2. Isi peraturan kebijakan ditujukan pada badan atau pejabat administrasi bukan untuk masyarakat umum. Oleh karena itu peraturan kebijakan tidak memiliki kekuatan mengikat secara langsung kepada masyarakat umum.
3. Peraturan kebijakan dituangkan secara tertulis tetapi tidak dalam bentuk peraturan yang merupakan peraturan perundang-undangan. Penulis tidak menyebut bentuk peraturan kebijakan sebagai bentuk yang bukan peraturan resmi karena terminologi “bukan resmi” akan membingungkan.
4. Terkait ketiga ciri sebelumnya, maka ciri yang terakhir adalah peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan. Klasifikasi sebagai bukan peraturan perundang-undangan sesuai dengan pengertian peraturan perundang-undangan dalam Pasal 1 angka 2 UU No. 12 Tahun 2011, yaitu “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.” Berdasarkan ketentuan tersebut maka peraturan kebijakan tidak dapat diklasifikasikan sebagai peraturan perundang-undangan karena tidak mengikat secara umum.
5. Ciri terakhir merupakan implikasi dari kedudukan peraturan kebijakan yang bukan sebagai peraturan perundang-undangan, yaitu peraturan kebijakan tidak dapat diuji material.

Berdasarkan ciri-ciri peraturan kebijakan tersebut maka seharusnya tidak ada lembaga peradilan, Mahkamah Agung (MA) maupun Mahkamah Konstitusi, yang memiliki kewenangan untuk melakukan *judicial review*. Pada praktiknya justru berbeda. MA pernah melakukan uji material terhadap peraturan kebijakan yang berbentuk surat edaran.

MA di tahun 2009 pernah menguji SE No. 03/31/DJB/2009. Pemohon Keberatan dalam uji material ini adalah Isran Noor yang bertindak untuk dan atas nama Kabupaten Kutai Timur. Dalam Putusan MA No. 23 P/HUM/2009, yang merupakan Yurisprudensi, SE No. 03/31/DJB/2009 dinyatakan bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009. Oleh karenanya, SE No. 03/31/DJB/2009 dinyatakan tidak sah dan tidak berlaku umum. Jika putusan MA demikian, maka suatu surat edaran dapat diposisikan sebagai peraturan perundang-undangan, tetapi sebelum menganalisis pertimbangan MA dalam putusannya perlu dikaji terlebih dahulu substansi dari SE No. 03/31/DJB/2009.

SE No. 03/31/DJB/2009 diterbitkan sehubungan dengan diundangkannya UU No. 4 Tahun 2009, tetapi yang menjadi permasalahan, sebelum surat edaran tersebut diterbitkan belum ada peraturan pemerintah yang diterbitkan untuk mengatur lebih detail UU No. 4 Tahun 2009 agar dapat diimplementasikan. Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral kemudian menerbitkan SE No. 03/31/DJB/2009. Dalam surat edaran tersebut, gubernur dan bupati/walikota di seluruh

Indonesia diminta memperhatikan beberapa hal, antara lain:

1. Kuasa Pertambangan (KP) yang telah ada sebelum berlakunya UU No. 4 Tahun 2009, termasuk peningkatan tahapan kegiatannya tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya KP dan wajib disesuaikan menjadi IUP berdasarkan UU No. 4 Tahun 2009 paling lambat 1 (satu) tahun sejak berlakunya UU No. 4 Tahun 2009 ini.
2. Menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009.
3. Berkoordinasi dengan Direktorat Jenderal Mineral, Batubara, dan Panas Bumi atas semua Permohonan peningkatan tahap kegiatan Kuasa Pertambangan termasuk Perpanjangannya untuk diproses sesuai dengan UU No. 4 Tahun 2009.
4. Menyampaikan kepada Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral melalui Direktorat Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi semua permohonan Kuasa Pertambangan yang telah diajukan, dan telah mendapat Persetujuan pencadangan wilayah sebelum berlakunya UU No. 4 Tahun 2009, untuk dievaluasi dan diverifikasi dalam rangka mempersiapkan Wilayah Izin Usaha Pertambangan (WIUP) sesuai dengan ketentuan peraturan Perundang-undangan di bidang tata ruang nasional, paling lama 1 (satu) bulan sejak Edaran ini diterbitkan.
5. Memberitahukan kepada para pemegang KP yang telah melakukan tahapan kegiatan eksplorasi atau eksploitasi paling lambat 6 (enam) bulan sejak berlakunya UU No. 4 Tahun 2009 harus menyampaikan rencana kegiatan pada seluruh wilayah KP sampai dengan jangka waktu berakhirnya KP untuk mendapatkan persetujuan pemberi KP, dengan tembusan kepada Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi.
6. Surat Keputusan Kuasa Pertambangan yang diterbitkan Menteri, Gubernur, Bupati, Walikota setelah tanggal 12 Januari 2009 dinyatakan batal dan tidak berlaku.
7. Direktorat Jenderal Mineral, Batubara, dan Panas Bumi akan mengeluarkan format penerbitan IUP Eksplorasi dan IUP Operasi Produksi.
8. Permohonan baru Surat Izin Pertambangan Daerah bahan galian golongan C termasuk perpanjangannya yang diajukan sebelum berlakunya UU No. 4 Tahun 2009, tetap diproses menjadi IUP sesuai dengan UU No. 4 Tahun 2009 setelah berkoordinasi dengan Gubernur.

Terhadap materi muatan tersebut, Pemohon keberatan mendalilkan bahwa materi muatan tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dalam hal ini adalah UU No. 4 Tahun 2009. Materi muatan dalam surat edaran tersebut yang didalilkan bertentangan adalah Bagian A Butir 2 yang meminta Gubernur dan Bupati/Walikota di seluruh Indonesia menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009. Materi muatan surat edaran tersebut didalilkan bertentangan dengan Pasal 8 ayat (1) huruf b dan Pasal 173 ayat (2) UU No. 4 Tahun

2009. Pasal 8 ayat (1) huruf b menyatakan bahwa pemberian IUP dan Izin Pertambangan Rakyat (IPR) merupakan kewenangan pemerintah kabupaten/kota. Pasal 173 ayat (2) menyatakan sebagai berikut:

Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku, semua Peraturan Perundang-undangan yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 22, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2831) dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Undang-Undang ini.

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 8 ayat (1) huruf b, Pemohon mendalilkan bahwa Surat Edaran yang dikeluarkan oleh Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI (atas nama Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral sekalipun) tidak dapat menghentikan (untuk sementara sekalipun) kewenangan Bupati untuk menerbitkan/menerbitkan IUP. Pasal 173 ayat (2) merupakan ketentuan untuk mencegah adanya “kekosongan hukum” di tataran peraturan pelaksana. Peraturan pelaksana yang mengatur hal tersebut belum ada, tetapi implementasi UU No. 4 Tahun 2009 dapat mengacu pada peraturan pelaksana dari undang-undang sebelumnya asal tidak bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009. Karena tidak adanya “kekosongan hukum” dalam tataran peraturan pelaksana maka Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1969 (PP No. 32 Tahun 1969) sebagai pelaksana dari ketentuan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan

tetap berlaku. Pengaturan tersebut menunjukkan bahwa suatu Surat Edaran tidak dapat mencegah implementasi UU No. 4 Tahun 2009 dalam hal pemberian IUP dengan alasan menunggu diterbitkannya peraturan pelaksana.

SE No. 03/31/DJB/2009 selain bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, surat edaran tersebut juga didalilkan Pemohon tidak dikenal dalam sistem peraturan perundang-undangan yang berlaku, dalam konteks saat itu adalah Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU No. 10 Tahun 2004). Jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 10 Tahun 2004, menurut Pemohon, tidak mencantumkan adanya jenis surat edaran. Jika dikaitkan dengan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004, jenis peraturan perundang-undangan selain yang diatur dalam Pasal 7 ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Menurut Pemohon, SE No. 03/31/DJB/2009 tidak diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi sehingga seharusnya tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dan keberadaannya tidak diakui.

Dalil Pemohon tersebut, menurut penulis, mengandung kontradiksi. Jika Pemohon mendalilkan SE No. 03/31/DJB/2009 tidak dikenal dalam sistem peraturan perundang-undangan dengan mengacu pada Pasal 7 ayat (1) dan ayat (4) maka seharusnya Pemohon tidak perlu mendalilkan SE No. 03/31/DJB/2009 bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Kedudukan SE No. 03/31/DJB/2009 yang dianggap tidak diakui keberadaannya dan tidak mengikat karena tidak diperintahkan peraturan perundang-undangan

yang lebih tinggi mengakibatkan SE No. 03/31/DJB/2009 tidak perlu dipertentangkan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. SE No. 03/31/DJB/2009, tanpa diputuskan oleh MA tidak mengikat karena bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, sebenarnya sebelumnya tidak mengikat sejak dibentuk.

Permasalahannya adalah apakah dengan ketentuan Pasal 7 ayat (4) tersebut setiap peraturan perundang-undangan yang tidak dibentuk atas dasar *delegated legislation* secara serta merta tidak mengikat sejak dikeluarkan? Atau apakah tidak diakuinya keberadaan dan kekuatan mengikat peraturan perundang-undangan tersebut perlu diputuskan dalam uji material? Jika pilihan pertama yang menjadi jawaban, maka uji material terhadap SE No. 03/31/DJB/2009 merupakan upaya hukum yang tidak perlu dilakukan. Jika pilihan kedua yang menjadi jawaban, maka dalil pertama Pemohon dalam uji material SE No. 03/31/DJB/2009 tidak perlu dikemukakan karena Pemohon cukup mengemukakan bahwa surat edaran terkait tidak dibentuk atas dasar perintah peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

MA dalam Putusan No. 23 P/HUM/2009 menunjukkan adanya kontradiksi tersebut. MA, berbeda halnya dengan dalil kedua yang diajukan, menganggap SE No. 03.E/31/DJB/2009 merupakan peraturan perundang-undangan yang sah. Karena merupakan peraturan perundang-undangan yang sah maka SE No. 03.E/31/DJB/2009 perlu diuji terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Argumentasi MA tersebut bertentangan dengan hakikat surat edaran yang merupakan tuntunan bagi pejabat bawahan dan bukan ditujukan ke luar instansi atau lembaga yang mengeluarkan surat edaran tersebut. SE No. 03.E/31/DJB/2009

tersebut juga secara konseptual bertentangan dengan konsep surat edaran karena tidak adanya hubungan struktural atasan dan bawahan antara Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi dengan Gubernur dan Bupati/Walikota di seluruh Indonesia. Selengkapnya MA dalam Putusan No. 23 P/HUM/2009 menyatakan sebagai berikut:

“...bahwa obyek keberatan Hak Uji Material 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 peraturan perundang-undangan yang sah, sehingga tunduk pada ketentuan tata urutan dimana peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi....”

Penulis berpendapat, Penjelasan Pasal 7 UU No. 10 Tahun 2004 yang menjadi pertimbangan MA dalam Putusan No. 23 P/HUM/2009 tersebut tidak memberikan konstruksi pemikiran yang logis sehingga bentuk surat edaran dapat dianggap sebagai peraturan perundang-undangan yang sah. Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 hanya mengatur bentuk-bentuk peraturan perundang-undangan lain yang diakui namun tidak secara eksplisit menunjukkan bahwa surat edaran yang dikeluarkan Dirjen dapat dianggap peraturan perundang-undangan. Penjelasan Pasal 7 ayat (4) menggunakan terminologi “peraturan” yang bersifat *regelling* sehingga justru nyata-

nyata berbeda dengan surat edaran yang substansinya bersifat mengarahkan. Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 tersebut serupa dengan Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011. Selengkapnya Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 menyatakan sebagai berikut:

Jenis Peraturan Perundang-undangan selain dalam ketentuan ini, antara lain, peraturan yang dikeluarkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Bank Indonesia, Menteri, kepala badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh 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.

Jika mengacu pada unsur-unsur peraturan perundang-undangan dalam UU No. 10 Tahun 2004, surat edaran bukanlah peraturan perundang-undangan. Pasal 1 Angka 2 UU No. 10 Tahun 2004 mendefinisikan peraturan perundang-undangan dengan unsur-unsur: peraturan tertulis, dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang, dan mengikat secara umum. Surat edaran, berdasarkan format penulisannya, haruslah dianggap sebagai surat dan bukan peraturan. Mengacu pada Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, Dirjen dalam suatu departemen/kementerian tidak memiliki kewenangan untuk membentuk peraturan perundang-undangan. Surat edaran, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, pada hakikatnya

juga bukan ditujukan mengikat secara umum walaupun pada praktiknya seringkali dipaksakan untuk mengikat masyarakat umum di luar instansi yang mengeluarkannya.

Berdasarkan pertimbangan dalam putusannya, maka MA berpendapat bahwa materi muatan surat edaran tersebut bertentangan dengan PP No. 32 Tahun 1969 karena kewenangan Bupati/Walikota untuk memberikan IUP apabila dilarang atau dicabut seharusnya dalam bentuk Peraturan Pemerintah, bukan dengan surat edaran. Hal ini mengacu pada asas *contrarius actus*, yaitu suatu peraturan hanya dapat dicabut menggunakan jenis peraturan yang sama. Oleh karena itulah MA memutuskan SE No. 03.E/31/DJB/2009 bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009 dan karenanya tidak sah dan tidak berlaku untuk umum. MA juga memerintahkan kepada Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral untuk membatalkan dan mencabut SE No. 03.E/31/DJB/2009 sebelum terbitnya peraturan pemerintah sebagai peraturan pelaksana dari UU No. 4 Tahun 2009.

Putusan No. 23 P/HUM/2009 tersebut menunjukkan bahwa MA menginterpretasikan bentuk surat edaran sebagai salah satu bagian dari peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 sehingga dapat diuji material. *Mutatis mutandis* interpretasi MA tersebut terhadap Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 karena substansi Pasal 8 ayat (1) serupa dengan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004. Oleh karena itu, jika mengacu pada interpretasi MA tersebut maka peraturan kebijakan dapat diuji material oleh MA.

Menurut penulis, frasa “peraturan yang dikeluarkan oleh...” dalam UU No. 10 Tahun 2004 atau frasa “peraturan yang ditetapkan

oleh...” dalam UU No. 12 Tahun 2011 memiliki ruang lingkup yang terbatas. Peraturan yang dimaksud dalam hal ini adalah peraturan yang secara formil dapat memenuhi fungsinya sebagai sumber pengenalan (*kenvorm*). Menurut Maria Farida Indrati Soeprapto (1998: 157), agar memenuhi fungsinya sebagai sumber pengenalan peraturan perundang-undangan suatu peraturan harus memiliki 4 (empat) bagian esensial yaitu Penamaan, Pembukaan, Batang Tubuh, dan Penutup. Penamaan mencakup uraian singkat tentang isi peraturan perundang-undangan yang didahului dengan penyebutan jenis, nomor dan tahun pembentukannya, serta kalimat singkat yang mencerminkan isi peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Suatu surat edaran juga dapat memiliki unsur ini.

Tidak semua surat edaran memiliki unsur Pembukaan. Unsur Pembukaan mencakup penyebutan lembaga yang membentuk, konsiderans “Menimbang”, dasar hukum “Mengingat”, kata-kata “Memutuskan” dan “Menetapkan”, serta judul dari peraturan perundang-undangan tersebut. Unsur lain yang pasti tidak dimiliki oleh semua peraturan kebijakan adalah Batang Tubuh yang biasanya dirumuskan dalam pasal-pasal. Batang Tubuh suatu peraturan perundang-undangan umumnya meliputi Ketentuan Umum, Ketentuan materi yang diatur, Ketentuan Pidana (jika terdapat), Ketentuan Peralihan, Ketentuan Penutup. Hal yang juga dapat membedakan peraturan yang merupakan peraturan perundang-undangan dan peraturan yang merupakan peraturan kebijakan adalah bagian Penutup yaitu bilamana bagian tersebut memerintahkan pengundangan sedangkan peraturan kebijakan tidak diundangkan.

Aspek penanda/pengenalan peraturan perundang-undangan secara formil itulah yang

menurut penulis seharusnya digunakan dalam menginterpretasikan frasa “peraturan yang dikeluarkan oleh...” atau “peraturan yang ditetapkan oleh...”. Dengan demikian MA dalam Putusan No. 23 P/HUM/2009, menurut penulis, telah keliru menginterpretasikan frasa tersebut (dalam Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004) sebagai *ratio decidendi* sehingga sampai pada kesimpulan bahwa surat edaran dapat diuji material oleh MA.

Yurisprudensi MA ini menunjukkan tidak konsistennya MA dalam menguji peraturan kebijakan berdasarkan undang-undang yang mengatur tata peraturan perundang-undangan dan uji material. MA menginterpretasikan kewenangannya dalam menguji peraturan kebijakan dengan mengacu pada substansi peraturan kebijakan tersebut. Jika substansinya bersifat mengatur sebagaimana peraturan perundang-undangan, maka MA berhak untuk mengujinya. Padahal kewenangan uji material MA terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang bukan hanya mengacu pada substansi tetapi juga pada bentuk peraturan tersebut. Acuan utama suatu peraturan disebut peraturan perundang-undangan adalah dengan melihat bentuknya atau unsur pengenalnya sebagai peraturan perundang-undangan.

Menurut penulis, terdapat dua gagasan sebagai preskripsi bagi wewenang MA dalam menguji peraturan kebijakan. Pertama, MA berwenang menguji peraturan kebijakan dengan tetap mengacu pada UU No. 12 Tahun 2011 yang memberikan batasan peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini MA tidak perlu diberikan kewenangan secara eksplisit untuk menguji peraturan kebijakan. Kedua, MA diberikan wewenang untuk menguji peraturan kebijakan sehingga MA bukan hanya dapat menguji

peraturan dalam bentuk peraturan perundang-undangan sebagaimana bentuknya terbatas pada UU No. 12 Tahun 2011 tetapi juga menguji peraturan berbentuk surat edaran atau instruksi.

Jika pilihan kedua yang diambil justru akan mengaburkan perbedaan antara peraturan kebijakan dan peraturan perundang-undangan. Keduanya akan dianggap setara dan memiliki kedudukan yang sama. Penulis tidak sependapat dengan Abdul Latief (2005: 235) yang menginterpretasikan secara gramatikal, menyimpulkan bahwa peraturan kebijakan sebagai keputusan yang bersifat mengatur dan mengikat secara tidak langsung dan tingkatannya lebih rendah dari undang-undang dapat diuji secara material oleh MA.

Jika pilihan pertama yang digunakan, uji material peraturan kebijakan oleh MA hanya dapat dilakukan terhadap peraturan kebijakan berbentuk peraturan perundang-undangan, yaitu peraturan perundang-undangan yang dibentuk atas dasar diskresi. Karena peraturan tersebut lahir dari diskresi maka dasar pengujian tidak dapat terbatas pada peraturan perundang-undangan yang ada di atasnya saja. Pengujian juga perlu didasarkan pada asas-asas atau prinsip dalam pemerintahan atau pembentukan peraturan.

Dengan mempertahankan konsep asal peraturan kebijakan, yang tidak dapat diuji oleh MA, tidak berarti menutup upaya perlindungan hukum bagi subjek hukum yang dirugikan. Menurut penulis, perlindungan hukum dalam pelaksanaan peraturan kebijakan harus dikembalikan kepada karakternya sebagai tuntunan atau arahan dari pejabat atasan kepada bawahan. Oleh karena itu, jika terdapat surat edaran dari pemerintah yang ditujukan kepada masyarakat umum maka surat edaran tersebut

tidak mengikat. Pemerintah juga tidak dapat memaksakan pelaksanaan surat edaran tersebut secara langsung kepada masyarakat umum. Jika pemerintah kemudian memaksakan pelaksanaan surat edaran tersebut kepada masyarakat umum dan pelaksanaannya mengakibatkan kerugian, maka pemerintah dalam hal ini bertanggung gugat atas tindakan pemerintahan tersebut.

Berdasarkan konsep tanggung gugat pemerintah secara luas, pemerintah harus memberikan kompensasi untuk setiap kerugian yang disebabkan secara langsung atau tidak langsung, secara material atau imaterial, terhadap warganya (Zhang, 1999: 1). Dalam konteks kerugian yang disebabkan pelaksanaan peraturan kebijakan, gugatan terhadap pemerintah tidak dapat dilakukan melalui peradilan administrasi. Oleh karena itu gugatan terhadap pemerintah dapat dilakukan melalui peradilan umum atas dasar perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).

Menurut Utrecht, pengawasan atas kebijakan dalam suatu tindakan pemerintahan (*doelmatigheids-controle*) tidak dapat diserahkan kepada hakim, tetapi berada pada jajaran pemerintah sendiri. Alasan hakim tidak boleh menilai kebijakan karena dengan menilai kebijakan pemerintah maka hakim seolah-olah duduk sebagai eksekutif. Hakim boleh menilai jika dalam tindakan pemerintah tersebut diduga telah terjadi tindakan melampaui wewenang atau sewenang-wenang. Seperti halnya pendapat Utrecht, menurut Laica Marzuki, seseorang atau badan hukum perdata tidak dapat mempermasalahkan peraturan kebijakan ke hadapan hakim. Alasannya, lembaga pengadilan tidak dapat mengadili kebijakan (Simanjuntak, 2011: 41-42).

Pendapat tersebut juga diadopsi di Indonesia. Kompetensi pengadilan di Indonesia untuk mengadili tindakan pemerintah berdasarkan kebijakan, atas dasar *onrechtmatige overheidsdaad*, juga dibatasi. MA pernah mengeluarkan Surat Edaran tanggal 25 Februari 1977 No. MA/Pemb/0159/77 yang menyatakan bahwa perbuatan kebijakan penguasa tidak termasuk kompetensi pengadilan untuk menilainya, kecuali ada unsur sewenang-wenang dan penyalahgunaan wewenang (Hadjon, 2007: 115). Konsep pembatasan ketat dalam pengawasan kebijakan tidak lepas dari kritikan, salah satunya oleh B.J. Schueler. Menurut Schueler, keterbatasan wewenang hakim sebagai akibat tidak berwenangnya hakim menilai segi selain *rechtmatigheid* membuat sengketa administrasi menjadi sengketa yang tidak terselesaikan (Simanjuntak, 2011: 43).

Kalaupun tindakan pemerintah berdasarkan peraturan kebijakan tersebut digugat di pengadilan umum atas dasar *onrechtmatige overheidsdaad*, terdapat beberapa kendala yang terkait spesialisasi hakim. Menurut Philipus Hadjon, perkara-perkara terkait *onrechtmatige overheidsdaad* tidak dapat dilepaskan dari hukum administrasi baik secara teoretis maupun berdasarkan hukum positif. Oleh karena itu dibutuhkan hakim yang memiliki pemahaman terhadap ruang lingkup hukum administrasi ketika memeriksa perkara *onrechtmatige overheidsdaad* (Simanjuntak, 2011: 132-133).

Menurut penulis, untuk jangka waktu ke depan Indonesia seharusnya segera memiliki undang-undang yang mengatur hukum administrasi secara umum, seperti halnya *Algemene Wet Bestuursrecht* (AWB) yang dimiliki oleh Belanda dan *Administrative Procedure Act* (APA) di Amerika Serikat. Dalam undang-

undang itulah dapat diatur kedudukan peraturan kebijakan ataupun bentuk-bentuknya dan juga perlindungan hukum terhadap pelaksanaannya. Dengan demikian tidak terdapat kebingungan ketika ada pihak yang dirugikan oleh tindakan pemerintahan yang mengacu pada suatu surat edaran atau instruksi.

IV. SIMPULAN

Para ahli hukum tata negara maupun administrasi negara selama ini memiliki pendapat yang seragam terkait uji material peraturan kebijakan. Pandangan arus utama menganggap uji material terhadap peraturan kebijakan tidak dapat dilakukan. Jika dilihat dari pendekatan perundang-undangan, uji material peraturan kebijakan adalah hal mustahil karena wewenang uji material hanya ditujukan bagi uji material peraturan perundang-undangan. Ruang lingkup peraturan perundang-undangan telah dibatasi, sejak UU No. 10 Tahun 2004 hingga UU No. 12 Tahun 2011, sehingga nomenklatur peraturan kebijakan tidak dapat dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan.

Dua perkembangan perlu dipertimbangkan dalam kajian uji material peraturan kebijakan. Pertama, adanya sifat substansi, kekuatan mengikat, dan nomenklatur peraturan kebijakan yang menyerupai peraturan perundang-undangan. Kedua, perkembangan MA yang telah menguji bahkan mengabulkan permohonan uji material peraturan kebijakan. Kedua perkembangan tersebut telah menempatkan isu hukum uji material terhadap peraturan kebijakan menjadi isu hukum yang sulit.

Menurut penulis, aspek uji material terhadap peraturan kebijakan bukan hanya harus dilihat dari pendekatan konseptual tetapi

tetap berpegang pada pendekatan perundang-undangan. Pengaturan dalam UU No. 12 Tahun 2011 secara jelas telah menempatkan peraturan kebijakan sebagai peraturan kebijakan yang tidak dapat diuji material oleh MA. Oleh karena itu, secara konseptual maupun yuridis, uji material MA terhadap suatu surat edaran tidak dapat dibenarkan. Walaupun uji material peraturan kebijakan tidak dapat dilakukan, tetapi bukan berarti tidak ada perlindungan hukum yang diberikan kepada pihak-pihak yang dirugikan oleh adanya peraturan kebijakan. Jika, misalnya, terdapat surat edaran dari pemerintah yang ditujukan kepada masyarakat umum maka surat edaran tersebut tidak mengikat. Pemerintah juga tidak dapat memaksakan pelaksanaan surat edaran tersebut secara langsung kepada masyarakat umum. Jika pemerintah kemudian memaksakan pelaksanaan surat edaran tersebut kepada masyarakat umum dan pelaksanaannya mengakibatkan kerugian, maka pemerintah dalam hal ini bertanggung gugat atas tindakan pemerintahan tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly. 2010. *Perihal Undang-Undang*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Clark, David S. Ed. 2007. *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives Volume I*. Los Angeles: Sage Publications.
- Darumurti, Krisha D. 2012. *Kekuasaan Diskresi Pemerintah*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Hadjon, Philipus M., et.al. 2002. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesian Administrative Law)*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.
- Hadjon, Philipus M. 2007. *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia: Sebuah Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*. Surabaya: Peradaban.
- Latief, Abdul. 2005. *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*. Yogyakarta: UII Press.
- Manan, Bagir & Kuntana Magnar. 1997. *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*. Bandung: Alumi.
- Simanjuntak, Enrico. 2011. Peradilan Administrasi dan Problematika Peraturan Kebijakan. *Varia Peradilan* Tahun XXVI, Nomor 305, April.
- Soebechi, Imam. 2010. Judicial Review di Indonesia, *Varia Peradilan* Tahun XXVI, Nomor 299, Oktober 2010.
- Soeprapto, Maria Farida Indrati. 1998. *Ilmu Perundang-undangan*. Yogyakarta: Kanisius.
- Tollenaar, Albertjan. 2008. *Gemeentelijk Beleid en Beleidsregels*. Disertasi. Rijksuniversiteit Groningen.
- Wade, H.W.R. 1982. *Administrative Law (Fifth Edition)*. Oxford: Oxford University Press.
- Zhang, Yong. Ed. 1999. *Comparative Studies on Governmental Liability in East and Southeast Asia*. Den Haag, London, Boston: Kluwer Law International.