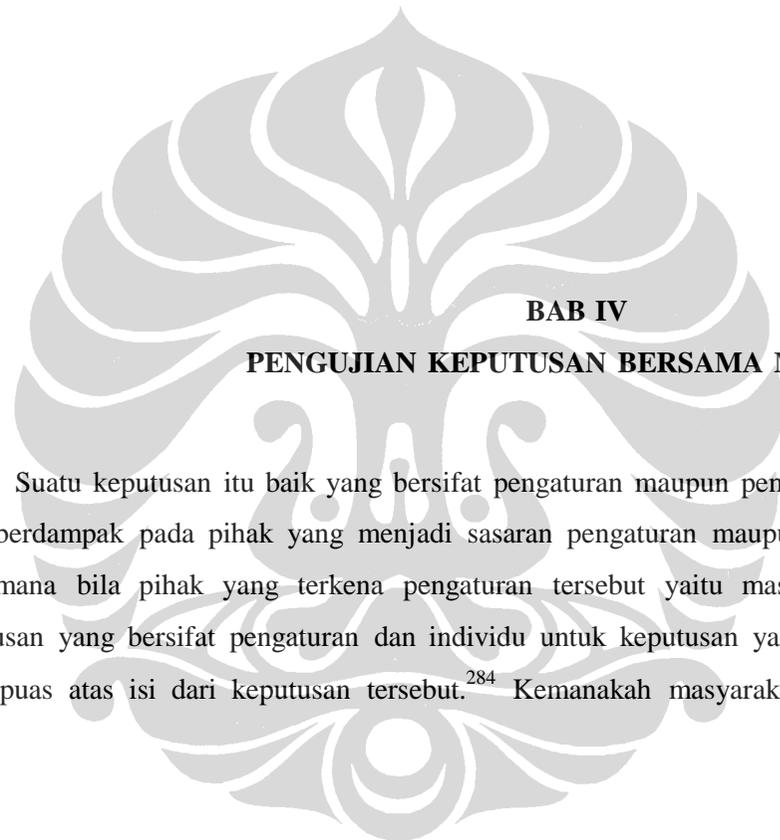


yang berisi dua unsur yang terkait menjadi satu, yaitu unsur memerintah dan unsur melaksanakan (*das Element der Regierung und der vollziehung*).



BAB IV
PENGUJIAN KEPUTUSAN BERSAMA MENTERI

Suatu keputusan itu baik yang bersifat pengaturan maupun penetapan pada dasarnya akan berdampak pada pihak yang menjadi sasaran pengaturan maupun penetapan tersebut. Bagaimana bila pihak yang terkena pengaturan tersebut yaitu masyarakat umum untuk keputusan yang bersifat pengaturan dan individu untuk keputusan yang bersifat penetapan tidak puas atas isi dari keputusan tersebut.²⁸⁴ Kemanakah masyarakat akan menyalurkan

²⁸⁴ Seperti halnya keputusan bersama menteri yang berisi pengaturan yaitu SKB tentang Ahmadiyah yang pembentukannya menimbulkan ketidakpuasan dari beberapa pihak baik yang terkena dampak pengaturan secara langsung yaitu Jamaah Ahmadiyah Indonesia maupun Pihak-pihak lain yang peduli dengan isu Hak Asasi Manusia. Pihak yang tidak puas dengan SKB ini akan menempuh tiga upaya hukum sekaligus. Yang pertama ialah melayangkan gugatan Perbuatan Melawan Hukum (PMH) terhadap pemerintah melalui Pengadilan Negeri. Kurang lebih, gugatan itu akan menyatakan bahwa pemerintah telah lalai karena membiarkan terjadinya diskriminasi dan tindakan kekerasan terhadap jamaah Ahmadiyah. Upaya hukum kedua ialah mengajukan *judicial review* terhadap Pasal 156a KUHP di Mahkamah Konstitusi. Sedangkan upaya hukum ketiga adalah mengajukan *judicial review* terhadap semua peraturan di daerah yang mendiskriminasikan Ahmadiyah dan kelompok-kelompok lainnya. Upaya hukum ini akan didaftarkan di Mahkamah Agung. "Ahmadiyah Berniat Ajukan Gugatan PMH". <http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=18326&cl=Berita>. 10 September 2009.

keberatannya apabila keputusan tersebut dirasakan bertentangan dengan prinsip-prinsip konstitusional dan bertentangan dengan hak asasi manusia.²⁸⁵

Pengujian atas keabsahan (validitas) peraturan-peraturan negara merupakan prinsip dalam konsep negara hukum demokratik, terkait hal tersebut Widodo Ekatjahjana berpendapat:

Dalam konsep negara hukum demokratik, setiap pembentukan peraturan-peraturan negara, baik di tingkat pusat maupun daerah harus dapat dipertanggungjawabkan keabsahannya kepada rakyat. Rakyat yang menjadi sasaran berlakunya suatu peraturan perundang-undangan memiliki hak untuk mengontrol materi hukum (peraturan perundang-undangan) yang dibuat oleh badan-badan berwenang. Dalam hal secara materiil ditemukan adanya materi muatan peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, rakyat berhak *menggugat* atau mengajukan *keberatan* atas keabsahan berlakunya peraturan perundang-undangan tersebut kepada badan-badan yang berwenang. Badan-badan tersebut selanjutnya melakukan pengujian atas keabsahan (validitas) peraturan perundang-undangan itu.²⁸⁶

Pendapat Widodo di atas hanya menyinggung bagaimana rakyat diberikan hak untuk menguji peraturan-peraturan negara yang merupakan peraturan perundang-undangan, mengenai bagaimanakah menguji peraturan-peraturan kebijakan tidak disebutkan lebih lanjut. Menurut I.C van der Vlies cara menguji peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan serta penetapan berbeda, hal ini dikarenakan kedudukan yuridis peraturan kebijakan berbeda dengan kedudukan yuridis peraturan yang mengikat umum. Selengkapannya mengenai perbedaan-perbedaan tersebut dapat dilihat pada pendapat I.C van der Vlies sebagai berikut:

Pertama, putusan akhir hakim administrasi atas suatu keputusan (beschikking) yang sedang dipermasalahkan tidak langsung didasarkan pada suatu aturan 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 peraturan yang mengikat umum dan bukan mengenai pelanggaran terhadap suatu aturan kebijakan. Jika hakim menguji

²⁸⁵ Sebagai contoh SKB tentang Ahamdiah yang oleh Komnas Perempuan merupakan sebuah pembatasan yang diskriminatif oleh penyelenggara Pemerintah yang melanggar HAM sekaligus menanam bibit konflik yang berkepanjangan. SKB ini menurut Komnas Perempuan menunjukkan bahwa Pemerintah telah lalai dalam menjalankan perannya mengelola kehidupan beragama di Indonesia dan memberi rasa aman bagi semua warga negara Indonesia. “SKB Ahmadiyah Terbit Karena Takut Melanggar HAM”, <http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=19489&ccl=Berita>. 10 September 2009.

²⁸⁶ Widodo Ekatjahjana, op.cit.hlm.31.lihat juga pendapat Ni'matul Huda yang mengatakan mengenai pentingnya badan atau lembaga serta tata cara pengawasan terhadap peraturan perundang-undangan maupun dalam bentuk tindakan-tindakan pemerintah lainnya adalah Untuk menjaga agar kaidah konstitusi yang termuat dalam Undang-Undang Dasar dan peraturan perundang-undangan lainnya tidak dilanggar atau disimpangi. Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi, dan Judicial Review*. (Yogyakarta : UII Press. 2005.), hlm. 73.

mengkonstantir adanya pelanggaran terhadap suatu aturan kebijakan, maka putusan akhirnya akan dirumuskan dalam bentuk pengujian yang berdasar pada asas-asas umum pemerintahan yang baik. Hal yang terakhir ini memang dasar pengujian yang berdasar pada undang-undang juga. Suatu keputusan yang dikeluarkan secara bertentangan dengan suatu aturan kebijakan, pada umumnya dibatalkan karena pelanggaran terhadap asas-asas pemberian alasan (*motivering*), asas kepastian hukum atau asas keseksamaan; *Kedua*. Pada umumnya aturan kebijakan di uji ke (dan peraturan yang-mengikat- umum tidak diuji ke) asas-asas pemerintahan yang baik, atau lebih umum lagi ke asas-asas umum tidak tertulis; *Ketiga*, jika pemerintah memberikan keputusan berdasar suatu aturan kebijakan, pemerintah wajib menyelidiki apakah peraturan kebijakan itu dalam suatu perkara harus dijalankan secara utuh. Keadaan-keadaan khusus dalam suatu perkara tertentu dapat, menurut Afdeling Rechtspraak, menjadi alasan untuk menyimpang dari aturan kebijakan. Lazimnya penyimpangan itu penyimpangan yang menguntungkan pihak bersangkutan; tetapi, tidak tertutup kemungkinan bahwa dalam keadaan-keadaan tertentu dan jika kepastian hukum tidak terlanggar, penyimpangan itu penyimpangan yang merugikan pihak yang bersangkutan; *Keempat*, suatu peraturan yang mengikat umum baru dapat diterapkan setelah peraturan itu diumumkan ke luar; bagi aturan kebijakan, cukup aturan itu diketahui oleh umum.²⁸⁷

Dengan mendasarkan pada pendapat I.C van der Vlies di atas maka cara menguji legalitas Keputusan Bersama Menteri yang berisi peraturan perundang-undangan berbeda dengan cara menguji Keputusan Bersama Menteri yang berisi penetapan dan Keputusan Bersama Menteri yang berisi peraturan kebijakan. Sebelum membahas bagaimanakah cara menguji dan lembaga/badan manakah yang berwenang menguji Keputusan Bersama Menteri ada baiknya di ketahui arti dan ruang lingkup pengujian norma terlebih dahulu.

Mengenai pengertian dan ruang lingkup pengujian norma, Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa dalam arti paling luas, dalam bahasa Inggris Amerika, pengujian norma mencakup semua jenis norma hukum.²⁸⁸ Mengenai norma-norma yang dapat diujikan terdiri dari tiga macam norma tersebut adalah (a) keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regeling*), (b) ketetapan yang bersifat adminis-tratif (*beschikking*), dan (c) keputusan normatif yang berisi dan bersifat penghakiman (*judgement*) yang lazim disebut vonis²⁸⁹. Terhadap ketiga norma sebagaimana tersebut menurut Bagir Manan dapat dilakukan pengujian baik pengujian yang dilakukan oleh badan peradilan (*judicial review*); Pengujian

²⁸⁷ I.C Van Der Vlies, *Buku Pegangan Perancang Peraturan Perundang-undangan*, op.cit.hlm.199

²⁸⁸ Jimly Asshiddiqie dalam Fatmawati. op.cit.hlm.XIX

²⁸⁹ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang* (Jakarta : Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. 2006), hlm. 1.

yang dilakukan oleh badan yang bersifat politik (*political review*); maupun pengujian oleh badan atau pejabat administrasi negara (*administrative review*)²⁹⁰.

Pendapat Jimly Asshiddiqie di atas hanya menyebutkan pengujian norma hukum yang meliputi norma hukum yang bersifat umum dan abstrak yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan dan norma konkret dan individual yang terdapat dalam penetapan administrative (*beschikking*) maupun yang berupa putusan hakim (*vonnis*). Bagaimanakah dengan pengujian terhadap isi dari peraturan kebijakan yang dalam banyak hal nampak (menampakkan gejala) sebagai peraturan perundang-undangan.

Terkait dengan pengujian terhadap peraturan kebijakan Bagir Manan berpendapat sebagai berikut:

...Karena peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan maka asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijakan. Suatu peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid*, karena memang tidak akan ada dasar peraturan perundang-undangan untuk keputusan membuat peraturan kebijakan.²⁹¹

Lebih lanjut mengenai bagaimanakah cara menguji peraturan kebijakan Bagir Manan menerangkan:

...Karena pembuatan peraturan kebijakan dibuat berdasarkan *Freies ermessen* dan ketiadaan wewenang administrasi negara bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan (baik secara umum tidak berwenang maupun untuk objek bersangkutan tidak berwenang mengatur). Maka Pengujian terhadap peraturan kebijakan lebih diarahkan pada *doelmatigheid* dan karena itu batu uji nya adalah asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak.²⁹²

Berdasarkan beberapa pendapat di atas maka dapat ditemukan bahwa terhadap Keputusan Bersama Menteri baik yang berisi peraturan perundang-undangan, penetapan dan peraturan kebijakan ternyata memiliki cara menguji masing-masing yang berbeda satu sama lain yang akan diuraikan lebih lanjut di bawah ini.

4.1 Pengujian Keputusan Bersama Menteri Oleh Badan-Badan Peradilan

Pengujian terhadap peraturan perundang-undangan di Indonesia merupakan diskursus hukum yang sudah lama berlangsung. Mulai dari saat pembentukan Undang-

²⁹⁰ Bagir Manan. *Empat Tulisan Tentang Hukum*. (Bandung : Program Pascasarjana BKU Hukum Ketatanegaraan Universitas Padjadjaran. 1995.), hlm. 3

²⁹¹ Bagir Manan dan Kuntara Magnar, *Permasalahan Hukum Tata Negara.op.cit*.hlm.170.

²⁹² *Ibid.*

Undang Dasar (UUD) 1945 pada tahun 1945 sampai dengan perubahan UUD 1945 yang dimulai pada tahun 1999, soal hak menguji itu ini selalu menjadi salah satu topik yang menarik. Persoalan utamanya berkisar pada” “siapa” yang diberi kewenangan menguji suatu peraturan.

Melalui perdebatan panjang, pada tahun 1970 secara resmi akhirnya wewenang menguji peraturan diberikan kepada Mahkamah Agung melalui Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (saat ini sudah digantikan oleh Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004). Namun, wewenang yang diberikan kepada Mahkamah Agung hanyalah untuk menguji peraturan di bawah undang-undang, seperti Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, dan lain-lain. Sementara itu, undang-undang tidaklah dapat diuji. Padahal hakekat dari *judicial review* yang dikenal dalam praktek hukum tata negara secara universal adalah untuk memberikan wewenang pengawasan oleh lembaga yudikatif kepada pembuat undang-undang. Di sinilah salah satu inti dari apa yang disebut “*checks and balances*”.²⁹³

Pasca dilakukannya perubahan terhadap UUD 1945 yaitu tahun 1999 sampai dengan 2002 muncul ketentuan baru dalam UUD yang diamandemen. Ketentuan inilah yang berlaku pada saat ini. Di dalam UUD hasil amandemen tepatnya pasal 24C ayat (1) dan 24A ayat (1) diatur bahwa wewenang menguji undang-undang berdasarkan UUD diberikan kepada Mahkamah Konstitusi,²⁹⁴ sedangkan wewenang untuk menguji

²⁹³Hadi Herdiansyah dan Bivitri Susanti, *Menguji Undang-Undang*, <http://www.parlemen.net/site/ldetails.php?docid=uji> . diakses 8 September 2009.

²⁹⁴ Mengenai Kewenangan Mahkamah Konstitusi secara keseluruhan diatur dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa :

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum”.

Sedangkan dalam ayat (2) dinyatakan bahwa :

“Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar”.

Berdasarkan Konferensi Pers Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Tanggal 3 Januari 2008 maka didapati data: sampai akhir Desember 2007, MK telah melaksanakan tiga wewenang dari empat wewenang yang ada pada dirinya, yaitu menguji UU terhadap UUD (*judicial review*), memutus perselisihan hasil

peraturan di bawah undang-undang berdasarkan undang-undang, diberikan kepada Mahkamah Agung.²⁹⁵

Berdasarkan pembahasan sebelumnya, telah dijelaskan bahwa Keputusan Bersama Menteri yang berisi peraturan perundang-undangan kedudukannya berada di bawah Peraturan Presiden yang berarti juga masuk kategori peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang sehingga menurut Pasal 24 A ayat (1) UUD 1945 menjadi kewenangan pengujian oleh Mahkamah Agung.

Kewenangan Mahkamah Agung untuk melakukan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah Undang-undang tersebut pada awalnya lahir dari Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman dan juga Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Kedua undang-undang tersebut 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. Sebagaimana tercantum dalam pembukaan ketiga UUD 1945 yang disahkan pada November 2001, Mahkamah Agung berwenang untuk menguji peraturan perundang-undangan yang berada di bawah undang-undang terhadap undang-undang di atasnya.

pemilu, dan memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang diatur oleh UUD. Sedangkan satu wewenang MK belum dilaksanakan karena memang sampai saat ini belum ada permohonan mengenai hal itu yang masuk ke MK, yaitu memutus pembubaran partai politik. Seiring dengan itu kewajiban MK juga belum dilaksanakan karena saat ini belum ada permohonan dari DPR berisi pendapat lembaga legislatif ini terkait dengan *impeachment* Presiden/wakil presiden. Berdasarkan tahun registrasi perkara, keseluruhan perkara yang diregistrasi antara 2003 sampai dengan 2007 berjumlah 186. Perkara tersebut terdiri dari 133 perkara pengujian undang-undang (PUU), 45 perkara perselisihan hasil pemilihan umum (PHPU), dan 8 perkara sengketa kewenangan lembaga negara (SKLN). Sejak berdirinya, Mahkamah Konstitusi telah menguji undang-undang sebanyak 63 undang-undang dengan frekuensi yang beragam. Dari 63 undang-undang yang pernah diuji di MK, terdapat empat undang-undang yang dibatalkan secara keseluruhan dan 19 undang-undang dibatalkan sebagian.

²⁹⁵ Pasal 24A UUD 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.*

Baik Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970, TAP MPR Nomor 3 Tahun 1978 maupun Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 menyatakan bahwa kewenangan pengujian yang dimiliki oleh Mahkamah Agung hanya dapat dilakukan apabila berhubungan dengan pemeriksaan dalam tingkat kasasi. Dalam perkembangannya, mengingat umumnya sifat pengaturan yang terdapat dalam peraturan-peraturan tersebut, maka dalam rangka memberikan panduan dalam pelaksanaan uji materil ini, pada tahun 1993 Mahkamah Agung mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) yang kemudian pada tahun 1999 diubah dengan PERMA Nomor 1 tahun 1998. Berbeda dengan Undang-Undang 14 Tahun 1970 dan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985, PERMA mengatur bahwa Mahkamah Agung memeriksa dan memutus pengujian atas peraturan perundang-undang yang berada di bawah undang-undang berdasarkan gugatan atau permohonan. Ketentuan tersebut dipertegas lagi dalam Ketetapan TAP MPR Nomor III/MPR/2000, di mana Mahkamah Agung dapat secara aktif melakukan pengujian atas peraturan perundang-undangan tanpa harus ada suatu peradilan kasasi terlebih dahulu dan keputusannya bersifat mengikat.

Setelah perubahan UUD 1945 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 dirubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang didalamnya juga mengatur mengenai perubahan pengaturan kewenangan Mahkamah Agung dalam menguji peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang. Pasal yang mengatur mengenai hal tersenut adalah Pasal 31 yang terdiri dari beberapa ayat sebagai berikut:

- Ayat (1) ; *Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.*
- Ayat (2) ; *Mahkamah Agung menyatakan tidak sah peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau pembentukannya tidak memenuhi ketentuan yang berlaku.*
- Ayat (3) : *Putusan mengenai tidak sahnya peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat diambil baik berhubungan dengan pemeriksaan pada tingkat kasasi maupun berdasarkan permohonan langsung pada Mahkamah Agung.*

Ayat (4) : *Peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.*

Ayat (5) : *Putusan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) wajib dimuat dalam Berita Negara Republik Indonesia dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak putusan diucapkan.*

Mengenai tata cara mengajukan permohonan pengujian, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 mengatur dalam pasal 31 A sebagai berikut:

Ayat (1) ; *Permohonan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang diajukan langsung oleh pemohon atau kuasanya kepada Mahkamah Agung.*

Ayat (2) ; *Mahkamah Agung, dan dibuat secara tertulis dalam bahasa Indonesia. Permohonan sekurang-kurangnya harus memuat:*

- a. *nama dan alamat pemohon;*
- b. *uraian mengenai perihal yang menjadi dasar permohonan, dan wajib menguraikan dengan jelas bahwa:*

- 1) *materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian peraturan perundang-undangan dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi; dan/atau*
- 2) *pembentukan peraturan perundang-undangan tidak memenuhi ketentuan yang berlaku.*

Dalam perkembangan terkait peraturan yang mengatur mengenai pengujian peraturan perundang-undangan oleh MA diperkuat dengan dibentuknya Peraturan Mahkamah Agung (Perma) Nomor 1 Tahun 2004 tentang Hak Uji Materiil, Perma 1 tahun 2004 ini dibentuk dalam rangka melaksanakan ketentuan Pasal 31 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 dan untuk menyempurnakan Perma Nomor 1 Tahun 1998. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2004 tersebut mengatur bahwa Mahkamah Agung memiliki kewenangan hak uji materiil yaitu hak Mahkamah Agung untuk menilai materi muatan peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap peraturan perundang-undangan lebih tinggi.

Pengaturan dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2004 yang membatasi pengujian peraturan perundang-undangan dibawah Undang-Undang hanya sebatas pada pengujian materiilnya saja jelas-jelas bertentangan dengan Undang-

Undang Nomor 5 tahun 2004 dan teori mengenai pengujian peraturan perundang-undangan.

Undang-Undang Nomor 5 tahun 2004 Pasal 31 ayat (1) menyebut bahwa Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, sedangkan ayat (2) nya menyebut Mahkamah Agung menyatakan tidak sah peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau pembentukannya tidak memenuhi ketentuan yang berlaku. Dengan menggunakan penafsiran sistematis maka jelas terlihat bahwa Undang-Undang Nomor 5 tahun 2004 bermaksud mengarahkan pengujian peraturan perundang-undangan meliputi aspek uji materiilnya (materi muatan) dan juga uji formil (pembentukannya).

Selain itu menurut teori mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan sendiri terdiri dari dua bentuk yaitu pengujian secara formil dan pengujian secara materiil²⁹⁶. Pengujian secara formil adalah wewenang pada lembaga yang ditunjuk atau yang disertai wewenang untuk menilai apakah suatu bentuk peraturan perundang-undangan telah disusun atau dibentuk dengan cara-cara yang telah ditentukan atau diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dalam proses pengujian secara formil, yang diuji adalah tata cara atau prosedur pembentukan suatu peraturan perundang-undangan. Pengujian ini dapat dilakukan terhadap semua peraturan perundang-undangan mulai dari Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945 hingga tingkatan yang terendah, yaitu Peraturan Daerah.

Pengujian peraturan perundang-undangan secara materiil adalah wewenang untuk menyelidiki dan menilai apakah suatu bentuk peraturan perundang-undangan, isinya sesuai atautkah bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. Pengujian secara materiil dapat dilakukan pada semua tingkatan peraturan perundang-undangan. Pengujian secara materiil berkenaan dengan isi suatu peraturan perundang-undangan dan hubungannya dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi derajatnya.

²⁹⁶ Sri Soemantri, *Hak Uji Materiil*, (Bandung : Penerbit Alumni, 1997), hlm.6.

Terkait dengan Keputusan Bersama Menteri apakah berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 tahun 2004 dan Perma Nomor 1 Tahun 2004 dapat diajukan pengujian ke MA harus dilihat dari beberapa pertimbangan diantaranya yaitu:

- a. Menentukan terlebih dahulu apakah Keputusan Bersama Menteri tersebut apakah berisi penetapan atau peraturan perundang-undangan (atau peraturan kebijakan), sebagai contoh: bila dilihat dari bentuknya Keputusan Bersama Menteri tentang Ahmadiyah memang lebih menyerupai ketetapan atau *beschiking*. Namun sayangnya sifat dan isinya tidak bersifat individual-konkret melainkan umum abstrak dan umum konkret. Sehingga bila seperti itu memang akan sulit memilih forum untuk mengujinya apakah PTUN atau MA. Menurut Jimly Asshiddiqie, berbeda dengan ketetapan, sifat dari sebuah peraturan adalah umum-abstrak. Forum penyelesaiannya, bila peraturan perundang-undangan tersebut di bawah UU bisa menguji peraturan itu ke MA dengan dipertentangkan dengan undang-undang atau peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi. Namun, uniknya, bentuk Keputusan Bersama Menteri tidak dikenal sebagai peraturan perundang-undangan menurut Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 yang berbicara mengenai hierarki peraturan perundang-undangan.²⁹⁷

Menurut penulis sendiri Meskipun Keputusan Bersama Menteri yang bersisi peraturan perundang-undangan tidak dikenal/tidak masuk dalam hierarki peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, namun karena Perma Nomor 1 Tahun 2004 Pasal 2 ayat (2) hanya menyebut persyaratan bahwa permohonan keberatan diajukan terhadap suatu peraturan perundang-undangan yang diduga bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, serta tidak menyebut secara eksplisit persyaratan bahwa peraturan perundang-undangan yang dapat diuji adalah peraturan perundang-undangan yang masuk dalam hierarki peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 maka hal tersebut menurut penulis tidak menjadi penghalang bagi dapat diujinya Keputusan Bersama Menteri yang berisi peraturan perundang-undangan ke MA apabila Keputusan Bersama Menteri tersebut dianggap oleh pemohon (kelompok

²⁹⁷Jimly Asshiddiqie, *Menggagas Constitutional Complaint Lewat Kasus Ahamdiyah* <http://cms.sip.co.id/hukumonline/detail.asp?id=19269&cl=Fokus>, diakses 10 September 2009.

masyarakat atau perseorangan) bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

- b. Menentukan peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi apakah yang dianggap dilanggar oleh Keputusan Bersama Menteri; misal mengenai peraturan perundang-undangan yang dianggap dilanggar dengan adanya Keputusan Bersama Menteri tentang Ahmadiyah ini terdapat beberapa opsi yaitu apakah Undang-Undang seperti Undang-Undang Nomor 1/Pnps/1965, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan atau Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM atau Peraturan Pemerintah dan Perpres.

Berdasarkan beberapa uraian pertimbangan di atas, maka terhadap Keputusan Bersama Menteri yang berisi peraturan perundang-undangan apabila oleh kelompok masyarakat atau perorangan diduga bertentangan dengan suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi baik itu Undang-Undang, Peraturan Pemerintah atau Peraturan Presiden dapat diajukan keberatan kepada Mahkamah Agung dengan memenuhi beberapa persyaratan sebagai berikut;

- a. Permohonan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dibuat secara tertulis dalam bahasa Indonesia dan diajukan langsung oleh pemohon atau kuasanya kepada Mahkamah Agung atau Pengadilan Negeri yang membawahi wilayah hukum tempat kedudukan pemohon. Permohonan sekurang-kurangnya harus memuat:
- i. nama dan alamat pemohon;
 - ii. uraian mengenai perihal yang menjadi dasar permohonan, dan wajib menguraikan dengan jelas bahwa:
 - 1) materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian peraturan perundang-undangan dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi; dan/atau
 - 2) pembentukan peraturan perundang-undangan tidak memenuhi ketentuan yang berlaku.
 - 3) hal-hal yang diminta untuk diputus

- b. Permohonan keberatan diajukan terhadap suatu peraturan perundang-undangan yang diduga bertentangan dengan suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi.
- c. Permohonan dibuat rangkap sesuai keperluan dengan menyebutkan secara jelas alasan-alasan sebagai dasar keberatan dan wajib ditandatangani oleh pemohon atau kuasanya yang sah.
- d. Permohonan keberatan diajukan dalam tenggang waktu 180 (seratus delapan puluh lima) hari sejak ditetapkan peraturan perundang-undangan bersangkutan.
- e. Pemohon membayar biaya permohonan pada saat mendaftarkan permohonan keberatan yang besarnya akan diatur sendiri.²⁹⁸

Selanjutnya mengenai pengujian terhadap Keputusan Bersama Menteri sebagai penetapan (*beschikking*). Bagaimana Bila suatu Keputusan Bersama Menteri sebagai penetapan (*beschikking*) merugikan Individu atau badan hukum perdata, kemanakah dapat diajukan gugatan. Sesuai dengan ketentuan yang berlaku yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 sebagaimana diubah dengan Undang-Undang nomor 9 tahun 2004 terhadap keputusan yang mengandung norma individual konkret dapat dilakukan melalui dua macam cara yaitu: pertama, melalui upaya administratif, kedua, melalui gugatan.

Upaya administrasi adalah suatu prosedur yang dapat ditempuh dalam menyelesaikan masalah sengketa Tata Usaha Negara oleh seseorang atau badan hukum perdata apabila ia tidak puas terhadap suatu Keputusan tata Usaha Negara, dalam lingkungan administrasi atau pemerintah sendiri.²⁹⁹ Bentuk upaya administrasi terdiri dari dua cara yaitu:

1. Banding Administratif, yaitu penyelesaian upaya administrasi yang dilakukan oleh instansi atasan atau instansi lain dari yang mengeluarkan Keputusan yang bersangkutan.
2. Keberatan, yaitu penyelesaian upaya administrasi yang dilakukan sendiri oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang mengeluarkan Keputusan itu.

²⁹⁸ Persyaratan-persyaratan tersebut adalah persyaratan-persyaratan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 dan Perma Nomor 1 Tahun 2004.

²⁹⁹ pasal 48 jo pasal 51 ayat 3 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986

Sedangkan melalui gugatan apabila di dalam ketentuan perundang-undangan yang berlaku tidak ada kewajiban untuk menyelesaikan sengketa Tata Usaha Negara tersebut melalui Upaya Administrasi, maka seseorang atau Badan Hukum Perdata tersebut dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara.³⁰⁰ Subjek atau pihak-pihak yang berperkara di Pengadilan Tata Usaha Negara ada 2 pihak, yaitu:

1. Pihak penggugat, yaitu seseorang atau Badan Hukum Perdata yang merasa kepentingannya dirugikan dengan dikeluarkannya Keputusan tata Usaha Negara oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara baik di pusat atau di daerah.
2. Pihak Tergugat, yaitu Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang mengeluarkan Keputusan berdasarkan wewenang yang ada padanya atau yang dilimpahkan kepadanya.

Mengenai kompetensi PTUN dalam sistem peradilan di Indonesia diatur dalam Pasal 47 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 yaitu bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara. Kewenangan Pengadilan untuk menerima, memeriksa, memutus menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya yang dikenal dengan kompetensi atau kewenangan mengadili. PTUN mempunyai kompetensi menyelesaikan sengketa tata usaha negara di tingkat pertama. Sedangkan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara untuk tingkat banding. Akan tetapi untuk sengketa-sengketa tata usaha negara yang harus diselesaikan terlebih dahulu melalui upaya administrasi berdasarkan Pasal 48 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 jo Undang-Undang Nomor 9 tahun 2004 maka Pengadilan Tinggi TUN merupakan badan peradilan tingkat pertama. Terhadap putusan Pengadilan Tinggi TUN tersebut tidak ada upaya hukum banding melainkan kasasi.

Peranan PTUN sebagai lembaga kontrol yuridis terhadap pemerintah telah memberikan kesempatan terhadap seseorang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingan dirugikan oleh suatu keputusan tata usaha Negara untuk dapat

³⁰⁰ pasal 1 angka 5 jo pasal 53 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986. Peradilan Tata Usaha Negara adalah peradilan dalam lingkup hukum publik, yang mempunyai tugas dan wewenang : “*memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa Tata Usaha Negara, yaitu suatu sengketa yang timbul dalam bidang hukum TUN antara orang atau badan hukum perdata (anggota masyarakat) dengan Badan atau Pejabat TUN (pemerintah) baik dipusat maupun didaerah sebagai akibat dikeluarkannya suatu Keputusan TUN (beschikking), termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku* “ (vide Pasal 50 Jo. Pasal 1 angka 4 Undang-Undang Nomor. 5 tahun 1986 Jo. Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004).

mengajukan gugatan tertulis kepada pengadilan yang berwenang yang berisi tuntutan agar Keputusan tata usaha negara yang disengketakan dinyatakan batal atau tidak sah dengan atau disertai ganti rugi dan rehabilitasi.³⁰¹

Mengenai langkah-langkah untuk menguji Keputusan Bersama Menteri yang berisi penetapan ke PTUN harus mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

1. Pertama, menentukan Keputusan Bersama Menteri tersebut apakah merupakan penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bersifat konkret, individual, final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau Badan Hukum Perdata.³⁰² Selain itu perlu juga diketahui apakah Keputusan Bersama Menteri tersebut tidak termasuk *pengecualian* dari Pengertian Keputusan TUN, yaitu : Tidak termasuk dalam pengertian Keputusan Tata Usaha Negara menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Jo Undang-Undang Nomor 9 tahun 2004:
 - a. Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan perbuatan hukum perdata.

³⁰¹ Pasal 53 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 jo Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004

³⁰² Penjelasan atas penetapan tertulis: 1. *Penetapan Tertulis itu harus dalam bentuk tertulis*, dengan demikian suatu tindakan hukum yang pada dasarnya juga merupakan Keputusan TUN yang dikeluarkan secara lisan tidak masuk dalam pengertian Keputusan TUN ini; 2. *Dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat TUN*: Sebagai suatu Keputusan TUN, Penetapan tertulis itu juga merupakan salah satu instrumen yuridis pemerintahan yang dikeluarkan Oleh Badan atau Pejabat TUN dalam rangka pelaksanaan suatu bidang urusan pemerintahan. *Sedangkan yang dimaksud dengan Badan atau Pejabat Tata Usaha negara adalah Badan atau Pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku*. Sedang yang dimaksud dengan *urusan pemerintahan* adalah segala macam urusan mengenai masyarakat bangsa dan negara yang bukan merupakan tugas legislatif ataupun yudikatif.; 3. *Berisi Tindakan Hukum TUN*: suatu tindakan hukum TUN itu adalah suatu keputusan yang menciptakan, atau menentukan mengikatnya atau menghapuskannya suatu hubungan hukum TUN yang telah ada; 4. *Berdasarkan Peraturan Per UU an yang Berlaku*: bahwa wewenang Badan atau Pejabat TUN untuk melaksanakan suatu bidang urusan pemerintahan itu hanya berasal atau bersumber ataupun diberikan oleh suatu ketentuan dalam suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku; 5. *Bersifat Konkret, Individual dan Final*: Keputusan TUN itu harus bersifat konkret, artinya objek yang diputuskan dalam Keputusan TUN itu tidak abstrak, tetapi berwujud, tertentu atau dapat ditentukan, seperti Pemberhentian si X sebagai Pegawai, IMB yang diberikan kepada si Y dan sebagainya. Bersifat Individual artinya Keputusan TUN itu tidak ditujukan untuk umum, tetapi tertentu dan jelas kepada siapa Keputusan TUN itu diberikan, baik alamat maupun hal yang dituju. Jadi sifat individual itu secara langsung mengenai hal atau keadaan tertentu yang nyata dan ada. Bersifat Final artinya akibat hukum yang ditimbulkan serta dimaksudkan dengan mengeluarkan Penetapan Tertulis itu harus sudah menimbulkan akibat hukum yang definitif. 6. *Menimbulkan Akibat Hukum Bagi Seseorang / Badan Hukum Perdata*: artinya menimbulkan suatu perubahan dalam suasana hukum yang telah ada. Karena Penetapan Tertulis itu merupakan suatu tindakan hukum, maka sebagai tindakan hukum ia selalu dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata. Apabila tidak dapat menimbulkan akibat hukum ia bukan suatu tindakan hukum dan karenanya juga bukan suatu Penetapan Tertulis.

- b. Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan pengaturan yang bersifat umum.
 - c. Keputusan Tata Usaha Negara yang masih memerlukan persetujuan.
 - d. Keputusan Tata Usaha Negara yang dikeluarkan berdasarkan ketentuan kitab Undang-undang Hukum Pidana dan Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana atau peraturan perundang-undangan lain yang bersifat hukum pidana.
 - e. Keputusan Tata Usaha Negara yang dikeluarkan atas dasar hasil pemeriksaan badan peradilan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
 - f. Keputusan Tata Usaha Negara mengenai tata usaha Tentara Nasional Indonesia;
 - g. Keputusan Komisi Pemilihan Umum baik di pusat maupun di daerah mengenai hasil pemilihan umum.
2. Terlebih dahulu menentukan alasan-alasan yang mendasari diajukannya gugatan tersebut karena Untuk mengajukan gugatan diperlukan alasan-alasan yang mendasarinya terhadap Keputusan tata usaha negara yang digugat, pengadilan memerlukan dasar pengujian apakah keputusan tata usaha negara tersebut *rechtmatic* (absah) atau tidak. Pasal 53 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 jo Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 menggariskan alasan mengajukan gugatan bagi penggugat yang merupakan dasar pengujian oleh pengadilan. Alasan mengajukan gugatan menurut Pasal 53 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 adalah :
- a. Keputusan tata usaha negara tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
 - b. Keputusan tata usaha negara tersebut bertentangan dengan Asas-Asas Umum Pemerintah yang Baik (AAUPB).

Aspek yang bertentangan itu menyangkut wewenang, prosedur, dan substansi keputusan tata usaha negara tersebut.

Keputusan Bersama Menteri sebagai peraturan perundang-undangan (*regeling*) apabila merugikan masyarakat maka dimohonkan hak uji materiil untuk pembatalannya kepada Mahkamah Agung. Keputusan Bersama Menteri sebagai penetapan (*beschikking*) apabila merugikan individu atau badan hukum perdata dapat diajukan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara oleh pihak yang menderita kerugian. Lalu bagaimana dengan Keputusan Bersama Menteri sebagai peraturan kebijakan (*beleidsregel*) yang menimbulkan kerugian bagi masyarakat karena ada unsur melampaui wewenang, kepada lembaga yang mana untuk dimohonkan pembatalan dan atau gugatan terhadapnya.

4.2 Pengujian Keputusan Bersama Menteri Melalui Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak

Kebutuhan untuk melakukan pengujian terhadap peraturan kebijakan menurut Abdul Latief pada dasarnya didasarkan pada dua alasan, yaitu alasan praktis dan alasan teoritis.³⁰³ Lebih lengkapnya pendapat Abdul Latief sebagai berikut:

Alasan praktis didorong oleh kebutuhan-baik untuk kebutuhan pemerintah maupun untuk masyarakat. Bagi masyarakat mengharapkan akan adanya suatu jaminan perlindungan hukum dari sikap tindak atau badan atau pejabat pemerintah. Sebaliknya, bagi badan atau pejabat pemerintah merupakan pembatasan atau dasar untuk bertindak secara bebas membentuk peraturan kebijaksanaan yang dapat bertentangan dengan dengan peraturan perundang-undangan dan hukum tidak tertulis. Alasan teoritis, didorong oleh perkembangan hukum administrasi, yaitu khususnya konsep *besluit* (keputusan) mendapat pengertian baru yang cukup luas dan merupakan instrument utama dalam penyelenggaraan pemerintahan suatu negara hukum.

Mengenai apakah peraturan kebijakan dapat dimintakan pengujian kepada lembaga peradilan dalam hal ini ke Mahkamah Agung atukah peraturan kebijakan hanya diuji dengan asas-asas umum penyelenggaraan administrasi negara yang layak masih menimbulkan perdebatan. Menurut Abdul Latief dengan menerapkan interpretasi gramatikal terhadap ketentuan Pasal 31 ayat (2) Undang-Undang Nomor

³⁰³ Abdul Latief, *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*, (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm. 239.

14 tahun 1985 dapat dikatakan bahwa peraturan kebijaksanaan sebagai keputusan yang bersifat mengatur dan mengikat umum secara tidak langsung dan tingkatannya lebih rendah dari undang-undang dapat diuji secara materiil oleh lembaga peradilan yaitu Mahkamah Agung.³⁰⁴

Berbeda dengan Abdul Latief, Bagir Manan berpendapat bahwa:

Penegasan bahwa peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan sangat penting. Asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijakan. Suatu peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid*, karena memang tidak akan ada dasar peraturan perundang-undangan untuk keputusan membuat peraturan kebijakan. Telah disebutkan bahwa pembuatan peraturan kebijakan dibuat berdasarkan *Freies ermessen* dan ketiadaan wewenang administrasi negara bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan (baik secara umum tidak berwenang maupun untuk objek bersangkutan tidak berwenang mengatur). Pengujian terhadap peraturan kebijakan lebih diarahkan pada *doelmatigheid* dan karena itu batunya adalah asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak.³⁰⁵

Penulis sendiri lebih sepakat dengan pendapat Bagir Manan bahwa peraturan kebijakan tidak dapat diajukan pengujian ke lembaga peradilan, selain karena peraturan kebijakan dibuat tanpa adanya peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar pembuatannya juga dikarenakan peraturan kebijakan bukanlah peraturan perundang-undangan sehingga tidak dapat diujikan ke MA yang menurut Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 jo Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 hanya berwenang menguji peraturan perundang-undangan (dalam hal ini peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang). Kesimpulan ini juga diperkuat dengan membandingkan pengujian peraturan kebijaksanaan di Belanda, dimana untuk peraturan kebijaksanaan di Belanda selalu dilakukan tidak langsung, yakni melalui asas-asas umum pemerintahan yang baik.³⁰⁶

³⁰⁴ Pasal 31 ayat (2) UU No.14 tahun 1985 menyatakan *Mahkamah Agung berwenang menyatakan tidak sah semua peraturan perundang-undangan dari tingkat yang lebih rendah daripada Undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi*. Oleh Abdul latief dari ketentuan pasal 31 ayat (2) tersebut disusun pengertian-pengertian sebagai berikut: a. pernyataan tidak sah peraturan perundang-undangan dilakukan atas dasar: bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Hal ini berarti pengujian secara materiil hanya terhadap peraturan dan keputusan badan atau pejabat tata usaha negara yang bersifat umum. b. pengertian, "peraturan perundang-undangan dari tingkat yang lebih rendah daripada undang-undang". Hal ini menunjukkan termasuk juga keputusan pemerintahan yang bersifat mengatur dan mengikat secara umum. *Ibid.*, hlm.235

³⁰⁵ Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia. op.cit.*, hlm.170.

³⁰⁶ Abdul Latief. *op.cit.*, hlm.58

Menurut Bagir Manan Untuk menghindari peraturan kebijakan melampaui batas-batas kebebasan bertindak dan merusak tatanan hukum yang berlaku, sangat perlu untuk menemukan asas-asas yang dapat menjadi kendali bagi peraturan kebijakan. Asas-asas tersebut antara lain asas-asas negara berdasar hukum, asas-asas perlindungan terhadap masyarakat dan asas-asas umum penyelenggaraan administrasi negara yang layak. Di luar asas-asas tersebut, peraturan kebijakan tidak lagi dalam kerangka *freies ermessen*, tetapi dapat menjadi tindakan sewenang-wenang.³⁰⁷

Mengenai asas-asas umum penyelenggaraan administrasi yang layak (baik) menurut Philipus M Hadjon dengan mengutip dalam yurisprudensi AROB (peradilan administrasi belanda) meliputi:

1. Asas pertimbangan (*motiveringsbeginsel*)
2. Asas kecermatan (*zorgvuldigheidsbeginsel*)
3. Asas kepastian hukum (*rechtszekerheidsbeginsel*)
4. Asas kepercayaan atau asas menanggapi pengharapan yang telah ditimbulkan (*vertrouwensbeginsel og beginsel van opgewekte verwachtingen*)
5. Asas persamaan (*gelijkheidsbeginsel*)
6. Asas keseimbangan
7. Asas kewenangan (*bevoegheidsbeginsel*)
8. Asas fair play (*beginsel van fairplay*)
9. Larangan “*detournement de pouvoir*” (*het verbod van detournement de pouvoir*)
10. Larangan bertindak sewenang-wenang (*het verbod van willekeur*)³⁰⁸

Sementara itu menurut H.D van Wijk sebagaimana dikutip oleh Anna Erliyana membagi tiga kelompok Asas-Asas umum pemerintahan yang baik sebagai berikut:

- a. Asas-asas yang berhubungan dengan proses persiapan dan pembentukan keputusan.
- b. Asas-asas yang berhubungan dengan motivasi dan pembentukan suatu keputusan
- c. Asas-asas yang berhubungan dengan isi putusan.³⁰⁹

³⁰⁷ Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia. op.cit.*, hlm.167-165.

³⁰⁸ Philipus M Hadjon, *Pemerintahan Menurut Hukum*, (Surabaya: Yuridika, Majalah Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Cet.Pertama, 1993), hlm.9.

³⁰⁹ Termasuk dalam kelompok pertama (a) antara lain asas kecermatan, fair play dan larangan bertindak sewenang-wenang. Kelompok kedua (b) adalah asas motivasi bersifat formal. Kelompok ketiga (c) antara lain asas kepastian hukum; asas persamaan; asas keseimbangan; Asas larangan penyalagunaan wewenang;

Untuk Indonesia, perumusan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik beserta perincian asas-asas nya secara lengkap memang tidak dikumpulkan dan dituangkan secara konkret dan formal dalam suatu peraturan perundang-undangan khusus tentang Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik. Asas-asas yang bersangkutan justru merupakan kaidah hukum tidak tertulis sebagai pencerminan norma-norma etis pemerintahan yang wajib diperhatikan dan dipatuhi, disamping mendasarkan pada kaidah-kaidah hukum tertulis. Namun demikian tidak tertutup kemungkinan bahwa beberapa asas di antaranya dapat disisipkan dalam peraturan perundang-undangan, sehingga asas yang bersangkutan di kongkretkan menjadi bentuk kaidah hukum tertulis, misalnya mengenai Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik tertuang dalam beberapa peraturan perundang-undangan diantaranya adalah Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009 tentang tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme yang mengatur tentang asas-asas umum penyelenggaraan negara yang meliputi:

1. Asas Kepastian Hukum;
2. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara;
3. Asas Kepentingan Umum;
4. Asas Keterbukaan;
5. Asas Proporsionalitas;
6. Asas Profesionalitas; dan
7. Asas Akuntabilitas.³¹⁰

Selain Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999, Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 juga mencantumkan sebagian Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik

asas *fair play*; asas kepercayaan/pengharapan; asas larangan bertindak sewenang-wenang. Anna Erliyana, *op.cit.hlm.*, 41-45.

³¹⁰ Yang dimaksud dengan “Asas Kepastian Hukum” adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan Penyelenggara Negara; Yang dimaksud dengan “Asas Tertib Penyelenggaraan Negara” adalah asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara; Yang dimaksud dengan “Asas Kepentingan Umum” adalah yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif dan selektif; Yang dimaksud dengan “Asas Keterbukaan” adalah asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara; Yang dimaksud dengan “Asas Proporsionalitas” adalah asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban Penyelenggara Negara; Yang dimaksud dengan “Asas Akuntabilitas” adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan Penyelenggara Negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan yang berlaku. Penjelasan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009.

tepatnya dalam Pasal 53 ayat (2) butir b dan c.³¹¹ Asas tersebut adalah Asas larangan penyalagunaan wewenang dan asas larangan untuk bertindak sewenang-wenang.

Mengenai apakah Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) ini mempunyai kekuatan mengikat bagi pejabat administrasi negara bisa dilihat dari pendapat Anna Erliyana yang menyatakan:

Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) sebagai asas hukum, bahannya diturunkan dari susila (bahan hukum idiil) yang berdasarkan moral. Moral, berkaitan dengan etika, kesopanan, kepatutan yang berdasarkan pada norma yang berlaku dalam kehidupan masyarakat yang baik dan dipengaruhi oleh manusia, alam dan tradisi yang selalu berubah-ubah sesuai dengan waktu, tempat dan keadaan (bahan hukum riil). Oleh karena itu Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) sebagai asas hukum memiliki daya mengikat dan harus dipatuhi oleh Badan/Pejabat Tata Usaha Negara. Sebagaimana halnya norma atau aturan hukum (*rechtsregel*) dan kaidah hukum.³¹²

Lebih lanjut mengenai dapat dipaksakannya penerapan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) Anna Erliyana berpendapat;

Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik memiliki fungsi sebagai pedoman pelaksanaan kewenangan administrasi negara untuk memberikan dan menentukan batas-batas yang harus diperhatikan oleh suatu jabatan secara yuridis. Orientasinya harus kepada peraturan perundang-undangan dan tatanan hukum, karena berdasarkan kedua hal tersebut maka kepatuhan terhadap batas-batas jabatan umum dapat dipaksakan, bukan bergantung kepada kesadaran atau itikad baik pejabat.³¹³

Dengan demikian Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) merupakan asas hukum yang harus dipatuhi oleh setiap pejabat administrasi negara dalam melaksanakan tindakan termasuk dalam membuat pengaturan dalam bentuk Keputusan Bersama Menteri. hal ini dikarenakan asas hukum sebagaimana dijelaskan oleh Satjipto Rahardjo adalah merupakan “jantungnya” peraturan hukum. Pertama ia

³¹¹ Pasal 53 ayat (2) butir b: *Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan keputusan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut; Butir c-nya: Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan atau tidak mengeluarkan keputusan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) setelah mempertimbangkan semua kepentingan yang tersangkut dengan keputusan itu seharusnya tidak sampai pada pengambilan atau tidak pengambilan keputusan tersebut.*

³¹² Anna Erliyana, *op.cit.*, hlm.60-61.

³¹³ *Ibid.* hal.59

merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya peraturan hukum. Kedua, merupakan alasan bagi lahirnya peraturan hukum, atau *ratio legis*.³¹⁴

Seperti dibahas dalam uraian sebelumnya peraturan kebijakan muncul akibat administrasi negara diberi kebebasan bertindak berdasarkan wewenang diskresi, akan tetapi wewenang diskresi yang dimiliki tidak boleh disalahgunakan. Menurut Utrecht penggunaan wewenang diskresi harus dengan alasan tertentu yaitu:

1. Ada alasan yang dapat dibenarkan dan yang menjadi motif perbuatan administrasi negara;
2. Perbuatan tersebut masih berada dalam ruang lingkup administrasi negara;
3. Perbuatan administrasi negara dapat dipertanggungjawabkan.³¹⁵

Dengan demikian berdasarkan pendapat utrecht maka tindakan melanggar Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) dari suatu peraturan kebijaksanaan merupakan persoalan bijaksana atau tidak suatu kebijakan pemerintah atau administrasi negara. Kalau dianggap bijaksana maka peraturan kebijakan tersebut tidak bertentangan dengan kepentingan umum dan perasaan keadilan warga masyarakat.

Berdasarkan kajian yang dilakukan oleh penulis maka pelanggaran Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) dalam pembentukan Keputusan Bersama Menteri yang bersifat peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*), pada dasarnya dapat dikelompokkan menjadi tiga yaitu:

- a. Pelanggaran yang berhubungan dengan proses persiapan dan pembentukan keputusan.
- b. pelanggaran yang berhubungan dengan motivasi dan pembentukan suatu keputusan.
- c. pelanggaran yang berhubungan dengan isi putusan

Tiga kelompok di atas dapat diuraikan sebagai berikut:

- a. Pelanggaran yang berhubungan dengan proses persiapan dan pembentukan keputusan.

³¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996), Cetakan ke 4, hlm.45.

³¹⁵ Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Cet.4 (Bandung: tanpa penerbit, 1960). hlm.113.

Beberapa Keputusan Bersama Menteri yang berisi peraturan kebijaksanaan yang termasuk dalam kelompok pertama ini diantaranya adalah Keputusan Bersama 4 (empat) menteri tentang Pemeliharaan Momentum Pertumbuhan Ekonomi Nasional dalam Mengantisipasi Perkembangan Perekonomian Global. Menurut beberapa kalangan Keputusan Bersama Menteri ini dinilai antara lain dibuat tanpa kecermatan; dinilai sebagai produk kepanikan pemerintah dalam mengantisipasi dampak krisis global di Indonesia dengan mengorbankan kepentingan buruh dan Kebijakan ini malah membuka perdebatan baru antara pekerja dengan pengusaha.³¹⁶

- b. Pelanggaran yang berhubungan dengan motivasi dan pembentukan suatu keputusan.

Keputusan Bersama Menteri yang dinilai dibuat tanpa motivasi yang patut dan layak antara lain Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri Nomor 8 dan Nomor 9 Tahun 2006 Tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah Dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama, dan Pendirian Rumah Beribadat. Menurut beberapa kalangan negara tidak perlu mengatur kehidupan beragama secara berlebihan dengan merumuskan dalam suatu aturan.³¹⁷

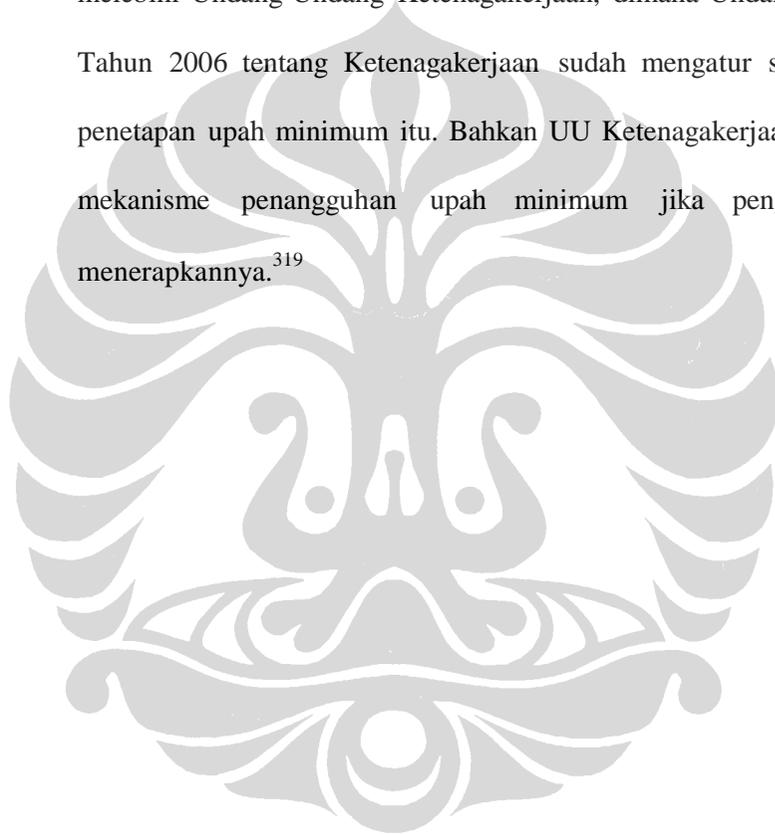
- c. Pelanggaran yang berhubungan dengan isi putusan

Keputusan Bersama Menteri yang isinya dianggap melanggar asas persamaan dan kepastian hukum adalah Keputusan Bersama 4 (empat) menteri tentang Pemeliharaan Momentum Pertumbuhan Ekonomi Nasional dalam Mengantisipasi Perkembangan Perekonomian Global. Menurut Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) Dengan SKB empat menteri ini, pemerintah dianggap Komnas HAM tidak melakukan perlindungan terhadap

³¹⁶ <http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=20389&cl=Berita>. diakses 15 September 2009

³¹⁷ Hal ini sebagaimana pernyataan penolakan 42 anggota Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) atas penerbitan revisi Surat Kesepakatan Bersama (SKB) Menteri Dalam Negeri (Mendagri) dan Menteri Agama (Menag). <http://www.sinarharapan.co.id/cetak/berita/read/DPR-Minta-Pencabutan-SKB-2-Menteri/> . 30 Agustus 2009.

hak-hak pekerja. Kelompok rentan seperti pekerja atau buruh ini dinilai tidak memiliki kedudukan yang sama dengan pengusaha. Dengan demikian, pemerintah seharusnya tidak boleh membiarkan mereka berhadapan langsung dengan pengusaha dalam menentukan hak dan kewajiban masing-masing, salah satunya upah.³¹⁸ Selain itu menurut Sekjen DPN Federasi Serikat Pekerja Tekstil, Sandang dan Kulit Indra Munaswar, kapasitas SKB tersebut sudah melebihi Undang-Undang Ketenagakerjaan, dimana Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Ketenagakerjaan sudah mengatur sejarah jelas mengenai penetapan upah minimum itu. Bahkan UU Ketenagakerjaan sudah menyebutkan mekanisme penanguhan upah minimum jika pengusaha tak mampu menerapkannya.³¹⁹



BAB V

KESIMPULAN DAN SARAN

5.1 Kesimpulan

³¹⁸ *Dari Salah Tangkap Sampai SKB Empat Menteri, catatan akhir tahun Komnas HAM.*
<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=20683&cl=Berita>. 23 Agustus 2009.

³¹⁹ *Ibid.*