

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Ketentuan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat UUD NRI Tahun 1945) menyatakan bahwa: “Negara Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk republik”. Pengaturan Pasal 1 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 sangat penting mengingat kondisi geografis negara Indonesia yang terdiri dari banyak pulau.

Negara kesatuan menurut **Kusnardi** dan **Harmaily Ibrahim** ialah bahwa susunan negaranya hanya terdiri atas satu negara saja dan tidak dikenal adanya negara di dalam negara seperti halnya pada suatu negara federal”.¹

Busroh² menyatakan bahwa:

Negara kesatuan adalah negara yang tidak tersusun daripada beberapa negara, seperti halnya dalam negara federasi, melainkan negara itu sifatnya tunggal, artinya hanya ada satu negara, tidak ada negara di dalam negara. Jadi dengan demikian, di dalam negara kesatuan itu juga hanya ada satu pemerintahan, yaitu pemerintahan pusat yang mempunyai kekuasaan atau wewenang tertinggi dalam segala lapangan pemerintahan. Pemerintah pusat inilah yang pada tingkat terakhir dan tertinggi dapat memutuskan segala sesuatu dalam negara tersebut.

Thorsten V. Kalijarvi yang mendasarkan pendapatnya pada letak kekuasaan tertinggi (kedaulatan) pemerintahan-pemerintahan negara, yang lebih menitikberatkan pada negara kesatuan sebagai negara dengan sentralisasi

¹ Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, **Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia**, Cetakan Kelima, Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI dan Sinar Bakti, Jakarta, 1983, h. 249.

² Abu Daud Busroh, **Ilmu Negara**, Bumi Aksara, Jakarta, 1990, h. 64-65.

kekuasaan. Menyitir pendapat **Thorsten, Fred Isjwara** mengemukakan bahwa:

“Negara kesatuan atau negara dengan sentralisasi kekuasaan ialah negara di mana seluruh kekuasaan dipusatkan pada satu atau beberapa organ pusat, tanpa pembagian kekuasaan antara pemerintah pusat dengan pemerintah bagian-bagian negara itu. Pemerintah bagian-bagian negara itu hanyalah bagian pemerintahan pusat yang bertindak sebagai wakil-wakil pemerintah pusat untuk menyelenggarakan administrasi setempat.”³

Ernest Utrecht juga mengemukakan pendapatnya tentang negara kesatuan dengan melihat hubungan dengan negara kesatuan yang tidak terdiri atas beberapa daerah yang berstatus negara bagian. Menurut **Ernest Utrecht**⁴, “... suatu negara kesatuan ialah suatu negara yang tidak terdiri dari beberapa daerah yang berstatus negara bagian (*deelstaat*) dengan undang-undang dasar sendiri, biasanya juga dengan kepala negara sendiri dan materi-materi sendiri-sendiri, serta merdeka dan berdaulat.”

Pelimpahan wewenang dalam desentralisasi ketatanegaraan berakibat pada beralihnya kewenangan Pemerintah secara tetap. Pemerintahan kehilangan kewenangan yang telah dilimpahkannya dan beralih kepada pihak yang menerima pelimpahan kewenangan tersebut. Dalam perspektif ketatanegaraan, desentralisasi merupakan pelimpahan kekuasaan pemerintah dari pusat kepada daerah-daerah untuk mengurus rumah tangganya sendiri (daerah-daerah otonom). Desentralisasi adalah juga cara atau sistem untuk mewujudkan asas demokrasi yang memberikan kesempatan kepada rakyat

³ Fred Isjwara, **Pengantar Ilmu Politik**, Cetakan Kelima, Binacipta, Bandung, 1974, h. 179.

⁴ Ernst Utrecht, **Pengantar Dalam Hukum Indonesia**, Ihtiar Baru bekerja sama dengan Sinar Harapan, Jakarta, 1983, h. 342.

untuk turut serta berpartisipasi dalam proses penyelenggaraan pemerintahan negara.

Otonomi atau *autonomy* berasal dari kata *autos* yang berarti sendiri dan *nomous* yang berarti hukum atau peraturan. Menurut *Encyclopedia of Social Science*, otonomi dalam pengertian orisinil adalah *the legal self sufficiency of social body and its actual independence*. Dalam pengertian ini menurut Juanda⁵ ada 2 (dua) ciri hakekat dari otonomi yakni *legal self sufficiency* dan *actual independence*. Selanjutnya dikatakan bahwa dalam kaitannya dengan politik atau pemerintahan, otonomi daerah berarti *self government* atau *condition of living under one's own laws*. Dengan adanya otonomi daerah, daerah yang memiliki *legal self Sufficiency* yang bersifat *self government* yang diatur oleh *ownlaws*.

Otonomi daerah tidak dapat dimaknai sebagai suatu kemerdekaan, otonomi bermakna kebebasan yang terbatas atau kemandirian itu adalah wujud pemberian kesempatan yang harus dipertanggungjawabkan. Otonomi berarti bebas untuk menentukan apa yang terbaik untuk dirinya. Dalam kaitan itu maka otonomi daerah dapat dipahami sebagai kemandirian daerah untuk mengurus dan mengatur kehidupan rumah tangganya.

Laica Marzuki⁶ menyatakan bahwa:

“Otonomi daerah merupakan esensi pemerintahan desentralisasi. Istilah otonomi berasal penggalan dua kata bahasa Yunani, *autos* yang berarti sendiri dan *nomos* yang berarti undang-undang. Otonomi bermakna membuat perundang-undangan sendiri (*zefwetgeving*), namun dalam

⁵ Juanda, **Hukum Pemerintahan Daerah, Pasang Surut Hubungan Kewenangan, Antara DPRD dan Kepala Daerah**, Alumni, Bandung, 2008, h. 125.

⁶ M. Laica Marzuki, **Berjalan-Jalan di Ranah Hukum**, Buku Kesatu, Edisi Revisi Cetakan Kedua, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, h. 161.

perkembangannya, konsepsi otonomi daerah selain mengandung arti *zelfwetgeving* (membuat Peraturan Daerah-Peraturan Daerah), juga utamanya mencakup *zelfbestuur* (pemerintahan sendiri). **C.W. van der Pot** memahami konsep otonomi daerah sebagai *eigen huishouding* (menjalankan rumah tangganya sendiri).”

Kebebasan yang ada tidak serta merta merupakan kebebasan yang tanpa memikirkan anggota masyarakat. Ibaratnya suatu rumah tangga keluarga, maka dalam menjalankan tugas dan fungsi sebagai kepala keluarga, kepala keluarga harus memperhatikan kenyamanan, kebutuhan dan pendapat anggota keluarga yang lain. Harus ada batasan-batasan dalam pergaulan dalam keluarga. Di samping itu juga harus ada batasan-batasan yang mengatur pergaulan antara keluarga yang satu dengan keluarga yang lain. Sehingga tercipta keberaturan dan ketertiban hidup, bukan saja dalam keluarga namun juga dengan tetangga dalam lingkungannya. Konsep otonomi nyata dan bertanggungjawab bertujuan untuk meningkatkan pelayanan kepada masyarakat.

Perubahan Kedua UUD NRI Tahun 1945 menghasilkan adanya penambahan terhadap Pasal 18 sehingga menjadi Pasal 18A, dan Pasal 18B. Pasal 18 ayat (1), ayat (2), ayat (5) dan ayat (6) menegaskan bahwa:

- (1) Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.
- (2) Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.
- (5) Pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat.
- (6) Pemerintahan daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.

Pasal 18 UUD NRI Tahun 1945 menjadi dasar konstusionalitas penyelenggaraan pemerintahan daerah di Indonesia, termasuk di dalamnya kewenangan untuk menetapkan Peraturan Daerah. Meskipun daerah telah diberikan hak untuk membentuk Peraturan Daerah dan peraturan-peraturan lain dalam rangka melaksanakan otonomi daerah sesuai Pasal 18 ayat (6) UUD NRI Tahun 1945 dan tugas pembantuan, namun hal itu tidak berarti bahwa Pemerintah Daerah dapat membuat peraturan di luar wewenang yang diberikan, sehingga peraturan yang dibentuk, bertentangan dengan prinsip-prinsip negara kesatuan dan UUD NRI 1945. Konstitusi memberikan kewenangan atributif kepada daerah untuk menetapkan Peraturan Daerah dan peraturan lainnya. Peraturan Daerah yang ditetapkan diharapkan dapat mendukung penyelenggaraan pemerintahan di daerah, khususnya dalam peningkatan pembangunan di daerah.

Makna Pasal 18 UUD NRI Tahun 1945 adalah Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi dalam daerah-daerah provinsi dan selanjutnya daerah provinsi dibagi lagi atas daerah-daerah kabupaten dan kota. Daerah-daerah provinsi, kabupaten dan kota diserahkan hak untuk mengatur dan mengurus pemerintahannya masing-masing menurut asas otonomi dan tugas pembantuan. Otonomi yang diberikan adalah otonomi yang seluas-luasnya, kecuali terhadap urusan yang tidak diserahkan tetap menjadi urusan Pemerintah Pusat (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat Pemerintah).

Menurut **Philipus M. Hadjon**⁷, dengan mendasarkan pada ketentuan UUD NRI Tahun 1945, ada dua pola pembagian kekuasaan negara, yaitu secara horisontal dan secara vertikal. Selanjutnya dengan membandingkan pendapat **M.C. Burkens, Hadjon** menyatakan bahwa: “pembagian kekuasaan negara secara vertikal adalah pembagian kekuasaan negara antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Daerah.”

Ketentuan Pasal 18 ayat (1) dan ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 selanjutnya dijabarkan dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat UU Nomor 32 Tahun 2004) yang menggantikan Undang Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat UU Nomor 22 Tahun 1999), terakhir diganti dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat UU Nomor 23 Tahun 2014).

Daerah otonom yang selanjutnya disebut daerah menurut ketentuan Pasal 1 angka 6 UU Nomor 32 Tahun 2004 memiliki makna yang sama dengan ketentuan Pasal 1 angka 12 UU Nomor 23 Tahun 2014, yaitu:

“kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai batas-batas wilayah yang berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia.”

Daerah-daerah provinsi, daerah kabupaten dan daerah kota di Indonesia sampai dengan tahun 2014 berjumlah 34 daerah provinsi, 416 daerah

⁷ Philipus M. Hadjon, **Sistem Pembagian Kekuasaan Negara (Analisis Hukum Tata Negara)**, (Philipus M. Hadjon I), Juridika, Vol. 14. Nomor 6, November-Desember 1999, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 1999, h. 407.

kabupaten dan 98 daerah kota, yang diserahkan wewenang untuk mengatur dan mengurus pemerintahannya masing-masing menurut asas otonomi dan tugas pembantuan berdasarkan Pasal 18 UUD NRI Tahun 1945.

Pembagian kekuasaan antara Pemerintah dan Pemerintah Daerah dilaksanakan melalui asas desentralisasi, dimana Pemerintah mengalihkan sebagian kewenangan atau urusan pemerintahan kepada Pemerintah Daerah. Konsekuensi lebih lanjut dari asas desentralisasi berhubungan erat dengan kewenangan yang menjadi tanggung jawab Pemerintah sebagai pemberi otoritas. Pelaksanaan asas desentralisasi ini tetap berjalan dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai perwujudan amanat Pasal 1 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 yang menyatakan bahwa: “Negara Indonesia ialah Negara Kesatuan, yang berbentuk Republik”

Pasal 4 UUD NRI Tahun 1945 menegaskan bahwa: “Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan Pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar.” Dalam kedudukannya sebagai pemegang kekuasaan pemerintahan, maka segala urusan pemerintahan harus dipertanggungjawabkan kepada Presiden sebagai pemegang kekuasaan tertinggi dalam pemerintahan. Presiden yang membagi urusan Pemerintahan kepada pemerintah daerah berdasarkan Undang-Undang Dasar.

Pemerintah sebagai pemberi otoritas berkewajiban untuk melakukan pengawasan terhadap kewenangan yang diberikan untuk mencegah terjadinya penyimpangan terhadap penggunaan kewenangan yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah. Di sisi lain, Pemerintah Daerah bertanggung jawab untuk

melaksanakan kewenangan yang diterima, harus berada dalam ketentuan yang telah diatur, sehingga pelaksanaan kewenangan tersebut mencapai hasil yang diharapkan.

Salah satu wujud penggunaan kewenangan penyelenggaraan pemerintahan oleh Pemerintah Daerah adalah kewenangan untuk membentuk produk hukum daerah. Kewenangan Daerah untuk membentuk produk hukum daerah berupa Peraturan Daerah dan peraturan-peraturan lainnya didasarkan pada ketentuan Pasal 18 ayat (6) UUD NRI Tahun 1945. Kewenangan pembentukan Peraturan Daerah selanjutnya dijabarkan dalam Pasal 236 UU Nomor 23 Tahun 2014 menyatakan bahwa:

- (1) Untuk menyelenggarakan Otonomi Daerah dan Tugas Pembantuan, Daerah membentuk Peraturan Daerah.
- (2) Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibentuk oleh DPRD dengan persetujuan bersama kepala Daerah.
- (3) Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) memuat materi muatan:
 - a. penyelenggaraan Otonomi Daerah dan Tugas Pembantuan; dan
 - b. penjabaran lebih lanjut ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
- (4) Selain materi muatan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) Peraturan Daerah dapat memuat materi muatan lokal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Ketentuan Pasal 236 UU Nomor 23 Tahun 2014 menunjukkan bahwa pembentukan Peraturan Daerah dilakukan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah provinsi/kabupaten/kota dan tugas pembantuan, pembentukan Peraturan Daerah harus merupakan penjabaran dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Selain itu Peraturan Daerah dapat memuat materi muatan lokal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. UU Nomor 32 Tahun 2004 menggunakan nomenklatur “ciri khas” dalam

pembentukan Peraturan Daerah, sedangkan Pasal 236 UU Nomor 23 Tahun 2014 menggunakan nomenklatur “lokal”. Pasal 236 UU Nomor 23 Tahun 2014 tidak menjelaskan lebih lanjut mengenai makna “lokal”, sehingga menimbulkan keambiguan terhadap makna lokal, apakah sama dengan makna “ciri khas” dalam UU Nomor 32 Tahun 2004 ataukah berbeda.

Nomenklatur “lokal” dalam Pasal 236 UU Nomor 23 Tahun 2014 mengandung makna yang lebih luas dari nomenklatur “ciri khas” maupun nomenklatur “kondisi khusus”. Makna “lokal” meliputi juga “ciri khas” dan “kondisi khusus”. Dalam penulisan ini, tetap menggunakan terminologi “ciri khas” karena lebih cenderung pada kekhasan daerah.

Kewenangan ini menimbulkan adanya pengawasan terhadap penyelenggaraan pemerintahan di daerah. Pengawasan terhadap penyelenggaraan pemerintahan di daerah, meliputi juga pengawasan terhadap Peraturan Daerah. Pengawasan dalam kaitan dengan penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, pada dasarnya dilakukan untuk mengetahui dan menilai kenyataan yang sebenarnya, mengenai pencapaian hasil dari pelaksanaan tugas penyelenggaraan pemerintahan itu sendiri. Konsekuensi dari adanya pembagian kekuasaan, maka pengawasan pemerintahan menjadi sesuatu yang wajib dilakukan untuk menjaga keutuhan negara.

Mc Farland⁸ menyatakan bahwa:

“Control is the process by which an executive gets the performance of his subordinates to correspond closely as possible to chosen plans, orders, objectives or policies”

⁸ D.E. Mc Farland, *Management Principles and Practice*, Mac Milan, New York, p. 299.

Pengawasan merupakan suatu proses dimana pimpinan ingin mengetahui apakah hasil pelaksanaan pekerjaan yang dilakukan oleh bawahannya sesuai dengan rencana, perintah, tujuan atau kebijaksanaan yang telah ditentukan. Pendapat **Mc Farland** di atas, jika dikaitkan dengan pengawasan dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah dalam prinsip negara kesatuan, dapat dikemukakan bahwa pengawasan harus berpedoman pada: 1) alasan penyerahan wewenang penyelenggaraan di daerah; 2) dasar hukum penyelenggaraan pemerintahan di daerah; 3) tujuan pemberian wewenang pemerintahan; 4) kebijaksanaan yang telah ditentukan sebelumnya.

Pengawasan telah dikenal dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok Pemerintahan di Daerah (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat UU Nomor 5 Tahun 1974). UU Nomor 5 Tahun 1974, sebagaimana dikemukakan oleh **Philipus M. Hadjon**⁹, mengenal adanya tiga bentuk pengawasan, yaitu:

1. Pengawasan umum;

Pengawasan umum terhadap Pemerintah Daerah meliputi bidang-bidang pemerintahan, kepegawaian, keuangan dan peralatan, pembangunan, perusahaan daerah, yayasan-yayasan dan lain-lain yang ditetapkan Menteri Dalam Negeri (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat Mendagri). Pengawasan umum dilaksanakan oleh Mendagri (dibantu Inspektur Jenderal), Gubernur (dibantu Inspektur Wilayah) dan

⁹ Philipus M. Hadjon, **Pengantar Hukum Administrasi Indonesia**, (Philipus M. Hadjon II), Cetakan ke-9, (Cetakan ke-1, 1993), Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2005, h. 118-119. Lihat juga Bagir Manan, **Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945**, (Bagir Manan I), Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994, h. 241-249.

Bupati/Walikota/madya (dibantu Inspektur Kabupaten/ Kotamadya). Untuk desa, selain oleh para pejabat di atas, pengawasan umum juga dilakukan oleh camat.

2. Pengawasan preventif;

Pengawasan preventif dilakukan berkaitan dengan pengesahan (*goedkeuring*) Peraturan Daerah dan Keputusan Kepala Daerah tertentu. Dikatakan “Tertentu” karena tidak semua Peraturan Daerah dan Keputusan Kepala Daerah memerlukan pengesahan. Selama pengesahan belum diperoleh, Peraturan Daerah atau Keputusan Kepala Daerah yang bersangkutan belum berlaku.

3. Pengawasan represif.

Pengawasan represif dapat berbentuk penangguhan berlaku (*schorsing*) atau pembatalan (*vernietiging*). Suatu Peraturan Daerah atau Keputusan Kepala Daerah yang sudah berlaku dan mempunyai kekuatan hukum mengikat dapat ditangguhkan atau dibatalkan karena bertentangan dengan kepentingan umum dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.

Pengawasan Peraturan Daerah juga diatur UU Nomor 22 Tahun 1999, pengawasan yang digunakan adalah pengawasan represif dalam bentuk wewenang membatalkan (*vernietiging*) atau penundaan (*schorsing*). Peraturan Daerah akan serta merta berlaku karena tidak memerlukan pengesahan. Ketentuan ini diatur dalam Pasal 114 ayat (1) UU Nomor 22 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa:

“Pemerintah dapat membatalkan Peraturan Daerah dan Keputusan Kepala Daerah yang bertentangan dengan kepentingan umum atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan/atau peraturan perundang-undangan lainnya.”

Pengawasan Peraturan Daerah dalam UU Nomor 23 Tahun 2014 mengenal adanya dua bentuk pengawasan, yaitu pengawasan preventif dan pengawasan represif. Pengawasan preventif dilakukan terhadap Rancangan Peraturan Daerah, yang dilakukan dalam bentuk evaluasi dan klarifikasi hasil evaluasi, sedangkan pengawasan represif dilakukan terhadap Peraturan Daerah dalam bentuk klarifikasi. Pengawasan preventif hanya terhadap Peraturan Daerah yang mengatur tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat APBD), Pajak, Retribusi dan Tata Ruang Daerah. Peraturan Daerah yang materi muatannya mengatur hal-hal lain di luar keempat hal di atas, diberlakukan pengawasan represif.

Pengawasan Peraturan Daerah dilakukan berdasarkan atas parameter tertentu yang diatur dalam ketentuan beberapa peraturan perundang-undangan, yaitu:

1. UU Nomor 5 Tahun 1974.

Dalam Pasal 39 dinyatakan bahwa:

“Peraturan Daerah dan atau Keputusan Kepala Daerah tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum dan peraturan perundang-undangan atau Peraturan Daerah yang lebih tinggi tingkatannya.”

2. UU Nomor 22 Tahun 1999.

Pasal 70 menyatakan bahwa:

“Peraturan Daerah tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum, Peraturan Daerah lain dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.”

3. UU Nomor 32 Tahun 2004.

Pasal 136 ayat (4) dan Pasal 145 ayat (2) menyatakan sebagai berikut:

Pasal 136 ayat (4) menyatakan:

“Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilarang bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”.

Sedangkan Pasal 145 ayat (2) menyatakan:

“Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) yang bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dapat dibatalkan oleh Pemerintah.”

4. UU Nomor 23 Tahun 2014

Pasal 250 ayat (1) menyatakan sebagai berikut:

(1) Peraturan Daerah dan Perkada sebagaimana dimaksud dalam Pasal 249 ayat (1) dan ayat (3) dilarang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan.

5. Peraturan Pemerintah Nomor 79 Tahun tentang Pedoman Pembinaan Dan Pengawasan Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat PP Nomor 79 Tahun 2005).

Pasal 37 ayat (4) menyatakan bahwa:

“Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) yang bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dapat dibatalkan dengan Peraturan Presiden berdasarkan usulan Menteri.”

6. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pembentukan Produk Hukum Daerah (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat Permendagri Nomor 1 Tahun 2014).

Pasal 90 menyatakan bahwa:

“Hasil klarifikasi Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa:

- a. hasil klarifikasi yang sudah sesuai dengan kepentingan umum dan/atau peraturan yang lebih tinggi; dan
- b. hasil klarifikasi yang bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan yang lebih tinggi.”

Ketentuan di atas mengatur adanya tiga parameter yang dipakai dalam pengawasan terhadap Peraturan Daerah, yaitu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, bertentangan dengan kepentingan umum dan bertentangan dengan kesusilaan. Terkait dengan parameter bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, maka berdasarkan hierarki peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, diatur dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat UU Nomor 12 Tahun 2011) yang menyatakan bahwa:

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

Hierarki peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Pasal 7 UU Nomor 12 Tahun 2011, menempatkan Peraturan Daerah berada di bawah UU DNRI Tahun 1945, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat TAP MPR), Undang-Undang (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat UU)/Peraturan Pemerintah

Pengganti Undang-Undang (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat Perppu), Peraturan Pemerintah (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat PP), Peraturan Presiden (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat Perpres). Selanjutnya berdasarkan hierarki tersebut, Peraturan Daerah terdiri dari Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. Peraturan Daerah Provinsi tidak boleh bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945, TAP MPR, UU/Perppu, PP dan Perpres. Demikian pula dengan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota, tidak boleh bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945, TAP MPR, UU/Perppu, PP, Perpres dan Peraturan Daerah Provinsi.

Mengenai parameter kepentingan umum dapat menjadi kendala bagi daerah dalam pembentukan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah. Parameter kepentingan umum masih merupakan hal yang *debatable*. Kepentingan masyarakat di daerah sering tidak sejalan dengan kepentingan pembangunan nasional. Sehingga sangat sulit dalam menentukan kepentingan masyarakat di daerah sebagai kepentingan umum ataukah kepentingan pembangunan nasional sebagai kepentingan umum.

Parameter bertentangan dengan kesusilaan menurut penjelasan Pasal 250 ayat (1) UU Nomor 23 Tahun 2014 menyatakan bahwa: “Yang dimaksud dengan “kesusilaan” dalam ketentuan ini adalah norma yang berkaitan dengan adab dan sopan santun, kelakuan yang baik, dan tata krama yang luhur.” Penjelasan ini tidak menjelaskan apakah yang dimaksud dengan norma yang berkaitan dengan adab dan sopan santun, kelakuan yang baik, dan tata krama

yang luhur adalah norma yang berlaku secara umum, atau hanya norma yang berlaku dalam masyarakat di daerah tersebut.

Parameter di atas berlaku terhadap pembentukan semua Peraturan Daerah, termasuk pembentukan Peraturan Daerah yang materi muatannya berdasarkan pada ciri khas daerah. Pembentukan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah dimungkinkan berdasarkan ketentuan Pasal 236 ayat (4) UU Nomor 23 Tahun 2014, yang menyatakan bahwa: “Selain materi muatan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) Peraturan Daerah dapat memuat materi muatan lokal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan” (garis bawah oleh penulis).

Ketiga parameter pengawasan Peraturan Daerah sebagaimana diatur dalam Pasal 236 ayat (4) UU Nomor 23 Tahun 2014, dapat menimbulkan kendala bagi daerah dalam membentuk Peraturan Daerah, khususnya Peraturan Daerah yang berciri khas daerah. Kendala yang dihadapi adalah bahwa Indonesia sebagai negara kepulauan yang di dalamnya terdapat berbagai suku dengan adat istiadat dan kebudayaannya masing-masing, menimbulkan begitu banyak karakteristik dan ciri khas dari masing-masing suku. Suku-suku yang ada ini mendiami berbagai daerah di Indonesia, sehingga setiap daerah memiliki ciri khas masing-masing.

Kekayaan kebudayaan, adat istiadat dan ciri khas daerah tersebut mempengaruhi daerah dalam membentuk Peraturan Daerah, yang harus tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum dan kesusilaan serta memperhatikan ciri khas daerah.

Daerah terkendala untuk membentuk Peraturan Daerah yang memperhatikan ciri khas daerah, karena peraturan perundang-undangan di atas Peraturan Daerah tidak mengatur tentang ciri khas yang dimiliki masing-masing daerah. Dalam kenyataannya, ciri khas masing-masing daerah berbeda antara daerah yang satu dengan daerah yang lainnya. Perbedaan tersebut tidak hanya terdapat pada tingkatan provinsi, tetapi juga dalam satu provinsi terdapat perbedaan antara satu kabupaten dengan kabupaten lainnya. Bahkan ada daerah dalam satu kabupaten, tetapi memiliki ciri khas yang berbeda antar kesatuan masyarakatnya.

Berdasarkan uraian di atas, maka dalam penelitian ini, penulis mengangkat judul: *Pengawasan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah*. Dengan fokus pembahasan terhadap wewenang pembentukan Peraturan Daerah berdasarkan ciri khas masing-masing daerah, pengawasan Peraturan Daerah yang dibentuk berdasarkan ciri khas masing-masing daerah beserta dasar hukum pengawasan dan parameter pengawasan Peraturan Daerah yang dibentuk berdasarkan ciri khas daerah dan akibat hukum yang timbul dari pelaksanaan pengawasan.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang diuraikan di atas, maka permasalahan yang diangkat dalam penulisan ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Wewenang pembentukan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah.
2. *Ratio Legis* dan parameter pengawasan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah.

3. Akibat hukum pengawasan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah.

C. Tujuan Penelitian

Tujuan yang ingin dicapai dari penelitian ini adalah untuk:

1. Menganalisis dan menemukan dasar filosofis daerah diberi wewenang membentuk Peraturan Daerah yang berciri khas daerah.
2. Menganalisis dan menemukan *ratio legis* dan parameter pengawasan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah.
3. Menganalisis dan menemukan akibat hukum pengawasan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah bagi Pemerintah Daerah dan bagi masyarakat.

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Akademik
 - a. Secara teoritik diharapkan argumentasi baru yang dihasilkan dalam penelitian ini menjadi sumbangan pemikiran bagi pelaksanaan pengawasan penyelenggaraan pemerintahan daerah oleh Pemerintah, khususnya pengawasan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah.
 - b. Secara akademis, hasil penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat bagi pengembangan mata kuliah Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi, Ilmu Perundang-undangan, Teknik Perancangan Perundang-undangan, dan Hak Menguji.

2. Manfaat Praktis

Secara praktis, hasil penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat bagi penyelenggaraan pemerintahan daerah dan proses pengawasan Peraturan Daerah, khususnya Peraturan Daerah yang berciri khas daerah.

E. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan penelusuran dan referensi dari hasil penelitian ilmiah yang dapat dari berbagai sumber, baik media cetak elektronik maupun internet yang terkait dengan Pengawasan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah, terdapat beberapa penelitian ilmiah yang berkaitan dengan pengawasan Peraturan Daerah. Penelitian ilmiah yang pernah dilakukan antara lain oleh:

1. **Sukardi** pada Tahun 2009 melakukan penelitian yang dituangkan dalam Disertasi berjudul *Pembatalan Peraturan Daerah dan Akibat Hukumnya*. Disertasi pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Universitas Airlangga Surabaya. Perbedaan dengan penelitian ini adalah bahwa penelitian yang dilakukan oleh Sukardi lebih menitikberatkan pembahasan pada:
 - a. Landasan wewenang Pemerintah Pusat dan Mahkamah Agung dalam melakukan pembatalan Peraturan Daerah;
 - b. Teori dan atau asas-asas yang digunakan sebagai dasar atau alasan pembatalan Peraturan Daerah;
 - c. Akibat hukum dari Keputusan Menteri Dalam Negeri dan Putusan Mahkamah Agung tentang Pembatalan Peraturan Daerah berdasarkan teori dan atau asas-asas hukum yang mendukung.

2. **Febrian** melakukan penelitian yang dituangkan dalam Disertasi berjudul *Hirarki Aturan Hukum di Indonesia*. Disertasi pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Universitas Airlangga Surabaya. Perbedaan dengan penelitian ini adalah bahwa penelitian yang dilakukan oleh Febrian lebih menitikberatkan pembahasan pada tiga isu hukum, yaitu:
 - a. Bentuk aturan hukum.
 - b. Wewenang membentuk aturan hukum.
 - c. Pengujian aturan (norma) hukum.
3. **I Wayan Parsa**, dengan judul disertasi: *Pengawasan Pemerintah (Pusat) Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah*. Disertasi pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Universitas Airlangga Surabaya. Perbedaan dengan penelitian ini adalah bahwa penelitian yang dilakukan oleh I Wayan Parsa lebih menitikberatkan pembahasan pada:
 - a. Bentuk-bentuk pengawasan Pemerintah Pusat dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah;
 - b. Kewenangan kekuasaan kehakiman dalam kaitannya dengan pengawasan terhadap penyelenggaraan pemerintahan daerah.
4. **Enny Nurbaningsih** pada Tahun 2011 melakukan penelitian Disertasi yang berjudul: *Aktualisasi Pengaturan Wewenang Mengatur Urusan Daerah dalam Peraturan Daerah*. Disertasi pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta. Perbedaan dengan penelitian ini adalah bahwa penelitian yang dilakukan oleh Enny Nurbaningsih lebih menitikberatkan pembahasan pada:

- a. Pengaturan wewenang Daerah dalam mengatur urusan Daerah dalam era otonomi Daerah seluas-luasnya sesuai dengan yang pengaturan dalam UU Nomor 22 Tahun 2009 dan UU Nomor 32 Tahun 2004;
 - b. Aktualisasi wewenang mengatur dalam pembentukan Peraturan Daerah di mana Peraturan Daerah berkedudukan sebagai sub sistem peraturan perundang-undangan berdasarkan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang (selanjutnya dalam penulisan ini disingkat UU Nomor 10 Tahun 2004);
 - c. Konsistensi Peraturan Daerah dalam mengaktualisasi wewenang mengatur sebagaimana diatur dalam UU Nomor 22 Tahun 1999 dan UU Nomor 32 Tahun 2004.
5. **Muhammad Rizky**, pada Tahun 2014 melakukan penelitian yang dituangkan dalam Disertasi berjudul: *Kedudukan Pemerintah Daerah Provinsi dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota dalam Pembentukan Peraturan Daerah*. Disertasi pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Universitas Airlangga Surabaya. Perbedaan dengan penelitian ini adalah bahwa penelitian yang dilakukan oleh Muhammad Rizky lebih menitikberatkan pembahasan pada:
- a. *Ratio legis* penyusunan tata urutan peraturan perundang-undangan dikaitkan dengan sistem otonomi;
 - b. Materi muatan Peraturan Daerah Provinsi dan materi muatan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota;

c. Akibat hukum pada kedudukan Peraturan Daerah Provinsi terhadap Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Penelitian yang dilakukan oleh penulis ini berbeda, karena penelitian yang dilakukan oleh penulis lebih menitikberatkan pada pengawasan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah. Dimulai dengan Wewenang Pembentukan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah, *ratio legis* pengawasan peraturan dan akibat hukum pembatalan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah. Dengan demikian penelitian yang dilakukan adalah asli.

F. Kerangka Konseptual

Istilah negara hukum atau negara berdasarkan hukum dalam kepustakaan Indonesia hampir selalu dipadankan dengan istilah “*rechtsstaat*” dan “*etat de droit*”, “*the staat according to law*”, “*legal staat*” dan “*rule of law*”. Di samping itu dikenal juga istilah “*the principle of socialist legality*” yang lahir dari ideologi kaum komunis. Sedangkan **F.R. Bothink** dalam **Ridwan H.R.**¹⁰ mengemukakan negara hukum adalah “*de staat, waarin de wilsvijheid van gezagsdragers is beperkt door grenzen van recht*”, bahwa negara di mana kebebasan kehendak pemegang kekuasaan dibatasi oleh ketentuan hukum.

Menurut **M.C. Burkens** sebagaimana dikutip **A. Hamid Attamimi**¹¹ bahwa negara hukum (*rechtsstaat*) secara sederhana adalah negara yang menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dilakukan di bawah kekuasaan

¹⁰ Ridwan H.R. **Hukum Administrasi Negara**, RajaGrafindo, Jakarta. 2007, h. 49.

¹¹ Hamid A. Attamimi, **Teori Perundang-Undangan Indonesia**, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Fakultas Hukum UI, Jakarta, 25 April 1992, h. 8.

hukum. **H.W.R. Wade**¹², menyatakan bahwa dalam negara hukum, segala sesuatu harus dapat dilakukan menurut hukum (*everything must be done according to the law*), negara hukum yang menentukan bahwa pemerintah harus tunduk pada hukum, bukannya hukum harus tunduk pada pemerintah.

Konsep *rechtsstaat* dan *the rule of law* sama-sama merupakan konsepsi negara hukum dalam pengertian bahasa Indonesia, walaupun secara historis, kedua istilah ini dilahirkan oleh latar belakang tradisi hukum yang berbeda. Istilah *rechtsstaat* lahir sebagai reaksi menentang absolutisme, karena itu sifatnya revolusioner yang bertumpu pada faham atau sistem hukum kontinental yang disebut *civil law*, yang berbeda dengan faham *the rule of law* yang perkembangannya terjadi secara evolusioner, dan bertumpu pada tradisi hukum *common law*.

Menurut **Immanuel Kant** yang mengembangkan konsep negara hukum liberal, memahami negara hukum sebagai *Nachtwakerstaat* (negara penjaga malam) yang tugasnya adalah menjamin ketertiban dan keamanan masyarakat. **Stahl** mengemukakan bahwa negara hukum ditandai oleh 4 (empat) ciri pokok, yaitu (1) pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; (2) negara didasarkan pada teori trias politika; (3) pemerintahan diselenggarakan berdasarkan undang-undang (*wetmatig-bestuur*); dan (4) ada peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*). Gagasan negara

¹² H.W.R. Wade, *Administrative Law*, Third Edition, Clarendon Press, Oxford University, 1970, p. 6.

hukum Stahl ini dikenal dengan konsep negara hukum formal, karena lebih menekankan pada suatu pemerintahan yang berdasarkan undang-undang¹³.

Philipus M. Hadjon¹⁴, mengemukakan ciri-ciri dasar *rechtsstaat*, adalah: (1) asas legalitas, setiap tindakan pemerintahan harus didasarkan atas dasar peraturan perundang-undangan (*wetterlijke grondslag*). Dengan landasan ini undang-undang dalam arti formal dan Undang-Undang Dasar sendiri merupakan tumpuan dasar tindak pemerintahan. Dalam hubungan ini pembentuk undang-undang merupakan bagian penting negara hukum; (2) pembagian kekuasaan, syarat ini mengandung makna bahwa kekuasaan negara tidak boleh hanya bertumpu pada satu tangan; (3) hak-hak dasar (*grondrechten*), hak hak dasar merupakan sasaran perlindungan hukum bagi rakyat dan sekaligus membatasi kekuasaan pembentukan undang-undang; (4) pengawasan pengadilan, bagi rakyat tersedia saluran melalui pengadilan yang bebas untuk menguji keabsahan tindak pemerintahan (*rechtmatigheids toetsing*).

Sebaliknya konsep negara hukum dengan paham *the rule of law* yang berkembang di negara-negara *Anglo Saxon* semula dikembangkan oleh **A.V. Dicey**. Menurut **A.V. Dicey**, negara hukum itu ditekankan pada tiga tolok ukur atau unsur penting, yaitu: (1) supremasi hukum atau *supremacy of law*, (2) persamaan di hadapan hukum atau *equality before the law*, (3) konstitusi yang

¹³ Sudargo Gautama, **Pengertian Tentang Negara Hukum**, Alumni, Bandung, 1973, h. 7.

¹⁴ Philipus M. Hadjon, **Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Penangannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi**, (Philipus M. Hadjon III), Peradaban, Surabaya, 2007, h. 71.

didasarkan atas hak-hak perseorangan atau *the constitution based on individual rights*.¹⁵

Perbedaan yang menonjol antara konsep *rechtsstaat* dan konsep *the rule of law* ialah pada konsep yang pertama yaitu peradilan administrasi negara merupakan suatu sarana yang sangat penting dan sekaligus pula ciri yang menonjol pada *rechtsstaat* itu sendiri, sementara pada *the rule of law*, peradilan administrasi tidak diterapkan, karena kepercayaan masyarakat yang demikian besar kepada peradilan umum. Ciri yang menonjol pada konsep *the rule of law* ialah ditegakkannya hukum yang adil dan tepat (*just law*), karena semua orang mempunyai kedudukan yang sama di hadapan hukum, maka *ordinary court* dianggap cukup untuk mengadili semua perkara termasuk perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah.¹⁶

Philipus M. Hadjon,¹⁷ mengemukakan bahwa dalam perkembangannya, perbedaan latar belakang itu tidak perlu dipertentangkan lagi, oleh karena keduanya menuju pada sasaran yang sama yang bertujuan untuk mewujudkan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Dengan demikian tujuan dari *rechtsstaat* maupun *the rule of law* pada hakekatnya sama, ialah melindungi individu terhadap kekuasaan yang dijalankan oleh pemerintah yang sewenang-wenang dengan menggunakan hukum sebagai instrumen pengawasan.

Latar belakang yang menopang konsep *rechtsstaat* maupun konsep *the rule of law* berbeda dengan latar belakang lahirnya Negara Kesatuan Republik

¹⁵ Tahir Azhari, **Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya**, Universitas Indonesia, Jakarta, 1995, h. 90-91.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Philipus M. Hadjon III, *Op.cit*, h. 72.

Indonesia. Konsep negara hukum tidaklah begitu saja dengan mengalihkan konsep *rechtsstaat* maupun konsep *the rule of law*, meskipun kehadiran istilah negara hukum berkat pengaruh konsep *rechtsstaat* atau pun konsep *the rule of law*. Untuk itu, **Philipus M. Hadjon** mengemukakan bahwa lebih tepat jika Negara Republik Indonesia menggunakan istilah negara hukum Pancasila.¹⁸

Negara hukum Pancasila adalah suatu konsep tentang negara hukum Indonesia yang dihubungkan dengan dasar/ideologi negara Pancasila. Menurut **Oemar Senoadji** sebagaimana dikutip oleh **Padmo Wahyono**¹⁹ bahwa negara hukum Indonesia memiliki ciri-ciri khas Indonesia. Pancasila harus diangkat sebagai dasar pokok dan sumber hukum, maka Negara hukum Indonesia dapat pula dinamakan Negara Hukum Pancasila. Salah satu ciri pokok dalam Negara Hukum Pancasila ialah adanya jaminan terhadap *freedom of religion* atau kebebasan beragama. Tetapi, kebebasan beragama di negara hukum Pancasila, selalu dalam konotasi positif, artinya tidak ada tempat bagi atheisme atau propaganda agama di bumi Indonesia.

Padmo Wahyono²⁰ menelaah negara hukum Pancasila dengan bertitik pangkal pada asas kekeluargaan yang tercantum dalam Undang-Undang Dasar 1945. Dalam asas kekeluargaan, maka yang diutamakan adalah “rakyat banyak, namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai”. Menurutnya Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 mencerminkan secara khas asas kekeluargaan ini. Dalam pasal ini ada suatu penjelasan bahwa yang penting adalah kemakmuran masyarakat dan bukan kemakmuran orang-seorang, namun orang-seorang

¹⁸ *Ibid.*, h. 69.

¹⁹ Padmo Wahyono, **Ilmu Negara**, In-Hill-Co, Jakarta, 1999, h. 4-19.

²⁰ *Ibid.*

berusaha sejauh tidak mengenai hajat hidup orang banyak. Karena itu konsep Negara hukum Pancasila harus dilihat dari sudut asas kekeluargaan itu.

Philipus M. Hadjon²¹, mengemukakan bahwa kalau ditelaah dari latar belakang sejarah lahirnya konsep *the rule of law* maupun konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu usaha atau perjuangan menentang kesewenangan penguasa, sedangkan Negara Republik Indonesia sejak dalam perencanaan berdirinya jelas-jelas menentang segala bentuk kesewenangan atau absolutisme. Lebih lanjut dikemukakan bahwa jiwa dan isi Negara Hukum Pancasila seyogianya tidaklah dengan begitu saja mengalihkan konsep *the rule of law* atau konsep *rechtsstaat*. Baik konsep *rechtsstaat* maupun konsep *the rule of law* menempatkan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai titik sentral, sedangkan untuk negara Republik Indonesia yang pada waktu pembahasan Undang-Undang Dasar tidak dikehendaki masuknya rumusan hak-hak asasi manusia ala Barat yang individualistis sifatnya. Bagi negara Republik Indonesia, yang menjadi titik sentral adalah keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan. Konsep negara hukum Indonesia menurut Undang-Undang Dasar 1945 ialah negara hukum Pancasila, yaitu konsep negara hukum yang mengembangkan jalinan hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara, penyelesaian sengketa secara musyawarah sedangkan peradilan merupakan sarana terakhir dan tentang hak-hak asasi manusia tidaklah hanya menekan hak

²¹ Philipus M. Hadjon III, *Op.cit*, h. 79.

atau kewajiban tetapi terjalannya suatu keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Negara Kesatuan Republik Indonesia, menurut **Philipus M. Hadjon**²² disertai dengan sistem desentralisasi. Sebagai konsekuensi sistem desentralisasi, tidak semua urusan pemerintahan diselenggarakan sendiri oleh Pemerintah. Berbagai urusan pemerintahan dapat diserahkan atau dilaksanakan atas bantuan satuan-satuan pemerintahan yang lebih rendah dalam bentuk otonomi atau tugas pembantuan (*medebewind*).

Penyelenggaraan pemerintahan di daerah dilakukan berdasarkan ketentuan Pasal 18 UUD 1945. Menurut **Soewoto**²³:

“Walaupun Pasal 18 UUD 1945 mengatur tentang Pemerintahan di Daerah, pengaturan tersebut tidak bersifat pemberian pengakuan wewenang secara langsung. Oleh karena itu kekuasaan Pemerintahan Daerah tidak diperoleh secara atributif, tetapi diperoleh melalui pelimpahan. Pelimpahan dalam bentuk pendelegasian menjadi dasar pelaksanaan “asas desentralisasi” dan pelimpahan dalam bentuk “*mandaatsverlening*” menjadi dasar pelaksanaan “asas dekonsentrasi” dan “asas *medebewind*”. Pemerintahan Daerah harus mendapatkan pelimpahan yang jelas dan tegas dari Pemerintah Pusat. Ketidakjelasan bentuk pelimpahan ini, dapat menimbulkan sulitnya penentuan badan yang bertanggungjawab.”

Pembagian kekuasaan antara Pemerintah dan Pemerintah Daerah dilaksanakan melalui asas desentralisasi, dimana Pemerintah mengalihkan sebagian kewenangan atau urusan pemerintahan kepada Pemerintah Daerah. Konsekuensi lebih lanjut dari asas desentralisasi berhubungan erat dengan kewenangan yang menjadi tanggung jawab Pemerintah sebagai pemberi

²² Philipus M. Hadjon II. *Op.cit.* h. 79.

²³ Soewoto, **Otonomi Daerah, Suatu Kajian Historik, Teoritik dan Yuridik Pelimpahan Kekuasaan kepada Daerah**, Yuridika, Nomor 5 & 6 Tahun V, September-Desember 1990, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, h. 276.

otoritas. Pelaksanaan asas desentralisasi tersebut tetap diselenggarakan dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai perwujudan amanat Pasal 1 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945.

Menurut **B.C. Smith**, kebutuhan desentralisasi malah telah merupakan hal yang bersifat universal, dimana dikatakan bahwa: *the need for some form of decentralization appears to be universal. Even the smallest states have some kind of local government with some degree of autonomy.*²⁴ **P.D.A. Claessen**²⁵ dalam tulisannya “*Staatsvormen*” menyatakan bahwa:

“In een gedecentraliseerde eenheidsstaat wordt de organisatie van de gedecentraliseerde lichamen vastgesteld door de centrale wetgever en beschikken deze lichamen niet over een eigen rechterlijke macht.”

(“Dalam organisasi negara kesatuan desentralisasi badan desentralisasi harus ditetapkan oleh badan legislatif pusat dan badan-badan ini tidak memiliki peradilan sendiri”).

Bagir Manan²⁶ juga menyatakan bahwa ditinjau dari hubungan pusat dan daerah, pengawasan merupakan “pengikat” kesatuan, agar bandul kebebasan berotonomi tidak bergerak begitu jauh sehingga mengurangi bahkan mengancam kesatuan (*unitaty*). Pendapat ini mengacu pada pendapat **Sir William O. Hart** dan **J.F. Garner**²⁷, yang menyatakan bahwa: *...if local autonomy is not to produce a state of affairs bordering on anarchy, it must subordinated to national interest by means devised to keep its actions within bounds*”.

²⁴ B.C. Smith, *Decentralization (The Territorial Dimension of the State)*, George Allen & Unwin Ltd 40 Meseum Street, London WCIA ILU UK. 1985, p. 2.

²⁵ P.D.A. Laessen, “*Staatsvormen*”, dalam P.W.C. Akkermans, *Algemene Begrippen van Staatsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, p. 123.

²⁶ Bagir Manan I. *Op.cit.* h. 181.

²⁷ *Ibid.*

Terdapat 2 (dua) bentuk desentralisasi, yaitu desentralisasi teritorial (*decentralisatie territorial*) dan desentralisasi fungsional (*functionale decentralisatie*). Berhubungan dengan penyelenggaraan pemerintahan di daerah, Pemerintah Daerah menyediakan bagi rakyat daerahnya sesuai dengan kebutuhan dan ciri khas daerah, sepanjang masih dapat dipertanggungjawabkan oleh Pemerintah Daerah. Hal ini sejalan dengan pendapat **Andrew Arden**²⁸ yang menyatakan:

“Local government does not exist in a vacuum. Its purpose is to provide for the peoples of their areas that which is or may not be provided by others, whether the private sector or indeed other organs of government (central and appointed bodies with central or local governmental functions). Accordingly, local government is an essential part of the organisation of the state as a whole and, as such, is both regulated by, and accountable to, central government, with which and with other bodies its functions co-exist”.

Berkaitan dengan pemaknaan kata ”ciri khas” dan ”kondisi khusus” sebagai kajian dalam penulisan ini, maka perlu untuk mengemukakan konsep tentang ”ciri khas” dan ”kondisi khusus” sehingga memunculkan persepsi yang benar tentang konsep ”ciri khas” dan konsep ”kondisi khusus” dalam penulisan ini.

Ciri khas, secara etimologi, terdiri dari dua kata, yaitu ”ciri” dan ”khas”. ”Ciri” diartikan sebagai tanda-tanda khas yang membedakan sesuatu dari yang lain. Sedangkan kata ”khas” diartikan sebagai khusus, istimewa. Kata ”ciri khas” mengandung makna sebagai tanda-tanda yang bersifat khusus yang membedakan sesuatu dari lainnya.

²⁸Andrew Arden, *Local Government Constitutional Law and Administrative Law*, Thompson Sweet&Maxwell, London, 2008. p. 84.

Kondisi khusus, secara etimologi juga terdiri dari dua kata, yaitu kata "kondisi" dan "khusus". "Kondisi" dapat diartikan sebagai persyaratan, keadaan. Sedangkan kata "khusus" dapat diartikan sebagai tidak umum, khas, istimewa. Menurut **Bagir Manan**, "kekhususan itu mengandung muatan *privilege* tertentu yang tidak dimiliki daerah lain."²⁹ Kondisi khusus diartikan sebagai keadaan yang tidak berlaku umum, atau keadaan yang bersifat khas atau istimewa.

Berdasarkan pada pengertian kata "ciri khas" dan kata "kondisi khusus" sebagaimana dikemukakan di atas, maka kedua kata tersebut memiliki makna yang tidak berbeda. Kata "khas" dapat dipadankan dengan kata "khusus" yang berarti istimewa, tidak dimiliki sesuatu yang lain, sedangkan kata "ciri" dapat dipadankan dengan kata "kondisi" yang menunjukkan tanda, simbol atau keadaan. Apabila dikaitkan dengan keanekaragaman kebudayaan bangsa Indonesia, maka kebudayaan masing-masing suku bangsa memiliki sebagai tanda-tanda yang bersifat khusus yang membedakan sesuatu dari lainnya dan tanda-tanda ini tidak berlaku secara umum, tetapi hanya berlaku atau dimiliki oleh suku bangsa yang bersangkutan. Ciri khas yang dimiliki oleh tiap suku bangsa diwujudkan dalam kebudayaan yang berfungsi sebagai sarana pengendalian sosial, sarana untuk menjaga keteraturan spiritual, sosial dan ekologi dalam kehidupan masyarakat.

Berhubungan dengan pembentukan Peraturan Daerah, kata "ciri khas" dan "kondisi khusus" dapat diartikan sebagai suatu tanda, simbol atau keadaan

²⁹ Bagir Manan, *Op.cit*, h. 16.

tertentu yang mengandung makna *privilege* dan tidak dimiliki oleh daerah lain. Penulisan ini menggunakan terminologi "ciri khas" dan "kondisi khusus" secara bergantian, dengan argumen bahwa kedua terminologi ini memiliki pengertian yang sama. Ciri khas masyarakat, dapat diwujudkan dalam kearifan lokal (*lokal wisdom*). Kearifan lokal dilandasi oleh sistem nilai dan religi yang berkembang dalam alam pikir masyarakat yang sederhana dan bersahaja. Ajaran agama dan kepercayaan masyarakat lokal menjiwai dan berpengaruh terhadap pelaksanaan peraturan. Cerminan dari kearifan lingkungan masyarakat secara konkrit terkristalisasi dalam peraturan yang terbentuk dan hidup dalam masyarakat lokal yang kemudian dikenal dengan hukum kebiasaan, hukum rakyat, hukum tidak tertulis dan hukum adat.

Prinsip Negara Kesatuan melahirkan pula kewenangan pengawasan oleh Pemerintah atas penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan (*medebewind*). Pengawasan dilakukan terutama terhadap penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan (*medebewind*) dari Daerah Kabupaten/Kota oleh Gubernur Provinsi (sebagai Daerah Administratif). Pengawasan dilakukan juga terhadap penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan dari Provinsi sebagai daerah otonom, dan pertanggungjawaban pengawasan Gubernur Provinsi dalam menyelenggarakan urusan mewakili Pemerintah Pusat berupa pengawasan dan pembinaan terhadap daerah otonom Provinsi, Daerah Kabupaten/Kota dan Desa.

Philipus M. Hadjon³⁰ memandang perlu adanya pengawasan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah yang berdasarkan prinsip desentralisasi. Hal ini disebabkan karena desentralisasi bukan berarti kebebasan atau kemerdekaan (*onafhankelijkheid*) daerah melainkan kemandirian (*zelfstandigheid*). Kemandirian dalam ikatan negara kesatuan, karena itu harus ada berbagai persyaratan dan cara-cara pengendalian agar desentralisasi tidak bergeser menjadi semacam kemerdekaan daerah –walaupun sekedar untuk urusan pemerintahan tertentu.

Pengawasan menurut **J.B.J.M. ten Berge**³¹ lebih merupakan kegiatan administrasi sejalan dengan kebijakan badan-badan administratif. Seringkali pengawasan tidak mengarah pada pengenaan sanksi, tapi peringatan, konsultasi lebih lanjut dan sejenisnya. Hal ini dapat dilihat dari pendapat **J.B.J.M. ten Berge** yang menyatakan bahwa:

In de wetgeving en in de literatuur wordt het woord toezicht in meer betekenissen gebruik.... Het gaat hier om bestuurlijk toezicht van het een op het andere orgaan bestuursorganen, ertoe leidend dat al dan niet een bepaald besluit van dat andere orgaan rechtskracht krijgt of verliest. Handhavingtoezicht is een bestuurlijke activiteit in het verlengde van het beleid van bestuurorganen. Vaak leidt toezicht ook niet tot het opleggen van een sanctie, maar tot een waarschuwing, nader overleg en dergelijke.

(Dalam undang-undang dan literatur kata pengawasan lebih bermakna menggunakan. ... Pengawasan pemerintah terhadap badan badan lainnya, merupakan komitmen pemimpin yang mungkin tidak mendapatkan keputusan tertentu yang dimiliki kekuatan hukum organ lain.

Pengawasan penegakan merupakan kegiatan administrasi sejalan dengan kebijakan badan-badan administratif. Seringkali pengawasan tidak akan mengarah pada pengenaan denda, tapi peringatan, konsultasi lebih lanjut dan sejenisnya).

³⁰ Philipus M. Hadjon II, *Op.cit.*, h. 118.

³¹ J.B.J.M. ten Berge, *Besturen Door De Overheid, Nederlands Algemeen Bestuursrecht I*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1998, pp. 381-382.

Lebih lanjut mengenai pengawasan ini, **J.B.J.M. ten Berge**³² mengemukakan bahwa:

Toezicht omvat in de bewoordingen van een oud arrest de Hoge Raad het 'bewaken, nagaan en gadeslaan van de handelingen of zaken van anderen met het oog op de naleving der verordeningen van de bevoegde macht uitgegaan'. In artikel 132. Eerste lid, Aanwijzingen voor de regelgeving wordt het toezicht omschreven als "de werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd'.

(Pengawasan Mahkamah Agung dalam kata-kata penilaian termasuk "memantau, menyelidiki dan mengamati operasi atau urusan orang lain untuk tujuan sesuai dengan peraturan dari otoritas yang berwenang diasumsikan. Pasal 132. Huruf Pertama, untuk pengawasan regulasi didefinisikan sebagai "pekerjaan yang dilakukan oleh atau atas nama suatu badan administratif untuk menentukan apakah aturan dipatuhi".

Berhubungan dengan pengawasan dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah sesuai dengan sistem otonomi daerah, **Bagir Manan**³³ menyatakan bahwa:

“Pengawasan (*toezicht, supervision*) merupakan unsur yang tidak dapat dipisahkan dari kebebasan berotonomi. Antara kebebasan dan kemandirian berotonomi di satu pihak dan pengawasan di lain pihak, merupakan dua sisi dari satu lembar mata uang dalam negara kesatuan dengan sistem otonomi (desentralisasi). Kebebasan dan kemandirian berotonomi dapat dipandang sebagai pengawasan atau kendali terhadap kecenderungan sentralisasi yang berlebihan. Sebaliknya pengawasan (*toezicht*) merupakan kendali terhadap desentralisasi berlebihan. Tidak ada otonomi tanpa sistem pengawasan.”

Paulus Effendi Lotulung³⁴ menyatakan bahwa kontrol terhadap suatu peraturan perundang-undangan dapat dilakukan dari beberapa segi, baik dari segi waktu/saat pelaksanaan kontrol, kedudukan badan yang melaksanakan kontrol maupun dari segi sifat kontrol. Dari segi waktu/saat pelaksanaan

³² *Ibid.*

³³ Bagir Manan, **Menyongsong Fajar Otonomi Daerah**, (Bagir Manan II), Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum Universitas UII, Yogyakarta, 2002, h. 153.

³⁴ Paulus Effendi Lotulung, **Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah**, (Paulus Effendi Lotulung I), Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, h. xvi-xviii.

kontrol atau pengawasan dapat dibedakan dalam 2 (dua) jenis kontrol yaitu (1) *controle a-priori*, yaitu bilamana pengawasan itu dilakukan sebelum dikeluarkannya suatu keputusan/ketetapan pemerintah dan peraturan lainnya yang pengeluarannya memang menjadi wewenang pemerintah. Dalam hal ini nampak unsur preventif dari maksud kontrol itu, sebab tujuan utamanya adalah untuk mencegah atau menghindari terjadinya kekeliruan; (2) *controle a-posteriori*, yaitu bilamana kontrol atau pengawasan itu baru terjadi setelah dikeluarkannya keputusan/ketetapan pemerintah. Terhadap proses pembentukan Peraturan Daerah, maka bentuk *controle a-priori* atau yang disebut juga pengawasan preventif dapat diterapkan.

Bagir Manan³⁵ mengemukakan bahwa:

Pengawasan preventif dapat dibedakan atas dua macam, yaitu *voortoezicht* dan *middentoezicht*. *Voortoezicht*, pertimbangan atau pengawasan dijalankan sebelum pemerintah tingkat lebih rendah mengambil atau menetapkan suatu peraturan. Contoh adalah pernyataan tidak keberatan dari pemerintahan tingkat lebih atas. Sedangkan *middentoezicht*, pengesahan (*goedkeuring*) atau pengumuman atau pengundangan (*afkondiging*). Pada tingkat Gemeente, terdapat berbagai macam jenis pengawasan preventif dan yang paling utama adalah pengesahan (*goedkeuring*).

Akibat dari pengawasan terhadap peraturan perundang-undangan yang tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan di atasnya, maka peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih rendah dapat diubah atau dibatalkan dengan cara mengeluarkan peraturan perundang-undangan yang

³⁵ Bagir Manan I, *Op.cit.*, h. 108-109.

baru. Cara seperti yang dikemukakan di atas, disebutkan oleh **Hans Kelsen**³⁶, sebagai cara biasa (*the ordinary way*).

Berhubungan dengan pembentukan peraturan perundang-undangan, **Lon Fuller**, memberikan pendapat bahwa membentuk aturan hukum, termasuk membentuk undang-undang dan Peraturan Daerah (cetak miring oleh penulis) itu adalah suatu keterampilan.³⁷ Peraturan yang baik bagi masyarakat menurut pendapat **Lon Fuller** mencakup delapan hal (*eight ways to fail to make law*). Selanjutnya **Lon Fuller**³⁸ menyatakan bahwa:

“eight ways to fail to make law is:

- (a) *... a failure to achieve rules at all, so that every issue must decided on an ad hoc basis* (peraturan harus juga berlaku bagi penguasa, harus ada kecocokan atau konsistensi antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya; dituangkan dalam aturan-aturan yang berlaku umum, artinya suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan dan tidak boleh sekedar mengandung keputusan-keputusan yang bersifat sementara atau *ad hoc*);
- (b) *a failure to publicize, or at least to make available to the affected party, the rules he is expected to observe* (aturan-aturan yang telah dibuat harus diumumkan kepada mereka yang menjadi obyek pengaturan aturan-aturan tersebut);
- (c) *the abuse of retroactive legislation, which not only cannot itself guide action, but undercuts the integrity of rules prospective in effect, since it uts them under the threat of retrospective change* (tidak boleh ada peraturan yang memiliki daya laku surut atau harus non-retroaktif, karena dapat merusak integritas peraturan yang ditujukan untuk berlaku bagi waktu yang akan datang);
- (d) *a failure to make rules understandable* (dirumuskan secara jelas, artinya disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti);

³⁶ Hans Kelsen, *General Theory of and State, With New Introduction by A. Tevfio*, New Brunswick, Transaction Publication, New Jersey, 2006, p. 159.

³⁷ I Made Subawa, *Implikasi Yuridis Pengalihan Kekuasaan Membentuk Undang-Undang Terhadap Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia Pasca Perubahan Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi, PPS Unair, Surabaya, 2003, h. 10

³⁸ Sebagaimana dikutip oleh Taufiqurrohman Syahuri, *Hukum Konstitusi (Proses dan Prosedur Perubahan UUD 1945 di Indonesia 1945-2002)*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004, h. 21-22.

- (e) *the enactment of contradictory rules* (tidak boleh mengandung aturan-aturan yang bertentangan satu sama lain);
- (f) *that rules require conduct beyond the powers of the affected party* (tidak boleh mengandung beban atau persyaratan yang melebihi apa yang dapat dilakukan);
- (g) *intoduction such frequent changes in the rules that the subject cannot orient his action by them* (tidak boleh terus-menerus diubah, artinya tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah-ubah peraturan sehingga menyebabkan seseorang kehilangan orientasi); dan
- (h) *a failure of congruence between the rules as announced and their actual administration* (harus ada kecocokan atau konsistensi antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaan sehari-hari)".

Berdasarkan ketentuan Pasal 250 ayat (1) UU Nomor 23 Tahun 2014 *juncto* Pasal 37 ayat (4) PP Nomor 79 Tahun 2005 *juncto* Pasal 75 Permendagri Nomor 1 Tahun 2014, parameter pengawasan Peraturan Daerah adalah bertentangan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, bertentangan dengan kepentingan umum, dan bertentangan dengan kesusilaan.

Kepentingan umum (*public interest*) menurut **Srinivas Madhav**³⁹:

"1) *the welfare or well-being of the general public; commonwealth;*
2) *appeal or relevance to the general populace: a news story of public interest.*"

Public interest is a term used to denote political movement and organizations that are in the public interest –supporting general public and civic causes. The public interest can also mean more generally what is considered beneficial to the public.

The public interest is central to policy debates, politics, democracy and the nature of government itself..... There are different views on how many members of the public must benefit from an action before it can be declared to be in the public interest: at one extreme, an action has to benefit every singel member of society in order to be truly in the public interest; at the other extreme, any action can be in the public interest as long as it benefits some of the population and harms none."

³⁹ www.dictionarreference.com sebagaimana dikutip oleh Srinivas Madhav, *The Right to Information and Public Interest, a Primer*, Diakses dari dharmik9@sify.com. p. 2.

Penggunaan kata kepentingan umum, menurut **Sukardi**⁴⁰ telah lazim digunakan di dalam perundang-undangan maupun di dalam praktek. Mengutip pendapat **Couch** and **Shughart**, sebagaimana juga dikutip oleh **Michael Hantke Domas** dan **Sukardi**,⁴¹ yang menyatakan:

in the law (as seen) public interest has helped judge to solve controversies on regulation; whereas in politics it has been a goal to achieve by regulation. In the latter application, publik interest has been a vague aim, because it has not had a clear definition of its content. This has been a controversial area where academics have advanced different interpretations of the exact use the concept of public interest in politic.

Hakim **Chambell**⁴² dalam kasus R.v.Bedfordshire mendefinisikan kepentingan umum (*public interest*) sebagai (*It does not mean that which is interesting as gratifying curiosity or a love of information or amusement: but that in which a class of the community have a pecuniary interest or some interest by which their legal rights or liabilities are affected.*

R.M. Sudikno Mertokusumo⁴³ mengemukakan pendapat tentang pengertian kepentingan umum adalah sebagai berikut:

Kepentingan umum adalah kepentingan yang harus didahulukan dari kepentingan-kepentingan yang lain dengan tetap memperhatikan proporsi pentingnya dan tetap menghormati kepentingan-kepentingan lain. Dalam hal ini tidak berarti bahwa ada kewerdaan atau hierarkhi yang tetap antara kepentingan yang termasuk kepentingan umum dan kepentingan lainnya. Mengingat akan perkembangan masyarakat atau hukum maka apa yang pada suatu saat merupakan kepentingan umum pada saat lain bukan merupakan kepentingan umum.

⁴⁰ Sukardi, **Pembatalan Peraturan Daerah dan Akibat Hukumnya**, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2009, h. 159.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, h. 160.

⁴³ Sudikno Mertokusumo, **Kepentingan Umum**. Kertas kerja untuk didiskusikan di Kejaksaan Agung Republik Indonesia, Yogyakarta, 1996, diakses dari <http://sudiknoartikel.blogspot.com/2008/03/kepentingan-umum.html>

Secara hipotetik, istilah kepentingan umum dapat diartikan sebagai⁴⁴: 1) kepentingan negara; 2) kepentingan rakyat dalam suatu kesatuan; dan 3) kepentingan rakyat bersama-sama, bukan dalam arti sebagai satu kesatuan.

Peraturan Daerah menurut **Sukardi**, memiliki karakter sebagai *delegated legislation*,⁴⁵ tetapi cara pembentukannya berbeda dengan peraturan yang berkarakter *delegated legislation* lainnya, seperti PP, dan Perpres. Pembentukan Peraturan Daerah melibatkan wakil rakyat di daerah, sebagaimana pembentukan undang-undang. Kemiripan karakter inilah yang membuat banyak orang mengatakan bahwa hakekat Peraturan Daerah adalah produk badan legislatif daerah.

Peraturan Daerah dalam sistem otonomi daerah memiliki kedudukan yang strategis, karena Peraturan Daerah berkarakter *delegated legislation*. Menurut **A.W. Bradley** dan **K.D. Ewing**,⁴⁶ *delegated legislation is an inevitable feature of modern government for several reasons.*

1. *Pressure on Parliament Time*

If Parliament attempted to enact all legislation itself, the legislative machine would break down, unless there were a radical alteration in the procedure for considering Bills. The granting of legislative power to a department which is administering a public service may obviate the need for amending Bills. Although many statutory instruments are laid before parliament only a minority of them gives rise to matters which need the consideration of either House and Parliament spends a very small proportion of this time on business connected with them.

2. *Technicality of Subject Matter*

Legislation on technical topics necessitates prior consultation with experts and interests concerned. The giving of legislative power to

⁴⁴ Notonagoro, **Politik Hukum dan Pembangunan Agraria di Indonesia**, Bina Angkasa, Jakarta, 1984, h. 63.

⁴⁵ Sukardi, *Op.cit.*, h. 26.

⁴⁶ A. W. Bradley and K. D. Ewing, **Constitutional and Administrative Law**, 13th edition, Pearson Education Limited, Essex, 2003, pp. 650-651

ministers facilitates such consultation. Draft Bills are often regarded as confidential documents and their text is not disclosed until they have been presented to parliament and read a first time. No such secretive custom need impede the preparation of delegated legislation. There is also a good reason for keeping out of the statute book highly technical provisions which do not involve questions of principle and which only experts in the field concerned can readily understand.

3. *The Need for Flexibility*

When a new public service is being established, it is not possible to foresee every administrative difficulty that may arise or to have frequent recourse to Parliament for amending Acts to make adjustments that may be called for after the scheme has begun to operate. Delegated legislation fills those needs. When the community charge, or pol tax, came into operation under the Local Government Finance Acts 1988, as amended in 1989, no fewer than 47 sets of regulations were made in the years 1989-1991. But even such extensive exercise of delegated powers could not prevent the tax from being failure. A power commonly delegated to ministers is the power to make a commencement order, bringing into operation all or part of a statute. Often there are practical reasons why a 'new act should not come in to effect as soon as the royal assent is given. There is no duty on the minister to exercise a commencement power, but the minister must not act so as to defeat Parliament's expectation that the act will come into operation.

4. *State of Emergency*

In time of emergency a government may need to take action quickly and in excess of the normal powers. Many written constitutions include provision in emergency for the suspension of formal guarantees of individual liberty. Although the Crown possesses an ill-defined residue of prerogative power capable of use in time of national danger, the Emergency Power Acts 1920 makes permanent provision enabling the executive to legislate subject to parliamentary safeguards in the event of certain emergencies. On the return of Northern Ireland to direct rule by the British Government in 1972, wide power to legislate for Northern Ireland was conferred on the Queen in Council. This enables laws to be made for Northern Ireland by order in council, a procedure which does not allow full scope for democratic discussion.

Jimly Asshiddiqie⁴⁷, juga mengemukakan pendapatnya berkaitan dengan

kedudukan Peraturan Daerah, dikatakan bahwa:

⁴⁷ Jimly Asshiddiqie, **Konstitusi dan Konstitusionalisme**, (Jimly Asshiddiqie I), Konstitusi Press, Jakarta, 2005, h. 279.

Mengenai Peraturan Daerah (Peraturan Daerah) ini, sejalan dengan agenda desentralisasi dan otonomi daerah yang makin luas, perlu makin dikukuhkan kedudukannya yang dapat bersifat mandiri. Dari segi pembuatannya, sudah semestinya kedudukan Peraturan Daerah ini, baik Peraturan Daerah tingkat provinsi maupun Peraturan Daerah tingkat kabupaten atau kota, dapat dilihat setara dengan Undang-Undang dalam arti sama-sama merupakan produk hukum lembaga legislatif. Namun demikian, dari segi isinya sudah seharusnya, kedudukan peraturan yang mengatur materi dalam ruang lingkup daerah berlaku yang lebih sempit dianggap mempunyai kedudukan lebih rendah dibandingkan peraturan dengan ruang lingkup wilayah yang berlaku lebih luas. Dengan demikian, Undang-Undang lebih tinggi kedudukannya daripada Peraturan Daerah Provinsi, dan Peraturan Daerah Kabupaten atau Peraturan Daerah Kota. Karena itu, sesuai prinsip hirarki peraturan perundang-undangan, peraturan yang lebih rendah itu tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang derajatnya lebih tinggi.

Hal tersebut sejalan dengan pandangan **Bagir Manan**⁴⁸, yang mengatakan bahwa:

“Peraturan Daerah (termasuk Peraturan Desa) dibuat oleh satuan pemerintahan yang mandiri (otonom), dengan lingkungan wewenang yang mandiri pula, maka dalam pengujiannya terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tidak boleh semata-mata berdasarkan pertingkatan, melainkan juga pada lingkungan wewengangnya. Suatu Peraturan Daerah yang bertentangan dengan suatu peraturan perundang-undangan tingkat yang lebih tinggi (kecuali UUD) belum tentu salah, kalau ternyata peraturan perundang-undangan tingkat tinggi yang melanggar hak dan kewajiban daerah yang dijamin UUD atau UU Pemerintah Daerah.”

Berhubungan dengan pembentukan Peraturan Daerah, **Jimly Asshiddiqie** berpendapat bahwa Pemerintah Daerahlah yang paling tahu mengapa, untuk siapa, kapan dan bagaimana aturan tersebut dibuat⁴⁹ dan dampaknya terhadap

⁴⁸ Bagir Manan, **Teori dan Politik Konstitusi**, (Bagir Manan III), FH UII Press, Yogyakarta, 2004, h. 279-280.

⁴⁹ Jimly Asshiddiqie, **Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi, Serpihan Pemikiran Hukum, Media dan HAM**, (Jimly Asshiddiqie II), Konstitusi Press, Jakarta, 2005, h. 57.

perkembangan masyarakat di daerah. Sejalan dengan **Jimly Asshiddiqie**,

Bagir Manan⁵⁰ berpendapat bahwa:

“Suatu Peraturan Daerah yang bertentangan dengan suatu peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi (kecuali UUD) belum tentu salah, kalau ternyata peraturan perundang-undangan tingkat tinggi yang melanggar hak dan kewajiban daerah yang dijamin UUD atau UU Pemerintahan Daerah.”

Jimly Asshiddiqie⁵¹ selanjutnya menyatakan bahwa:

“Sebagai konsekuensi dipertegasnya prinsip pemisahan kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif dalam naskah Perubahan Pertama UUD 1945 maka produk legislatif daerah ini dapat saja bertentangan dengan produk eksekutif di tingkat pusat. Misalnya, apabila suatu materi Peraturan Daerah Provinsi ataupun Peraturan Daerah Kabupaten/Kota yang telah ditetapkan secara sah ternyata bertentangan isinya dengan materi Peraturan Menteri di tingkat pusat, maka pengadilan haruslah menentukan bahwa Peraturan Daerah itulah yang berlaku sepanjang untuk daerahnya.”

Hukum administrasi mengenal adanya 3 (tiga) bentuk pembatalan, di antaranya batal karena hukum (*nietigheid van rechtswege*), batal (*nietig*), dan dapat dibatalkan (*vernietigbaar*). Lebih lanjut hal ini dikemukakan oleh

Philipus M. Hadjon⁵² bahwa:

“Keputusan yang tidak sah dapat berakibat *van rechtswege nietigheid* (batal karena hukum), *nietig* (batal), atau *vernietigbaar* (dapat dibatalkan). *Nietig* berarti bagi hukum perbuatan yang dilakukan dianggap tidak ada. Konsekuensinya, bagi hukum akibat perbuatan itu dianggap tidak pernah ada. *Vernietigbaar* berarti bagi hukum perbuatan yang dilakukan dan akibat hukumnya dianggap ada sampai waktu pembatalan oleh hakim atau badan pemerintahan lain yang kompeten. *Nietigheid van rechtswege* artinya bagi hukum akibat suatu perbuatan dianggap tidak ada tanpa perlu adanya suatu keputusan yang membatalkan perbuatan itu.”

⁵⁰ Bagir Manan III, *Loc.cit.*

⁵¹ Jimly Asshiddiqie I, *Op.cit.*, h. 357.

⁵² Philipus M. Hadjon, (Philipus M. Hadjon IV), **Pengertian-Pengertian Dasar Tindak Pemerintahan (*Bestuurshandelingen*)**, Percetakan Djumali, Surabaya, 1985, h. 27.

Philipus M. Hadjon,⁵³ lebih lanjut menyatakan bahwa tindakan pemerintahan dapat berakibat batal karena hukum, batal atau dapat dibatalkan tergantung pada esensial-tidaknya kekurangan yang terdapat di dalam keputusan itu. Perbedaan tersebut digambarkan pada tabel 1 di bawah ini⁵⁴:

Tabel 1
Perbedaan Batal, Batal Demi Hukum dan Dapat Dibatalkan

Uraian	<i>Nietig</i>	<i>Van rechtswege nietig</i>	<i>vernietigbaar</i>
1. Sejak Kapan	<i>Ex tunc</i> *	<i>Ex tunc</i> *	<i>Ex nunc</i> *
2. Tindakan Pembatalan	Dengan putusan/keputusan Sifat putusan/keputusan: konstatering/ deklaratur	Tanpa ada putusan/keputusan	Mutlak harus ada putusan/keputusan Sifat putusan/keputusan: konstitutif

**ex tunc* : secara harafiah "*ex tunc*" berarti sejak waktu dulu itu. Dalam konteks ini, "*ex tunc*" berarti perbuatan dan akibatnya dianggap tidak pernah ada.

**ex nun* : secara harafiah "*ex nunc*" berarti sejak saat sekarang. Dalam konteks ini, "*ex nunc*" berarti perbuatan dan akibatnya dianggap ada sampai saat pembatalannya.

G. Metode Penelitian

1. Tipe Penelitian

Sesuai dengan substansi permasalahan hukum yang diangkat untuk diteliti dan selanjutnya dikaji dalam penelitian ini. Penelitian ini merupakan penelitian normatif, yakni suatu penelitian yang terutama mengkaji ketentuan-ketentuan hukum positif maupun asas-asas hukum, menjelaskan dan memperkirakan arah perkembangan hukum ke depan. Hal ini

⁵³ *Ibid.*, h. 25.

⁵⁴ *Ibid.*, sebagaimana dikutip oleh Sukardi, *Op.cit*, h. 45.

disebabkan karena penelitian ini merupakan penelitian hukum, karena ilmu hukum memiliki karakter yang khusus (merupakan suatu *sui generis discipline*).⁵⁵ Merupakan suatu penelitian untuk menganalisis peraturan perundang-undangan, khususnya yang berkaitan dengan pengawasan terhadap Peraturan Daerah yang dibentuk berdasarkan ciri khas daerah.

Penelitian ini oleh **Terry Hutchinson**⁵⁶, termasuk dalam kategori *doctrinal* dan *research reform-oriented research*. *Doctrinal research is research which provides a system exposition of the rules governing a particular category, analyses the relationship between rules, explain areas of difficulty and, perhaps, predicts future developments*. Sedangkan *reform-oriented research* dijelaskan sebagai *research which intensively evaluates the adequacy of existing rules and which reconnebds changes to any rules found wanting*.

2. Pendekatan Masalah

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conseptual approach*), pendekatan kasus (*case approach*), dan pendekatan komparasi (*comparative approach*). Menurut **Peter Mahmud Marzuki**, pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan isu hukum⁵⁷. Merujuk pada pendapat

⁵⁵ Philipus M. Hadjon, **Pengkajian Ilmu Hukum**, (Philipus M. Hadjon V), Makalah Pelatihan Metode Penelitian Hukum Normatif, Pusat Penelitian dan Pengembangan Hukum – Lembaga Penelitian Universitas Airlangga bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 11-12 Juni 1997, h. 1.

⁵⁶ Terry Hutchinson, **Researching and Writing in Law**, Lawbook Co, 2002, p. 9.

⁵⁷ Peter Mahmud Marzuki, **Penelitian Hukum**, Cetakan ke-3, Kencana, Jakarta, 2007, h. 93.

Peter Mahmud Marzuki di atas, maka pendekatan perundang-undangan dalam penelitian ini dipergunakan untuk mempelajari apakah terdapat pengaturan tentang wewenang pembentukan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah, alasan pengawasan terhadap Peraturan Daerah yang berciri khas daerah dan akibat hukum pengawasan terhadap Peraturan Daerah yang berciri khas daerah.

Pendekatan konseptual beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum untuk menemukan ide yang melahirkan konsep-konsep hukum, pengertian hukum maupun asas hukum yang diperlukan untuk menyelesaikan penelitian. Konsep yang terkait dengan penelitian antara lain: konsep negara kesatuan, hubungan antara Pemerintah dan Pemerintah Daerah, penyerahan wewenang pembentukan Peraturan Daerah yang berciri khas daerah, dan pengawasan terhadap Peraturan Daerah yang dibentuk berdasarkan ciri khas daerah.

Pendekatan kasus digunakan untuk menganalisa *ratio legis* yang digunakan oleh Pemerintah dalam pengawasan terhadap Peraturan Daerah, dan menganalisa *ratio decidendi* hakim dalam memutuskan pengawasan terhadap Peraturan Daerah. Selanjutnya *ratio legis* dan *ratio decidendi* tersebut dikaitkan dengan parameter pengawasan Peraturan Daerah untuk menganalisa pengawasan terhadap Peraturan Daerah yang berciri khas daerah.

Pendekatan komparasi digunakan untuk membandingkan undang-undang yang mengatur tentang pengawasan eksekutif dan pengawasan

yudikatif terhadap pelaksanaan suatu Peraturan Daerah pada suatu negara untuk memperoleh persamaan dan perbedaan pengawasan Peraturan Daerah.

3. Sumber Bahan Hukum

Bahan-bahan penelitian berupa bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer yang dimaksud dalam bentuk: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah; Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan; Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah; Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman; Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung; Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1986 tentang Mahkamah Agung; Peraturan Pemerintah Nomor 79 Tahun 2005 tentang Pembinaan dan Pengawasan Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah; Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah, Pemerintahan Daerah Provinsi, dan Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota; Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pembentukan Produk Hukum Daerah dan peraturan pelaksanaan lainnya.

Bahan hukum sekunder meliputi bahan-bahan yang mendukung bahan hukum primer seperti buku-buku teks, artikel dalam berbagai majalah ilmiah atau jurnal hasil penelitian di bidang hukum, makalah-makalah yang disampaikan dalam berbagai bentuk pertemuan seperti diskusi, seminar, lokakarya, dan lain-lain.

4. Teknik dan Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum primer berupa perundang-undangan dikumpulkan dengan metode inventarisasi dan katagorisasi. Bahan hukum sekunder dikumpulkan dengan sistem kartu catatan (*card system*), baik dengan kartu ikhtisar (memuat ringkasan tulisan sesuai aslinya, secara garis besar dan pokok karangan yang memuat pendapat asli penulis); kartu kutipan digunakan untuk memuat catatan pokok permasalahan), serta kartu ulasan (berisi analisis dan catatan khusus penulis).

5. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang telah dikumpulkan (inventarisasi), kemudian dikelompokkan. Langkah selanjutnya adalah melakukan pengkajian dengan pendekatan perundang-undangan untuk memperoleh gambaran taraf sinkronisasi dari semua bahan hukum. Bahan hukum yang telah diklasifikasi dan disistematisasi tersebut dipelajari, dikaji dan dibandingkan dengan teori dan prinsip hukum yang dikemukakan oleh para ahli, untuk akhirnya dianalisis secara normatif. Hasil analisis berupa argumentasi terhadap masalah yang diangkat, sehingga dari

argumentasi tersebut, memberikan suatu preskripsi sebagai pemecahan terhadap masalah yang dianalisa.

H. Pertanggungjawaban Sistematika Penulisan

Berdasarkan uraian pada latar belakang, dan masalah hukum yang diangkat maka penulisan ini disusun dalam sistematika sebagai berikut:

Dalam Bab I merupakan bab pendahuluan, yang berturut-turut berisi latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, keaslian penelitian, keaslian penelitian dan metode penelitian.

Bab II merupakan pembahasan dan analisa untuk menjawab isu hukum pertama, yaitu Dasar Filosofis Daerah Diberi Wewenang Pembentukan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah. Uraian dilakukan dalam enam sub bab, yaitu: *Pertama*: Hakikat Negara Kesatuan dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah di Indonesia; *Kedua*: Pembentukan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang terdiri dari: Hakekat Peraturan Daerah, dan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; *Ketiga*: Pembentukan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah Berdasarkan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah; *Keempat*: Pembentukan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah Berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan; *Kelima*: Pembentukan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah Berdasarkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah; dan

Keenam: Pembentukan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah Berdasarkan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pembentukan Produk Hukum Daerah. Analisis terhadap keenam sub bab di atas bertujuan untuk menemukan dasar filosofis pemberian wewenang pembentukan Peraturan Daerah berciri khas daerah.

Bab III merupakan pembahasan dan analisa untuk menjawab isu hukum kedua, yaitu Pengawasan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah. Uraian dilakukan dalam dua sub bab, yaitu: *Pertama:* Dasar hukum pengawasan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah; dan *Kedua:* Parameter Pengawasan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah. Analisis pada bab III bertujuan untuk menemukan dasar hukum pelaksanaan pengawasan terhadap Peraturan Daerah yang berciri khas daerah dan parameter yang digunakan dalam melakukan pengawasan terhadap Peraturan Daerah yang berciri khas daerah, baik pengawasan oleh Pemerintah maupun pengawasan oleh Mahkamah Agung.

Bab IV merupakan pembahasan dan analisa untuk menjawab isu hukum ketiga, yaitu Akibat Hukum Pengawasan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah Bagi Masyarakat dan Pemerintah Daerah. Diuraikan dalam dua sub bab, yaitu: *Pertama:* Akibat Hukum Pengawasan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah oleh Pemerintah. *Kedua:* Akibat Hukum Pengawasan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah oleh Mahkamah Agung. Analisis pada bab IV bertujuan untuk menemukan waktu berlakunya keputusan dan putusan pembatalan Peraturan Daerah yang Berciri Khas Daerah.

Bab V merupakan Penutup dari seluruh hasil penelitian ini, bab ini menguraikan tentang kesimpulan sebagai jawaban yang diberikan penulis terkait pembahasan dan analisis masalah yang dilakukan pada bab II sampai dengan Bab IV serta rekomendasi sesuai dengan simpulan hasil penelitian.

