

BAB I

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Presiden memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar sebagaimana diatur dalam Pasal 4 Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disingkat UUD NRI 1945). Ketentuan ini bersama dengan ketentuan konstitusional lainnya kemudian menegaskan sistem presidensil sebagai sistem pemerintahan yang diterapkan di Indonesia. Menurut Sri Soemantri, ciri-ciri sistem pemerintahan presidensil dalam UUD 1945 pasca amandemen antara lain; *Pertama*, Presiden dan wakil Presiden dipilih dalam satu pasangan secara langsung oleh rakyat; *Kedua*, Presiden tidak lagi bertanggung jawab kepada MPR karena lembaga ini tidak lagi sebagai pelaksana kedaulatan rakyat. Selanjutnya Arend Lijphart memberikan sistem Presidensil dalam tiga kriteria yang spesifik; (1) eksekutif yang dijalankan oleh satu orang, bukan gabungan; (2) eksekutif yang dipilih langsung oleh rakyat; (3) masa jabatan tertentu yang tidak bisa dicabut atau dihapuskan oleh pemungutan suara di parlemen.¹

Oleh karena itu, ciri presidensil berdasarkan pendapat Arend Lijphart secara tegas dapat dilihat dalam ketentuan-ketentuan UUDNRI 1945, misalnya Pasal 7 yang membatasi periodisasi Presiden selama 5 tahun, Pasal 6A Ayat (1) mengenai pemilihan dilakukan secara langsung oleh rakyat, dan Pasal 7A dan 7B yang mengatur tentang proses pemberhentian Presiden. Karakter demikian sesuai

¹Titik Triwulan Tutik, *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen 1945*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, h. 167.

yang dikemukakan oleh Giovanni Sartori², bahwa suatu sistem politik yang disebut presidensil jika Presiden; (1) dipilih oleh pemilu rakyat, (2) tidak bisa dicabut atau dihapuskan oleh pemungutan suara di parlemen selama masa jabatannya, dan (3) memimpin pemerintahan yang dipilih dan diangkatnya sendiri.

Sebagai wujud dari sistem presidensil, maka negara yang dipimpin oleh seorang Presiden memiliki kekuasaan selaku kepala negara dan selaku kepala pemerintahan. Selaku kepala negara, Presiden adalah simbol representasi negara dan simbol pemersatu bangsa³ dimana tugas dan tanggung jawab sebagai kepala negara meliputi hal-hal yang seremonial dan protokoler kenegaraan. Sedangkan sebagai kepala pemerintahan, Presiden berfungsi sebagai penyelenggara tugas legislatif (melaksanakan undang-undang). Sejalan dengan hal tersebut maka berdasarkan Pasal 4 Ayat (1) UUDNRI 1945 menyatakan “Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar”. Makna yang terkandung dari ketentuan tersebut bahwa Presiden adalah kepala kekuasaan eksekutif/pemerintahan dalam negara. Meskipun UUDNRI 1945 tidak dengan tegas menyatakan Presiden sebagai kepala negara, tetapi dapat dilihat dalam pasal-pasal 10-15 UUDNRI 1945, dimana kekuasaan tersebut merupakan konsekuensi yang lahir dari kedudukan Presiden sebagai kepala negara.⁴

Namun, meskipun kekuasaan pemerintahan/eksekutif berada di tangan Presiden, tidak berarti bahwa kewenangan Presiden hanya pada kekuasaan itu saja. Presiden menurut UUD NRI 1945 juga bahkan memiliki kewenangan

² *Ibid*, h. 171.

³ Hendarmin Ranadireksa, *Arsitektur Konstitusi Demokratik; Mengapa Ada Negara yang Gagal Melaksanakan Demokrasi*, Fokusmedia, Bandung, 2007, h. 134.

⁴ Titik Triwulan Tutik, *Op.Cit.*, h. 203.

legislasi sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1) UUD NRI 1945, yaitu mengajukan Rancangan Undang-Undang kepada DPR, dan Pasal 20 ayat (2) UUD NRI 1945, yaitu memberikan persetujuan atas Rancangan Undang-Undang yang telah dibahas bersama DPR. Menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim bahwa oleh karena UUDNRI 1945 mengatur hal-hal pokok, maka sebenarnya ketentuan Pasal 4 Ayat (1) tersebut memberi wewenang yang luas kepada Presiden dan tidak terperinci.⁵ Hal ini bisa disebabkan karena ranah kekuasaan pemerintahan yang sangat luas.

Pemerintahan pada dasarnya memiliki dua pengertian; *Pertama*, pemerintahan dalam arti luas (*government in broader sense*), yaitu meliputi keseluruhan fungsi yang ada dalam negara. Dilihat dari teori trias politika, pemerintahan dalam arti luas meliputi kekuasaan membentuk undang-undang (legislatif), kekuasaan melaksanakan undang-undang (eksekutif), dan kekuasaan mengadili (yudisil). Dengan demikian, kekuasaan dalam arti luas meliputi kekuasaan membentuk undang-undang yang terbatas, kekuasaan eksekutif, dan kekuasaan kehakiman yang terbatas. *Kedua*, pemerintahan dalam arti sempit yaitu pemerintahan yang hanya berkenaan dengan fungsi eksekutif saja, yang menurut Stephen Leacock, kekuasaan eksekutif yaitu kekuasaan yang mengenai pelaksanaan undang-undang.⁶ Hal ini sejalan dengan pendapat Harold J. Laski, bahwa lembaga eksekutif adalah:

“...alat, yang berkewajiban melaksanakan peraturan-peraturan yang telah ditetapkan oleh badan pembuat Undang-Undang dan bekerja di bawah pengawasan badan pembuat Undang-Undang...”⁷

⁵ *Ibid*, h. 204.

⁶ *Ibid*, h. 198-199.

⁷ Hendarmin Ranadireksa, *Op. Cit.*, h. 215.

Oleh karena Presiden sebagai pelaksana kekuasaan pemerintahan, maka kepadanya diberikan berbagai kewenangan untuk melaksanakan kewajibannya. Berbagai kewenangan Presiden yang biasa dirumuskan dalam UUD berbagai negara, mencakup lingkup kewenangan sebagai berikut:

1. Kewenangan yang bersifat eksekutif atau menyelenggarakan pemerintahan berdasarkan UUD. Bahkan, dalam sistem yang lebih ketat, semua kegiatan pemerintahan yang dilakukan oleh Presiden haruslah didasarkan atas perintah konstitusi dan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dengan demikian kecenderungan yang biasa terjadi dengan apa yang disebut dengan *'discretionary power'* dibatasi sesempit mungkin wilayahnya.
2. Kewenangan yang bersifat legislatif atau untuk mengatur kepentingan umu atau publik (*to regulate public affairs based on the law and the constitution*), kewenangan untuk mengatur ini dianggap ada di tangan lembaga perwakilan, bukan di tangan eksekutif. Jika lembaga eksekutif merasa perlu mengatur, maka kewenangan mengatur di tangan eksekutif itu bersifat derivatif dari kewenangan legislatif. Artinya, Presiden tidak boleh menetapkan suatu, misalnya, Keputusan Presiden tidak lagi bersifat mengatur secara mandiri seperti dipahami selama ini
3. Kewenangan yang bersifat judisial dalam rangka pemulihan keadilan yang terkait dengan putusan pengadilan, yaitu untuk mengurangi hukuman, memberikan pengampunan, ataupun menghapuskan tuntutan yang terkait erat dengan kewenangan pengadilan. Dalam sistem parlementer yang mempunyai kepala negara, ini biasanya mudah dipahami karena adanya peran simbolik yang berada di tangan kepala negara. Tetapi dalam sistem Presidensial, kewenangan untuk memberikan grasi, abolisi dan amnesti itu ditentukan berada di tangan Presiden
4. Kewenangan yang bersifat diplomatik, yaitu menjalankan perhubungan dengan negara lain atau subjek hukum internasional lainnya dalam konteks hubungan luar negeri, baik dalam keadaan perang maupun damai. Presiden adalah pucuk pimpinan negara, dan karena itu dialah yang menjadi simbol kedaulatan politik suatu negara dalam berhadapan dengan negara lain. Dengan persetujuan parlemen, dia jugalah yang memiliki kewenangan politik untuk menyatakan perang dan berdamai dengan negara lain.

5. Kewenangan yang bersifat administratif untuk mengangkat dan memberhentikan orang dalam jabatan-jabatan kenegaraan dan jabatan-jabatan administrasi negara. Karena Presiden juga merupakan kepala eksekutif maka sudah semestinya dia berhak untuk mengangkat dan memberhentikan orang dalam jabatan pemerintahan atau jabatan administrasi negara.⁸

Inu Kencana Syafiie mengutip pendapat Muhammad Ridhwan Indra menyatakan bahwa akan halnya besarnya kekuasaan Presiden dalam UUDNRI 1945 itu terlihat karena:⁹

1. Presiden di samping memimpin eksekutif tertinggi, juga mempunyai kekuasaan legislatif. Hal ini dapat dilihat berdasarkan kewenangan Presiden dalam hal mengajukan RUU berdasarkan Pasal 5 Ayat (1) dan membentuk peraturan pemerintah pengganti undang-undang/PERPU berdasar pasal 22 Ayat (1)
2. Presiden di samping memimpin eksekutif tertinggi, juga mempunyai kekuasaan yudisil. Hal ini dapat dilihat berdasarkan kewenangan Presiden dalam hal memberikan grasi, amnesti dan abolisi sebagai hak prerogatif Presiden berdasar Pasal 14
3. Presiden mempunyai kekuasaan untuk membentuk peraturan pemerintah untuk menjalankan undang-undang (*pouvoir reglementair*). Hal ini dapat dilihat berdasar Pasal 5 Ayat (2); dan
4. Undang-undang yang mengatur seluruh lembaga tinggi negara lainnya dapat dibuat oleh Presiden.

Dengan demikian, dapat ditarik kesimpulan bahwa pada dasarnya kekuasaan Presiden dalam melaksanakan kekuasaan pemerintahan sangat luas, dimana kekuasaan Presiden berdasarkan UUDNRI 1945 dapat dikelompokkan dalam 3 jenis yaitu kekuasaan Presiden dalam bidang eksekutif, kekuasaan Presiden dalam bidang legislatif, dan kekuasaan Presiden sebagai kepala negara. Mengacu pada ketentuan konstitusi tersebut jelas terlihat bahwa Presiden memiliki kewenangan yang besar dan kuat agar dapat menjalankan pemerintahan

⁸ JimlyAsshiddiqie (selanjutnya disebut JimlyAsshiddiqie I), *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan dalam UUD 1945*, FH UII Press, Yogyakarta, 2005, h. 75-77.

⁹ Titik Triwulan Tutik, *Op.Cit.*, h. 205.

secara efektif, pemerintahan yang bersih, kuat, serta dapat mensejahterahkan rakyat.

Harus dipahami pula bahwa kekuasaan dalam hal kekuasaan Presiden yang sangat luas perlu dilakukan pengaturan terhadap batasan-batasannya dalam UUD ataupun dengan undang-undang. Oleh karena itu, biasanya ditentukan penyelenggaraan pemerintahan oleh Presiden haruslah didasarkan atas UUD, serta dalam sistem pemisahan kekuasaan dan *check and balances*, kewenangan regulatif bersifat derivatif dari kewenangan legislatif yang dimiliki oleh parlemen.¹⁰

Selanjutnya, berkaitan dengan kekuasaan Presiden dalam bidang legislatif, maka hal ini mendapatkan perhatian yang cukup serius pada perkembangan ketatanegaraan dari sebelum amandemen hingga pasca amandemen saat ini. Hal ini pula yang akan menjadi fokus penulis pada penelitian ini. Rumusan pasal 4 Ayat (1) UUDNRI 1945 menyatakan bahwa Presiden RI memegang kekuasaan pemerintahan menurut UUD. Rumusan pasal tersebut dapat diartikan bahwa kekuasaan pemerintahan itu mengandung juga kekuasaan pengaturan dalam arti membentuk peraturan. Presiden sebagai penyelenggara pemerintahan dan perundang-undangan dapat diuraikan berdasarkan teori yang dikemukakan oleh Jellinek, bahwa pemerintahan mengandung dua arti, yaitu arti formil dan arti material. Pemerintahan dalam arti formal mengandung kekuasaan mengatur (*Verordnungsgewalt*) dan kekuasaan memutus (*Entscheidungsgewalt*), sedangkan dalam arti material mengandung unsur memerintah dan melaksanakan (*das*

¹⁰ Jimly Asshiddiqie I, *Op.Cit.*, h. 77

element der Regierung und das der Vollziehung), juga teori Van Vollenhoven yang menyatakan bahwa pemerintahan dalam arti luas itu termasuk ketataprajaan, keamanan/kepolisian, dan pengaturan, maka Presiden Republik Indonesia yang dinyatakan memegang kekuasaan pemerintahan mempunyai arti bahwa Presiden itu bertugas menyelenggarakan pemerintahan termasuk juga pengaturan.

Sebagai penyelenggara pemerintahan, Presiden dapat membentuk peraturan perundang-undangan yang diperlukan sebab Presiden juga merupakan pemegang kekuasaan pengaturan di negara Republik Indonesia. Hal ini sesuai juga dengan pendapat dari Van Wijk dan W. Konijnenbelt yang menyatakan bahwa pelaksanaan dapat berarti pengeluaran penetapan-penetapan atau berupa perbuatan-perbuatan nyata lainnya ataupun berupa pengeluaran peraturan-peraturan lebih lanjut.¹¹ Dalam konteks ini, tidak diartikan sebagai Presiden memiliki kekuasaan mutlak dalam hal membentuk undang-undang. Presiden tidak memiliki kewenangan untuk mengatur kepentingan umum yang berisikan materi pengaturan mengenai hak dan kewajiban warga negara, melainkan Presiden membentuk peraturan dalam hal Presiden melaksanakan undang-undang. Oleh karena itu, tidak boleh ada ditetapkannya Keputusan-Keputusan Presiden yang bersifat mandiri dengan fungsi untuk mengatur.

Kewenangan mengatur (*regeling*) terhadap Presiden hanya terbatas pada; (a) dalam hal dipenuhinya syarat untuk diberlakuakannya keadaan darurat yang memungkinkan Presiden menetapkan PERPU; (b) dalam hal materi yang diatur berkenaan dengan keperluan internal administrasi pemerintahan yang tidak

¹¹Maria Farida Indrati S (selanjutnya disebut Maria Farida I), *Ilmu Perundang-Undangan 1; Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2007, h. 115-117.

berkaitan dengan kepentingan umum.¹² Dalam UUDNRI 1945, fungsi pengaturan ini terlihat dalam pembentukan Peraturan Pemerintah, sesuai Pasal 5 Ayat (2) UUDNRI 1945, dan pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (selanjutnya disingkat Perpu) berdasarkan Pasal 22 Ayat (1) UUDNRI 1945.

Sebagaimana diketahui bahwa sebelum amandemen UUD, kedudukan dan kekuasaan Presiden dinilai sangat dominan bahkan terjadi *executive heavy* dalam praktik penyelenggara negara. Kekuasaan Presiden tersebut dinilai tidak menegaskan sistem pemerintahan yang dianut oleh Indonesia. Parameter terlihat adalah dalam kurun waktu demokrasi terpimpin 1959-1967, MPR(S) yang menurut UUD merupakan lembaga tertinggi negara dikendalikan oleh Presiden, Sedangkan dalam kurun waktu 1967-1998, DPR yang menurut UUD 1945 dapat mengajukan usul inisiatif RUU, tidak dapat melakukannya.¹³ Oleh karena itu, perubahan pertama UUD 1945 dilakukan beberapa upaya; *Pertama*, mengurangi atau mengendalikan kekuasaan Presiden, *Kedua*, hak legislasi dikembalikan ke DPR sedangkan Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada DPR. Sehingga dengan amandemen UUD 1945 kekuasaan Presiden dikurangi dan hak legislasi dikembalikan ke DPR. Artinya, Presiden tidak lagi memegang kekuasaan membentuk undang-undang, tetapi hanya berhak mengajukan dan membahas rancangan undang-undang.

¹² Jimly Asshiddiqie I, *Op.Cit.*, h. 108.

¹³ *Ibid*, h. 170

Namun, meski perkembangan ketatanegaraan Indonesia berusaha menegaskan kembali prinsip pemisahan kekuasaan dalam UUD dimana kekuasaan legislatif yaitu membentuk undang-undang dikembalikan kepada lembaga DPR, dan eksekutif melaksanakan undang-undang, tetapi kekuasaan eksekutif yang dipegang oleh Presiden tetap memiliki kewenangan dibidang legislatif seperti pada kewenangan pembentukan Perpu yang didasarkan pada Pasal 22 Ayat (1) bahwa “Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang”.

Kewenangan Presiden membentuk PERPU didasarkan atas pertimbangan terjadinya “kesenjangan hukum” sehubungan dengan adanya “hal ihwal kegentingan yang memaksa” dalam jalannya roda pemerintahan. Kewenangan menyatakan Perpu sebagai suatu “*noodverordeningsrecht*” Presiden, yaitu hak Presiden untuk mengatur dalam kegentingan yang memaksa.¹⁴ Oleh karena itu, sistem perundang-undangan yang berlaku, Perpu merupakan jenis peraturan perundang-undangan tersendiri. Secara praktis penggunaan rumusan pasal ini menjadi salah satu instrumen pemerintah dalam melaksanakan pemerintahan yang dinilai dalam kondisi darurat/tertentu sehingga dibutuhkan penanganan yang harus dilakukan dengan segera.

Perpu merupakan peraturan yang dibentuk oleh Presiden dalam “hal ihwal kegentingan memaksa”, oleh karena itu proses pembentukannya berbeda dengan pembentukan suatu undang-undang. Selama ini undang-undang selalu dibentuk oleh Presiden dengan persetujuan DPR, dan dalam keadaan normal atau menurut

¹⁴ Maria Farida Indrati S. (selanjutnya disebut Maria Farida II), *Ilmu Perundang-Undangan 2; Proses dan Teknik Pembentukannya*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2007, h. 81

Perubahan UUD 1945, dibentuk oleh DPR dan disetujui bersama oleh DPR dan Presiden, serta disahkan oleh Presiden. Sedangkan Perpu dibentuk oleh Presiden tanpa persetujuan DPR karena adanya suatu “hal ihwal kegentingan yang memaksa.” Penjelasan Pasal 22 UUD 1945 sebelum perubahan menggunakan nama tersendiri dimaksudkan untuk membedakan dengan peraturan pemerintah yang bukan sebagai pengganti undang-undang. Secara grammatikal, UUD 1945 tidak bermaksud memberi bentuk sendiri seperti bentuk undang-undang atau peraturan pemerintah.

Perpu dapat dikatakan memiliki derajat yang sama dengan undang-undang, hanya saja prosedur pembentukannya yang berbeda. Tetapi pada prosesnya, Perpu akan berujung menjadi undang-undang jika disetujui DPR atau jika tidak, maka harus dicabut kembali. Tetapi, mengenai fungsi dan materi muatan PERPU sejatinya sama dengan undang-undang. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan telah mengatur mengenai proses pengajuan Perpu untuk disahkan menjadi undang-undang, yaitu:

Pasal 52

- 1) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang harus diajukan ke DPR dalam persidangan yangberikut.
- 2) Pengajuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang- Undang sebagaimana dimaksud pada ayat (1)dilakukan dalam bentuk pengajuan Rancangan Undang-Undang tentang penetapan PeraturanPemerintah Pengganti Undang-Undang menjadi Undang-Undang.
- 3) DPR hanya memberikan persetujuan atau tidak memberikan persetujuan terhadap Peraturan PemerintahPengganti Undang-Undang.
- 4) Dalam hal Peraturan Pemerintah Pengganti Undang- Undang mendapat persetujuan DPR dalam rapatparipurna, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang- Undang tersebut ditetapkan menjadi Undang-Undang.
- 5) Dalam hal Peraturan Pemerintah Pengganti Undang- Undang tidak mendapat persetujuan DPR dalamrapat paripurna, Peraturan

Pemerintah Pengganti Undang-Undang tersebut harus dicabut dan harus dinyatakan tidak berlaku.

- 6) Dalam hal Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang harus dicabut dan harus dinyatakan tidak berlaku sebagaimana dimaksud pada ayat (5), DPR atau Presiden mengajukan Rancangan Undang-Undang tentang Pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.
- 7) Rancangan Undang-Undang tentang Pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang sebagaimana dimaksud pada ayat (6) mengatur segala akibat hukum dari pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.
- 8) Rancangan Undang-Undang tentang Pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang sebagaimana dimaksud pada ayat (7) ditetapkan menjadi Undang-Undang tentang Pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang dalam rapat paripurna yang sama sebagaimana dimaksud pada ayat (5).

Namun, hal yang menjadi persoalan dalam Perpu sebagai suatu “*noodverordeningsrecht*” Presiden, yaitu makna dari “hal ihwal kegentingan yang memaksa” itu sendiri. Penilaian Presiden terhadap “hal ihwal kegentingan yang memaksa” sebagai dasar pertimbangan membentuk Perpu dipandang cenderung subjektif, sehingga dikhawatirkan tidak tepat sasaran dalam mengatasi kesenjangan hukum yang terjadi. Subjektivitas Presiden dalam menyikapi “kesenjangan hukum” yang terjadi, dikhawatirkan pula berimbas pada substansi materi muatan Perpu, sehingga seyogyanya pembentukan Perpu didukung dengan kejelasan politik hukum yang melatarinya.

Ketika pemerintah mampu membuat peraturan yang bersifat mengatur, mengikat secara umum dan membebaskan hak dan kewajiban kepada warga negara, maka sejauh mana pemerintah membatasi diri untuk menafsirkan makna kegentingan yang memaksa tersebut. Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya juga, bahwa kekuasaan pemerintahan sudah demikian luas maka kekuasaan eksekutif dalam bidang legislasi yaitu pembentukan Perpu sudah selayaknya juga

diberikan batasan. Batasan ini bukan mengarah kepada kekuasaan membentuk PERPU tetapi mengarah kepada alasan atau dasar dari makna “kegentingan yang memaksa”. Hal ini dirasa penting bagi penulis sebab subjektifitas pemerintah perlu untuk dibatasi misalnya dengan pembentukan kriteria hukum dalam pembentukan Perpu, yaitu kriteria hukum seperti apa suatu kondisi dapat digolongkan dalam keadaan genting dan memaksa sehingga PERPU dapat dibentuk.

Menurut Maria Farida,¹⁵ pengertian “hal ikhwal kegentingan yang memaksa” tersebut tidak selalu ada hubungannya dengan keadaan bahaya, tetapi cukup kiranya apabila menurut keyakinan Presiden terdapat keadaan yang mendesak, dan keadaan itu perlu segera diatur dengan peraturan yang mempunyai derajat undang-undang, maka Perpu dapat dibentuk. Klausul keyakinan Presiden inilah yang penulis maksudkan, bahwa seharusnya dapat dibatasi dalam konteks paradigma hukum.

Sebagai contoh, dalam praktik yang berlaku, hal ihwal kegentingan yang memaksa tidak sekedar diartikan sebagai adanya bahaya, ancaman, atau berbagai kegentingan lain yang langsung berkenaan dengan negara atau rakyat banyak. Sebab, pernah terjadi Perpu ditetapkan untuk menanggihkan berlakunya Undang-undang tentang Pajak Penambahan Nilai 1984 dan Undang-undang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan. Menurut ketentuan Pasal 21, Undang-undang Nomor 8 Tahun 1983 tentang Pajak Penambahan Nilai mulai berlaku 1 Juli 1984. Menjelang tanggal tersebut ternyata belum siap sehingga perlu ditanggihkan.

¹⁵ *Ibid.*

Demikian pula halnya dengan Undang-undang tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan.¹⁶ Fakta ini menjadi pertanyaan pula, apakah memang demikian maksud penyusunan UUD. Ketika pembentukan Perpu tidak dibatasi, maka perluasan-perluasan pengertian dapat mengandung resiko, karena penggunaan wewenang ini semata-mata ditentukan oleh Presiden. Pertimbangan-pertimbangan subjektif dikhawatirkan dapat dijadikan alasan untuk menetapkan Perpu.

Kewenangan Presiden dalam membentuk Perpu selain diatur dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011, juga diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 68 Tahun 2005 Tentang Tata Cara Mempersiapkan Rancangan Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah, dan Rancangan Peraturan Presiden. Namun dalam Peraturan Presiden ini juga tidak menjabarkan makna dari kegentingan memaksa. Aturan mengenai Perpu hanya dimuat dalam 3 pasal yang berkenaan dengan proses pembentukan Perpu saja.

Selain itu, penilaian “hal ihwal kegentingan yang memaksa” masih terus menimbulkan kontroversi hukum. Hal ini dapat dicermati pada 2 (dua) fakta, yaitu penolakan DPR dan permohonan uji materi Perpu di Mahkamah Konstitusi.

Oleh karena itu, melalui penelitian ini penulis merasa perlu untuk mengkaji mengenai Perpu, dimana pertimbangan pembentukan Perpu hendaknya berdasar “kriteria hukum” sehingga subjektifitas Presiden tetap dalam koridor hukum. Objektifitas pertimbangan pembentukan Perpu diharapkan dapat memberikan kepastian hukum dan kemafaatan hukum.

¹⁶ Bagir Manan, *Lembaga KePresidenan*, Gama Media, Yogyakarta, 1999, h. 157.

2. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah dijelaskan maka, rumusan masalah atau isu hukum yang akan diteliti yaitu sebagai berikut:

1. Kriteria hukum pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu).
2. Dasar keberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) untuk menjamin terwujudnya kepastian hukum dan kemanfaatan hukum.

3. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah:

1. Untuk menganalisis dan menemukan kriteria hukum pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu).
2. Untuk menganalisis dan menjelaskan dasar keberlakuan Perpu untuk menjamin terwujudnya kepastian hukum dan kemanfaatan hukum.

4. Manfaat Penelitian

Manfaat penelitian ini adalah:

1. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangsih pemikiran dalam pengembangan ilmu pengetahuan hukum bidang Tata Negara dan Ilmu Perundang-undangan terkait dengan paradigma hukum keberlakuan Perpu.
2. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan bahan pertimbangan dan masukan bagi pemerintah, praktisi dan lembaga legislatif dalam pembentukan Perpu yang seharusnya dibatasi dengan kriteria hukum dan dasar keberlakuannya demi mewujudkan kepastian dan kemanfaatan hukum.

5. Kerangka Teoritis

5.1. Teori Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia adalah negara yang menganut tradisi hukum Eropa Kontinental atau sering disebut dengan sistem hukum *civillaw*. Salah satu ciri utama dari sistem hukum *civillaw* adalah pentingnya peraturan perundang-undangan tertulis atau *statutory law* atau *statutory legislations*. Untuk mengatur penyelenggaraan Negara oleh lembaga-lembaga negara, membatasi kekuasaan penyelenggara negara, dan melindungi hak-hak warga negara, sehingga dalam sistem *civillaw* tentu dibutuhkan banyak peraturan perundang-undangan. *Statutory Law* dianggap memiliki kelebihan tersendiri yaitu:

1. *Legislation is both constitutive and abrogative, whereas precedent merely possesses constitutive efficacy;*
2. *Legislation is not only a source of law, but is equally effective in increasing, amending, or annulling the existing law. Precedent on the other hand, cannot abrogate the existing rule of law, although it may procedure very good law and in some respects better than legislation;*
3. *Legislation allows an advantageous division of labour by deviding the two functions of making the law and administering it. This result in increase efficiency.*¹⁷

Kelebihan lainnya juga yaitu prinsip keadilan menghendaki agar hukum sudah lebih dulu diketahui oleh umum, sebelum hukum itu ditegakkan oleh aparat penegak hukum dan diterapkan di pengadilan. Kemudian legislasi dapat dibuat dalam rangka mengantisipasi kasus-kasus yang belum terjadi. Oleh karena itu, keberadaan peraturan tertulis sangat mutlak adanya.¹⁸

¹⁷Jimly Asshiddiqie (selanjutnya disebut Jimly Asshiddiqie II), *Perihal Undang-Undang*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010, h. 10.

¹⁸*Ibid*

Negara Republik Indonesia sebagai negara hukum artinya meniscayakan hukum menjadi pedoman oleh pemerintah dalam menjalankan pemerintahan negara. Makna negara hukum menurut Pembukaan UUDNRI 1945 tidak lain adalah negara hukum dalam arti materil, yaitu negara yang melindungi segenap bangsa Indonesia, tumpah darah Indonesia, dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut serta dalam menjaga perdamaian dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, yang disusun dalam UUDNRI 1945 yang berdasarkan Pancasila. Peranan peraturan perundang-undangan dalam konteks negara hukum, yaitu untuk menjadi landasan bagi penyelenggaraan negara dan sebagai pedoman untuk menyelenggarakan pemerintahan baik di pusat (berupa undang-undang) dan di daerah (berupa peraturan daerah), serta untuk menyelesaikan masalah sosial kemasyarakatan.

Penyelenggaraan suatu pemerintahan tanpa suatu aturan dan membiarkan masyarakat menyelesaikan masalah sosial kemasyarakatan secara sendiri-sendiri tanpa pedoman atau aturan/patokan berupa produk hukum, maka yang terjadi adalah ketidakteraturan dalam kehidupan masyarakat dan negara. Inilah alasan penting keberadaan produk hukum berbentuk peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan yang dibutuhkan adalah peraturan yang berkarakter akomodatif terhadap tuntutan, kebutuhan dan perkembangan masyarakat dalam rangka mewujudkan negara hukum yang demokratis atau sering juga disebut negara hukum kesejahteraan modern.¹⁹

¹⁹ Achmad Ruslan, *Teori dan Panduan Praktik Pembentukan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia*, Rangkang Education, Yogyakarta, 2011, h. 3-4.

Berdasarkan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan memberikan pengertian bahwa Pembentukan Peraturan Perundang-undangan adalah pembuatan Peraturan Perundang-undangan yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan. Sedangkan peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Menurut Bagir Manan, pengertian peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut:²⁰

1. Setiap keputusan tertulis yang dikeluarkan pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang yang berisi aturan tingkah laku yang bersifat atau mengikat umum
2. Merupakan aturan-aturan tingkah laku yang berisi ketentuan-ketentuan mengenai hak, kewajiban, fungsi, status atau suatu tatanan
3. Merupakan peraturan yang mempunyai ciri-ciri umum-abstrak atau abstrak-umum, artinya tidak mengatur atau tidak ditujukan kepada obyek, peristiwa atau gejala konkret tertentu.
4. Dengan mengambil pemahaman dalam kepustakaan Belanda, peraturan perundang-undangan lazim disebut dengan *wet in materie* *zin*, atau sering juga disebut dengan *algemeen verbindende voorschrift* yang meliputi antara lain; *de supranationale algemeen verbindende voorschriften*, *wet*, *AmvB*, *de Ministeriele verordening*, *de gemeentelijkeraadsverordeningen*, *de provinciale staten verordeningen*.

Pembentukan undang-undang dapat dilakukan tidak saja karena kebutuhan hukum yang timbul dalam praktik penyelenggaraan negara. Jika kebutuhan itu memang nyata, meskipun tidak secara eksplisit diperintahkan oleh UUD NRI 1945, maka lembaga legislatif bersama dengan Pemerintah dapat saja membentuk

²⁰Maria Farida I, *Op. Cit.*, h. 10.

suatu undang-undang sebagaimana mestinya menurut ketentuan undang-undang tersebut. Pembentukan undang-undang yang diperintahkan oleh UUD NRI 1945 sebanyak 44 ketentuan.

Dari ketentuan dalam UUD yang memerintahkan pembentukan peraturan perundang-undangan, terdapat klausul yang berbeda yaitu seperti; (1) yang diperintahkan untuk diatur dengan undang-undang, (2) ada yang diperintahkan untuk diatur dalam undang-undang, (3) ada yang ditetapkan dengan undang-undang, (4) ada yang disahkan dengan undang-undang, (5) ada yang diberikan oleh undang-undang, (6) ada yang diatur berdasarkan undang-undang, atau (7) ada yang dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Dalam ketujuh kategori tersebut, tidak semuanya berisi perintah untuk membentuk undang-undang. Hal ini diuraikan oleh Jimly Assiddiqie sebagai berikut:²¹

1. Kelompok pertama adalah yang secara khusus diperintahkan untuk dibentuk dengan undang-undang tersendiri yaitu yang menyatakan “diatur dengan undang-undang.”
2. Kelompok kedua, “diatur dalam undang-undang” artinya, materi yang dimaksudkan dapat diatur dalam berbagai undang-undang yang bukan bersifat tersendiri.
3. Kelompok ketiga, keempat, dan kelima menentukan tindakan-tindakan tertentu berupa penetapan, pengesahan atau pemberian yang dilakukan dengan undang-undang. Di sini tidak terdapat perintah untuk membentuk undang-undang, melainkan hanya menentukan bahwa tindakan-tindakan yang dimaksud harus dilakukan dengan undang-undang.
4. Kelompok keenam, berbunyi “diatur berdasarkan undang-undang” artinya bahwa pengaturannya tersebut dapat saja dituangkan dalam bentuk peraturan yang lebih rendah, misalnya peraturan pemerintah ataupun peraturan presiden, asalkan hal tersebut dilakukan berdasarkan ketentuan undang-undang.

²¹ Jimly Assiddiqie II, *Op. Cit.*, h. 187-189.

5. Kelompok ketujuh adalah pernyataan “dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan” artinya, hal tersebut bukan hanya dijamin atau diatur dalam undang-undang, tetapi juga dalam peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.

Setiap produk peraturan perundang-undangan Negara Republik Indonesia yang berdasarkan UUD NRI 1945, haruslah memuat nilai-nilai dari Pancasila sesuai dengan Pasal 2 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 yang menyatakan bahwa “Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum negara”. Hukum Indonesia yang berparadigma Pancasila itulah yang seharusnya dibangun dan dikembangkan di Indonesia berdasarkan UUD NRI 1945, yakni:

1. Mencerminkan religiusitas kebutuhan segenap warga negara melalui keyakinan segenap warga terhadap Tuhan Yang Maha Esa.
2. Mencerminkan prinsip-prinsip humanitas yang berkeadilan dan berkeadaban.
3. Menjamin dan memperkuat prinsip nasionalitas kebangsaan.
4. Memperkuat nilai-nilai sovereinitas kerakyatan.
5. Melembagakan upaya untuk membangun sosialitas yang berkeadilan.²²

Asas pembentukan perundang-undangan telah diatur dalam Pasal 5 dan Pasal 6 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yaitu sebagai berikut:

Pasal 5

Dalam membentuk Peraturan Perundang-undangan harus dilakukan berdasarkan pada asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang baik, yang meliputi:

- a. kejelasan tujuan;
- b. kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat;
- c. kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan;
- d. dapat dilaksanakan;
- e. kedayagunaan dan kehasilgunaan;
- f. kejelasan rumusan; dan
- g. keterbukaan.

²²*Ibid*, h. 206-207

Pasal 6

- 1) Materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan asas:
- a. pengayoman;
 - b. kemanusiaan;
 - c. kebangsaan;
 - d. kekeluargaan;
 - e. kenusantaraan;
 - f. bhinneka tunggal ika;
 - g. keadilan;
 - h. kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan;
 - i. ketertiban dan kepastian hukum; dan/atau
 - j. keseimbangan, keserasian, dan keselarasan.
 - k. Selain mencerminkan asas sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Peraturan Perundang-undangan tertentu dapat berisi asas lain sesuai dengan bidang hukum Peraturan Perundang-undangan yang bersangkutan.

Selain asas-asas materiil tersebut, peraturan perundang-undangan tertentu dapat pula berisi asas-asas tertentu lainnya sebagai tambahan sesuai dengan bidang hukum yang diatur oleh peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Misalnya dalam bidang hukum perdata, berlaku asas materi muatan hukum perdata, dan begitupun di bidang-bidang lainnya.²³ Materi muatan perundang-undangan berisi sebagai berikut :

- a. pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. perintah suatu Undang-Undang untuk diatur dengan Undang-Undang;
- c. pengesahan perjanjian internasional tertentu;
- d. tindak lanjut atas putusan Mahkamah Konstitusi; dan/atau
- e. pemenuhan kebutuhan hukum dalam masyarakat.²⁴

²³ *Ibid.*, h. 143.

²⁴ Lihat Pasal 10 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011

Materi muatan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang sama dengan materi muatan Undang-Undang.²⁵ Materi muatan Peraturan Pemerintah berisi materi untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya.²⁶ Materi muatan Peraturan Presiden berisi materi yang diperintahkan oleh Undang-Undang, materi untuk melaksanakan Peraturan Pemerintah, atau materi untuk melaksanakan penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan.²⁷ Materi muatan Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota berisi materi muatan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan serta menampung kondisi khusus daerah dan/atau penjabaran lebih lanjut Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi.²⁸

Materi muatan mengenai ketentuan pidana hanya dapat dimuat dalam Undang-Undang, Peraturan Daerah Provinsi, atau Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.²⁹ Dalam menuangkan sesuatu kebijakan kenegaraan dan pemerintahan dalam peraturan perundang-undangan, dikenal pula adanya materi-materi tertentu yang bersifat khusus, yang mutlak hanya dapat dituangkan dalam bentuk undang-undang.

Terdapat beberapa asas peraturan perundangan sehubungan dengan berlakunya suatu undang-undang, yaitu:³⁰

1. Undang-undang tidak berlaku surut;
2. Undang-undang yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula (*lex superior derogat legi inferiori*)

²⁵ Lihat Pasal 11 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011

²⁶ Lihat Pasal 12 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011

²⁷ Lihat Pasal 13 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011

²⁸ Lihat Pasal 14 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011

²⁹ Lihat Pasal 15 Ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011

³⁰ Titik Triwulan Tutik, *Op.Cit.*, h. 48.

3. Undang-undang yang bersifat khusus menyampingkan undang-undang yang bersifat umum (*lex specialis derogat legi generali*)
4. Undang-undang yang berlaku kemudian membatalkan undang-undang yang terdahulu yang mengatur hal tertentu yang sama (*les posterior derogat legi priori*)
5. Undang-undang tidak dapat diganggu gugat.³¹

Sedangkan suatu undang-undang tidak berlaku lagi apabila *pertama*, jangka waktu berlakunya yang telah ditentukan oleh undang-undang yang bersangkutan sudah habis; *kedua*, keadaan atau hal untuk mana undang-undang itu dibuat sudah tidak ada lagi; *ketiga*, telah ada undang-undang yang baru yang isinya bertentangan atau berlainan dengan undang-undang yang dahulu berlaku; *keempat*, undang-undang itu dicabut oleh instansi yang membuat atau instansi yang lebih tinggi.³²

Dalam pembentukan peraturan perundang-undangan pada tiap jenis dan tingkatnya, terdapat tiga dasar atau landasan yang perlu diperhatikan, yaitu; *Pertama*, landasan filosofis yaitu dasar filsafat atau pandangan atau ide yang menjadi dasar cita-cita sewaktu menuangkan hasrat dan kebijaksanaan (pemerintahan) ke dalam suatu rencana atau draft peraturan negara. Misalnya di negara Republik Indonesia, Pancasila menjadi dasar filsafat perundang-undangan. Pada prinsipnya tidak dibuat suatu peraturan yang bertentangan dasar filsafat ini. *Kedua*, landasan yuridis yaitu ketentuan hukum yang menjadi dasar hukum (*rechtsgrond*) bagi pembuatan suatu peraturan. Misalnya UUD NRI Tahun 1945 menjadi landasan yuridis bagi pembuatan undang-undang organik. Selanjutnya

³¹Poin 2, 3 dan 4 dalam kata lain dikenal sebagai asas preferensi hukum. Pada poin 5, pada dasarnya penulis menganggap bahwa argumentasi tersebut kurang tepat. Karena pada perkembangannya, setelah Amandemen UUD, maka pengujian UU dapat dilakukan sehingga masih ada kemungkinan untuk digugat. Maksud yang lebih tepat dalam poin ini bagi penulis adalah bahwa UU memiliki kekuatan hukum mengikat dan kepastian.

³²Titik Triwulan Tutik, *Ibid*, h. 48.

undang-undang itu menjadi landasan yuridis bagi pembuatan Peraturan Pemerintah, Peraturan Daerah, dan lain-lain. Landasan yuridis ini dapat dibagi lagi atas dua macam yaitu: (i) landasan yuridis dari segi formil, yakni landasan yuridis yang memberi kewenangan (*bevoegdheid*) bagi instansi yang tertentu untuk membuat peraturan tertentu, (ii) landasan yuridis dari segi materil, yaitu landasan yuridis untuk segi isi (materi) yakni dasar hukum untuk mengatur hal-hal tertentu.³³ Ketiga, landasan yuridis (berdasarkan Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 menentukan bahwa 3 landasan yang digunakan adalah landasan filosofis, landasan sosiologis dan landasan yuridis).

Selanjutnya penjabaran mengenai pembentukan peraturan perundang-undangan, yaitu sebagai berikut:

a. Pembentukan Undang-Undang.

Pasal 45 ayat (1) Undang-undang nomor 12 Tahun 2011, rancangan undang-undang baik yang berasal dari DPR maupun Presiden serta rancangan undang-undang yang diajukan DPD kepada DPR disusun berdasarkan Program Legislasi Nasional (Prolegnas). RUU yang diajukan oleh DPD adalah RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah. Dalam keadaan tertentu, DPR dan Presiden dapat mengajukan RUU di luar prolegnas berdasarkan pasal 23 ayat (2) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011. Penyusunan prolegnas dapat

³³M. Solly Lubis, *Landasan dan Teknik Perundang-Undangan*, Mandar Maju, Bandung, 1995, h. 7-8.

dilakukan atas dasar kebutuhan hukum (*legal need*) dalam rangka penyelenggaraan kegiatan bernegara atau atas dasar perintah UUD. UUD 1945 sendiri cukup banyak mendelegasikan pengaturan sesuatu hal agar dituangkan dalam bentuk undang-undang, tetapi lebih banyak lagi ketentuan-ketentuan dasar yang tidak dilengkapi dengan perintah legislasi sama sekali. Oleh karena itu, kebutuhan hukum yang timbul dalam praktiklah yang akan menentukan perlu tidaknya sesuatu kebijakan kenegaraan dituangkan dalam bentuk undang-undang.

b. Pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU).

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang atau Perpu menurut Pasal 52 ayat (1) dan Pasal 22 ayat (2) UUD NRI 1945, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang harus diajukan ke DPR dalam persidangan berikut. Pengajuan Perpu tersebut dilakukan dalam bentuk pengajuan RUU tentang penetapan peraturan pemerintah pengganti undang-undang menjadi undang-undang. Dalam hal perpu tersebut ditolak DPR, maka Perpu itu tidak berlaku. Berdasar Pasal 52 ayat (3), bahwa DPR hanya memberikan persetujuan atau tidak memberikan persetujuan terhadap Perpu. Dalam hal Perpu ditolak oleh DPR, Presiden mengajukan RUU tentang Pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti UU tersebut yang dapat mengatur pula segala akibat dari penolakan tersebut.

c. Pembentukan Peraturan Daerah.

Peraturan Daerah adalah peraturan perundang-undangan yang secara ketatanegaraan baru diangkat derajatnya sebagai bagian dari tata susunan

peraturan perundang-undangan di Indonesia berdasarkan TAP. MPR No III/MPR/1999. Selanjutnya Pasal 7 Ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 juga menetapkan hierarki peraturan perundang-undangan yaitu:

1. UUD NRI 1945
2. Ketetapan MPR
3. Undang-undang/Perpu
4. Peraturan Pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Sebelumnya, Peraturan Daerah ditempatkan sebagai peraturan lainnya yang kedudukan lebih rendah dari Instruksi Menteri yang sesungguhnya tidak termasuk ke dalam hierarki peraturan perundang-undangan, akan tetapi dalam praktiknya Peraturan Daerah harus tunduk pada instruksi Menteri, dimana karena dibuat oleh Menteri yang dipandang dalam kedudukannya sebagai Pembantu Presiden. Kewenangan Pembentukan Peraturan Daerah sebelum lahirnya TAP MPR dan diamandemennya UUD 1945 dipandang sebagai suatu pemberian kewenangan (atribusian) dari undang-undang Pemerintahan Daerah dan dilain pihak pembentukan suatu Peraturan Daerah dapat juga merupakan pelimpahan wewenang (delegasi) dari suatu keputusan Presiden. Keberadaan Peraturan Daerah dalam UUD 1945 sebelum diamandemen memang tidak dikenal, sehingga Peraturan Daerah termarginalkan dalam tata susunan peraturan perundang-undangan Indonesia. Tidak demikian halnya

dengan setelah UUD 1945 diamanden, eksistensi Peraturan Daerah sudah dikukuhkan secara konsitusional sebagaimana dituangkan dalam Pasal 18 ayat (6) yang selengkapnya berbunyi; Pemerintahan Daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.

Dengan demikian pemerintahan daerah dapat menetapkan Peraturan Daerah bukanlah lagi dikarenakan adanya perintah dari UU yang mengatur pemerintahan daerah, melainkan merupakan amanat dari konstitusi. Artinya, suatu UU yang dibentuk mengenai susunan dan tata cara penyelenggaraan pemerintahan daerah harus memberikan hak kepada pemerintahan daerah untuk menetapkan Peraturan Daerah dan peraturan lain, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan umum dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

5.2. Teori Penjenjangan Norma

Berkembangnya teori berjenjang (*stufentheorie*) tidak dapat dipisahkan dari ahli hukum Adolf Merkl (1836-1896), Hans Kelsen dan Hans Nawiasky. Berbagai literatur menyebutkan Adolf Merkl merupakan pemikir yang mencetuskan teori berjenjang atau setidaknya Adolf Merkl menulis terlebih dahulu tentang teori berjenjang. Menurut Zoran Jelic, teori norma hukum berjenjang dari Kelsen dipengaruhi oleh teori Adolf Merk yaitu teori tentang tahapan hukum (*de Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung*). Dalam teori ini, Merk menjelaskan bahwa hukum adalah suatu sistem tata aturan hierarki. Norma yang mengkondisikan dan dikondisikan dari tindakan hukum. Norma yang

mengkondisikan berarti kondisi untuk membuat norma lain atau tindakan. Pembuatan hierarki ini dimanifestasikan dalam bentuk regresi dari sistem tata hukum yang lebih tinggi ke sistem tata hukum yang lebih rendah. Proses ini selalu mengalami konkretisasi dan individualisasi.³⁴

Hans Kelsen, kemudian memunculkan *stufentheorie* melalui teorinya “*stufentheorie des rechts*” atau “*the hierarchy of law*.” Teori yang disampaikan oleh Kelsen dikembangkan lebih lanjut oleh Hans Nawiasky. *Stufenbau des rechts* merupakan salah satu teori Kelsen selain teori hukum murni (*the pure theory of law*). Menurut W Friedmann dalam bukunya *Legal Theory* menyebutkan bahwa dasar pemikiran Kelsen adalah:

1. Tujuan teori hukum, seperti tiap ilmu pengetahuan adalah untuk mengurangi kekacauan dan kemajemukan menjadi kesatuan
2. Teori hukum adalah ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku, bukan mengenai hukum yang seharusnya
3. Hukum adalah ilmu pengetahuan normatif, bukan ilmu alam
4. Teori hukum sebagai teori tentang norma-norma, tidak ada hubungannya dengan daya kerja norma-norma hukum
5. Teori hukum adalah formal, suatu teori tentang cara menata, mengubah isi dengan cara yang khusus. Hubungan teori hukum dan sistem yang khas dari hukum positif ialah hubungan apa yang mungkin dengan hukum yang nyata.³⁵

Kelsen mencoba memurnikan hukum dari hal-hal di luar hukum. Tujuannya yaitu membersihkan ilmu hukum dari unsur-unsur asing, aspek-aspek non hukum seperti moral dan keadilan. Substansidari ajaran *stufenbau des rechts* adalah kaidah hukum merupakan susunan berjenjang dan setiap kaidah yang lebih rendah bersumber dari kaidah hukum yang lebih tinggi. Dalam pandangan Kelsen, hukum merupakan suatu sistem aturan-aturan tentang perilaku manusia.

³⁴ Imam Soebechi, *Judicial Review Perda Pajak dan Retribusi Daerah*, Sinar Grafika, Jakarta Timur, 2012, h. 148.

³⁵ *Ibid.*

Objek tatanan hukum adalah perilaku satu individu dalam hubungannya dengan satu, beberapa, atau semua individu lain dalam berperilaku kepada sesama individu. Meski demikian, pernyataan tersebut tidak dimaksudkan bahwa tatanan hukum berkaitan dengan perilaku manusia semata, tetapi juga berkaitan dengan kondisi tertentu yang berkaitan dengan perilaku manusia. Kelsen menegaskan bahwa sebagai suatu sistem aturan-aturan hukum tidak menunjuk pada aturan tunggal tetapi seperangkat aturan yang memiliki suatu kesatuan sehingga dapat dipahami sebagai suatu sistem. Tidak mungkin memahami hukum jika hanya memperhatikan satu aturan saja.³⁶

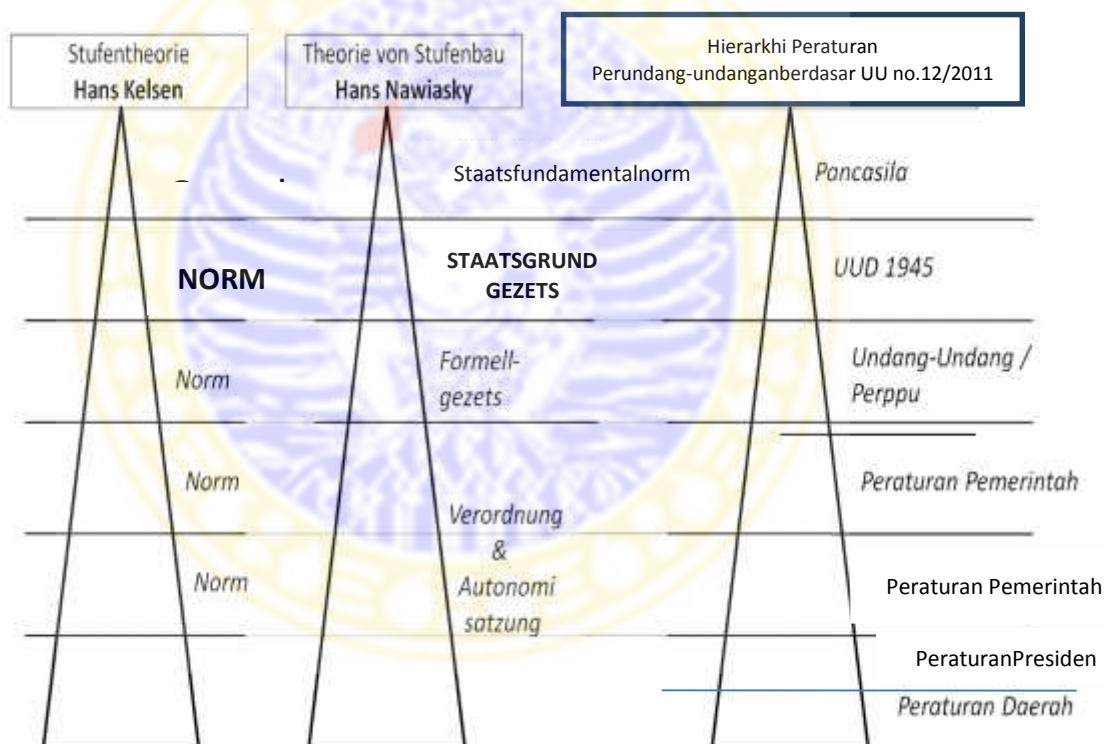
Selanjutnya secara tegas Kelsen mengatakan bahwa tata hukum merupakan sistem norma yang terkoordinir dengan hierarki berbagai jenjang bukan sistem hukum yang berkedudukan sama. Dalam konteks validitas demikian, sebuah norma absah (valid) karena (dan bila) diciptakan dengan cara tertentu yaitu cara yang ditentukan oleh norma lain di atasnya.

Stufenbau theorie dari Hans Kelsen kemudian dikembangkan oleh Hans Nawiasky. Dalam bunya yang berjudul *Allgemeine Rechtslehre*, Hans Nawiasky mengemukakan bahwa selain norma-norma hukum itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, maka norma hukum dari suatu negara itu juga berkelompok-kelompok. Menurut Hans Nawiasky, kelompok norma hukum tersebut hampir selalu ada dalam tata susunan norma hukum setiap warga negara walaupun mempunyai istilah yang berbeda ataupun adanya jumlah norma hukum yang berbeda dalam tiap kelompoknya. Teori Nawiasky yang dikenal dengan *die*

³⁶ *Ibid.*

Theorie vom Stufenordnung der Rechtsnormen mengelompokkan norma-norma hukum dalam suatu negara itu menjadi empat kelompok besar yang terdiri atas; *staatsfundamentalnorm*, *staatsgerungesetz*, *formeel gesetz*, *verordnung* dan *autonome satzung* (aturan pelaksana dan aturan otonom).

Gambar 1
Perbandingan Hierarki *Stufentheorie* Dari Hans Kelsen dan *Die Theorie Vom Stufenordnung Der Rechtsnormen* Dari Hans Nawiasky, serta Hierarki Peraturan-Undang-undangan di Indonesia Berdasarkan Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011.



Berdasarkan gambar perbandingan di atas, dalam *stufentheorie* Hans Kelsen, *grundnorm* diartikan sebagai norma yang paling tinggi menduduki puncak piramida. *Grundnorm* disebut juga konstitusi pertama menjadi dasar kebelakuan tertinggi bagi tatanan hukum positif. Norma yang validitasnya tidak diturunkan dari suatu norma yang lebih tinggi disebut norma dasar (*basicnorm*). Perbedaan

mendasar dari jenjang norma menurut Nawiasky dengan Kelsen terletak pada norma tertinggi sebagai validitas dari konstitusi. Menurut Hans Kelsen, *Grundnorm* sebagai norma tertinggi dan sebagai validitas dari konstitusi yang sifatnya abstrak, diasumsikan (*presupposed*), tidak tertulis; ia tidak ditetapkan (*gesetz*), tidak termasuk tatanan hukum positif, berada di luar namun menjadi dasar keberlakuan tertinggi bagi tatanan hukum positif, sifatnya *meta-juristic*. Menurut Nawiasky, norma tertinggi yang oleh Kelsen disebut sebagai norma dasar (*basic norm*) dalam suatu negara sebaiknya tidak disebut sebagai *staatsgrundnorm* melainkan *staatsfundamentalnorm* atau norma fundamental negara.³⁷ Sedangkan dalam konteks Indonesia, hal ini dapat disejajarkan dengan Pancasila yaitu sebagai ideologi bangsa.

Berdasarkan uraian di atas, maka terdapat persamaan dan perbedaan dalam teori Hans Kelsen dan Hans Nawiasky yang dapat dijabarkan sebagai berikut:

Persamaannya adalah bahwa keduanya menyebutkan bahwa norma itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis, dalam arti suatu norma itu berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang tertinggi dan tidak dapat ditelusuri lagi sumber dan asalnya, tetapi bersifat 'pre-supposed' dan 'axiomatis'. Sedangkan perbedaannya adalah 1). Hans Kelsen tidak mengelompokkan norma-norma itu, sedangkan Hans Nawiasky membagi norma-norma itu kedalam empat kelompok yang berlainan; 2). Teori Hans Kelsen membahas hening norma secara umum dalam arti berlaku untuk semua jenjang norma (termasuk norma hukum negara) sedangkan Hans Nawiasky membahas teori jenjang norma itu secara lebih khusus, yaitu dihubungkan dengan suatu negara; 3). Dalam teori Hans Nawiasky menyebutkan Norma Dasar Negara itu tidak dengan sebutan *staatsgrundnorm* melainkan dengan istilah *staatsfundamentalnorm*. Hans Nawiasky berpendapat bahwa istilah *staatsgrundnorm* tidak tepat apabila dipakai dalam menyebut norma dasar negara, oleh karena pengertian *Grundnorm* itu mempunyai kecenderungan untuk tidak berubah, atau bersifat tetap, sedangkan di dalam suatu negara Norma Dasar Negara itu

³⁷ *Ibid*, h. 15

dapat berubah sewaktu-waktu karena adanya suatu pemberontakan, kudeta dan sebagainya.³⁸

Oleh karena itu dapat dimengerti bahwa menurut Hans Nawiasky, norma hukum tertinggi dan merupakan kelompok pertama dalam hierarki norma hukum negara adalah “*Staatsfundamentalnorm*”.³⁹ Norma fundamental negara yang merupakan norma tertinggi dalam suatu negara ini merupakan norma yang tidak dibentuk oleh suatu norma yang lebih tinggi lagi, tetapi bersifat *pre-supposed* atau ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat dalam suatu negara dan merupakan norma yang menjadi tempat bergantungnya norma-norma hukum di bawahnya. Norma yang tertinggi ini tidak dibentuk oleh norma yang lebih tinggi lagi, oleh karena jika norma yang tertinggi itu dibentuk oleh norma yang lebih tinggi lagi maka ia bukan merupakan norma tertinggi.⁴⁰ Aturan dasar negara/aturan pokok negara (*Staatsgrundgesetz*) merupakan kelompok norma hukum di bawah Norma fundamental Negara.

Norma-norma dari aturan dasar ini merupakan aturan-aturan yang masih bersifat pokok dan merupakan aturan umum yang masih bersifat garis besar, sehingga masih merupakan norma hukum tunggal. Di dalam setiap aturan dasar negara biasanya diatur hal-hal mengenai pembagian kekuasaan negara dipuncak pemerintahan, dan selain itu mengatur juga hubungan antar lembaga-lembaga negara, serta mengatur hubungan antara negara dengan warganegarannya.⁴¹ Kelompok norma-norma hukum yang berada di bawah aturan dasar negara adalah

³⁸ Maria Farida I, *Op.Cit.*, h. 47-48.

³⁹ Dalam Buku Maria Farida bahwa istilah ini pertama kali diterjemahkan oleh Notonagoro sebagai Pokok kaidah fundamenteil negara, dalam pidato Dies Natalis Universitas Airlangga yang pertama pada 10 november 1955.

⁴⁰ Maria Farida I, *Op.Cit.*, h. 46.

⁴¹ *Ibid*, h. 48.

formell Gesetz atau secara harfiah diterjemahkan dengan undang-undang (formal). Berbeda dengan kelompok norma di atasnya, yaitu aturan dasar negara, maka norma-norma dalam suatu undang-undang sudah merupakan norma hukum yang lebih konkret dan terinci, serta sudah dapat langsung berlaku di dalam masyarakat. Norma-norma hukum dalam undang-undang ini tidak saja norma hukum yang bersifat tunggal, tetapi norma-norma hukum itu dapat merupakan norma hukum yang berpasangan, sehingga terdapat norma hukum sekunder disamping norma hukum primernya, dengan demikian dalam suatu Undang-undang sudah dapat dicantumkan norma-norma yang bersifat sanksi, baik itu sanksi pidana maupun sanksi pemaksa.⁴²

Berdasarkan penjelasan di atas, maka kita bisa menarik hubungan antar norma dasar negara dan norma perundang-undangan. Agar supaya norma-norma hukum yang terdapat dalam hukum dasar dapat berlaku sebagaimana mestinya, maka norma-norma hukum itu harus terlebih dahulu dituangkan ke dalam peraturan perundang-undangan oleh karena norma hukumnya bersifat umum dan dapat mengikat seluruh warganegara.⁴³ UUD NRI Tahun 1945 sendiri cukup banyak mendelegasikan pengaturan sesuatu hal agar dituangkan dalam bentuk UU, tetapi lebih banyak lagi ketentuan-ketentuan dasar yang tidak dilengkapi dengan perintah legislasi sama sekali.

5.3 Teori Keberlakuan Hukum

Dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 Perubahan keempat disebutkan bahwa “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Ketentuan pasal tersebut merupakan

⁴²*Ibid*, h. 51-52.

⁴³Jimly Asshiddiqie II, *Op.Cit.*, h. 67

landasan konstitusional bahwa Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas hukum, hukum ditempatkan sebagai satu-satunya aturan main dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara (*supremacy of law*). Sebelum dilakukan perubahan terhadap UUD 1945, landasan konstitusional bahwa Indonesia adalah negara yang berdasar atas hukum tercantum dalam pembukaan dan batang tubuh UUD 1945 sebelum perubahan. Selain itu pernyataan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum juga dapat dilihat dalam penjelasan UUD 1945 sebelum perubahan. Dalam penjelasan UUD 1945 sebelum perubahan dinyatakan ada tujuh kunci pokok sistem pemerintahan Negara Indonesia, yaitu:

1. Indonesia adalah negara yang berdasar atas hukum (*rechtstaat*) dan tidak berdasar atas kekuasaan belaka (*maachtstaat*).
2. Sistem konstitusional.
3. Kekuasaan tertinggi ada di tangan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR).
4. Presiden adalah penyelenggara pemerintahan negara tertinggi di bawah MPR.
5. Presiden tidak bertanggung jawab kepada DPR.
6. Menteri Negara adalah pembantu Presiden dan tidak bertanggung jawab kepada DPR.
7. Kekuasaan kepala negara tidak tak terbatas.

Istilah negara hukum dalam kepustakaan Indonesia diartikan dari dua istilah yakni *rechtsstaat* dan *the rule of law*.⁴⁴ Di samping itu, dalam wacana akademik digunakan pula istilah *rule of law* yang juga dimaksudkan sebagai Negara hukum. Meskipun ketiga istilah tersebut (Negara hukum, *rechtsstaat*, dan

⁴⁴Azhary, *Negara Hukum Indonesia*, Universitas Indonesia, Jakarta, 1995, h. 30.

rule of law) terdapat pandangan yang menyamakan dan membedakannya namun yang pasti ketiga konsep tersebut mengusung tujuan yang sama yaitu untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh penguasa secara sewenang-wenang agar hak asasi manusia (HAM) tetap terjamin dan terlindungi.

Burkens mengemukakan pengertian *Rechtsstaat* secara sederhana, yaitu negara yang menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dilakukan di bawah kekuasaan hukum. Dalam *Rechtsstaat*, ikatan antara negara dan hukum tidaklah berlangsung dalam ikatan yang lepas atau pun bersifat kebetulan, melainkan ikatan yang hakiki.⁴⁵

Dari pandangan tersebut di atas, terkandung arti bahwa kekuasaan pemerintahan dalam suatu negara bersumber pada hukum dan sebaliknya untuk melaksanakan hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan suatu negara harus berdasarkan kekuasaan. Syarat-syarat dasar *rechtsstaat* yang dikemukakan oleh Burkens adalah:⁴⁶

1. Asas legalitas; setiap tindak pemerintahan harus didasarkan atas dasar peraturan perundang-undangan (*wetterlijke grondslag*). Dengan landasan ini, Undang-undang dalam arti formal dan UUD sendiri merupakan tumpuan dasar tindak pemerintahan. Dalam hal 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;

⁴⁵ A. Hamid S. Attamimi, *Teori Perundang-Undangan Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 25 April 1992, h. 8.

⁴⁶ Philipus M. Hadjon, *Ide Negara Hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Makalah, 1994, h. 4.

4. Pengawasan pengadilan; bagi rakyat tersedia saluran melalui pengadilan yang bebas untuk menguji keabsahan tindak pemerintahan (*rechtmatigheids toetsing*)

Hukum yang berlaku di Indonesia tidak terlepas dari sejarah Indonesia itu sendiri yang dulunya dijajah oleh Belanda yang pada tahun 1938 dengan asas konkordansi, Hukum yang berlaku di Belanda diberlakukan pula di Indonesia. Hukum Belanda berasal dari Perancis dan Hukum Perancis berasal dari Romawi yang mangnut sistem hukum Eropa Kotinental yang pada pokoknya membagi hukum tersebut menjadi 2 (dua) bidang yaitu hukum publik dan hukum privat. Hukum publik berlaku sesuai dengan asas konkordansi yang terkandung dalam pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 serta ditegaskan kembali dalam Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 bahwa Kitab Undang-Undang Hukum Pidana menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tetap berlaku di Indonesia. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tersebut berasal dari *Wetboek van Strafrecht* milik Belanda. Dalam hukum privat, hukum Belanda juga diberlakukan di Indonesia berdasarkan asas konkordansi yang dikenal dengan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*) dan Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (*Wetboek van Kophandel*).

Pembidangan 2 (dua) hukum tersebut pada saat ini masih terasa di Indonesia dan masih berlaku sepanjang masih belum dicabut. Sesuai dengan perkembangan zaman Indonesia tidak lagi merumuskan perundang-undangan berbentuk *wetboek*akan tetapi berubah kearah *Rechtboek*.Indonesia dalam perkembangan hukumnya telah berusaha dan membuat hukum sendiri dalam arti membuat undang-undang yang sesuai dengan dasar falsafah bangsa Indonesia,

yaitu Pancasila sebagai *grundnormnya* sehingga pembedaan hukum publik dan hukum privat tidak dibedakan secara jelas dan tegas.

Dalam konteks keilmuan hukum, persoalan penerimaan masyarakat terhadap hukum yang ditetapkan akan berkaitan dengan teori keberlakuan kaidah hukum. Menurut Bruggink, ada tiga faktor yang menjadi parameter sebuah produk hukum dapat berlaku secara baik, yakni mempunyai dasar keberlakuan yuridis, sosiologis, dan filosofis. Keberlakuan yuridis atau normatif suatu peraturan atau kaidah jika kaidah itu merupakan bagian dari suatu kaidah hukum tertentu yang di dalam kaidah-kaidah hukum tersebut saling menunjuk yang satu terhadap yang lain. Sistem kaidah hukum yang demikian terdiri atas suatu keseluruhan hierarki kaidah hukum khusus yang bertumpu pada kaidah hukum umum. Di dalamnya kaidah hukum khusus yang lebih rendah diderivasi dari kaidah hukum yang lebih tinggi. Sementara itu, keberlakuan empiris /sosiologis berhubungan dengan situasi ketika para warga masyarakat mematuhi hukum di mana hukum itu diberlakukan. Keberlakuan filosofis/evaluatif berkaitan dengan keharusan peraturan hukum mencerminkan sistem nilai, baik sebagai sarana yang melindungi nilai-nilai maupun sebagai sarana mewujudkannya dalam tingkah laku masyarakat.⁴⁷

Suatu kaidah hukum haruslah mengandung tiga aspek tersebut. Jika kaidah hukum berlaku secara yuridis saja maka hanya merupakan hukum mati, sedangkan apabila hanya berlaku dari aspek sosiologis saja –dalam artian paksaan– maka kaidah hukum tersebut tidak lebih dari sekedar alat

⁴⁷ J.J.H.Bruggink, *Refleksi tentang Hukum*, Alih bahasa oleh Arief Sidharta, Citra Aditya Bahkti, Bandung, 1996, h. 142-152.

pemaksa. Apabila kaidah hukum hanya memenuhi syarat filosofis saja, maka kaidah hukum tersebut tidak lebih dari kaidah hukum yang dicita-citakan. Apabila ditelaah lebih mendalam, agar supaya berfungsi, maka suatu kaedah hukum harus memenuhi ketiga macam unsur tersebut. Jika tidak terpenuhinya salah satu unsur tersebut maka hukum tidak akan berfungsi seperti yang dikehendaki oleh hukum itu sendiri.

Menurut Aristoteles, Negara merupakan sebuah komunitas sempurna. Oleh karena itu, apa yang baik bagi seseorang dalam keluarga, kiranya dapat menjadi baik pula jika diterapkan di dalam pemerintahan sebuah negara. Wewenang seorang kepala keluarga dalam memaksakan keberlakuan hukum pada seluruh anggota keluarganya dapat dijadikan analogi untuk wewenang seorang kepala negara dalam memaksakan keberlakuan hukum pada seluruh warga negaranya.⁴⁸

Dengan demikian dapat dipahami bahwa keberlakuan hukum memerlukan sebuah otoritas atau kewibawaan. Curtis menjelaskan bahwa seandainya hakikat imperatif hukum diberlakukan dalam term-term konkrit, keberlakuannya bukan sekedar merupakan nasehat yang dapat “memagari” aktivitas suatu perbuatan manusia, keberlakuan tersebut justru merupakan pengakuan secara sadar dan spesifikasi lembaga atas pembatasan alamiah terhadap setiap kegiatan yang dilakukan manusia dalam kehidupan nyata.⁴⁹

Thomas Aquinas berpendapat bahwa sebuah hukum berlaku dengan cara dipaksakan seperti halnya pada saat kita mengukur panjang atau berat sesuatu

⁴⁸ Lihat pendapat Aristoteles dalam E. Sumaryono, *Etika dan Hukum; Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Kanisius, Yogyakarta, 2002, h. 71.

⁴⁹ Lihat pendapat Michael Curtis dalam *Ibid*.

dengan menggunakan alat pengukur yang sudah baku. Demikian pula suatu aturan diberlakukan “secara paksa” pada hal-hal yang diatur. Oleh karenanya, supaya suatu hukum memiliki kekuatan mengikat, maka hukum harus diberlakukan bagi manusia atau subjek pengaturan. Pemberlakuan hukum semacam ini dilaksanakan melalui promulgasi atau pengundangan.⁵⁰

Hukum yang benar disusun untuk tercapainya kebaikan umum dan usaha untuk mengerahkan segala sesuatu pada kebaikan umum itu menjadi kewajiban, baik masyarakat secara keseluruhan maupun seseorang yang ditunjuk menjadi wakil anggota masyarakat. Oleh karena itu, penyusunan dan pembuatan hukum menjadi tugas masyarakat secara keseluruhan atau menjadi tugas seorang individu yang ditugaskan untuk mengelola seluruh komunitas. Dengan demikian, hukum merupakan sarana penataan yang bersifat otoritatif.

Term keberlakuan (*gelding*) berkaitan erat dengan term keabsahan (*geldigheid, validitas*) sehingga sering dipersamakan. Padahal keduanya berbeda secara prinsip, di mana keabsahan berbasis logika dan merupakan bagian dari proses keberlakuan. Keabsahan merupakan prasyarat untuk adanya keberlakuan. Uraian tentang Keberlakuan Hukum diarahkan pada upaya untuk mengetahui daya kerja hukum. Sebab, dipahami bahwa hukum sebagai suatu sistem memiliki daya kerja, yaitu untuk mewujudkan ide dasar yang melatari pembentukannya.

Dalam garis besarnya, keberlakuan hukum didasarkan pada 3 (tiga) anggapan, yaitu:

⁵⁰ *Ibid.*

1. Kaidah hukum berlaku secara yuridis, yakni jika ketentuannya didasarkan pada kaidah yang lebih tinggi, atau jika dibentuk berdasarkan cara yang telah ditetapkan, atau jika menunjukkan hubungan keharusan antara suatu kondisi dan akibatnya.
2. Kaidah hukum berlaku secara sosiologis, jika kaidah hukum tersebut dipaksakan keberlakuannya, atau kaidah hukum tersebut diterima dan diakui oleh masyarakat.
3. Kaidah hukum berlaku secara filosofis, jika kaidah hukum tersebut sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi.

Dalam menguraikan Keberlakuan Hukum, **Bruggink** menegaskan bahwa jika perkataan “keberlakuan” digunakan, maka perkataan itu, mengingat konteks yang di dalamnya perkataan itu digunakan, dapat mempunyai berbagai arti. Di dalam arti-arti itu, maka arti *empiris* atau *normative* atau *evaluative* menempati kedudukan sentral.⁵¹

Pandangan ini menggambarkan bahwa tataran keberlakuan ada 3 (tiga), yaitu keberlakuan empiris, keberlakuan normative, dan keberlakuan evaluative. Namun demikian, pembagian ini tidaklah dimaksudkan bahwa pada keberlakuan normative hanya termasuk proposisi normative, atau keberlakuan evaluative hanya memuat proposisi evaluatif. Pada pengertian-pengertian keberlakuan ini, proposisi-proposisi lainnya dapat memainkan peran penting.

Pembagian keberlakuan hukum yang lain dikemukakan oleh Ulrich Klug sebagai berikut:

⁵¹ J.J. H. Bruggink, *Op.Cit.*, h. 147.

1. Keberlakuan yuridis, yakni positifitas kaidah hukum.
2. Keberlakuan etis, jika kaidah hukum mempunyai sifat mewajibkan.
3. Keberlakuan ideal, jika kaidah hukum didasarkan pada kaidah moral yang lebih tinggi.
4. Keberlakuan riil, jika kaidah hukum dijadikan dasar bertingkah laku.
5. Keberlakuan ontologism, jika kaidah hukum berdasar kaidah pembentukan.
6. Keberlakuan sosio-relatif, jika kaidah hukum hanya bersifat pelengkap.
7. Keberlakuan dekoratif, jika kaidah hukum hanya berfungsi sebagai lambing.
8. Keberlakuan estetis, jika kaidah hukum bersifat elegan.
9. Keberlakuan logical, jika kaidah hukum tidak mengidap konflik internal.⁵²

Jika dicermati lebih mendalam, sebenarnya keberlakuan hukum secara faktual menunjuk pada efektifitas hukum. Dalam arti, hukum mampu mengarahkan perilaku masyarakat, dan inilah sejatinya salah satu sasaran kaidah hukum.

Sementara itu, keberlakuan normatif merujuk pada konsep hukum sebagai suatu sistem. Bahwa kaidah hukum sebagai suatu sistem terdiri dari kaidah-kaidah yang saling menunjuk yang satu terhadap yang lainnya. Sistem kaidah hukum ini terdiri dari suatu keseluruhan hierarki kaidah hukum khusus yang bertumpu pada kaidah-kaidah hukum umum.

Adapun dalam hal keberlakuan evaluatif, maka fokusnya pada nilai yang dikandung kaidah hukum. Dalam arti, masyarakat memandang suatu kaidah hukum berdasarkan isinya mengandung nilai penting. Di sini tiap orang merasa

⁵²*Ibid*

berkewajiban untuk mematuhi suatu kaidah hukum, yang ia pandang bernilai atau sangat penting dalam kehidupan sosialnya. Keberlakuan ini disebut pula sebagai keberlakuan materiil oleh karena didasarkan pada isi kaidah hukum.

Pandangan lain tentang keberlakuan hukum, dikemukakan oleh Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka yang menyatakan bahwa Keberlakuan Yuridis suatu norma hukum terpenuhi apabila:⁵³

1. Norma hukum mempunyai keberlakuan yuridis, apabila penentuannya berdasarkan kaidah yang lebih tinggi tingkatannya.
2. Suatu norma hukum mempunyai keberlakuan yuridis, apabila norma tersebut terbentuk menurut cara yang telah ditetapkan.
3. Norma hukum berlaku secara yuridis apabila menunjukkan hubungan antara suatu kondisi dengan akibatnya.

Dalam konteks keberlakuan hukum, perlu pula dicermati legitimasinya, yaitu suatu norma mendapatkan legitimasi apabila memenuhi 4 (empat) komponen, yakni:

1. Determinasi, yang merujuk pada kejelasan.
2. Validasi simbolik, yang merujuk pada prosedur atau kepentingan.
3. Koherensi, yang merujuk pada prinsip-prinsip rasional.
4. Ketaatan, yang merujuk kaidah sekunder sebagai penafsir kaidah primernya.

⁵³ Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Sendi-sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum*, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993. h. 11.

6. Metode Penelitian

6.1. Tipe Penelitian

Tipe penelitian dalam proposal ini yaitu menggunakan penelitian hukum atau *legal research*. Penelitian hukum dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi.⁵⁴

6.2. Pendekatan Penelitian

Penelitian hukum ini dilakukan melalui beberapa pendekatan. Pendekatan-pendekatan yang dapat digunakan adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).⁵⁵

Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani. Bagi penelitian untuk kegiatan praktis, diperlukan dalam mempelajari konsistensi dan kesesuaian antara suatu undang-undang dengan undang-undang lainnya atau antara undang-undang dan Undang-Undang Dasar atau antara regulasi dan undang-undang. Hasil dari telaah tersebut merupakan suatu argumen untuk memecahkan isu yang dihadapi.⁵⁶ Oleh karena itu, hal ini sejalan dengan penelitian penulis, dimana penulis menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dengan maksud untuk meneliti adakah kriteria hukum yang dapat ditarik secara umum dalam pembentukan Perpu berdasarkan Perpu-Perpu yang telah lahir selama kurun waktu

⁵⁴Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011, h. 35

⁵⁵*Ibid*, h. 93.

⁵⁶ Di kutip dari materi kuliah Prof. Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum.7.Pendekatan*. 2014.

10 tahun terakhir. Hal ini dilakukan untuk membatasi subjektivitas pemerintah dalam membentuk Perpu. Sehingga dengan begitu maka penulis mampu memberikan preskripsi tentang isu hukum yang dikaji.

Mengingat kajian dalam penelitian ini sangat sarat dengan doktrin-doktrin dan pandangan-pandangan dalam ilmu hukum maka, pendekatan yang digunakan juga adalah pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan konseptual beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Dengan mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin di dalam ilmu hukum, peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan azas-azas hukum yang relevan dengan isu yang dihadapi. Pemahaman akan pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin tersebut merupakan sandaran bagi peneliti dalam membangun suatu argumentasi hukum dalam memecahkan isu yang dihadapi.⁵⁷

6.3. Bahan Penelitian

Sumber-sumber penelitian hukum dapat berupa bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Dalam penelitian ini akan menggunakan kedua sumber penelitian yaitu baik bahan hukum primer maupun sekunder.

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif atau artinya mempunyai otoritas.⁵⁸ Bahan-bahan hukum primer yang penulis gunakan terdiri dari perundang-undangan, yaitu sebagai berikut:

⁵⁷ *Ibid*

⁵⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.*, h. 141.

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
2. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan
3. Peraturan Presiden Nomor 68 Tahun 2005 Tentang Tata Cara Mempersiapkan Rancangan Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah, dan Rancangan Peraturan Presiden.

Perpu-Perpu yang telah lahir juga akan menjadi bahan hukum primer dalam penelitian ini sebab dari Perpu yang telah lahir itulah penulis akan merumuskan kriteria hukum yang dapat ditentukan dalam pembentukan Perpu.

Sedangkan bahan hukum sekunder yang digunakan berupa buku-buku dan jurnal hukum terkait dengan isu hukum penelitian ini. Terutama buku-buku mengenai teori perundang-undangan, teori kekuasaan pemerintahan, pembentukan dan keberlakuan Perpu atau jurnal tentang Perpu.

6.4. Pengumpulan Bahan

Pengumpulan bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah menggunakan metode studi literatur yang dilakukan untuk mendapatkan bahan hukum primer maupun sekunder sesuai dengan pendekatan yang digunakan. Bahan-bahan yang relevan dengan isu hukum terkait paradigma hukum keberlakuan Perpu berdasarkan pendekatan perundang-undangan yaitu UUDNRI 1945, UU yang terkait dan Perpu yang telah ada. Sedangkan bahan sekunder yang digunakan adalah buku dan jurnal yang ada kaitannya dengan teori perundang-

undangan, teori kekuasaan pemerintahan, pembentukan dan keberlakuan Perpu atau jurnal tentang Perpu dan lainnya.

Sedangkan berdasarkan pendekatan konseptual, maka bahan yang dikumpulkan terkait dengan konsep atau doktrin-doktrin mengenai perundang-undangan, kekuasaan pemerintahan, pembentukan dan keberlakuan Perpu.

6.5. Pengolahan dan Analisa Bahan Hukum

Keseluruhan bahan-bahan hukum yang telah dikumpulkan dan diinventarisasi tersebut kemudian akan diolah dan dianalisis secara mendalam sehingga diperoleh ratio legis mengenai persoalan hukum yang diteliti. Bahan hukum primer maupun sekunder yang telah disinkronisasi secara sistematis kemudian dikaji lebih lanjut berdasarkan teori-teori hukum yang ada sehingga diperoleh rumusan ilmiah untuk menjawab persoalan hukum yang dibahas dalam penelitian hukum ini.

7. Sistematika Penulisan

Penelitian tesis akan disusun dalam 4 Bab, dimana susunan bab tersebut terdiri dari 2 bab pembahasan atas masalah yang diteliti, dan 2 bab lainnya merupakan bab pendahuluan dan penutup. Secara keseluruhan dari bab tersebut tersusun sebagai berikut:

Bab 1 merupakan bab Pendahuluan, memuat tentang Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Kerangka Teoritis (terdiri dari Teori Perundang-Undangan, Pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Teori Penjenjangan Norma), Metode Penelitian (terdiri dari Tipe Penelitian, Pendekatan Penelitian, Bahan Penelitian,

Pengumpulan Bahan Hukum, Pengolahan dan Analisa Bahan Hukum, dan Sistematika Penelitian).

Bab 2 membahas Kriteria Hukum Pembentukan PERPU. Pembahasan ini akan menjelaskan (i) konsep hukum pembentukan Perpu; dasar hukum pembentukan Perpu, hakikat Perpu sebagai suatu peraturan perundang-undangan, (ii) pertimbangan hukum pembentukan Perpu untuk membatasi subjektifitas pemerintah dalam pembentukan Perpu, (iii) pembentukan Perpu dalam menjawab kesenjangan hukum.

Bab 3 membahas Dasar Keberlakuan Perpu untuk Menjamin Terwujudnya Kepastian Hukum dan Kemanfaatan Hukum. Pembahasan ini akan menguraikan tentang (i) validitas norma Perpu, (ii) keberlakuan perpu dalam menjamin kepastian hukum dan kemanfaatan hukum, (iii) akibat hukum keberlakuan Perpu.

Bab 4 Penutup berisi simpulan dan saran berupa rekomendasi.