

BAB II

LANDASAN TEORI DAN KERANGKA KONSEP

A. Landasan Teori

1. Teori Hukum Responsif

Hukum responsif merupakan teori hukum yang sangat representatif dengan tuntutan jaman dimana untuk menemukan suatu regulasi yang sesuai pada kondisi masyarakat sekarang khususnya di Indonesia, dibutuhkan regulasi yang diciptakan humanis terhadap masyarakat, apalagi kaitanya dengan suatu produk hukum daerah yang memiliki karakteristik daerah yang berbeda-beda.

Hukum responsif itu sendiri merupakan pendapat yang dikeluarkan oleh Nonet Selznick di tengah kritik pedas Neomarxis, terhadap liberal legalisme yaitu mengandaikan hukum sebagai institusi mandiri dengan sistem peraturan dan prosedur yang obyektif, tidak memihak dan benar-benar otonom. Hukum pada dasarnya adalah sebuah alat bagi manusia, ia merupakan instrumen untuk melayani kebutuhan manusia. Dalam makna ini, isolasi sistem hukum dari berbagai institusi sosial sekitarnya justru berdampak buruk, dari sisi kebutuhan manusia itu sendiri, bukan lagi melayani manusia.

Hukum dalam bingkai rasional liberalisme adalah sebagai benteng perlindungan bagi si kaya dan si penguasa. Bingkai ini adalah sebagai pegangan kuat bagi *rule of law*. Menurut neo arxis bahwa *rule of law* dianggap tidak mampu menguasai isu-isu mendesak mengenai keadaan sosial, dan lebih parah lagi bahwa *rule of law* adalah musuh bagi keadilan sosial. Di tengah rangkaian kritik atas realitas kritis otoritas hukum ini, melahirkan Nonet Selznick yang mengajarkan model hukum responsif.⁵³

Teori Hukum responsif ini dikembangkan melalui bukunya yang berjudul *Law And Society In Transition: Toward Responsive Law* yang diterbitkan oleh Harper and Row pada tahun 1978. Dalam perspektif hukum responsif, hukum yang baik merupakan hukum yang bukan hanya menawarkan keadilan prosedural, tetapi juga

⁵³ Bernart L. Tanya, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, CV Kita, Surabaya, 2007, hlm. 227-228. *commit to user*

lebih dari itu, seperti hukum berkompeten dan adil, serta mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen bagi tercapainya keadilan substantif.⁵⁴

Hukum responsif merupakan respon terhadap tipe hukum represif dan teori hukum otonom. Hukum represif, hukum otonom dan hukum responsif dapat dipahami sebagai respon terhadap dilema yang ada antara integritas dan keterbukaan. Hukum yang represif ditandai dengan adaptasi yang pasif dan oportunistik dari institusi-institusi hukum terhadap lingkungan sosial dan politik. Sehingga, tipe hukum represif merupakan suatu hukum yang mempunyai karakter sebagai berikut, yaitu:

- a. Institusi hukum, secara langsung dapat diakses oleh kekuatan politik, hukum di identifikasikan sama dengan negara dan ditempatkan dibawah tujuan negara (*raison d'etat*) khususnya negara Indonesia;
- b. Langgengnya sebuah otoritas merupakan urusan yang paling penting dalam administrasi hukum, dimana dalam perspektif resmi yang terbangun, manfaat dari keraguan masuk kesistem, dan kenyamanan administratif menjadi titik berat perhatian;
- c. Lembaga-lembaga kontrol yang terspesialisasi, seperti polisi, menjadi pusat-pusat kekuasaan yang independen, mereka terisolasi dari konteks sosial yang berfungsi memperlunak, serta mampu menolak otoritas politik;
- d. Sebuah rezim hukum berganda (*dual law*) melembagakan keadilan berdasarkan kelas dengan cara mengkonsolidasikan dan melegitimasi pola-pola subordinasi sosial;
- e. Hukum pidana merefleksikan nilai-nilai dominan, moralisme hukum yang akan menang.⁵⁵

⁵⁴ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif*, Nusa Media, Bandung, 2015. hlm. 84.

⁵⁵ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif Pilihan di Masa Transisi*, Huma, Jakarta, 2003. hlm. 26.

Teori hukum responsif ini lahir pada tahun 1950-an dimana Amerika Serikat pada saat itu dilanda masalah-masalah sosial seperti protes massal, kemiskinan, kejahatan, pencemaran lingkungan, kerusuhan kaum urban, dan penyalahgunaan kekuasaan dan hukum saat itu tidak dapat mengatasi masalah-masalah tersebut, maka Nonet-Selznick mengajukan model hukum responsif di tengah rangkaian kritik atas realitas krisis otoritas hukum itu. Perubahan sosial dan keadilan sosial membutuhkan tatanan hukum yang responsif. Kebutuhan ini sesungguhnya telah menjadi tema utama dari tema utama dari semua ahli yang sepaham dengan semangat fungsional, pragmatis, dan semangat purposif berorientasikan tujuan, seperti Roscoe Pound, para penganut paham realisme hukum dan kritikus-kritikus kontemporer.⁵⁶

Hukum responsif merupakan tipe hukum yang berusaha untuk mengatasi ketegangan atau permasalahan yang terdapat didalam tipe hukum represif maupun hukum otonom. Dimana juga hukum responsif merupakan hukum yang mencerminkan rasa keadilan dan memenuhi harapan masyarakat. Partisipasi penuh kelompok-kelompok sosial atau individu di dalam masyarakat merupakan peran besar proses pembuatannya.⁵⁷ Dengan kata lain, hukum responsif memberikan perluasan bagi partisipasi hukum yang bukan hanya mengembangkan nilai demokratik dan tatanan hukum.

Mencari nilai-nilai tersirat yang terdapat dalam peraturan dan kebijakan merupakan kekhasan hukum responsif. Misalnya saja yang lazim untuk hal ini adalah doktrin "*due process*". Sebagai doktrin konstitusional "*due process*" mungkin hanya dipahami sebagai nama untuk serangkaian peraturan, yang dipaparkan secara historis, yang melindungi hak-hak atas pemberitahuan (*right of notice*), untuk didengar dalam persidangan, peradilan dengan sistem juri, dan hal lain semacamnya. Dapat kita lihat hukum responsif mendorong dan mengembangkan kesopanan dalam dua cara pokok yaitu:

⁵⁶ <https://id.scribd.com/doc/241982471/Makalah-Teori-Hukum-Responsif-doc>, diakses pada 19 Oktober 2018, jam 06.04 WIB.

⁵⁷ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum Di Indonesia*, Edisi Revisi, Ctk. Ketiga, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, hlm. 31.

- a. Dalam moralitas komunal mengatasi kondisi sempitnya pandangan. Otoritas tujuan yang tumbuh cenderung mengurangi preskripsi dan simbolisme. Kebiasaan dan moralitas, sejauh moralitas dan kebiasaan ini mengklaim otoritas hukum, harus dijustifikasi oleh suatu penilaian rasional mengenai pengorbanan dan manfaat hal tersebut merupakan tuntutan dalam hukum responsif. Salah satu akibatnya adalah tekanan untuk mendeskriminilisasi pelanggaran-pelanggaran terhadap nilai-nilai moral yang berlaku. Tatanan hukum lalu lebih beradab, atau tepatnya bahwa tatanan tersebut menjadi lebih santun, lebih menerima keragaman budaya, tidak terlalu mudah menjadi kejam terhadap hal-hal yang menyimpang dan eksentrik. Hal ini tidak lantas berarti bahwa hukum melepaskan diri dari konsensus moral masyarakat. Ia hanya lebih menemukan konsensus di dalam aspirasi-aspirasi yang umum daripada di dalam norma perilaku yang spesifik, ia berusaha mengklarifikasi nilai-nilai yang dipertaruhkan dalam tatanan moral, sehingga akan membebaskan budaya dan tafsiran-tafsiran sempitnya.
- b. Suatu pendekatan yang berpusat pada masalah (*problem centered*) dan yang integratif secara social yaitu mendorong suatu pendekatan baru terhadap krisis-krisis ketertiban umum. Rekonstruksi hubungan sosial dianggap sebagai sumber utama untuk mencapai ketertiban umum ini menurut hukum responsif. Dengan kata lain, hukum responsif dapat lebih siap mengadopsi “paradigma politik” dalam mengintrepetasikan ketidaktertiban dan ketidakpatuhan. Paradigma tersebut menggunakan suatu model pluralistik dari struktur kelompok di dalam masyarakat, dan karenanya menekankan realitas dan meneguhkan legitimasi konflik sosial. Ketidakpatuhan mungkin dapat dilihat sebagai perbedaan pendapat, dan penyimpangan sebagai munculnya suatu gaya hidup baru, kerusuhan tidak dianggap sebagai aksi massa yang tidak masuk akal atau sekedar merusak namun dipuji karena

relevansinya sebagai proses sosial. Dengan jalan ini, seni negosiasi, diskusi, dan kompromi secara politis dan juga sopan ikut dilibatkan.⁵⁸

Dengan menggunakan hukum responsif ini pengujian Peraturan Daerah dapat memenuhi hukum yang mencerminkan rasa keadilan mungkin lebih dari sekedar keadilan dan memenuhi harapan masyarakat, apalagi kita dapat lihat Peraturan Daerah merupakan instrumen daerah yang melekat pada masyarakat setempat, dengan mencari nilai-nilai yang terdapat dalam peraturan dan kebijakan dimana sesuai harapan masyarakat.

Jika kita melihat dalam tatanan hukum responsif, maka hukum responsif ini menekankan pada:

- a. Keadilan substantif;
- b. Merupakan subordinasi dari prinsip kebijakan;
- c. Tujuan hukum harus berorientasi pada kemaslahatan hukum;
- d. Pengambilan keputusan hukum berorientasi pada tujuan;
- e. Memupuk sistem kewajiban daripada paksaan;
- f. Moralitas kerjasama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum;
- g. Kekuasaan didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat⁵⁹.

Jika kita melihat konsep hukum responsif maka hukum bergerak dan berubah seiring dengan perubahan zaman dan perilaku manusia. Dan ia berubah dengan bersamaan dengan perubahan sosial politik dan budaya, dengan demikian hukum bersifat dinamis. Meskipun hukum (publik) bersifat dinamis (dapat mengikuti perubahan zaman dan budaya), hal ini tidak menjadi masalah besar karena mereka mempunyai central yang sama, yaitu bersifat *antroposentris* (berpusat pada manusia).

2. Teori Pengujian Norma Hukum.

Terhadap konflik norma hukum dapat dilakukan pengujian. Secara terminologi pengujian dapat dipadankan dengan kata *toetsingrecht* yang dipergunakan di negara-negara yang menganut sistem *civil law*.

⁵⁸ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *loc. cit.*

⁵⁹ Bernard L. Tanya, *op. cit.*, hlm 240-241.

Sedangkan *review* digunakan di negara-negara yang menganut sistem *common law*.

King Faisal Sulaeman berpendapat hak menguji (*toetsingrecht*) sering dirancukan dengan istilah *judicial review*. Kedua istilah tersebut mempunyai pengertian yang berbeda meskipun secara substansi memiliki kesamaan yaitu perlindungan hak-hak konstitusional warga negara. Secara umum, hak menguji (*toetsingrecht*) lebih luas dari *judicial review* dan *constitutional review*. Hak menguji (*toetsingrecht*) merupakan hak menguji peraturan perundang-undangan yang diberikan baik kepada kekuasaan yudikatif, legislatif maupun eksekutif. Hak menguji tersebut didasarkan kepada organ pengujinya.⁶⁰ Sedangkan *judicial review* merupakan pengujian yang diberikan kepada lembaga yudisial (hakim).

Dengan demikian, maka dapat ditarik perbedaan antara *toetsingrecht* dengan *judicial review*. Perbedaan tersebut adalah:

- 1) Hak menguji (*toetsingsrecht*) merupakan kewenangan untuk menguji peraturan perundang-undangan terhadap Undang-Undang Dasar, sedangkan *judicial review* tidak hanya menguji peraturan perundang-undangan tetapi juga *administrative action* terhadap Undang-Undang Dasar;
- 2) Hak menguji (*toetsingrecht*) terkait peraturan perundang-undangan tidak hanya dipunyai hakim, tetapi juga lembaga negara lain yang diberi kewenangan tersebut berdasarkan peraturan perundang-undangan, sedangkan dalam kasus konkret di Pengadilan, *judicial review* hanya merupakan kewenangan dari hakim pengadilan.⁶¹

Pengujian terhadap norma hukum ini bisa dilaksanakan melalui cara biasa yaitu dengan cara mengeluarkan norma hukum (peraturan perundang-undangan) baru dan dengan cara luar biasa yaitu cara ini

⁶⁰ King Faisal Sulaeman, *op. cit.*, hlm. 104-105.

⁶¹ Fatmawati., *Hak Menguji (Toetsingrecht) Yang Dimiliki Hakim Dalam Sistem Hukum Indonesia*, Rajagrafindo, Jakarta, 2006. *commit to user*

biasanya dilakukan dengan cara penunjukan organ tersendiri melalui konstitusi seperti halnya melalui *judicial review*.⁶²

Secara teoritis, pengujian terhadap norma hukum dapat dibagi menjadi dua, yaitu:

- a. Hak menguji formal (*formal toetsingrecht*) adalah wewenang menilai, apakah seperti Undang-Undang atau Peraturan Daerah yang merupakan suatu produk legislatif, misalnya dalam prosedur sebagaimana telah ditentukan dalam peraturan yang berlaku ataukah tidak. Jika dilihat dari pengertian hak menguji formil diatas, maka terlihat jelas jika yang dinilai atau diuji adalah tata cara (prosedur) pembentukan suatu peraturan perundang-undangan, apakah sudah sesuai atau tidak dengan apa yang telah ditentukan atau digariskan dalam peraturan;
- b. Hak menguji material (*materiel toetsingrecht*) yakni wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah peraturan perundang-undangan tersebut dalam hal isi sudah sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, dan apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan.⁶³ Jika digaris bawahi hak menguji material ini berkenaan dengan suatu peraturan dalam hubungannya dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya.⁶⁴

Dengan mengacu kepada pengertian hak menguji (*toetsingrecht*) maka pengujian terhadap norma hukum dapat dilakukan melalui tiga cara yaitu: (1) pengujian yang dilakukan oleh eksekutif (*executive review*); (2) pengujian yang dilakukan oleh legislatif (*legislative review*); dan (3) pengujian yang dilakukan oleh yudisial (*judicial review*). Jika pengujian

⁶² *Ibid.* hlm. 104.

⁶³ Jazim Hamidi, dkk, *Optik Hukum Peraturan Daerah Bermasalah: Menggagas Peraturan Daerah Yang Responsif Dan Berkesinambungan*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2011, hlm. 106.

⁶⁴ *Ibid.* hlm. 97.

terhadap norma hukum dilakukan oleh pemerintah maka disebut dengan istilah *executive review*. Jika kewenangan menguji diberikan kepada lembaga legislatif atau parlemen dapat dikatakan sebagai *legislative review*. Sedangkan jika hak uji diberikan kepada hakim maka disebut dengan *judicial review*.⁶⁵

Ada tiga pengujian terhadap norma hukum, yaitu (1) pengujian yang dilakukan badan peradilan (*judicial review*); (2) pengujian oleh badan yang sifatnya politik (*political review*); dan (3) pengujian yang dilakukan pejabat atau badan administrasi negara (*administrative review*).⁶⁶

Makna “*judicial review*” Pengujian terhadap Peraturan Daerah tersebut yang dilakukan terhadap Mahkamah Agung sebagaimana yang telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi tersebut dengan mengembalikan pengujian terhadap Peraturan Daerah, hanya pada tingkat uji normanya saja, padahal kita ketahui banyak muatan-muatan materi Peraturan Daerah yang bermasalah, untuk itu pengujian ini tentunya tidak hanya pada formalnya saja, tetapi pada materinya.

Disebut sebagai *judicial review* jika pengujian itu dilakukan terhadap norma hukum yang bersifat abstrak dan umum (*general dan abstract norms*) secara “*a posteriori*”. Disebut *judicial preview* jika pengujian itu bersifat “*a priori*”, yaitu terhadap rancangan undang-undang yang telah disahkan oleh parlemen tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya. Jika ukuran pengujian itu dilakukan dengan menggunakan konstitusi sebagai alat pengukur, maka kegiatan pengujian semacam itu disebut sebagai “*constitutional review*” atau pengujian konstitusional yaitu

⁶⁵ Menurut Jimly Asshidiqqie, pengujian norma hukum oleh hakim masih dibedakan menjadi dua, yaitu *judicial review* dan *judicial preview*. Yang dimaksud dengan *judicial review* jika yang diuji adalah norma hukum yang bersifat abstrak dan umum (*general and abstract norm*) secara *a priori*. Sedangkan jika pengujian itu bersifat *a priori*, yaitu terhadap rancangan undang-undang yang telah disahkan oleh parlemen atau legislatif, tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya, maka namanya adalah *judicial preview*. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 6.

⁶⁶ Umbu Rauta, *Konstitusionalitas Pengujian Peraturan Daerah*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2016. hlm. 77.

pengujian konstitusional yang dikaji dari norma hukumnya (*judicial review on the constitutionality of law*).⁶⁷

Namun, jika norma yang diuji itu menggunakan Undang-undang sebagai batu ujinya, misalnya Mahkamah Agung yang berwenang menguji peraturan perundang-undang dibawah undang-undang terhadap undang-undang, maka pengujian ini tidak dapat disebut sebagai *constitutional review* melainkan *judicial review on the legality of legislation*. Itu itu harus dibedakan upaya pengujian legalitas (*legal review*). Di samping itu harus normanya bersifat umum dan abstrak (*general and abstract*), berarti normanya yang diuji adalah produk *regeling*. Akan tetapi kalau norma hukum yang diuji itu bersifat kongkrit dan individual, maka *judicial review* masuk kedalam ruang lingkup peradilan tata usaha negara.⁶⁸

Kewenangan Mahkamah Agung untuk melakukan pengujian perundang-undangan baik secara materiil yaitu substansi pengaturan maupun secara formil yaitu terhadap proses pembentukan peraturan perundang-undangan, selain itu uraian tersebut juga menjelaskan tentang acuan pengujian perundang-undangan yang dalam Pasal 11 ayat (2) huruf b hanya disebutkan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, maka hak tersebut memperluas cangkupan pengujian. Hal ini perlu karena terdapat beberapa bentuk perundang-undangan di bawah undang-undang dan bisa jadi ketentuannya tidak selalu mengacu secara langsung atau pertentangannya tidak pada undang-undang.⁶⁹

Hak uji materiil peraturan perundang-undangan oleh Mahkamah Agung ini pernah dilakukan penelitian dalam tesis Franscisca Widiastuti dari Universitas Gajah Mada Tahun 2005, dimana dalam saran:

- a. Pelaksanaan hak uji materiil sebaiknya dibuat dalam bentuk undang-undang, meskipun dalam Undang-Undang Dasar 1945 telah memuat

⁶⁷ Jimly Asshiddiqie, *op. cit.*, hlm. 7

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ M. Nur Solokin, "Perbaikan Prosedur Pengujian Peraturan Perundang-undangan Di Mahkamah Agung", Artikel pada Jurnal *hukum dan peradilan*, Vol. 3. No. 2, 2014. hlm 154.

secara jelas pembagian wewenang kepada Mahkamah Agung, tetapi harus ada peraturan pelaksana berupa undang-undang.

- b. Pengujian yang dilakukan Mahkamah Agung haruslah sedemikian rupa ditunjang dengan argumen ilmiah dan bukan sekedar argumen yang dilandaskan oleh kepentingan praktis semata serta dihubungkan dengan teori-teori peraturan perundang-undangan sehingga akan tercipta ketertiban hukum antara perundang-undangan yang satu dengan peraturan perundang-undangan yang lainnya.⁷⁰

3. Teori Desentralisasi

Negara kesatuan merupakan negara yang tidak tersusun dari beberapa negara, tetapi hanya terdiri atas satu negara, maka tidak ada negara didalam negara, begitupula dengan pemerintahanya hanya ada satu pemerintahan, yaitu pemerintahan pusat yang mempunyai kekuasaan dan wewenang tertinggi dalam bidang pemerintahan negara, menetapkan kebijaksanaan pemerintahan dan melaksanakan pemerintahan yang baik dipusat maupun didaerah-daerah.⁷¹ Dalam perkembangannya lebih lanjut di beberapa negara telah dilaksanakan azas desentralisasi (penyerahan urusan dari pemerintah pusat ke arah otonom) untuk menjadi urusan rumah daerah otonom itu. Pelaksanaan azas desentralisasi ini melahirkan daerah-daerah otonom. Daerah otonom dapat mengatur rumah tangganya sendiri sesuai dengan hukum positif.⁷²

Maka dari itu membicarakan desentralisasi tentunya tidak dapat dipisahkan mengenai bentuk negara kesatuan merupakan negara yang hanya ada satu negara, dan tidak ada negara di dalam negara, dan

⁷⁰ Francisca Widiastuti, "Hak Uji materiil Peraturan Perundang-undangan Di Bawah Undang-undang Oleh Mahkamah Agung", artikel pada *Tesis Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada*, 2005, hlm 83-84.

⁷¹ Rusdianto Sesung, *Hukum Otonomi Daerah Negara Kesatuan, Daerah Istimewa, dan Daerah Otonomi Khusus*, Ctk. Kedua, Bandung, PT. Refika Aditama, 2013, hlm. 10-11.

⁷² *Ibid.*

didalamnya 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.⁷³

Oleh sebab itu, negara kesatuan dapat dibedakan menjadi dua bentuk yaitu: pertama, segala sesuatu dalam negara itu langsung dan di urus oleh pemerintah pusat yang disebut negara kesatuan dengan konsep sentralisasi, sedangkan daerah-daerah hanya tinggal melaksanakannya saja. dan kedua, negara kesatuan dengan sistem desentralisasi, yaitu daerah diberi kesempatan dan kekuasaan untuk mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri (otonomi daerah) yang dinamakan daerah otonom.⁷⁴

Sementara itu menurut Fred Iswara negara kesatuan yang dimaksud dengan konsep sentralisasi adalah seluruh kekuasaan dipusatkan pada satu atau beberapa organ pusat, tanpa adanya pembagian kekuasaan antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah. Pemerintah daerah yang ada hanya bagian pemerintahan pusat yang bertindak sebagai wakil-wakil dari pusat untuk menyelenggarakan administrasi setempat.⁷⁵

Desentralisasi berasal dari kata *decentralization* yang asal katanya dari bahasa latin yaitu *decentrum* tetapi jika umum yaitu pelimpahan wewenang dari pemerintah pusat kepada pemerintah daerah. Menurut Irawan Soejito, desentralisasi merupakan pelimpahan kewenangan dari pemerintah (pusat) kepada pihak lain untuk dilaksanakan (pemerintah daerah). Sedangkan Joeniarto mengartikan desentralisasi sebagai memberikan wewenang dari pemerintah negara kepada pemerintah lokal untuk mengatur dan mengurus urusan tertentu sebagai urusan rumah tangga sendiri. Adapun Amrah Muslimin, mengatakan bahwa desentralisasi merupakan pelimpahan wewenang pada badan-badan dan

⁷³ Abu Daud Busroh, *Ilmu Negara*, Bumi Aksara, Jakarta, 1990, hlm. 64.

⁷⁴ Utang Rosidin, *Otonomi Daerah Dan Desentralisasi*, Pustaka Setia, Bandung, 2010, hlm. 86.

⁷⁵ Fred Iswara, *Pengantar Ilmu Politik*, Bina Cipta, Bandung, 1974, hlm. 188.

golongan-golongan dalam masyarakat dalam daerah tertentu untuk mengurus rumah tangganya sendiri.⁷⁶

Sedangkan menurut Riwu Kaho, desentralisasi adalah suatu istilah yang luas dan selalu menyangkut persoalan kekuatan (*power*), biasanya dihubungkan dengan pendelegasian atau penyerahan wewenang dari pemerintah pusat kepada pejabatnya di daerah atau kepada lembaga-lembaga pemerintah di daerah untuk menjalankan urusan-urusan pemerintahan di daerah.⁷⁷

Dengan dianutnya konsep desentralisasi dalam negara kesatuan, setidaknya terdapat empat belas manfaat yang dapat diperoleh baik oleh pemerintah pusat maupun daerah. Keempat belas manfaat tersebut menurut Shabbir Cheema dan Rondeinelli sebagaimana dikutip oleh Ni'matul Huda adalah:

- a. Cara yang ditempuh untuk mengatasi keterbatasan karena perencanaan yang bersifat sentralistik dengan mendelegasikan sejumlah kewenangan terutama dalam perencanaan pembangunan, kepada pejabat di daerah yang bekerja di lapangan dan tahu betul masalah yang dihadapi oleh masyarakat. Dengan desentralisasi maka perencanaan dapat dilakukan sesuai dengan kepentingan masyarakat di daerah yang bersifat *heterogen*;
- b. Sistem yang memotong jalur birokrasi yang rumit serta prosedur yang sangat terstruktur yang menjadi ciri khas perencanaan dan penyelenggaraan (pembangunan) terpusat di negara-negara berkembang yang sebagiannya mengakibatkan konsentrasi kekuasaan, kewenangan dan sumber daya yang berlebihan di pusat pemerintahan di ibukota negara;

⁷⁶ Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Daerah*, Ctk. Kedua, Nusa Media, Bandung. 2010, hlm. 65.

⁷⁷ Riwu Kaho, *Analisa Hubungan Pemerintah Pusat dan Daerah di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 1990, hlm. 3.

- c. Fungsi dan penugasan kepada pejabat di daerah dengan desentralisasi, maka tingkat pemahaman serta sensitivitas terhadap kebutuhan masyarakat daerah akan meningkat. Kontak hubungan yang meningkat antara pejabat dengan masyarakat setempat akan memungkinkan kedua belah pihak untuk memiliki informasi yang lebih baik, sehingga dengan demikian akan mengakibatkan perumusan kebijaksanaan yang lebih realistis dari pemerintah;
- d. Mengakibatkan terjadinya penetrasi yang lebih baik dari pemerintah pusat bagi daerah-daerah terpencil atau sangat jauh dari pusat, dimana seringkali rencana pemerintah tidak dipahami oleh masyarakat setempat atau dihalang oleh elit lokal, dan dimana dukungan terhadap program pemerintah sangat terbatas;
- e. Memungkinkan representasi yang lebih luas dari berbagai kelompok politik, etnis, keagamaan dalam perencanaan pembangunan yang kemudian dapat memperluas kesamaan dalam mengalokasikan sumber daya dan investasi pemerintah;
- f. Meningkatkan kapasitas pemerintahan serta lembaga privat daerah, yang kemudian dapat meningkatkan kemampuan mereka untuk mengambil alih fungsi yang selama ini dijalankan oleh departemen yang ada di pusat;
- g. Meningkatkan efisiensi pemerintahan di pusat dengan tidak lagi pejabat puncak di pusat menjalankan tugas rutin karena hal itu dapat diserahkan kepada pejabat daerah. Dengan demikian, pejabat di pusat dapat menggunakan waktu dan energi mereka untuk melakukan supervisi dan pengawasan terhadap implementasi kebijakan;
- h. Dapat menyediakan struktur dimana berbagai departemen di pusat dapat dikoordinasikan secara efektif bersama dengan pejabat daerah dan sejumlah LSM di berbagai daerah. Provinsi, Kabupaten, dan kota dapat menyediakan basis wilayah koordinasi bagi program pemerintah, khususnya di dunia ke III dimana banyak sekali program pedesaan yang dijalankan;

- i. Dapat melembagakan partisipasi masyarakat dalam perencanaan dan implementasi program melalui struktur pemerintahan yang di desentralisasikan. Struktur seperti itu dapat merupakan wahan bagi pertukaran informasi yang menyangkut kebutuhan masing-masing daerah kemudian secara bersama-sama menyampaikannya kepada pemerintah;
- j. Dapat meningkatkan pengaruh atau pengawasan atas berbagai aktivitas yang dilakukan oleh elit lokal, yang seringkali tidak simpatik dengan program pembangunan nasional dan tidak sensitif terhadap kebutuhan kalangan miskin di pedesaan, melalui penyediaan modal alternatif cara pembuatan kebijakan;
- k. Menghantarkan kepada administrasi pemerintah yang mudah disesuaikan, inovatif dan kreatif. Pemerintah daerah dapat memiliki peluang untuk menguji inovasi, serta bereksperimen dengan kebijakan yang baru di daerah-daerah tertentu tanpa harus menjustifikasinya kepada seluruh wilayah negara. Kalau mereka berhasil maka dapat dicontoh oleh daerah yang lainnya;
- l. Perencanaan dan fungsi manajemen dapat memungkinkan pemimpin di daerah menetapkan pelayanan dan fasilitas secara efektif di tengah-tengah masyarakat, mengintegrasikan daerah-daerah terisolasi, memonitor dan mengevaluasi implementasi proyek pembangunan dengan lebih baik daripada yang dilakukan oleh pejabat di pusat;
- m. Memantapkan stabilitas politik dan kesatuan nasional dengan memberikan peluang kepada berbagai kelompok masyarakat di daerah untuk berpartisipasi secara langsung dalam pembuatan kebijakan, sehingga dengan demikian akan meningkatkan kepentingan mereka di dalam memelihara sistem politik;
- n. Mengurangi pemborosan karena ukuran (yang besar) yang lekat dengan konsentrasi pengambilan keputusan terlebih di ibukota negara, desentralisasi dapat meningkatkan penyediaan pemerintah pusat dan daerah ke tingkat lokal dengan biaya yang lebih rendah, karena hal

itu tidak lagi menjadi beban pemerintah pusat karena sudah diserahkan kepada daerah.⁷⁸

Dengan adanya manfaat sebagaimana telah disebutkan diatas, maka desentralisasi mempunyai dua tujuan, yaitu:

- a. Bertujuan untuk menyalurkan partisipasi politik di tingkat daerah untuk terwujudnya stabilitas politik nasional dimana disebut dengan tujuan politik;
- b. Bertujuan untuk menjamin bahwa pembangunan akan dilaksanakan secara efektif dan efisien di daerah-daerah dalam rangka mewujudkan kesejahteraan sosial yang dinamakan tujuan ekonomis.⁷⁹

Pada hakikatnya desentralisasi dipandang sebagai otonomisasi suatu masyarakat yang berada dalam teori tertentu. Masyarakat berserta wilayahnya yang memiliki di Indonesia disebut daerah otonom. Daerah otonom dalam tradisi Indonesia merupakan kesatuan dan memiliki oronomi daerah, sedangkan otonomi daerah merupakan wewenang untuk membuat kebijakan dan melaksanakan kebijakan berdasarkan prakarsa sendiri. Mengingat terdapatnya variasi kondisi dan potensi masyarakat, maka terjadi keanekaragaman dan pelaksanaan.⁸⁰

Diantutnya desentralisasi dalam organisasi negara tidak berarti ditanggalkannya asas sentralisasi, karena kedua asas tersebut tidak bersifat dikotomis, melainkan kontinum. Tidak mungkin diselenggarakan desentralisasi tanpa sentralisasi. Desentralisasi tanpa sentralisasi akan mengakibatkan disintegrasi. Oleh karena itu otonomi daerah yang pada hakekatnya mengandung kebebasan dan keleluasaan berprakasa memerlukan bimbingan dan pengawasan Pemerintah, sehingga tidak menjelma menjadi kedaulatan. Otonomi daerah dan daerah otonomi

⁷⁸ Ni'matul Huda, *op. cit.*, hlm. 79-83.

⁷⁹ Tjahya Supriatna, *Sistem Administrasi Pemerintahan di Daerah*, Bumi Aksara, Jakarta, 1996, hlm. 21.

⁸⁰ Tim Redaksi Warta Gubernur, "Menuju Keseimbangan Format Otonomi Daerah", *Assosiasi Pemerintah Provinsi Seluruh Indonesia*, artikel pada *Jurnal Otonomi & Pembangunan Daerah Warta Gubernur*, Vol. 3, Tahun 1, 2007, hlm. 25.

adalah ciptaan pemerintah. Namun demikian, hubungan antara daerah otonom dan Pemerintah adalah hubungan antara organisasi.⁸¹

Maka dari itu untuk mensukseskan pembangunan di daerah, diperlukan kewenangan untuk menjalankan otonomi dengan penuh tanggungjawab. Karena itu, hubungan antara pusat dan daerah telah direformasi dengan diberlakukan sistem pemerintah yang desentralistik yang kemudian dimanifestasikan dalam undang-undang tentang Otonomi Daerah.⁸²

Dalam konteks Indonesia, desentralisasi selalu dikaitkan pembentukan daerah otonom atau pemerintahan daerah dan penyerahan urusan pemerintahan dari pusat kepada pemerintah daerah sehingga pemerintah daerah mempunyai kewenangan untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan tersebut. Desentralisasi adalah istilah penting dengan konotasi yang luas. Setiap penyerahan kewenangan dari Pemerintah Pusat dapat tercakup dari pengertian tersebut. Konsep desentralisasi selalu berkaitan dengan kewenangan untuk mengatur dan mengurus kekuasaan yang menjadi domain Pemerintah Pusat yang diserahkan ke daerah.⁸³

Secara teoritik terdapat elemen-elemen dasar yang bersifat generik dalam institusi pemerintahan daerah. Setidaknya terdapat 7 (tujuh) elemen dasar yang membangun entitas pemerintahan daerah yaitu Agar pemerintah daerah mampu melaksanakan otonominya secara optimal yaitu sebagai instrumen menciptakan proses demokratisasi dan instrumen menciptakan kesejahteraan ditingkat lokal, maka harus dipahami secara

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Yeremias T. Keban, "Membangun Kerjasama Antara Pemerintah Daerah Dalam Era Otonom", artikel pada Jurnal *Otonomi & Pembangunan Daerah Warta Gubernur*, Asosiasi Pemerintah Provinsi Seluruh Indonesia Vol. 1, Tahun 1, 2007, hlm 19.

⁸³ Oksep Adhayanto, Yudhanto Satyagraha Adiputra, "Dampak Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Terhadap Peraturan Daerah Di Kabupaten Bintan Tahun 2015 (Studi Peralihan Kewenangan Dibidang Kelautan dan Pertambangan)", Jurnal *Selat*, edisi 4 Vol. 2, No. 2, , hlm. 300.

filosofis elemen-elemen dasar yang membentuk pemerintahan daerah sebagai suatu entitas pemerintahan, yaitu⁸⁴:

- a. Urusan Pemerintahan yaitu “kewenangan daerah untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan yang diserahkan ke daerah. Desentralisasi pada hakekatnya membagi urusan pemerintahan antar tingkatan pemerintahan; pusat mengerjakan apa dan daerah mengerjakan apa.
- b. Kelembagaan daerah dimana kewenangan daerah tidak mungkin dapat dilaksanakan kalau tidak diakomodasikan dalam kelembagaan daerah. Untuk konteks Indonesia, ada dua kelembagaan penting yang membentuk pemerintahan daerah yaitu kelembagaan untuk pejabat politik yaitu kelembagaan Kepala Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dan kelembagaan untuk Pejabat Karier yang terdiri dari perangkat daerah (dinas, badan, kantor, sekretariat, kecamatan, kelurahan, dll)
- c. Personil, elemen ini yang menggerakkan kelembagaan daerah untuk menjalankan urusan pemerintahan yang menjadi domain pemerintahan daerah. Personil daerah (PNS Daerah) tersebut yang pada gilirannya menjalankan kebijakan publik strategis yang dihasilkan oleh pejabat (DPRD dan Kepala Daerah) untuk menghasilkan barang dan jasa (*goods and services*) sebagai hasil akhir dari pemerintahan daerah.
- d. Keuangan Daerah adalah sebagai konsekuensi dari adanya urusan pemerintahan yang diserahkan Kepada Daerah. Hal tersebut sesuai dengan prinsip “*money follows function*”. Daerah harus diberikan sumber-sumber keuangan baik yang bersumber pada pajak dan retribusi daerah (desentralisasi fiskal) maupun bersumber dari dana perimbangan (subsidi dan bagi hasil) yang diberikan ke daerah. Adanya sumber keuangan yang memadai akan memungkinkan daerah untuk melaksanakan urusan pemerintahan yang diserahkan kepada daerah.

⁸⁴ *Ibid.*

- e. Perwakilan Daerah adalah perwakilan daerah secara filosofis, rakyat yang mempunyai otonomi daerah tersebut. Namun secara praktis adalah tidak mungkin masyarakat untuk memerintah bersama. Untuk itu maka dilakukan pemilihan wakil-wakil rakyat untuk menjalankan mandat rakyat dan mendapatkan legitimasi untuk bertindak untuk dan atas nama rakyat daerah. Dalam sistem pemerintahan di Indonesia, ada dua jenis institusi yang mewakili rakyat. Pertama, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang dipilih melalui pemilihan umum, untuk menjalankan fungsi legislasi daerah. Kedua, Kepala Daerah yang dipilih melalui pemilihan Kepala Daerah.
- f. Pelayanan Publik adalah hasil akhir dari pemerintahan daerah dimana tersedianya “*goods and services*” tersebut dapat dibagi dalam dua klasifikasi sesuai dengan hasil akhir yang dihasilkan pemerintahan daerah. Pertama, pemerintahan daerah menghasilkan *public goods* yaitu barang-barang untuk kepentingan masyarakat lokal seperti; jalan, jembatan, irigasi, gedung sekolah, pasar, terminal, rumah sakit dan sebagainya. Kedua, pemerintahan daerah menghasilkan pelayanan yang bersifat pengaturan publik, seperti; menerbitkan akte kelahiran, kartu tanda penduduk, kartu keluarga, izin mendirikan bangunan, dan sebagainya. Pada dasarnya *public regulation* dimaksudkan untuk menciptakan ketentraman dan ketertiban dalam masyarakat.
- g. Pengawasan, argumen dari pengawasan adalah adanya kecenderungan penyalahgunaan kekuasaan sebagaimana *adagium* Lord Acton “*Power tends to corrupt and absolute power will corrupt absolutely*”. Untuk mencegah hal tersebut maka elemen pengawasan mempunyai posisi strategis untuk menghasilkan pemerintahan yang bersih. Undang-Undang Dasar 1945 beserta perubahannya telah memberikan landasan konstitusional mengenai penyelenggaraan pemerintahan daerah di Indonesia.

Pada Pasal 9 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, mengatur klasifikasi urusan pemerintahan yang terdiri dari:⁸⁵

- a. Urusan Pemerintahan Absolut, yaitu urusan pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan pemerintah pusat.
- b. Urusan Pemerintahan Konkuren yaitu urusan pemerintahan yang dibagi antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah provinsi dan pemerintah daerah kabupaten/kota; dan
- c. Urusan Pemerintahan Umum, yaitu urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Presiden sebagai kepala pemerintahan.

4. Norma Perundang-undangan

Di Indonesia, nomenklatur (istilah) Perundang-undangan diartikan dengan segala sesuatu yang bertalian dengan undang-undang, seluk beluk undang-undang.⁸⁶ segala sesuatu yang bertalian dengan undang-undang meliputi banyak hal, termasuk sistemnya, proses pembuatannya, penafisaranya, pengujiannya, penegakanya dan sebagainya. Sedangkan Norma Perundang-undangan (*Gesetzgebungsnorm*) dimana norma-norma hukum yang ada di peraturan perundang-undangan lebih kongkret, lebih jelas, dan sudah dapat langsung berlaku mengikat umum, bahkan suatu peraturan perundang-undangan sudah dapat dilekati oleh sanksi pidana dan sanksi pemaksaan.⁸⁷

Didalam sistem hukum Indonesia, terdapat satu sistem norma yang disebut “sub sistem norma hukum Indonesia” menurut penjelasan Undang-undang Dasar 1945, dalam subsistem norma hukum ini Pancasila ditempatkan dalam kedudukan norma tertinggi negara, apabila mengikuti

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Rachmat Trijono, *Dasar-Dasar Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan*, Pustaka Sinar Sinanti, Jakarta, 2014. hlm. 13

⁸⁷ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan Dasar-Dasar dan Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta, 1998, hlm. 46. *commit to user*

teori bangunan berjenjang tata hukum Hans Nawiansky, maka norma tertinggi bagi subsistem kenegaraan itu disebut norma fundamental negara.

Norma fundamental negara (*Staatfundamental norm* dalam bahasa jerman) adalah kedudukan sebagai kaidah negara yang fundamental. Teori tentang *staatsfundamental norm* ini dikembangkan oleh Hans Nawiansky, seorang ahli hukum berkebangsaan Jerman. Hans Nawiansky menyempurnakan teori yang dikembangkan oleh gurunya, Hans Kelsen. Hans Kelsen mengembangkan teori Hierarchy Norma Hukum (*stufentheorie Kelsen*) bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarchy tata susunan, dimana suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, demikian seterusnya sampai pada norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif, yaitu Norma dasar (*Grundnorm*).

Hans Kelsen dalam buku *General Theory of law and State*, mengemukakan ada dua sistem norma, yaitu sistem norma yang statis (*normative static system*) dan sistem norma yang dinamis (*normative dynamic system*). Norma statis yaitu suatu sistem yang melihat norma-norma itu didasarkan isi-isinya. Kualitas norma-norma dikarenakan norma itu berasal dari suatu norma dasar yang spesifik, di mana suatu norma umum dapat ditarik dari suatu norma yang umum.

Sistem norma yang dinamik merupakan suatu sistem norma yang melihat pada berlakunya suatu norma atau dari cara pembentukan dan pengapusannya.⁸⁸ Norma dasar dari suatu sistem yang dinamis adalah peraturan *fundamental* yang menjadi dasar rujukan bagi pembentukan norma-norma tersebut. Suatu norma merupakan bagian dari suatu sistem yang dinamis jika norma tersebut telah dibuat menurut suatu cara yang ditentukan norma dasar (*Grundnorm*).

⁸⁸ Mukhlis Taib, *Dinamika Perundang-undangan Di Indonesia*, Bandung, PT. Refika Aditama, 2017, hlm. 77.

Hans kelsen mengatakan bahwa hukum termasuk dalam sistem norma yang dinamik (*nomodynamics*) karena hukum itu selalu dibentuk dan dihapus oleh lembaga-lembaga atau otoritas-otoritas yang berwenang membentuknya, sehingga dalam hal ini tidak kita lihat dari segi isi norma tersebut, tetapi dari segi berlakunya atau pembentuknya.

Oleh sebab itu, hukum dapat dikatakan sah (*valid*) apabila dibuat oleh lembaga atau otoritas yang berwenang membentuknya dan berdasarkan norma yang lebih tinggi sehingga dalam hal ini norma lebih rendah (*inferior*) dapat dibentuk oleh norma yang lebih tinggi (*superior*), dan hukum itu berjenjang-jenjang dan bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, sehingga pada akhirnya bersumber pada norma tertinggi.

Di Indonesia hierarki peraturan perundang-undangan diatur dalam Ketetapan MPRS Nomor XX/MPRS/1996, kemudian diatur dengan Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 kemudian diatur dalam Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 dan terakhir diatur didalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (yang terbaru Nomor 15 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan), dalam hal ini telah menimbulkan kompleksitas persoalan di bidang peraturan perundang-undangan akibat silih bergantinya aturan yang mengatur hierarki peraturan perundang-undangan. Pasal 7 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011, menyebutkan sebagai berikut:

- 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 Penganti 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 menurut Pasal 7 tersebut dimasukkan kembali ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat yang tidak terdapat dalam Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 dan adanya pemisahan antara Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan daerah Kabupaten/Kota. Adapun maksud hierarki dalam undang-undang ini dijelaskan dalam penjelasan Pasal 7 ayat (2) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 yaitu penjejaran setiap jenis Peraturan Perundang-undangan yang didasarkan pada asas bahwa Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi.

Jenis Peraturan Perundang-undangan selain yang diatur dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-undang atau Pemerintah atau perintah Undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat, hal tersebut diatur dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Daya mengikat suatu Peraturan Perundang-undangan dijelaskan Pasal 8 ayat (2) yaitu Peraturan Perundang-undangan sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

5. Teori Perundang-undangan

a. Teori Lon Fuller

Mengutip dari pendapat Lon Fuller hukum tidak dapat diterima sebagai hukum, kecuali apabila bertolak dari moralitas tertentu, bahwa hukum harus memenuhi ukuran moral tertentu dan ia layak disebut hukum apabila memperlihatkan kegagalan-kegagalan karena membuat aturan-aturan yang saling bertentangan (*contradictory rules*), suatu sistem tidak boleh mengandung aturan yang bertentangan satu sama lain.

Lon Fuller menekankan pada apa yang diperlukan untuk membuat hukum bekerja, bahwa sistem hukum harus mewakili moralitas dalam moralitas internal prinsip legalitas atau dasar hukum Peraturan Perundang-undangan. Konsisten di setiap waktu, dan persamaan antara tindakan pejabat dan aturan yang dideklarasikan.

Konsisten di setiap waktu, kriteria konsisten di setiap waktu mengharuskan bahwa tidak boleh berubah terlalu cepat sehingga menyebabkan masyarakat sulit mengidentifikasi status hukum mereka. Ini menjadi masalah dalam hukum berubah sangat lambat, misalnya terkait dengan masalah kriteria menyeimbangkan antara keyakinan dan *fleksibilitas* Peraturan Perundang-undangan.

Ketidak patuhan masyarakat terhadap kebijakan hukum itu bukan semata-mata disebabkan oleh ketidaktaunnya terhadap substansi hukum, melainkan juga karena kepentingan mereka tidak secara maksimal terkomodir dalam kebijakan hukum tersebut.

Kebijakan hukum dapat dibenarkan sepanjang masih adanya keberpihakan dalam merespon kepentingan masyarakat dan rasa keadilan yang diinginkan diwujudkan, sejalan dengan alur pemikiran yang digagas Fuller, bahwa aspek moralitas yang hendak dibangun oleh para pengambil kebijakan hukum tidak hanya menyangkut “moralitas internal” (*Internal morality of law*) semata. Selain itu juga “moralitas eksternal” dari hukum (*external morality of law*) yang bermuara pada

masalah keadilan solidaritas, keberpihakan kepada rakyat/masyarakat dan lain sebagainya.⁸⁹

Lon. L Fuller (1902-1978) guru besar *Harvard University* menegaskan bahwa hukum positif wajib sejalan dengan moralitas. Fuller termasuk salah satu tokoh dalam aliran hukum yang dikategorikan sebagai pemikiran *positivisme*, menurut aliran *positivisme*, hukum harus dapat dilihat sebagai suatu bangunan rasional.⁹⁰ Lon Fuller menekankan pada isi hukum positif, dimana untuk mengenal hukum sebagai sistem maka harus mencermati apakah ia telah memenuhi delapan azas atau *principles of legality* berikut :

- a. Sistem hukum harus mengadung peraturan-peraturan artinya tidak ia tidak boleh mengandung sekedar keputusan-keputusan yang bersifat *ad-hoc*;
- b. Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan;
- c. Peraturan tidak boleh berlaku surut;
- d. Peraturan-peraturan disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti;
- e. Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain;
- f. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan;
- g. Peraturan tidak boleh sering berubah-ubah;
- h. Harus ada konsistensi antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.⁹¹

Azas adalah dasar atau sesuatu yang dijadikan tumpuan berfikir, berpendapat dan bertindak. Asas juga merupakan sandaran didalam

⁸⁹ Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven & London: Yale University Press, 1963, hlm. 65.

⁹⁰ Khuzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, Genta Publising, Yogyakarta, 2010, hlm. 69.

⁹¹ Lon Fuller, *Loc. Cit.* *commit to user*

pembentukan perundang-undangan,⁹² disamping itu juga sebagai indikator dalam melakukan pengujian suatu perundang-undangan.

b. Teori Jeremy Bentham

Jeremy Bentham dalam bukunya *The Theory of Legislation* menjelaskan terkait prinsip manfaat yang menekankan pada kebaikan publik. Dimana kebaikan publik hendaknya menjadi tujuan legislator dan manfaat umum menjadi penalaran.⁹³ menurut Bentham, sekalipun prinsip tersebut difahami secara universal, namun itu baru nampak dipermukaan, belum berfungsi sebagaimana mestinya. Agar prinsip tersebut berfungsi dengan baik, dalam arti ia menjadi sistem penalaran dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, maka diperlukan tiga syarat:⁹⁴

- 1) Meletakkan gagasan-gagasan yang jelas dan tepat pada kata “manfaat” secara persis dengan semua orang yang menggunakannya;
- 2) Menegakan kesatuan dan kedaulatan prinsip ini, dengan secara tegas membedakannya dengan segala kesatuan dan kedaulatan lainnya, prinsip ini tidak bisa dianut secara umum, melainkan harus diterima tanpa kecuali;
- 3) Menemukan proses *aritmatik* moral yang dapat digunakan untuk mencapai hasil-hasil yang seragam.

Adapun yang menjadi tolak ukur dari penerapan asas manfaat adalah kecenderungan mencegah kejahatan atau memperoleh kebaikan. Kejahatan adalah penderitaan atau penyebab penderitaan. Sedangkan kebaikan adalah kesenangan atau penyebab kesenangan. Yang paling sesuai dengan manfaat atau kepentingan

⁹² Firman Freaddy Busroh, *Tehnik Perundang-undangan (Suatu Pengantar)*, Cintya Press, Jakarta, 2016, hlm. 103.

⁹³ Jeremy Bentham, 2013, *The Theory of legislation*. Ahli bahasa Derta Sri Wulandari, Nuansa Cendikia & Nusamedia, Bandung, 2013, hlm. 25.

⁹⁴ Yuliandri, Pengkajian Hukum Tentang Partisipasi Masyarakat Dalam Penentuan Arah Kebijakan Prioritas Penyusunan Peraturan Perundang-undangan, Laporan Penelitian, Pusat Penelitian Dan Pengembangan Sistem Hukum Nasional Kementerian Hukum Dan Hak Asasi Manusia RI, 2014, hlm. 24-25

sesorang individu adalah yang cenderung memeprbanyak jumlah kebahagiaan.⁹⁵

Menurut Jeremy Bentham manfaat umum menjadi landasan penalaranya, dimana peran legislator dalam kebaikan publik menjadi tujuan legislator. Mengetahui kebaikan sejati masyarakat adalah hal yang membentuk ilmu legislasi; ilmu tersebut tercapai dengan menemukan cara untuk merealisasikan kebaikan tersebut.⁹⁶

6. Lembaga-lembaga Pengujian

Hampir semua negara memberikan kewewenangan bagi hakim (lembaga peradilan) menguji undang-undang secara *formele toetsing*, namun semua negara memberikan kewenangan bagi hakim (lembaga peradilan) menguji subtansi (materi) undang-undang. Indonesia menganut sistem pengujian materiil (*materieele toetsing*) terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.⁹⁷ Hakim juga menguji Keputusan Tata Usaha Negara yang memuat pengaturan yang bersifat umum (*besluit van algemene strekking*). Mahkamah Agung hanya boleh menguji formal (*formele toetsing*) terhadap undang-undang namun tidak boleh menguji subtansi (materi) undang-undang. Mahkamah Agung tidak memiliki hak menguji materi (*materieele toetsingsrecht*) terhadap undang-undang. pengujian materiil terhadap peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang dipandang kurang efektif karena kaidah hukum yang paling efektif mengikat rakyat adalah undang-undang beserta kaidah-kaidah hukum di atas undang-undang.

Peraturan perundang-undangan pada hakikanya merupakan produk politik, diturunkan (*di-derive*) dari legilasi institusi politik. Undang-undang Dasar selaku kaidah hukum (peraturan perundang-undangan)

⁹⁵ Jeremy Bentham, *Op Cit.*, hlm 26.

⁹⁶ Pataniari Siahaan, *Politik Hukum Pembentukan Undang-undang Pasca Amanademen UUD 1945*, Konstitusi Press, Jakarta, 2012, hlm. 370.

⁹⁷ Hassan Suryono, *Peraturan Perundang-undangan Berbasis Pacasila Suatu Penelitian Kepustakaan*, UNS Press, Surakarta, 2016, hlm.46.

tertinggi ditetapkan dan diubah oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (lihat Pasal 3 Undang-Undang Dasar 1945). Majelis Permusyawaratan Rakyat selain lembaga negara, adalah pula institusi politik. Undang-undang Dasar adalah produk politik, bukan produk politik.

Undang-undang (dalam makna formil), lazim disebut *Wet*, *Gezets*, dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat, berasal dari Rancangan Undang-undang dibahas bersama oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden guna mendapatkan persetujuan bersama. Rancangan Undang-undang yang telah disetujui bersama tidak disahkan Presiden, maka dalam waktu 30 hari sejak Rancangan Undang-undang tersebut sah menjadi Undang-undang dan wajib diundangkan (Pasal 20 ayat (1), ayat (2), ayat (4), ayat (5) Undang-undang Dasar 1945). Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden selaku lembaga-lembaga negara adalah institusi politik. Undang-undang tidak lain adalah produk politik didesain oleh institusi-institusi politik. Undang-undang bukan produk hukum, tetapi produk politik. Oleh karena undang-undang adalah produk politik niscaya setiap undang-undang memuat pesan-pesan politik, berpaut dengan kepentingan politik, maka substansi (materiil) undang-undang boleh diuji setiap saat oleh institusi hukum agar muatan pesan-pesan politik yang terkandung di dalamnya bersesuai dengan kehendak orang banyak.

Pada saat ini, memang telah ada Mahkamah Konstitusi yang berwenang menguji undang-undang berkenaan dengan hal ikhwal orang perorangan secara umum. Mahkamah Agung tidak boleh menguji undang-undang yang dipandang bercacat hukum. Undang-Undang Dasar 1945 terdahulu sesungguhnya tidak dilarang hakim (Mahkamah Agung) menguji undang-undang dalam makna *materieele toetsing*. Tidak ada Pasal konstitusi yang secara tegas melarang Mahkamah Agung menguji materiil undang-undang. Baru pada Perubahan Ketiga, Pasal 24 A ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 ditegaskan bahwa Mahkamah Agung hanya menguji peraturan perundang-undangan.

Guna kelancaran penyelenggaraan peradilan mengenai hak uji materiil peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, Di Indonesia sendiri Pengaturan pengujian materiil lebih lanjut diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1993 tentang Hak Uji Materiil merupakan hukum acara pengujian materiil pertama yang dikeluarkan Mahkamah Agung. Untuk menyesuaikan dengan berbagai perkembangan yang terjadi Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1993 kemudian diganti dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1999 yang pada akhirnya juga diganti dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2004.⁹⁸ Kemudian diperbaiki lagi dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil.

Ketika Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1999 tentang Hak Uji Materiil, pengujian dapat dilakukan melalui dua jalur, yakni gugatan dan permohonan keberatan. Gugatan adalah tuntutan kepada Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang untuk mendapatkan keputusan. Sementara dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2004 mengajukan hak uji materiil ke Mahkamah Agung hanya dapat dilakukan melalui permohonan.⁹⁹

Permohonan keberatan berdasarkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil diajukan ke Mahkamah Agung dengan cara langsung ke Mahkamah Agung. Permohonan diajukan terhadap suatu perundang-undangan yang diduga bertentangan dengan suatu peraturan perundang-undangan tingkat tinggi.¹⁰⁰ Permohonan keberatan, sekarang diajukan langsung ke Mahkamah Agung.

⁹⁸ Fatkhurohman, Sirajuddin, Zulkarnain, *Legislative Drafting Pelembagaan Metode Partisipatif Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, Malang Corruption Watch (MCW), Malang, 2008, hlm. 176.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Pasal 2 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil.

Kemudian dijelaskan pula putusan terhadap pengajuan hak uji materiil ke Mahkamah Agung dibedakan menjadi 3 (tiga) macam: (1) jika Mahkamah Agung berpendapat bahwa permohonan keberatan itu beralasan, karena peraturan Perundang-undangan tersebut bertentangan, Mahkamah Agung mengabulkan permohonan keberatan tersebut; (2) Mahkamah Agung dalam putusannya menyatakan jika peraturan perundang-undangan yang dimohonkan keberatan tersebut tidak sah dan tidak berlaku umum, serta memerintahkan kepada instansi yang bersangkutan segera mencabutnya; (3) dalam hal Mahkamah Agung berpendapat bahwa permohonan keberatan itu tidak beralasan, Mahkamah Agung menolak permohonan keberatan tersebut.¹⁰¹ Putusan tersebut jangka waktunya adalah 90 (sembilam puluh hari) setelah putusan Mahkamah Agung tersebut dikirim kepada Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang mengeluarkan Peraturan Perundang-undangan, ternyata pejabat yang bersangkutan tidak melaksanakan kewajibanya, demi hukum Peraturan Perundang-undangan tidak mempunyai kekuatan hukum.¹⁰²

Menurut Von Staden, Andreas *“judicial review by international courts must be guided by the principle of “normative subsidiarity The ideal of self-government as the core of democracy and argue that in order to be democratically legitimate.” Normative subsidiarity recognizes the legitimate exercise of decision-making authority by national governments in specific contexts as an appropriate instantiation of self-government at that level and, as a result, requires international courts to exercise some deference through appropriately defined judicial standards of review. While a number of international courts have already adopted appropriately deferential standards, I argue that all courts and tribunals engaged in judicial review beyond the state need to address the demands of normative subsidiarity if they want to enhance their specifically democratic legitimacy”*.¹⁰³

¹⁰¹ Sirajuddin, Fatkhurohman, Zulkarnain. *op. cit.*, hlm. 177.

¹⁰² Pasal 8 ayat (2) Perma Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil.

¹⁰³ Von Staden, Andreas, “The democratic legitimacy of judicial review beyond the state: Normative subsidiarity and judicial standards of review”, artikel pada *International Journal of Constitutional Law*, 2012.

Melengkapi hal tersebut diatas menurut Lever, Annabelle *judicial review do not require judges to be better at protecting rights than legislators if that judicial review has a democratic justification, although it is not necessary for democratic government and its virtues are controversial and often speculative. Hence a democratic justification for judicial review does not depend on complex and inevitably controversial interpretations and evaluations of judicial as opposed to legislative judgments. Democratic government does not demand special virtue, competence or wisdom in its citizens or their leaders. From a democratic perspective, therefore, the case for judicial review is that it enables individuals to vindicate their rights against government in ways that parallel those they commonly use against each other. This makes judicial review normatively attractive whether or not it leads to better decisions than would be made by other means.*¹⁰⁴

Pengujian materiil Mahkamah Agung hanya boleh diadakan terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Hak uji materiil peraturan perundang-undangan hanya boleh dilakukan terhadap Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan Peraturan Daerah ke bawah namun pengujian (toetsing) tidak dapat diadakan terhadap undang-undang, juga terhadap Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu), sebagaimana dimaksud Pasal 22 ayat (1) Undang-undang Dasar 1945.¹⁰⁵

Beberapa persoalan yang muncul akibat mekanisme pengujian oleh dua institusi badan *Judicial review* (Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung) semacam itu, pertama tidak adanya visi dan konsep hukum atau peraturan perundang-undangan yang hendak ditegakan. Karena ada dua lembaga yang berwenang untuk ini, maka dapat dipastikan masing-masing lembaga memiliki standar/tolak ukur yang berbeda dengan visi dan konsepsi hukum yang harus ditegakan. Kedua model pengujian tersebut dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dan pelecehan hukum suatu keputusan karena tidak adanya integritasi konsep hukum terhadap peraturan-undangan yang diuji. Bagaimana apabila suatu Peraturan Pemerintah dinyatakan tidak bertentangan dengan suatu undang-undang

¹⁰⁴ Lever, Annabelle, "Democracy and judicial review: Are they really incompatible?", artikel pada *Journal Perspectives on Politics*, 2009.

¹⁰⁵ Hassan Suryono, *Op Cit.*, hlm 48.

oleh Mahkamah Agung, sementara Mahkamah Konstitusi menyatakan undang-undang yang dijadikan payung Peraturan Pemerintahan tersebut bertentangan dengan undang-undang.¹⁰⁶

Studi hukum hampir selalu mengaitkan masalah susunan hierarki peraturan perundang-undangan dengan teori berjenjang (*stufenbau theory*), jika suatu peraturan perundang-undangan dianggap bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi maka memastikan keabsahannya bisa dilakukan melalui pengujian lembaga yudhikatif. Pengujian ini sebut *judicial review*.¹⁰⁷

Mahkamah Agung dalam pengujiannya dilakukan oleh secara kasuistis yaitu, melalui perkara yang diajukan, baik karena permohonan peninjauan kembali perkara yang telah memperoleh putusan yang berkekuatan tetap (*herziening*) dan berpendapat bahwa ketentuan perundang-undangan (yang lebih rendah kedudukannya dari undang-undang) tersebut bertentangan maka Mahkamah Agung menyatakan bahwa ketentuan tersebut adalah tidak sah dan tidak berlaku untuk umum, dan karena itu pencabutan ketentuan perundang-undangan tersebut harus segera dilakukan oleh instansi yang bersangkutan (yang membuatnya).¹⁰⁸

Tentang hak menguji perundang-undangan secara materiil tidaklah sama diberbagai negara. Di Amerika Serikat misalnya, *Supreme Court* (Mahkamah Agung) mempunyai hak menguji secara materiil terhadap Undang-undang. Dan pengadilan biasa (*court*) dapat menolak untuk menerapkan ketentuan-ketentuan dari suatu perundang-undangan ke dalam

¹⁰⁶ Nurainun Mangunsong, "Tolak Ukur Judisial Review undang-undang Terhadap Undang-undang dasar 1945 Oleh mahkamah Konstitusi", artikel pada Jurnal *Konstitusi PKKDD-FH Universitas Muhammadiyah Magelang*, Vol. 1, No. 1, Agustus 2008, hlm 104.

¹⁰⁷ Ali Marwan Hsb, *Konsep Judicial Review dan Pelembagaannya di Berbagai Negara*, Setara Press, Malang, 2016, hlm. 7.

¹⁰⁸ Amiroeddin Syarif, *Perundang-undangan, Dasar, Jenis dan Tehnik Membuatnya*, Rineka Cipta, Jakarta, 1997, hlm. 80. *commit to user*

suatu kasus, apabila ketentuan-ketentuan tersebut bertentangan dengan sumbernya (peraturan yang lebih tinggi kedudukannya).¹⁰⁹

Selain Mahkamah Agung, sebelum adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 56/PUU-XIV/2016, Indonesia juga mengenal lembaga pengujian Peraturan Daerah yang berujung pembatalan, melalui Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah. Adapun ketentuannya dapat dilihat pada Pasal 251 berbunyi sebagai berikut:

- (1) Peraturan Daerah Provinsi dan peraturan gubernur yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan dibatalkan oleh Menteri;
- (2) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota dan peraturan Bupati/Wali Kota yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan dibatalkan oleh gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat;
- (3) Dalam hal gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat tidak membatalkan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota dan/atau Peraturan Bupati/Wali Kota yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Menteri membatalkan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota dan/atau Peraturan Bupati/Wali Kota;
- (4) Pembatalan Peraturan Daerah Provinsi dan peraturan gubernur sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan dengan keputusan Menteri dan pembatalan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota dan Peraturan Bupati/Wali Kota sebagaimana dimaksud pada ayat (2) ditetapkan dengan keputusan gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat;
- (5) Paling lama 7 (tujuh) hari setelah keputusan pembatalan sebagaimana dimaksud pada ayat (4), Kepala Daerah harus menghentikan

¹⁰⁹ *Ibid.*

pelaksanaan Peraturan Daerah dan selanjutnya DPRD bersama kepala daerah mencabut Peraturan Daerah dimaksud;

- (6) Paling lama 7 (tujuh) hari setelah keputusan pembatalan sebagaimana dimaksud pada ayat (4), Kepala Daerah harus menghentikan pelaksanaan Peraturan Kepala Daerah dan selanjutnya Kepala Daerah mencabut Peraturan Kepala Daerah dimaksud;
- (7) Dalam hal penyelenggara Pemerintahan Daerah Provinsi tidak dapat menerima keputusan pembatalan Peraturan Daerah Provinsi dan Gubernur tidak dapat menerima keputusan pembatalan peraturan Gubernur sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dengan alasan yang dapat dibenarkan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan, Gubernur dapat mengajukan keberatan kepada Presiden paling lambat 14 (empat belas) hari sejak keputusan pembatalan Peraturan Daerah atau peraturan gubernur diterima;
- (8) Dalam hal penyelenggara Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota tidak dapat menerima keputusan pembatalan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota dan Bupati/Wali Kota tidak dapat menerima keputusan pembatalan peraturan Bupati/Wali kota sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dengan alasan yang dapat dibenarkan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan, Bupati/Wali Kota dapat mengajukan keberatan kepada Menteri paling lambat 14 (empat belas) hari sejak keputusan pembatalan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota atau peraturan bupati/wali kota diterima

Selanjutnya juga dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 252 yang berbunyi sebagai berikut:

- (1) Penyelenggara Pemerintahan Daerah provinsi atau kabupaten/kota yang masih memberlakukan Peraturan Daerah yang dibatalkan oleh Menteri atau oleh Gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 251 ayat (4), dikenai sanksi;
- (2) Sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berupa:
 - a. Sanksi administratif; dan/atau

- b. Sanksi penundaan evaluasi rancangan Peraturan Daerah;
- (3) Sanksi administratif sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf a dikenai kepada kepala Daerah dan anggota Dewan Perwakilan Rakyat Daerah berupa tidak dibayarkan hak-hak keuangan yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan selama 3 (tiga) bulan;
- (4) Sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak diterapkan pada saat penyelenggara Pemerintahan Daerah masih mengajukan keberatan kepada Presiden untuk Peraturan Daerah Provinsi dan kepada Menteri untuk Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.
- (5) Dalam hal penyelenggara Pemerintahan Daerah provinsi atau kabupaten/kota masih memberlakukan Peraturan Daerah mengenai pajak daerah dan/atau retribusi daerah yang dibatalkan oleh Menteri atau dibatalkan oleh Gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat, dikenai sanksi penundaan atau pemotongan Dana Alokasi Umum dan/atau Dana Bagi Hasil bagi Daerah bersangkutan.

B. Kerangka Konsep

1. Pengawasan

Dalam kamus bahasa Indonesia istilah Pengawasan berasal dari kata awas yang artinya memperhatikan baik-baik, dalam arti melihat sesuatu dengan cermat dan seksama, tidak ada lagi kegiatan kecuali memberi laporan berdasarkan kenyataan yang sebenarnya dari apa yang diawasi.¹¹⁰ Menurut seminar ICW pertanggal 30 Agustus 1970 mendefenisikan bahwa “Pengawasan sebagai suatu kegiatan untuk memperoleh kepastian apakah suatu pelaksanaan pekerjaan/kegiatan itu dilaksanakan sesuai dengan rencana, aturan-aturan dan tujuan yang telah ditetapkan”.

Jika memperhatikan lebih jauh, yang menjadi pokok permasalahan dari pengawasan yang dimaksud adalah, suatu rencana yang telah di

¹¹⁰ Sujanto, *Beberapa Pengertian di Bidang Pengawasan*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, hlm. 2.

gariskan terlebih dahulu apakah sudah di laksanakan sesuai dengan rencana semula dan apakah tujuannya telah tercapai. Sebagai bahan perbandingan diambil beberapa pendapat para sarjana di bawah ini antara lain: Menurut Prayudi “pengawasan adalah suatu proses untuk menetapkan pekerjaan apa yang di jalankan, dilaksanakan, atau diselenggarakan itu dengan apa yang dikehendaki, direncanakan atau diperhatikan”.¹¹¹ Pengawasan atau kontrol terhadap tindakan aparatur pemerintah diperlukan agar pelaksanaan tugas yang telah ditetapkan dapat mencapai tujuan dan terhindar dari penyimpangan-penyimpangan.¹¹² Selanjutnya, M. Manullang berpendapat “Pengawasan adalah suatu proses untuk menetapkan suatu pekerjaan apa yang sudah dilaksanakan, menilainya dan mengoreksi bila perlu dengan maksud supaya pelaksanaan pekerjaan sesuai dengan rencana semula”¹¹³

Menurut Muchsan pengawasan adalah kegiatan sebagai penilai dalam melaksanakan tugas secara *de facto* yang tujuannya hanya terbatas pada pencocokan, apakah kegiatan yang dilaksanakan telah sesuai dengan tolak ukur yang telah ditetapkan sebelumnya (dalam hal ini berwujud suatu rencana atau *plan*).¹¹⁴ Dengan demikian, maka bentuk pengawasan dapat disimpulkan, yaitu:

- 1) Pengawasan dan persetujuan terdiri dari: (1) pengesahan *by laws* oleh pemerintah pusat (menteri); (2) persetujuan atas suatu rancangan atau usulan yang diajukan oleh daerah; dan (3) persetujuan atas tindakan tertentu dari menteri;

¹¹¹ Prayudi, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1981, hlm.80.

¹¹² Saiful Anwar, *Sendi-Sendi Hukum Administrasi Negara*, Glora Madani Press, Medan, 2004, hlm.127.

¹¹³ Manullang M, *Dasar-Dasar Manajemen*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1995, hlm.18.

¹¹⁴ Muchsan. *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah Dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1992, hlm. 37.

- 2) Pengawasan melalui peraturan perundang-undangan dimana undang-undang yang mengatur penyerahan fungsi pelayanan kepada daerah, maka undang-undang tersebut memberi kewenangan kepada menteri untuk membuat peraturan pelaksanaannya;
- 3) Pengawasan dalam bentuk petunjuk yaitu undang-undang memberikan kewenangan kepada departemen untuk membuat petunjuk yang berisi instruksi cara daerah melaksanakan fungsinya;
- 4) Pengawasan melalui inspeksi atau penyidikan;
- 5) Pengawasan di dasarkan pada *default power*;
- 6) Pengawasan terhadap pejabat atau pegawai;
- 7) Pengawasan keuangan.¹¹⁵

Dikaitkan dengan suatu produk hukum, pengawasan dapat juga dilakukan melalui pengawasan represif dan pengawasan preventif. Jenis pengawasan preventif dan represif merupakan bentuk pengawasan klasik yang merupakan bentuk pengawasan negatif. Selain bentuk pengawasan negatif terdapat pula bentuk ketiga yaitu pengawasan positif, yaitu pembuatan petunjuk atau pedoman.

Pengawasan preventif merupakan pengawasan yang bersifat struktural dan spesifik. Pengawasan preventif dibedakan menjadi dua, yaitu:

- 1) Pertimbangan atau pengawasan dijalankan sebelum pemerintah tingkat lebih rendah mengambil atau menetapkan suatu keputusan. Pengawasan preventif ini sering disebut dengan istilah *voortoezicht*. Misalnya pernyataan tidak keberatan dari pemerintah tingkat lebih atas;
- 2) Pengawasan dilakukan setelah pemerintah tindak lebih rendah mengambil keputusan tetapi sebelum keputusan itu berlaku dan mempunyai akibat hukum. Pengawasan preventif jenis ini sering disebut dengan *middentoezicht*. Contohnya pengesahan dan pengumuman atau pengundangan.¹¹⁶

¹¹⁵ King Faisal Sulaeman, *op. cit.*, hlm. 242-243.

¹¹⁶ Ni'matul Huda, *Pengawasan Pusat Terhadap Daerah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah*, FH UII Press, Yogyakarta, 2007, hlm. 38.

Bentuk pengawasan dalam Undang-undang Pemerintahan Daerah Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah secara intrinsik mengindikasikan adanya dua pengawasan yaitu pengawasan preventif dan pengawasan represif.¹¹⁷ Secara sistematis, mekanisme pengujian (*executive review*) atas Peraturan Daerah dikonstruksikan sebagai rangkaian dari proses klarifikasi dan evaluasi pemerintah atas kewenangan pemerintah daerah (Raperda) maupun Peraturan Daerah itu sendiri. Dalam konteks ini, proses evaluasi atas sejumlah Rancangan Peraturan Daerah baik ditingkat pusat maupun di Kabupaten/kota dapat disetarakan dengan model *executive preview* yang dilakukan oleh pemerintah atas Rancangan Peraturan Daerah-rancangan Peraturan Daerah Proses *executive preview* (tindakan evaluasi) yang dilakukan oleh pemerintah hanya berkaitan dengan pengkajian dan penilaian untuk memastikan apakah terhadap rancangan Peraturan Daerah “bertentangan atau tidak dengan kepentingan umum atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”.¹¹⁸

Dengan demikian, yang dimaksud dengan pengawasan preventif adalah pengawasan atas produk hukum daerah oleh pemerintah termasuk Gubernur selaku wakil pemerintah pusat di level daerah kepada pemerintah daerah berupa pemberian persetujuan atau pembatalan terhadap setiap rancangan peraturan daerah yang telah disetujui bersama antara pihak *executive* dengan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah namun belum diundangkan atau diberlakukan secara resmi sebagai Peraturan Daerah.

Sedangkan pengawasan represif merupakan pengawasan yang dilakukan setelah adanya suatu putusan yang mempunyai akibat hukum (*rechtsgevolgen*) baik dalam bidang otonomi maupun tugas pembantuan. Dengan kata lain, pengawasan represif merupakan pengawasan produk hukum oleh pemerintah pusat kepada pemerintahan daerah yang berwujud

¹¹⁷ King Faisal Sulaeman, *op. cit.*, hlm. 241.

¹¹⁸ *Ibid*, hlm. 241-242.

pembatalan (*schorsing*) ataupun pembatalan terhadap setiap Peraturan Daerah yang telah diberlakukan secara resmi (promulgasikan).¹¹⁹ Pengawasan represif biasanya dilakukan dalam bentuk pembatalan suatu produk hukum dalam hal ini Peraturan Daerah.

Otonomi daerah tidak bermakna kebebasan atau kemerdekaan daerah, maka pemberian dan pelimpahan kewenangan kepada daerah harus disertai adanya pengawasan dari pemerintah pusat.¹²⁰ Pengawasan dalam konteks otonomi daerah menurut William O Hart dan J.F. Garner sebagaimana dikutip oleh King Faisal merupakan pengikat kesatuan agar “mandul kebebasan berotonomi tidak bergerak jauh hingga mengancam kesatuan (*unitary*)”.¹²¹

Fungsi pengawasan merupakan fungsi substansi manajemen dalam rangka mencegah, terjadinya penyimpangan, penyelewengan, hambatan, kesalahan dan kegagalan dalam mencapai tujuan dan sasaran sedini mungkin. Namun pengawasan disini adalah pengawasan di luar kewewenangan yang diemban oleh institusi pengawas, terutama pengawas yuridis terhadap Rancangan Peraturan Daerah tertentu dan perda kabupaten/kota, baik secara prospektif manajemen juga memiliki kewenangan pengawas manajerial pada umumnya.¹²²

Menurut Umu Rauta, pemberlakuan Undang-undang Nomor 2 Tahun 2018 tentang Perubahan Kedua Undang-undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD (UU MD3) menambah kewenangan baru kepada DPD. Hal ini sebagaimana disebutkan dalam Pasal 249 ayat (1) huruf j yaitu: melakukan pemantauan dan evaluasi atas Rancangan Peraturan Daerah dan peraturan daerah. Penambahan kewenang tersebut boleh jadi implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 137/PUU-XIII/2015

¹¹⁹ *Ibid*, hlm. 243-244.

¹²⁰ Umu Rauta, *Konstitusionalitas Pengujian Peraturan Daerah*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2016, hlm. 61.

¹²¹ King Faisal Sulaeman, *Teori Peraturan Perundang-Undangan Dan Aspek Pengujiannya*, Thafa Media, Yogyakarta, 2017, hlm. 237.

¹²² Simao de Assuncao, “Masyarakat Ilmu Pemerintahan Indonesia, Pemerintah Umum dan Kepala Daerah”, artikel pada Jurnal Ilmu Pemerintahan Pencerahan Untuk Memajukan Pemerintahan, Jakarta Selatan, Edisi 44 tahun 2014, hlm 118.

dan Nomor 56/PUU-XIV-2016 yang menyatakan inkonstitusional kaidah dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 (UU Pemda) perihal kewenangan Pemerintah Pusat dalam melakukan pembatalan Perda. Pasca putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, pemerintah pusat (Mendagri atau Gubernur) tidak berwenang melakukan pembatalan Peraturan Daerah. Selama ini, pengaturan dan praktik pengawasan terhadap Peraturan Daerah dan Rancangan Peraturan Daerah dilakukan melalui pengawasan preventif dan pengawasan represif. Pengawasan preventif dilakukan oleh Pemerintah Pusat (Mendagri atau Gubernur) melalui instrumen: konsultasi atau fasilitasi atau evaluasi terhadap rencana Perda sebelum disahkan oleh Kepala Daerah (*executive preview*).¹²³

Pengawasan represif dilakukan oleh Pemerintah Pusat (Mendagri atau Gubernur) melalui instrumen klarifikasi terhadap Perda yang telah disahkan dan diundangkan (*executive review*) dan oleh lembaga peradilan melalui pengujian Perda (*judicial review*). Berkenaan dengan penambahan kewenangan dengan penambahan kewenangan DPD, muncul kekhawatiran konflik pengaturan dan penerapan kaidah (konflik kewenangan), karena adanya beberapa Undang-undang yang mengatur soal kewenangan pengawasan Rancangan Peraturan Daerah dan Peraturan Daerah, yaitu Undang-undang Pemda, Undang-undang Mahkamah Agung dan Undang-undang MD3. Dalam rangka menghindari konflik dimaksud, maka perlu dipertegas beberapa hal, yaitu lingkup pengawasan, luaran (*output*) hasil pengawasan, dan bentuk hukum atas luaran pengawasan yang akan dilakukan oleh Dewan Perwakilan Daerah.¹²⁴

Penyelenggaraan pengawasan itu sendiri dapat dilakukan berdasarkan jenis-jenis pengawasan yaitu Pengawasan dari segi waktunya Pengawasan dari segi sifatnya. Pengawasan ditinjau dari segi waktunya dibagi dalam 2 (dua) kategori yaitu sebagai berikut:

- 1) Pengawasan *a-priori* atau pengawasan preventif yaitu pengawasan yang dilakukan oleh aparatur pemerintah yang lebih tinggi terhadap keputusan-keputusan dari aparatur yang lebih rendah, dilakukan pada saat sebelum dikeluarkannya keputusan atau ketetapan administrasi negara atau peraturan lainnya dengan cara pengesahan terhadap

¹²³ Koran Suara Merdeka, Umu Rauta, *Pengawasan Perda oleh DPD*, 4 April 2018, hlm.

4.

¹²⁴ *Ibid.*

ketetapan atau peraturan tersebut. Apabila ketetapan atau peraturan tersebut belum disahkan maka ketetapan atau peraturan tersebut belum mempunyai kekuatan hukum.

- 2) Pengawasan *a-posteriori* atau pengawasan represif yaitu yang dilakukan oleh aparat pemerintah yang lebih tinggi terhadap keputusan aparat pemerintah yang lebih rendah. Pengawasan dilakukan setelah dikeluarkannya “keputusan atau ketetapan” pemerintah atau sudah terjadinya tindakan pemerintah. Tindakan dalam pengawasan represif dapat berakibat pencabutan apabila ketetapan pemerintah tersebut bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Dalam keadaan yang mendesak tindakan dapat dilakukan dengan cara menanggulangi ketetapan yang telah dikeluarkan sebelum dilakukan pencabutan.

Menurut M. Manullang tujuan utama diadakannya pengawasan yaitu mengusahakan agar apa yang direncanakan menjadi kenyataan”.¹²⁵ Sedangkan tujuan pengawasan menurut Sukarno. K adalah:

- 1) Agar dapat melihat apakah sesuatu berjalan sesuai dengan rencana yang digariskan;
- 2) Agar dapat melihat apakah segala sesuatu dilaksanakan sesuai dengan instruksi serta asas-asas yang telah diinstruksikan;
- 3) Agar dapat kesulitan-kesulitan, kelemahan-kelemahan dalam bekerja;
- 4) Agar dapat segala sesuatu apakah berjalan dengan efisien; dan
- 5) Agar dapat mencari jalan keluar, bila ternyata dijumpai kesulitan kesulitan, kelemahan-kelemahan atau kegagalan-kegagalan ke arah perbaikan.¹²⁶

Banyaknya aturan yang mengatur tentunya memberikan dampak kebingungan terhadap persoalan Peraturan Daerah dan Rancangan Peraturan Daerah, untuk itu menurut penulis perlunya pengaturan yang

¹²⁵ M. Manullang, *op. cit.*, hlm. 173.

¹²⁶ Sukarno K, *Dasar-Dasar Manajemen*, Miswar, Jakarta, 1992, hlm.105.

ideal terkait sistem pengujian Peraturan Daerah hingga pengawasan Peraturan Daerah agar memiliki kepastian terhadap hukum, walaupun dalam putusan Mahkamah Konstitusi telah di kembalikan untuk pembatalan Peraturan Daerah ke Mahkamah Agung, dan hal tersebut dibenarkan karena memang Mahkamah Agung diberikan amat oleh Konstitusi itu sendiri.

Sebagai negara kesatuan yang juga merupakan amanat dari konstitusi dimana sebagai negara yang berotonomi bebas dalam arti daerah diberi keleluasaan untuk mengatur rumah tangganya sendiri, untuk itu juga sudah seharusnya Undang-Undang Dasar 1945 terkait Mahkamah Agung yang berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap Undang-undang, dalam hal ini menambahkan Pasal pada Undang-Undang Dasar 1945 tersebut kewenangan Mahkamah Agung, karena yang ada pengujian Undang-undang dibawah Undang-undang saja.

Akan tetapi, pengukuran atau penilaian yang dipakai oleh lembaga penguji, dalam hal ini Pemerintah Pusat, bukanlah Undang-Undang Dasar, tetapi hanya Undang-undang.¹²⁷ Maka perlu dibuat Undang-undang baru untuk mengatur pengujian terhadap Peraturan Daerah dan pembatalan terhadap Peraturan Daerah yang arahnya untuk memberikan kepastian hukum atau paling tidak memperbaiki kekosongan hukum yang ada.

Banyaknya Peraturan Daerah dan pembatalan terhadap Peraturan Daerah yang selama ini bertentangan dengan kepentingan umum atau peraturan yang lebih tinggi. Langkah yang ditempuh Pemerintah sebelum melaksanakan pengawasan represif memang sebaiknya juga melakukan pembinaan (evaluasi) Kepada Daerah, khususnya dalam pembuatan Peraturan Daerah secara berkelanjutan, Rancangan Peraturan Daerah yang kurang tepat segera dikembalikan untuk direvisi. Sehingga kemungkinan

¹²⁷ Jimly Asshiddiqie, *op. cit.*, hlm 77.

adanya kesalahan dalam pembuatan Peraturan Daerah dapat diminimalisir sejauh mungkin.¹²⁸

2. Peraturan Daerah (Perda)

Dalam Pasal 7 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan terdapat 2 jenis Peraturan Daerah yaitu Peraturan Daerah Propinsi adalah “peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Daerah Propinsi dengan persetujuan bersama Gubernur. Termasuk dalam Peraturan Daerah Propinsi adalah Qanun yang berlaku di Propinsi Aceh (NAD) dan Perdasus (Peraturan Daerah Khusus) serta Perdasi (Peraturan daerah Propinsi) yang berlaku di Propinsi Papua dan Papua Barat”.¹²⁹ Sedangkan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota adalah “peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota dengan persetujuan bersama Bupati/Walikota”.¹³⁰

Menurut Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor Nomor 16 Tahun 2007 tentang Tata Cara Evaluasi Rancangan Peraturan Daerah Tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah dan Rancangan Peraturan Kepala Daerah Tentang Penjabaran Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah, yang ditetapkan di Jakarta pada tanggal 19 Mei 2006, jenis produk hukum daerah terdiri atas, Peraturan Daerah, Peraturan Kepala Daerah, Peraturan Bersama Kepala Daerah, dan Keputusan Kepala Daerah serta Intruksi Kepala Daerah”.¹³¹

Semua produk hukum daerah tersebut dapat dibagi dua, yaitu produk hukum bersifat pengaturan dan produk hukum yang bersifat penetapan. Produk hukum yang bersifat mengatur adalah Peraturan Daerah atau

¹²⁸ Ni'matuI Huda, "Kedudukan Peraturan Daerah Dalam Hierarki Peraturan Perundang-undangan", artikel pada Jurnal *Hukum*, No. 1, Vol. 13, Januari 2006, hlm. 31.

¹²⁹ Nomensen Sinamo, *Ilmu Perundang-undangan*, Permata Aksara, Jakarta, 2016, hlm 88-89.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Pipi Syarifin dan Dedah Jubaedah, *Ilmu Perundang-undangan*, CV Pustaka Setia, Bandung, 2012, hlm 253.

sebutan lain, Peraturan Kepala Daerah, dan Peraturan Bersama Kepala Daerah. Sedangkan Produk hukum yang bersifat penetapan yaitu Keputusan Kepala Daerah dan Instruksi Kepala Daerah.¹³² Adapun fungsi/peran Peraturan Daerah termasuk Qanun adalah sebagai pedoman/pegangan bagi Pemerintah daerah Propinsi/Kabupaten/Kota dalam menyelenggarakan tugas-tugas pemerintah dan pembangunan di daerah sesuai karakteristik daerah-daerah di Indonesia. Selain itu Peraturan Daerah bersama Peraturan Gubernur/Peraturan Bupati/walikota diharapkan dapat berfungsi mempercepat realisasi tujuan/cita nasional khususnya untuk masyarakat daerah yang sejahtera, bersatu dan benar-benar terangkat martabatnya. Tapi Peraturan Daerah itu tidak boleh bertentangan dengan peraturan di atasnya dan kepentingan umum. Tentu fungsi-fungsi Peraturan Daerah tidak akan terlaksana sebagaimana mestinya kalau tidak ditopang oleh partisipasi rakyat daerah.¹³³

Agar Peraturan Daerah berfungsi efektif dan menyentuh sendi-sendi kehidupan masyarakat daerah perlu keteladanan dari aparat/pejabat daerah sebagai cara menstimulus/merangsang partisipasi masyarakat daerah baik ketertiban, keamanan, kesejahteraan termasuk untuk meningkatkan Pendapatan Asli Daerah.¹³⁴ Disamping itu peran dari Kepala Daerah, Sebagai penyelenggara pemerintah di Daerah mempunyai kemampuan dalam menyusun Rancangan Peraturan Daerah karena sarana, bahan dan sumber daya manusianya lebih menunjang sehingga Kepala Daerahnya lebih aktif dalam memprakarsai pembentukan Peraturan Daerah.”¹³⁵

Dalam pembentukan Peraturan Daerah ada 3 (tiga) hal yang diperlukan, pertama, Peraturan Daerah dibidang otonomi, kedua, Peraturan

¹³² *Ibid.* hlm 254.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.* hlm 88-89.

¹³⁵ I Wayan Suwandi, “Pendekatan Sistem Dalam Pembentukan Peraturan Daerah”, artikel pada Jurnal Kerta Patrika, Vol. 33, No. 1. Januari 2008, hlm. 6.

Daerah dibidang tugas pembantu. Ketiga, Peraturan Daerah sebagai penjabaran peraturan perundang-undangan di atasnya.¹³⁶ Pelaksanaan tugas pembantuan tersebut diatur/dituangkan dalam “Peraturan Daerah dan/atau keputusan Kepala Daerah”, agar pemerintahan daerah dapat mengatur lebih rinci sesuai dengan keadaan setempat, tetapi kewenangan yang diberikan bersifat terbatas. Sebab, "Peraturan tidak boleh mengatur tugas pembantuan di luar dari yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan¹³⁷

Peraturan perundang-undangan tersebut tentunya harus baik, dalam artian baik melalui cara dan metode yang pasti, sebagaimana yang diatur atau ditetapkan oleh Undang-undang maka diperlukan pula ketentuan yang sesuai dengan apa yang ditetapkan Undang-undang tentang jenis dan materi muatan jika melihat pendapat A. Hamid S. Attamimi maka pembentukan norma hukum yang berlaku keluar dan mengikat secara umum yang dituangkan dalam jenis-jenis peraturan perundang-undangan sesuai hierarkinya.¹³⁸

Pembentukan norma hukum tersebut perlu dituangkan dalam berbagai jenis peraturan perundang-undangan, penting memperhatikan materi muatannya. Pentingnya pemahaman dan ketentuan tentang “jenis, hierarki, dan materi muatan peraturan perundang-undangan ditunjukkan pula dengan adanya salah satu asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, yakni asas “kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan yang dimaksud dengan asas kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan yaitu dalam pembentukan peraturan

¹³⁶ Isharyanto, *Penegakan Hukum & Otonomi Daerah Praktisi Negara Hukum Menurut UUD 1945*, UNS Press, Surakarta, 2017, hlm.79-80.

¹³⁷ Bagir Manan, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah menurut UUD 1945*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1999, hlm. 18.

¹³⁸ A.Hamid S.Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Suatu studi analisis mengenai Keputusan Presiden yang berfungsi Pengaturan dalam kurun waktu Pelita I-Pelita IV, untuk memperoleh gelar Doktor dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Pasca Sarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 1990.

perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat sesuai dengan jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan.¹³⁹

Jika kita melihat materi yang dimuat dalam peraturan perundang-undangan maka sesuai jenis, fungsi dan hierarki peraturan perundang-undangan.¹⁴⁰ Materi muatan yang secara spesifik terkait dengan peraturan daerah, tertuang dalam Pasal 14 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang menyebutkan “materi muatan peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota adalah seluruh 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”. Pasal menjelaskan bahwa materi muatan Peraturan Daerah dimaksudkan:

- 1) Bahwa Perundang-undangan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan;
- 2) Dapat Menampung kondisi daerah;
- 3) Merupakan Penjabaran peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Muatan itu sendiri, tolak ukurnya hanya bisa dikonsepsikan secara umum. Semakin tinggi kedudukan suatu peraturan perundang-undangan, semakin abstrak dan mendasar materi muatannya. Begitu pula sebaliknya, semakin rendah kedudukan suatu peraturan perundang-undangan, semakin rinci dan konkrit pula materi muatannya. Menurut Bagir Manan,¹⁴¹ suatu peraturan perundang-undangan yang baik setidaknya didasari pada tiga

¹³⁹ Pasal 5 huruf c Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

¹⁴⁰ Bab I Ketentuan Umum Pasal 1 Poin 13 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

¹⁴¹ Bagir Manan, *Dasar-dasar Perundang-undangan Indonesia*, Ind-Hill.Co, Jakarta, 1992, hlm. 34.

hal, yakni Dasar Yuridis (*juridische gelding*), Dasar Sosiologis (*sociologische gelding*), Dasar Filosofis.

Penyusunan Peraturan Daerah juga seharusnya memenuhi tiga landasan sebagaimana yang sudah disebut diatas, yakni “landasan filosofis”, “landasan sosiologis” dan “landasan yuridis”, dikarenakan Peraturan Daerah merupakan hukum yang berlaku dimasyarakat, dan karena tidak melihat potensi dan karakteristik masyarakat, implementasi Peraturan Daerah banyak terganggu. Disamping itu, sebagaimana Peraturan Daerah yang bermasalah umumnya bertentangan dengan aturan yang lebih tinggi, juga tumpang tindih antara kebijakan pusat dan daerah serta tumpang tindih antara pajak dan retribusi. Sebagian besar pejabat di daerah yang tidak memahami Undang-undang memaksakan Peraturan Daerah yang berorientasi kepada keuntungan jangka pendek tanpa memikirkan jangka panjangnya.¹⁴² Untuk itu didalam penyusunan Peraturan Daerah juga harus memenuhi tiga aspek tersebut sebagai berikut:

- a. Landasan Filosofis adalah pertimbangan atau alasan yang menggambarkan jika peraturan yang dibentuk harus mempertimbangkan pandangan hidup, kesadaran, dan cita hukum yang meliputi suasana kebatinan serta falsafah bangsa Indonesia yang bersumber dari Pancasila dan Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945.
- b. Landasan Sosiologis merupakan landasan yang terdiri dari fakta-fakta yang merupakan tuntutan kebutuhan masyarakat untuk mendorong perlunya pembuatan perundang-undangan (Perda), yaitu bahwa ada sesuatu yang pada dasarnya dibutuhkan oleh masyarakat sehingga perlu pengaturan.¹⁴³

Landasan sosiologis merupakan pertimbangan atau alasan yang menggambarkan bahwa peraturan yang dibentuk dimaksudkan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat dalam berbagai aspek. Landasan

¹⁴² Ni'matul Huda, *op. cit.*, hlm. 83-84.

¹⁴³ Moh. Mahfud, MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Ctk. ke-1, LP3ES, Jakarta, 1998, hlm.

sosiologis sesungguhnya menyangkut kenyataan *empiris* yang hidup dalam masyarakat. Oleh karena itu, landasan sosiologis ini akan tercermin di dalam konsiden menimbang yang didalamnya memuat fakta-fakta sosiologis yang melatar belakangi dibentuknya peraturan perundang-undangan tersebut.

- c. Landasan Yuridis merupakan ketentuan hukum yang menjadi sumber hukum/dasar hukum untuk pembuatan/perancangan suatu peraturan perundang-undangan.¹⁴⁴ Menurut W. Riawan Tjandra dan Kresno Budi Darsono Landasan Yuridis dari penyusunan peraturan perundang-undangan meliputi kewenangan dari pembuat peraturan perundang-undangan dan kesesuaian bentuk atau jenis peraturan perundang-undangan dengan materi yang akan diatur serta keharusan mengikuti tata cara tertentu.¹⁴⁵

Materi muatan Peraturan Daerah yaitu materi pengaturan yang terkandung yang disusun sesuai dengan teknik *legal drafting* atau teknik penyusunan peraturan perundang-undangan.¹⁴⁶ Dalam Pasal 14, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan disebutkan bahwa 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 dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Secara umum, materi muatan peraturan daerah dikelompokkan menjadi ketentuan umum, materi pokok yang diatur, ketentuan pidana (jika memang diperlukan), dan ketentuan peralihan (jika memang diperlukan) serta ketentuan penutup. Materi muatan Peraturan Daerah

¹⁴⁴ W. Riawan Tjandra dan Kresno Budi Darsono, *op. cit.*, hlm.81.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ <http://eprints.stainkudus.ac.id/218/6/6%20BAB%20II.pdf>, diakses pada 23 Oktober 2018, jam 21.34 WIB.

dapat mengatur adanya ketentuan pidana. Namun, berdasarkan Pasal 15, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, ketentuan pidana yang menjadi materi muatan peraturan daerah dibatasi, yakni hanya dapat mengatur ketentuan pidana berupa ancaman pidana paling lama 6 bulan kurungan penjara dan denda maksimal Rp. 50.000.000.¹⁴⁷

Muatan Peraturan Daerah sebagaimana didalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Pasal 4 Nomor 80 Tahun 2015 tentang Pembentukan Produk Hukum Daerah:

- (1) “Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 huruf a terdiri atas:
 - a. “Peraturan Daerah provinsi; dan
 - b. “Peraturan Daerah kabupaten/kota.
- (2) Peraturan Daerah memuat materi muatan:
 - a. “Penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan; dan
 - b. “Penjabaran lebih lanjut ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
- (3) “Selain materi muatan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) Peraturan Daerah dapat memuat materi muatan lokal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan”.
- (4) “Peraturan Daerah provinsi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a Memiliki hierarki lebih tinggi dari pada Peraturan Daerah kabupaten/kota”.
- (5) “Peraturan Daerah provinsi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a Memuat materi muatan untuk mengatur” yaitu Kewenangan provinsi”, “Kewenangan yang lokasinya lintas daerah kabupaten/kota dalam satu provinsi”, “Kewenangan yang penggunaanya lintas daerah kabupaten/kota dalam satu provinsi”, ”Kewenangan yang manfaat atau dampak negatifnya lintas daerah kabupaten/kota dalam satu

¹⁴⁷ Ibid.

provinsi; dan/atau “Kewenangan yang penggunaan sumber dayanya lebih efisien apabila dilakukan oleh daerah provinsi”.

- (6) “Peraturan Daerah kabupaten/kota sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b memuat materi muatan untuk mengatur” yaitu “Kewenangan kabupaten/kota”, “Kewenangan yang lokasinya dalam daerah kabupaten/kota”, “Kewenangan yang penggunaannya dalam daerah kabupaten/kota”, “Kewenangan yang manfaat atau dampak negatifnya hanya dalam daerah kabupaten/kota; dan/atau “Kewenangan yang penggunaan sumber dayanya lebih efisien apabila dilakukan oleh daerah kabupaten/kota”.

Pasal 18 ayat (5) Undang-Undang Dasar 1945 dan Pasal 10 ayat (3) Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dalam Peraturan Daerah tidak boleh memuat hal urusan Pemerintahan Pemerintah Pusat, dalam hal Politik luar negeri, Pertahanan, Keamanan, Yustisi, Moneter dan Fiskal nasional, serta Agama. Materi muatan Peraturan Daerah dapat memuat asas sesuai dengan substansi peraturan daerah yang bersangkutan.

Peraturan Daerah dibentuk berdasarkan pada asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang terdapat pada Pasal 237 (1) Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah menyebutkan bahwa asas pembentukan dan materi muatan Peraturan Daerah berpedoman pada ketentuan peraturan perundang-undangan dan asas hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip negara Kesatuan Republik Indonesia. Mengacu kepada rumusan Pasal 237 ayat (1) Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah tersebut, maka asas pembentukan Peraturan Daerah mengacu kepada asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) jo Pasal 6 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyebutkan bahwa dalam membentuk peraturan perundang-undangan harus dilakukan berdasarkan pada asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, yang meliputi:

- a. Kejelasan tujuan adalah setiap Pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus mempunyai tujuan yang jelas yang hendak dicapai.
- b. Kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat yaitu setiap jenis Peraturan Perundang-undangan harus dibuat oleh lembaga negara atau pejabat Pembentuk Peraturan Perundang-undangan yang berwenang. Peraturan Perundang-undangan tersebut dapat dibatalkan atau batal demi hukum apabila dibuat oleh lembaga negara atau pejabat yang tidak berwenang.
- c. Kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan adalah dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat sesuai dengan jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan.
- d. Dapat dilaksanakan adalah setiap Pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus memperhitungkan efektivitas Peraturan Perundang-undangan tersebut di dalam masyarakat, baik secara filosofis, sosiologis, maupun yuridis.
- e. Kedayagunaan dan kehasilgunaan adalah setiap Peraturan Perundang-undangan dibuat karena memang benar-benar dibutuhkan dan bermanfaat dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, dan;
- f. Kejelasan rumusan adalah setiap Peraturan Perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan Peraturan Perundang-undangan, sistematika, pilihan kata atau istilah, serta bahasa hukum yang jelas dan mudah dimengerti sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya, serta;

g. Keterbukaan adalah dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mulai dari perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan bersifat transparan dan terbuka. Dengan demikian, seluruh lapisan masyarakat mempunyai kesempatan yang seluas-luasnya untuk memberikan masukan dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

3. Konstruksi dan Rekonstruksi

a. Konstruksi

Konstruksi adalah susunan dan hubungan kata dalam kalimat atau kelompok kata. Makna suatu kata ditentukan oleh konstruksi dalam kalimat atau kelompok kata.¹⁴⁸ Menurut Sarwiji yang dimaksud dengan makna konstruksi (*construction meaning*) adalah makna yang terdapat dalam konstruksi kebahasaan¹⁴⁹, makna konstruksi dapat diartikan sebagai makna yang berhubungan dengan kalimat atau kelompok kata yang ada didalam sebuah kata dalam kajian kebahasaan. Konstruksi dapat juga didefinisikan sebagai susunan (model, tata letak) suatu bangunan (jembatan rumah, dan lain sebagainya).¹⁵⁰

Kata konstruksi ini dalam kenyataannya adalah konsep yang cukup sulit untuk dipahami dan disepakati kata konstruksi mempunyai beragam interpretasi, tidak dapat didefinisikan secara tunggal, dan sangat tergantung pada konteksnya. Beberapa definisi konstruksi berdasarkan konteksnya perlu dibedakan atas dasar yaitu proses, bangunan, kegiatan, bahasa dan perencanaan.

Dari beberapa uraian diatas definisi makna konstruksi dalam kontes hubungannya dengan penelitian ini memiliki arti suatu bentuk,

¹⁴⁸ Alwi, Hasan., *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Keempat, PT. Balai Pustaka, Jakarta, 2007.

¹⁴⁹ Sarwiji, Semantik, Suwandi, *Pengantar Kajian Makna*, Media Perkasa, Yogyakarta, 2008, hlm. 34

¹⁵⁰ Pusat Bahasa, *Kamu Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Ketiga, PT. Balai Pustaka, Jakarta, 2005.

tata cara atau secara lebih luas merupakan pola-pola hubungan yang ada di dalam suatu system yang membentuk suatu proses kerja dalam hal ini proses perencanaan peraturan daerah.

Kata konstruksi umumnya dipakai oleh para arsitektur dibidang tehnik maupun ilmu bahasa, didalam Ensiklopedi Indonesia disebut pengertian Kontruksi dalam arsitektur “susunan berbagai bagian hingga menjadi suatu keseluruhan bangunan yang teguh. Ilmu kontruksi mempelajari cara pemakaian berbagai bahan tersebut sedangkan pengertian kontruksi dalam Ilmu bahasa: urutan kata kata dalam suatu kalimat.”¹⁵¹

Didalam ilmu hukum juga kata kontruksi hukum dipakai untuk menjelaskan metode penafsiran hukum yang menurut Prof. J.H.A Logemann: “Dalam melakukan penafsiran hukum, seseorang ahli hukum diwajibkan untuk mencari maksud dan kehendak pembuatan Undang-undang sedemikian rupa sehingga tidak menyimpang dari apa yang dikehendaki oleh pembuat Undang-undang”. *To adjust and join materials, or parts of, so as to form a permanent whole. To put together constituent parts of something in their proper place and order. “construct” is distinguishable from “maintain” which means to keep up, to keep from change, to preserve” is the “Construct: To build ; erect, put together; make ready for use .*¹⁵²

Maka konstruksi hukum itu merupakan penemuan hukum yang dilakukan dengan jalan kontruksi hukum karena persoalan yang dihadapi mengalami kekosongan atau ketidak lengkapan Undang-undang yang harus di isi atau dilengkapi dengan tidak melanggar hal yang normative, dalam konteks hukum, perbedaan tafsir terhadap peraturan perundang-undangan sebenarnya merupakan hal lazim terjadi, karena para jurisdiktor dan penegak hukum mempunyai pandangan yang berbeda terhadap permasalahan-permasalahan yang diatur dalam perundang-undangan.¹⁵³

¹⁵¹ Vieta Imelda Cornelis, *Hukum Pemerintah Daerah (Pengaturan dan Pembentukan Daerah Otonomi Baru di Wilayah Perbatasan dan Pedalaman dalam Prespektif Kedaulatan Bangsa)*, Aswaja Perssindo, Jawa Timur, 2016, hlm 84.

¹⁵² *Ibid*, hlm. 85.

¹⁵³ *Ibid*, hlm. 88.

b. Rekonstruksi

Dalam kamus umum bahasa Indonesia rekonstruksi memiliki arti pengembalian dari semula. Pembaharuan atau rekonstruksi secara terminologi memiliki berbagai macam pengertian, dalam perencanaan pembangunan nasional sering dikenal dengan istilah rekonstruksi. Rekonstruksi memiliki arti bahwa “re” berarti pembaharuan sedangkan “konstruksi” sebagaimana penjelasan diatas memiliki arti suatu system atau bentuk. Beberapa pakar mendefinisikan Rekonstruksi dalam berbagai interpretasi B.N Marbun mendefinisikan secara sederhana penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula.¹⁵⁴, sedangkan menurut James P. Chaplin *Reconstruction* merupakan penafsiran data psikoanalitis sedemikian rupa untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.¹⁵⁵

Rekonstruksi adalah upaya pembentukan norma dengan cara menyesuaikan dan memperluas suatu tradisi atau norma ketatanegaraan yang ada di tengah masyarakat ke dalam struktur negara-negara modern. Dengan demikian, rekonstruksi pada dasarnya memperbaharui norma kedalam bentuk dan skala yang lebih luas tanpa menghilangkan prinsip-prinsip pokok dari norma tersebut.

Rekonstruksi juga bermakna sebagai kontekstualisasi suatu norma yang berasal dari masa lalu. Dalam hal ini rentang jarak waktu dan ukuran wilayah menjadi salah satu kunci penting untuk menjaga agar pembentukan norma baru tidak menghilangkan prinsip-prinsip dalam norma yang direkonstruksi. Dengan demikian, rekonstruksi mengubah tradisi menjadi norma hukum positif yang berlaku dan

¹⁵⁴ B.N. Marbun, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1996, hlm. 469.

¹⁵⁵ James P. Chaplin, *Kamus Lengkap Psikologi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm. 421.

wilayah negara bangsa. Dalam Undang-Undang Dasar 1945, rekonstruksi di antaranya terjadi pada tradisi musyawarah-mufakat yang asalnya merupakan norma kebiasaan yang berlaku dalam bentuk yang sederhana pada komunitas desa yang kecil dan terbatas.¹⁵⁶

Berdasarkan uraian diatas maka dapat peneliti simpulkan maksud rekonstruksi dalam penelitian ini adalah pembaharuan system atau bentuk. Berhubungan dengan rekonstruksi pengujian terhadap Peraturan Daerah maka di perlu pembaharui yang ideal dimana sistem pengujian yang lama digantikan dengan aturan main yang baru yang responsif. Rekonstruksi tersebut inilah yang nantinya akan menjadi pedoman atau panduan dalam pengujian terhadap Peraturan Daerah khususnya.

C. Penelitian Yang Relevan dan Kebaharuan Penelitian

Penelitian dengan tema "Rekonstruksi sistem pengujian Peraturan Daerah dalam perspektif hukum responsif" sepengetahuan peneliti merupakan sebuah karya baru yang belum pernah dikaji oleh pusat studi hukum baik secara teoritis maupun praktisi. Karya-karya sebelumnya banyak mengkaji tentang Pengujian tentang Peraturan Daerah dalam kerangka ilmu Hukum Tata Negara, sedang dalam fokus kajian dalam penelitian ini adalah mengupayakan kontruksi pengujian terhadap Peraturan Daerah dalam perspektif responsif sebagai kontruksi peraturan perundang-undangan guna mengatasi masalah yang konstitusional dalam pengujian Peraturan Daerah, sejalan dengan konstitusi negara Indonesia.

Penegasan tentang orisinalitas penelitian ini dimaksudkan untuk menghindari pengulangan atau duplikasi terhadap tema-tema yang sama. Berikut ini beberapa karya secara substansi berbeda tetapi relevan dengan penelitian ini :

¹⁵⁶ Aidul Fitriciada, *Rekonstruksi Tradisi Bernegara Dalam UUD 1945*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2014, hlm. 16-17.

Tabel. 02 Hasil Penelitian Disertasi yang Relevan

| No | Nama | Judul | Perbandingan Subtansi |
|----|--|--|--|
| 1 | King Faisal Sulaiman, Tahun 2016, Universitas Islam Indonesia (UII), Yogyakarta, Disertasi | Politik Hukum Pengujian Peraturan Daerah Oleh Mahkamah Agung dan Pemerintah Pasca Perubahan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 | Persamaan : Sama-sama mengkaji tentang Pengujian Peraturan Daerah Perbedaan : Mengkaji tentang pengujian Peraturan Daerah setelah reformasi dan pengujian dikembalikan kepada Mahkamah Agung. |
| 2 | Umbu Rauta, Tahun 2016, Universitas Diponegoro (UNDIP), Semarang, Disertasi | Rekonstruksi Sistem Rancangan Pengujian Peraturan Daerah dan Peraturan Daerah Sesuai Amanat Undang-undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945. | Persamaan : Sama-sama pengujian terhadap Peraturan Daerah sebagai kontruksi peraturan perundang-undangan guna mengatasi masalah yang konstitusional dalam pengujian Peraturan Daerah, |

| | | | |
|---|--|--|---|
| | | | <p>sejalan dengan konstitusi negara Indonesia</p> <p>Perbedaan :</p> <p>Kajiannya lebih luas tidak hanya pada Peraturan daerah saja tetapi juga tentang Rancangan peraturan daerah.</p> |
| 3 | <p>Yusnani Hasjimzoem, Tahun 2011, Universitas Diponegoro (UNDIP), Semarang</p> <p>Disertasi</p> | <p>Rekonstruksi Pembentukan Peraturan Daerah Yang Berkeadilan Dalam Sistem Hukum Indonesia</p> | <p>Persamaan :</p> <p>Membentuk peraturan daerah yang berkonsep pada partisipasi masyarakat yang aspek formil akan melahirkan kedailan prodedur dan aspek subtansinya menghasilkan keadilan subtansi</p> <p>Perbedaan :</p> <p>Menggunakan teori kedailan dan menitik beratkan pada Peraturan daerah terkait retribusi.</p> |

| | | | |
|---|---|--|--|
| 4 | Abdul Aziz Nasihuddin, Tahun 2016, Universitas Gajah Mada (UGM), Yogyakarta, Disertasi. | Pengujian Yuridis Peraturan Daerah Kabupaten/kota Oleh Mahkamah Agung Pengaruhnya Terhadap Pemberdayaan daerah | <p>Persamaan :</p> <p>Pengujian Peraturan Daerah yang dilakukan melalui Mahkamah Agung yang mengakibatkan pembatalan peraturan daerah yang disebabkan banyaknya kelemahan dalam pelaksanaan pengujian peraturan daerah lembaga yang diberi wewenang oleh Undang-Undang Dasar 1945 mengalami pasang surut.</p> <p>Perbedaan :</p> <p>Pengujian Peraturan Daerah hanya seputar pemberdayaan daerah</p> |
| 5 | Radian Salam, tahun 2017, Universitas Airlangga, | Pengujian Undang-undang Oleh Mahkamah Konstitusi dalam Persektif | <p>Persamaan:</p> <p>Kajian Pengujian melalui</p> |

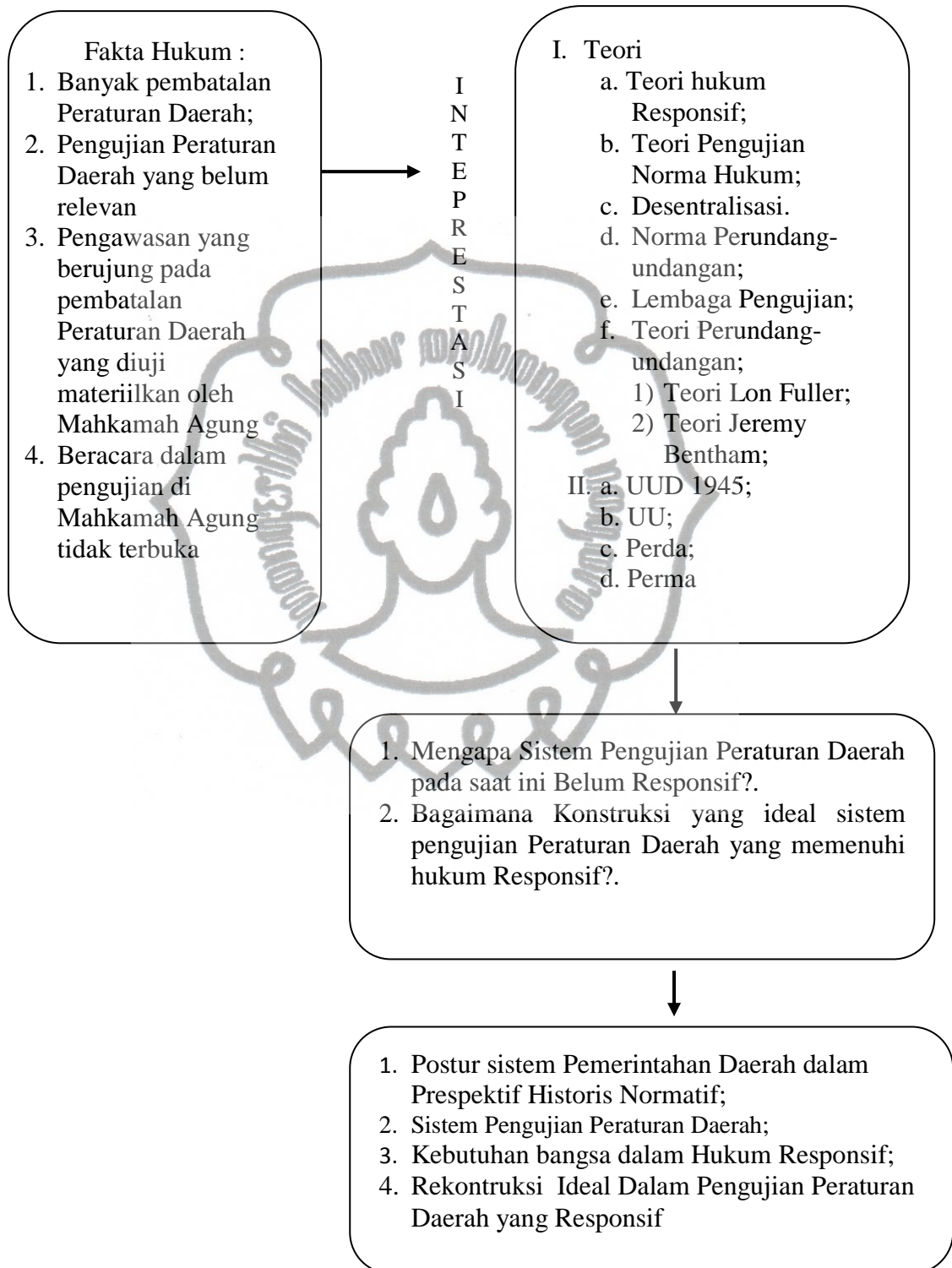
| | | | |
|--|---------------------|----------------------------------|--|
| | Surabaya, Disertasi | Konstitusionalisme dan Demokrasi | mekanisme <i>Judicial review</i> sebagaimana yang di atur dalam Undang-undang Dasar 1945 dan merupakan lembaga peradilan. Perbedaan: Kajian yang diujian berbeda dan lembaga pengujinya pun berbeda, untuk Peraturan Daerah itu sendiri terletak di Mahkamah Agung, sedangkan Mahkamah Konstitusi itu sendiri pengujian Undang-undang terhadap Undang- undang Dasar. |
|--|---------------------|----------------------------------|--|

Dari berbagai telaah pustaka yang telah penulis lakukan seperti contoh tersebut di atas, penulis menyatakan bahwa disertasi ini benar-benar ide orisinal dan memiliki kebaharuan penelitian dibidang hukum. Disertasi ini akan lebih mempertajam pada sistem pengujian sehingga menghasilkan fitur dan indikator yang berprespektif pada hukum responsif, dimana hukum responsif merupakan hukum yang dinamis mengingat peraturan daerah dalam produk hukum daerah.

Kebaharuan dari disertasi ini akan merekonstruksi sistem pengujian Peraturan Daerah yang selama ini sudah tidak sesuai lagi dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi yang mensentalkan pengujian Peraturan Daerah kepada Mahkamah Agung, maka perlu adanya konstruksi dari sistem pengujian di Mahkamah Agung khususnya terkait Peraturan Daerah, mengingat masih banyaknya kelemahan sistem *judicial review* melalui Mahkamah Agung, mengingat negara Indonesia memiliki kemajemukan problem dan potensi masing-masing daerah.

Perbaikan hukum acara dan perbaikan uji materi diperlukan agar Peraturan Daerah-Peraturan Daerah yang dibuat oleh pemerintah daerah tidak banyak diajukan untuk diujikan atau berakibat pembatalan terhadap Peraturan Daerah tersebut walaupun banyak kasus-kasus Peraturan Daerah yang dibatalkan karena bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi dan Investasi.

D. Kerangka Berpikir



Agar suatu penelitian ini terarah maka diperlukan kerangka berpikir yang berfungsi sebagai pedoman dalam menjelajahi seluruh rangkaian kegiatan

penelitian ini. Dengan demikian, disertasi ini akan terarah pada masalah yang akan penulis kaji.

Untuk dapat merekonstruksi kerangka pemikiran demikian, maka terlebih dahulu ditentukan ruang lingkup kajian masalah sistem pengujian Peraturan Daerah. berdasarkan atas lingkup kajian itu, langkah selanjutnya akan dilakukan pembatasan-pembatasan tertentu sehingga penelitian ini tidak terlalu luas, yang pada saat bersamaan secara realitis dapat dijangkau oleh peneliti. Guna merumuskan ruang lingkup dan kerangka pemikiran secara tepat, patut kiranya diawali dengan mengetangahkan dan menjelajahi bebrapa landasan teori yang sudah ada. Hal ini dimaksudkan agar rumusan ruang lingkup dan kerangka pemikiran yang diketengahkan dan dijelajahi beberapa landasan teori yang sudah ada. Hal ini dimaksudkan agar rumusan ruang lingkup dan kerangka pemifikiran yang tersebut dapat dipertanggungjawabkan sisi ilmiahnya.

Suatu hal yang tidak dapat disangkal bahwa masalah yang menyangkut hukum berkait erat dengan sistem pengujian Peraturan Daerah yang diujikan melalui Mahkamah Agung masih belum memenuhi harapan masyarakat dan sudah tidak sesuai dengan kondisi negara Indonesia yang telah mengalami pergeseran-pergeseran hukum. Hukum bukanlah entitas yang *insulated/alienated* yang terlepas dari dunia sekelilingnya. Dengan perspektif yang demikian ini, maka sudah merupakan suatu kebutuhan bahwa untuk mengkaji hukum agar memperoleh pemahaman yang relatif baik perlu meminjam dan menggunakan pendekatan yang lazim berlaku dalam ilmu-ilmu sosial.¹⁵⁷ Termasuk juga masalah sistem pengujian Peraturan Daerah yang menjadi tema sentral dalam kajian ini tidak dapat dilepaskan dari aspek hukum yang responsif. Oleh karenanya, beberapa teori seperti teori pengujian norma, desentralisasi, Norma perundang-undangan, lembaga penguji, dan teori perundang-undangan yang meliputi teori Lon Fuller dimana hukum positif harus sejalan dengan moral, dan teori Jeremy Bentham dimana hukum harus

¹⁵⁷ Ronny Hanitiyo Soemitro, "Studi Hukum dan Masyarakat", Alumni, Bandung, hlm. 22; dalam Jonathan H. Turner (1982) *The Structure of Sociological Theory*. The Dorsey Press, Homewood, Illinois, 1985, pp. 45-49.

memberikan manfaat untuk publik, serta Peraturan Daerah itu sendiri merupakan lingkup kajian penelitian, selanjutnya akan dilakukan pembatasan-pembatasan tertentu sehingga penelitian ini tidak terlalu luas, yang pada saat bersamaan secara realistis dapat dijangkau oleh peneliti. Termasuk juga masalah masalah sistem pengujian Peraturan Daerah yang menjadi tema sentral dalam kajian ini tidak dapat dilepaskan dari aspek hukum responsif.

