

DISERTASI

**PEMBENTUKAN PERATURAN DAERAH KHUSUS DALAM
MENDUKUNG PENYELENGGARAAN OTONOMI
DI PROVINSI PAPUA**

*Establishment of Special Regional Regulations in Supporting
the Implementation of Autonomy in Papua Province*



**MARTINUS GUNTUR OHOIWUTUN
B013181008**

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2022**

**PEMBENTUKAN PERATURAN DAERAH KHUSUS DALAM
MENDUKUNG PENYELENGGARAAN OTONOMI
DI PROVINSI PAPUA**

DISERTASI

Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Doktor

Program Studi:

ILMU HUKUM

Disusun dan Diajukan Oleh:

MARTINUS GUNTUR OHOIWUTUN

B013181008

Kepada:

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2022**

PENGESAHAN DISERTASI

**PEMBENTUKAN PERATURAN DAERAH KHUSUS
DALAM MENDUKUNG PENYELENGGARAN OTONOMI
DI PROVINSI PAPUA**

Disusun dan diajukan oleh:

**MARTINUS GUNTUR OHOWUTUN
B013181008**

Telah dipertahankan di hadapan Panitia Ujian yang dibentuk dalam rangka Penyelesaian Studi Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin pada tanggal, 24 Nopember 2022 dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

Menyetujui,

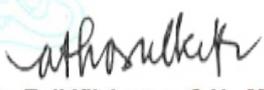
Promotor,


Prof. Dr. Marthen Arie, S.H., M.H.
NIP. 195704301985031004

Ko-Promotor,

Ko-Promotor,


Prof. Dr. Achmad Ruslan, S.H., M.H.
NIP. 195701011986011001


Dr. Zulkifli Aspan, S.H., M.H.
NIP. 196807112003121004

Ketua Program Studi S3 Ilmu Hukum,

Ketua Program Studi S3 Ilmu Hukum,


Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si.
NIP. 196408241991032002


Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P.
NIP. 197312311999031003



PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : **Martinus Guntur Ohoiwutun**
Nomor Induk Mahasiswa : B013181008
Program Studi : Ilmu Hukum

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa disertasi yang saya tulis ini benar-benar merupakan hasil karya saya sendiri, bukan merupakan pengambilalihan tulisan atau pemikiran orang lain. Apabila dikemudian hari terbukti atau dapat dibuktikan bahwa sebagian atau keseluruhan disertasi ini karya orang lain, saya bersedia menerima sanksi atas perbuatan tersebut.

Makassar, 24 November 2022
Yang Menyatakan,



Martinus Guntur Ohoiwutun

PRAKATA

Puji syukur penulis panjatkan atas kehadiran Tuhan Yang Maha Esa yang hanya karena pertolongan-Nya serta karunia-Nya yang telah dicurahkan kepada penulis sehingga dapat menyelesaikan hasil penelitian disertasi ini yang berjudul “**Pembentukan Peraturan Daerah Khusus Dalam Mendukung Penyelenggaraan Otonomi di Provinsi Papua**”. Salah satu daerah di Indonesia yang menyelenggarakan pemerintahan daerah yang bersifat khusus adalah Provinsi Papua. Dalam penyelenggaraan pemerintahan daerahnya diberikan kewenangan untuk membentuk Peraturan Daerah Provinsi (Perdasi) dan Peraturan Daerah Khusus (Perdasus) yang diharapkan penyelenggaraan pemerintahan daerah menjadi lebih baik terutama kebijakan yang dibentuk untuk mewujudkan perubahan di Provinsi Papua.

Penulis menyadari bahwa disertasi ini mustahil dapat diselesaikan tanpa adanya bantuan, dorongan serta bimbingan dari berbagai pihak. Penghargaan, rasa hormat dan ucapan terima kasih dengan penuh kerendahan hati penulis haturkan kepada kedua orang tuaku A. B. Ohoiwutun dan Evi Maturbongs atas segala didikan dan doanya yang tulus selama ini. Istriku Ingrid, S.Sos dan anak-anakku Theresia M. Thessa Ohoiwutun, Angelique Godalifa Ohoiwutun dan Juan Paulus Allende Ohoiwutun yang senantiasa mendoakan dan memberi dorongan untuk menyelesaikan disertasi ini. Dan yang terhormat dan amat terpelajar Prof. Dr. Marthen Arie, S.H., M.H., selaku Promotor, Prof. Dr. Achmad Ruslan,

S.H., M.H. dan Dr. Zulkifli Aspan, S.H., M.H. selaku Ko-Promotor yang telah banyak meluangkan waktu dalam memberikan bimbingan dan menunjukkan hal-hal yang penting dan perlu diperhatikan dengan penuh keikhlasan dalam proses penyelesaian penulisan disertasi ini. Semoga Tuhan Yang Maha Esa meninggikan derajat serta mencurahkan rahmat-Nya kepada mereka semua.

Penyelesaian disertasi ini dapat diselesaikan berkat dukungan dan dorongan dari berbagai pihak. Oleh karena itu penulis menyampaikan terima kasih dan rasa hormat yang setinggi-tingginya kepada:

1. Prof. Dr. Ir. Jamaluddin Jompa, M.Sc., selaku Rektor Universitas Hasanuddin Makassar.
2. Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P, selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar.
3. Dr. Maskun S.H., LL.M., selaku Wakil Dekan Bidang Akademik dan Kemahasiswaan.
4. Prof. Dr. Iin Kartika Sakharina, S.H., M.A., selaku Wakil Dekan Bidang Perencanaan, Sumber Daya dan Alumni.
5. Dr. Ratnawati, S.H., M.H., selaku Wakil Dekan Bidang Kemitraan, Riset dan Inovasi.
6. Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si., selaku Ketua Program Studi S3 Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar.
7. Prof. Dr. Syamsul Bachri, S.H., M.S., Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si., Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P dan Dr. Muhammad. Hasrul,

S.H., M.H., M.A.P, selaku penilai yang telah banyak memberikan masukan, kritik dan saran dalam perbaikan dan penyempurnaan disertasi ini.

8. Dr. Sugeng Pernomo, S.H., M.H., selaku penilai eksternal yang memberikan kritik dan sarana dalam rangka penyempurnaan disertasi ini.
9. Para Dosen dan Staf Administrasi Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar yang telah memberikan pengajaran dan melayani dalam proses administrasi selama penulis menempuh studi.
10. Dr. Anton Raharusun, S.H., M.H., Dr. Yusak Reba, S.H., M.H., Dr. Muhammad Irwan, S.H., M.H. dan Budi Setianto, S.H., M.H. telah memberikan pemikiran kritis dan dorong kepada penulis dalam menyusun disertasi ini.
11. Amanutus Ndatipits sebagai anggota Majelis Rakyat Papua, Nelwan Sagrim sebagai Kepala Bagian Produk Hukum Daerah pada Biro Hukum Provinsi Papua, Natan Pahabol dan Paskalis Letsoin sebagai Anggota DPR Papua yang telah memberikan data dan informasi mengenai pembentukan Perdasus sehingga penulisan disertasi ini dapat diselesaikan, dan Agung Wijaya yang selalu meluangkan waktu untuk mencari referensi dan memberikan pemikiran kritis bagi Penulis.
12. Rekan-rekan seperjuangan Mahasiswa S3 Universitas Hasanuddin Makassar Nurhayati, Lestari Wulandari S, Tuti Haryanti, Muh Taufiq Amin, Israwati Akib, Rahayu Kajongian, Ali Rahman, Liong, Andi Baso

Zulfakar AR dan Heindra Lekatompessy yang selalu memberikan dorong dan motivasi serta doa sehingga disertasi ini penulis dapat selesaikan.

Akhirnya penulis berharap semoga dengan hadirnya disertasi ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu hukum. Semoga Tuhan Yang Maha Esa menyertai dan memberkati kita semua.

Makassar, 24 November 2022

Penulis,

Martinus Guntur Ohoiwutun

ABSTRAK

MARTINUS GUNTUR OHOIWUTUN. Pembentukan Peraturan Daerah Khusus Dalam Mendukung Penyelenggaraan Otonomi di Provinsi Papua (dibimbing oleh Marthen Arie, Achmad Ruslan, dan Zulkifli Aspan)

Penelitian ini bertujuan untuk mengkaji esensi pembentukan Peraturan Daerah Khusus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi di Provinsi Papua., mengkaji kedudukan Perdasus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi khusus di Provinsi Papua dan mengkaji pendekatan ideal pembentukan Perdasus yang dapat mendukung penyelenggaraan otonomi khusus di Provinsi Papua.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif Teknik pengumpulan bahan hukum dilakukan melalui penelitian kepustakaan, pengumpulan dokumen, peraturan perundang-undangan, dan sebagai pelengkap bahan hukum dilakukan wawancara Bahan hukum yang telah dideskripsikan sesuai dengan pokok permasalahan selanjutnya disistematiskan, dieksplanasi, dan selanjutnya diberi argumentasi sehingga keseluruhan membentuk satu kesatuan yang saling berhubungan secara logis.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa penulis melihat bahwa 1) Esensi pembentukan peraturan daerah khusus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi di Provinsi Papua adalah sangat bergantung pada proses, metode dan teknik pembentukan Perdasus. 2.) Kedudukan norma otonomi khusus dalam pembentukan peraturan daerah khusus dilihat dua hal yaitu materi muatannya dan kedudukan norma otonomi khususnya. Materi muatan Perdasus bergantung dari kebutuhan yang diamanahkan dalam Undang-Undang Otsus. Sementara, kedudukan norma otonomi khusus Papua merupakan salah satu jenis peraturan perundang-undangan dan merupakan bagian dari sistem hukum nasional yang berdasarkan Pancasila. 3.) Pendekatan ideal pembentukan peraturan daerah khusus yang dapat mendukung otonomi khusus di Provinsi Papua adalah dengan melibatkan semua lembaga dan elemen masyarakat, yaitu Gubernur, DPRD, MRP dan Komisi Ad-hoc. Dengan melibatkan MRP dalam pembentukan Perdasus maka secara langsung juga meningkatkan partisipasi orang asli Papua, karena MRP adalah wakil orang asli Papua secara langsung.

Kata Kunci: Peraturan Daerah Khusus, Otonomi, Papua

ABSTRACT

MARTINUS GUNTUR OHOIWUTUN. Establishment of Special Regional Regulations to Support the Implementation of Autonomy in Papua Province, (supervised by Marthen Arie, Achmad Ruslan, and Zulkifli Aspan)

This study aims to examine the essence of the establishment of Special Regional Regulations in supporting the implementation of autonomy in Papua Province, examine the position of the Perdasus in supporting the implementation of special autonomy in Papua Province and examine the ideal approach to the formation of Perdasus which can support the implementation of special autonomy in Papua Province.

This research is a normative legal research. The technique of collecting legal materials have been done through library research, collecting documents, laws and regulations, and as a complement to legal materials interviews. Legal materials that have been described in accordance with the subject matter are then systematized, explained, and then given an argument so that the whole form a logically interconnected unit.

The results of the study indicate that 1) The essence of the formation of special regional regulations in supporting the implementation of autonomy in Papua Province is very dependent on the process, method and technique of forming the Perdasus. 2.) The position of special autonomy norms in the formation of special regional regulations is seen in two things, namely the content of the content and the position of the special autonomy norms. The content of the Perdasus depends on the needs mandated in the Special Autonomy Law. Meanwhile, the position of Papua's special autonomy norms is one type of legislation and is part of the national legal system based on Pancasila. 3.) Ideal approach for the establishment of special regional regulations that can support special autonomy in Papua Province is to involve all institutions and elements of society, namely the Governor, DPRD, MRP and the Ad-hoc Commission. By involving the MRP in the formation of the Perdasus, it will also directly increase the participation of indigenous Papuans, because the MRP is the direct representative of indigenous Papuans.

Keywords: Special Local Regulations, Autonomy, Papua

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
PENGESAHAN DISERTASI	ii
PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI	iii
PRAKATA	iv
ABSTRAK	viii
ABSTRACT	ix
DAFTAR ISI	x
DAFTAR TABEL	xiv
DAFTAR BAGAN	xv
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah.....	13
C. Tujuan Penelitian.....	14
D. Kegunaan Penelitian	14
E. Orisinalitas Penelitian	15
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	19
A. Hukum dan Kekuasaan Negara.....	19
1. Hukum Dalam Perspektif Kekuasaan Negara	19
2. Peraturan Perundang-Undangan yang Lahir dari Kekuasaan Negara	24
3. Pembagian Kekuasaan di Indonesia	34
4. Pergeseran Kekuasaan ke Daerah	39

5. Kewenangan	43
B. Desentralisasi Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan	47
1. Konsep Desentralisasi dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.....	47
2. Desentralisasi Asimetrik di Indonesia dan Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan	52
3. Konsep Peraturan Daerah Khusus.....	62
4. Konsep Peraturan Daerah Provinsi	66
C. Konsep Norma Hukum	68
1. Norma Hukum	68
2. Berbagai sifat Norma Hukum dalam Peraturan Perundang-undangan	76
3. Norma berlaku ke dalam dan/atau ke luar.....	77
4. Norma bersifat Umum dalam Arti Luas	78
5. Norma Hukum dalam Peraturan Perundang-Undangan	79
D. Pembentukan Perundang-Undangan dan Perubahan Sosial	82
1. Teori Bekerjanya Hukum.....	82
2. Teori <i>Legisprudence</i> dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.....	97
3. Teori Interpretasi Hukum.....	102
4. Teori Pembentukan Perundang-undangan	109
5. Asas-Asas Perundang-Undangan	112

6. Hubungan Pembentukan Perundang-Undangan dengan Pembangunan.....	118
E. Proses dan Metode Perundang-Undangan	126
1. Proses Perundang-Undangan.....	126
2. Metode Perundang-Undangan	131
F. Tahapan Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia	143
1. Perencanaan.....	143
2. Penyusunan	148
3. Pembahasan	151
4. Pengesahan atau Penetapan.....	151
5. Pengundangan.....	152
G. Bagan Kerangka Pikir.....	154
H. Definisi Operasional	155
BAB III METODE PENELITIAN.....	160
A. Tipe Penelitian.....	160
B. Pendekatan Penelitian.....	161
C. Pengumpulan Bahan Hukum.....	164
D. Sumber Bahan Hukum	164
E. Analisis Bahan Hukum	167
BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	168
A. Esensi Pembentukan Perdasus dalam Mendukung Penyelenggaraan Otonomi di Provinsi Papua	168

1. Nilai Kultural	169
2. Proses Pembentukan Perdasus	198
3. Metode Pembentukan Perdasus	226
4. Teknik Pembentukan Perdasus	239
B. Kedudukan Perdasus dalam Penyelenggaraan Otonomi Khusus	249
1. Materi Muatan	252
2. Kedudukan Norma Otonomi Khusus	303
C. Pendekatan Ideal Pembentukan Perdasus dalam Mendukung Penyelenggaraan Otonomi di Provinsi Papua	315
1. Legislasi	315
2. Partisipasi Orang Asli Papua	340
BAB V PENUTUP	353
A. Kesimpulan.....	353
B. Saran.....	355
DAFTAR PUSTAKA	357

DAFTAR TABEL

Tabel 1	Pembentukan Perdasus yang Diamanatkan oleh UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 2 Tahun 2021 tentang Perubahan Kedua Atas No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua	195
Tabel 2	Program Pembentukan Perdasi/Perdasus Tahun 2018	216
Tabel 3	Program Pembentukan Perdasi/Perdasus Tahun 2020	217
Tabel 4	Peraturan Daerah Khusus yang Telah Dibentuk	293
Tabel 5	Peraturan Daerah Khusus yang Belum Dibentuk	294
Tabel 6	Sistematika UU No. 21 Tahun 2001	308
Tabel 7	Perbandingan Aspek-aspek Mendasar Antara DPRD dan MRP	349

DAFTAR BAGAN

Bagan 1	Mekanisme Pembentukan Rancangan Perdasi/Perdasus Inisiatif DPR Papua.....	207
Bagan 2	Mekanisme Pembahasan Rancangan Perdasi/Perdasus Inisiatif DPR Papua.....	207
Bagan 3	Mekanisme Pembahasan Rancangan Perdasi/Perdasus Usulan Eksekutif	208
Bagan 4	Mekanisme Penyerapan Aspirasi Masyarakat di DPR Papua	341

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, mengatur bahwa bentuk Negara Indonesia adalah Negara Kesatuan, yang berbentuk Republik.¹ Negara kesatuan adalah suatu solusi terhadap wilayah Indonesia yang terdiri dari pulau-pulau yang dihubungkan dengan lautan. Implementasi lebih lanjut dari Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD NRI) Tahun 1945 adalah Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah.² Pemerintah daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan sebagaimana diatur dalam Pasal 18 ayat (2) UUD NRI. Pembagian provinsi, kabupaten dan kota, Negara Indonesia mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan

¹ Lihat Pasal 1 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945.

² Pasal 18 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, mengatur: Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.

Undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 18B ayat (1) UUD NRI Tahun 1945.

Sebelum amendemen UUD NRI Tahun 1945, pengakuan atas pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa dinyatakan dalam penjelasan Pasal 18 UUD NRI Tahun 1945. Dalam Penjelasan Pasal 18 UUD NRI Tahun 1945 diuraikan Negara Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingat hak-hak asal-usul daerah tersebut.

Dalam konteks negara kesatuan Negara Indonesia melakukan pembagian wilayah dengan sistem desentralisasi. Desentralisasi merupakan penyerahan urusan oleh pemerintah pusat kepada daerah otonom berdasarkan asas otonomi.³ Desentralisasi di Indonesia untuk setiap daerah diberikan dalam bentuk yang berbeda-beda pada setiap daerah ada yang menerapkan desentralisasi simetris dan desentralisasi asimetris. Desentralisasi simetris merupakan suatu sistem pembagian kewenangan tiap level pemerintahan, dari pusat sampai ke daerah, dimana terdapat suatu upaya sistematis untuk menduplikasi kewenangan.⁴

³ Pasal 1 angka 8 UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (LNRI Tahun 2014 No. 244, TLNRI No. 5587) sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan UU No. 9 Tahun 2015 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (LNRI Tahun 2015 No. 58, TLNRI No. 5679).

⁴ Ratri Istantia dan Dedi Junaedi, 2012, *Menuju Otonomi Daerah Adil Dan Sejahtera: Revisi Model Otonomi Daerah Menuju Desentralisasi Asimetris*, Lembaga Administrasi

Sementara itu, konsep desentralisasi asimetris sendiri merupakan evolusi dari konsep federasi asimetris yang diperkenalkan oleh Charles Tarlton sebagaimana dikutip oleh Ratri Istania dan Dedi Junaedi, dimana terdapat ada dua bentuk federasi asimetris, yaitu merujuk pada bentuk-bentuk bercirikan negara federasi, terutama menampilkan perbedaan antara unit-unit di dalam negara berdasarkan ukuran dan tingkat kesejahteraan, kebudayaan atau bahasa, dan perbedaan dalam pemberian otonomi, perwakilan dan tingkat pengaruh unit tersebut pada level federasi dari kewenangan melekat tersebut. Sedangkan ada juga yang disebut sebagai *de jure* asimetri, yaitu merujuk pada suatu bentuk kesepakatan tentang pembagian kekuasaan, level otonomi pada beberapa area kebijakan tertentu tapi tidak lainnya.⁵ Untuk itu desentralisasi asimetris ditujukan untuk penerapan pada negara kesatuan.

Di Indonesia terdapat empat provinsi yang menerapkan desentralisasi asimetris atau pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa, yaitu Provinsi Aceh, Jakarta, Yogyakarta dan Papua. Dari keempat daerah yang menyelenggarakan pemerintahan yang bersifat khusus atau istimewa terdapat tiga daerah yang menerapkan otonomi khusus, yaitu Provinsi Aceh, Jakarta dan Papua ditambah Provinsi Papua Barat yang dibentuk sebagai daerah otonomi

Negara Pusat Kajian Kinerja Otonomi Daerah, Jurnal Desentralisasi, Volume 10, Nomor 1, hlm. 43.

⁵ *Ibid*, hlm. 43.

baru dari Provinsi Papua. Dalam penelitian di fokuskan pembentukan peraturan daerah khusus (Perdatus) pada pemerintahan daerah yang bersifat khusus dalam hal ini Provinsi Papua karena situasi politik dan konflik yang berbeda.

Pengakuan negara terhadap pemerintahan daerah yang bersifat khusus kepada Provinsi Papua ditetapkan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2021 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua (selanjutnya disebut UU No. 21 Tahun 2001). Penerapan desentralisasi asimetris kepada Provinsi Papua tentunya mempunyai latar belakang yang berbeda-beda dengan wilayah lain di Indonesia. Latar belakang yang dimaksud adalah terkait dengan sejarah integrasi Papua ke Indonesia, pelanggaran hak asasi manusia dan diskriminasi terkait ras. Hal ini sesuai dengan hasil riset yang berjudul "Papua Road Map tahun 2009", menemukan tiga akar masalah dalam konflik Papua, termasuk status dan sejarah politik, kegagalan pembangunan serta kekerasan negara dan pelanggaran hak asasi manusia.⁶ Otonomi khusus sebagai solusi politik untuk menyelesaikan permasalahan latar

⁶ Aisah Putri Budiatri, 6 September 2019, *Memadam Api Konflik Papua*, Kompas, Opini, hlm. 6.

belakang tersebut, namun belum menunjukkan suatu perubahan yang signifikan.

Untuk menjawab dan menyelesaikan permasalahan yang selalu berulang di Provinsi Papua, ternyata untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat terutama orang asli Papua ternyata tidak dapat diimplementasikan. Penyelesaian konflik selama ini dilakukan tetapi ternyata konflik yang terjadi di Provinsi Papua tetap berulang bahkan terjadi di hampir seluruh Provinsi Papua dan Papua Barat.

Desentralisasi asimetris yang diberikan tentunya melaksanakan urusan atau kewenangan yang diberikan secara khusus dengan dasar pengembangan sosial dan budaya masyarakat asli Papua yang jauh tertinggal dengan provinsi lainnya. Artinya, kewenangan yang diberikan untuk percepatan pembangunan orang asli Papua. Pembangunan yang dikembangkan di Papua lebih mementingkan percepatan infrastruktur untuk mengejar ketertinggalan tanpa mengembangkan aspek percepatan perubahan kehidupan masyarakat asli Papua. Pandangan bahwa dengan mempercepat pembangunan infrastruktur ketertinggalan orang asli Papua dapat diselesaikan, namun kenyataannya infrastruktur yang didengung-dengungkan belum dapat memberikan perubahan karena ternyata hal yang prinsip dalam penyelenggaraan otonomi khusus belum dilaksanakan dengan sungguh-sungguh atau menyentuh akar permasalahan masyarakat.

Penerapan desentralisasi asimetris di Provinsi Papua lebih ditekankan pada aspek politik karena adanya keinginan masyarakat di Provinsi Papua untuk ke luar dari Negara Kesatuan Republik Indonesia, selain itu karena berbagai pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi pada masa orde baru, diskriminasi dalam berbagai aspek kehidupan terutama sosial budaya, agama, perbedaan ras, sejarah, adat istiadat, bahasa sendiri dan eksploitasi sumber daya alam yang tidak memberikan kesejahteraan bagi masyarakat di Provinsi Papua.

Hal yang lain adalah penyelenggaraan pemerintahan dan pelaksanaan pembangunan belum sepenuhnya memenuhi rasa keadilan, belum sepenuhnya memungkinkan tercapainya kesejahteraan rakyat. Pengelolaan dan pemanfaatan hasil kekayaan alam Provinsi Papua belum digunakan secara optimal untuk meningkatkan taraf hidup masyarakat lokal, sehingga telah mengakibatkan terjadinya kesenjangan antara Provinsi Papua dan daerah lain di Indonesia.

Dalam melaksanakan pemerintahan daerah yang bersifat khusus diberikan kewenangan untuk membentuk peraturan daerah (Perda) untuk melaksanakan kewenangan pemerintahan daerah yang menerapkan desentralisasi asimetris. Untuk pembentukan peraturan perundang-undangan diakui kewenangan untuk membentuk perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Pasal 18 ayat (6) UUD

NRI Tahun 1945.⁷ Dengan dasar tersebut, maka Pemerintahan Provinsi Papua dalam membentuk peraturan perundang-undangan dikenal dua peraturan daerah, yaitu Perdasus dan Perdasi.

Peraturan daerah adalah syarat utama dan dasar dalam membangun suatu desentralisasi dan otonomi daerah. Daerah memiliki wewenang atributif, berwenang membuat Perda untuk meyelenggarakan rumah tangganya, namun dalam kenyataan desain pembentukan Perda (*local regulation design*) yang dibuat tidak memiliki sistem legitimasi yang sistematis. Pembentukan peraturan perundang-undangan (legislasi) menjadi sangat kompleks karena dari segi materi muatan, Perda atau produk hukum daerah adalah perwujudan dari keinginan dan pendapat masyarakat. Disamping itu, perlu adanya peraturan yang lebih banyak mengandung beban sebagai peraturan yang lebih rendah dituntut materinya harus semakin konkrit, dan dari segi teori, Perda memiliki tingkat fleksibilitas yang lebih sempit karena tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi.⁸

Yang dimaksud dengan Perdasus adalah Peraturan Daerah Provinsi Papua dalam rangka pelaksanaan pasal-pasal tertentu dalam

⁷ Pasal 18 ayat (6) UUD NRI Tahun 1945, mengatur: Pemerintahan daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.

⁸ Marthen Arie, 2017, *Pendekatan Teori Legisprudensi untuk Menilai Kualitas Peraturan Daerah*, Pidato Diucapkan pada Upacara Penerimaan Guru Besar Tetap dalam Ilmu Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara, Universitas Hasanuddin, Makassar, hlm. 3.

Undang-undang ini.⁹ Dalam Pasal 1 angka 11 UU No. 21 Tahun 2001 sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 2 Tahun 2021 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 21 Tahun 2001, yang dimaksud dengan Peraturan Daerah Provinsi, yang selanjutnya disebut Perdasi, adalah Peraturan Daerah Provinsi Papua dalam rangka pelaksanaan kewenangan sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Sedangkan dalam Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2021 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (selanjutnya disebut UU No. 12 Tahun 2011), menyatakan: Peraturan Daerah Provinsi adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi dengan persetujuan bersama Gubernur. Dari pengertian ini tentunya akan menunjukkan pandangan Perdasi sama saja dengan Perdasi karena dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Papua dan Gubernur Papua, hanya nampak ada kekhususan karena harus mendapat persetujuan dari Majelis Rakyat Papua.

⁹ Pasal 1 angka 10 UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua (LNRI Tahun 2001 No. 135, TLNRI No. 4151) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 2 Tahun 2021 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua (LNRI Tahun 2021 No. 155, TLNRI No. 6697).

Terkait dengan pengertian dari Perdasus, maka dalam Pasal 1 angka 1 UU No. 12 Tahun 2011 mengemukakan yang dimaksud dengan pembentukan peraturan perundang-undangan adalah pembuatan peraturan perundang-undangan yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan. Proses pembentukan dan perencanaan suatu peraturan perundang-undangan, khususnya terkait Proses Pembentukan Perdasus/Perdasi merupakan hal yang sangat penting dan harus diperhatikan dalam setiap Pembentukan Perdasus/Perdasi. Dengan demikian, dalam Pembentukan Perdasus merupakan proses pembuatan peraturan daerah yang pada dasarnya dimulai dari proses perencanaan, persiapan, teknis penyusunan, perumusan, pembahasan, penetapan/pengesahan dan penyebarluasan Perdasus/Perdasi.

Berdasarkan Pasal 29 UU No. 21 Tahun 2001, Perdasus dibuat dan ditetapkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat Papua (DPRP) bersama-sama Gubernur dengan pertimbangan dan persetujuan Majelis Rakyat Papua (MRP). Berbeda dengan Perdasus, Perdasi dibuat dan ditetapkan oleh DPRP dan Gubernur, tanpa persetujuan MRP.

Kedudukan MRP dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah dengan kewenangan khusus berdasarkan Pasal 1 angka 8 UU No. 21 Tahun 2001, adalah sebagai representasi kultural orang asli Papua, yang memiliki wewenang tertentu dalam rangka perlindungan hak-hak orang asli Papua dengan berlandaskan pada penghormatan terhadap

adat dan budaya, pemberdayaan perempuan, dan pementapan kerukunan hidup beragama.

Selain dari pada itu, salah satu bentuk kewenangan khusus yang dimiliki oleh MRP yakni memberi pertimbangan dan persetujuan terhadap rancangan Perdasus hasil pembahasan antara DPRP dan gubernur. Tata cara pemberian pertimbangan dan persetujuan MRP terhadap Perdasus dituangkan dalam Pasal 38 PP No. 54 tahun 2004 tentang Majelis Rakyat Papua jo Pasal 8-13 Perdasus Nomor 4 Tahun 2008 tentang Pelaksanaan Tugas dan Wewenang Majelis Rakyat Papua.

Disinilah letak permasalahan utamanya. MRP yang merupakan perwakilan langsung orang asli Papua dianggap memiliki kewenangan yang lemah dalam membawa aspirasi langsung masyarakat Papua. Selain itu, pelibatan MRP dalam pembuatan Perdasus sangat terbatas. Jika mengacu pada Pasal 20 ayat (1) huruf c UU No. 21 Tahun 2001, kewenangan MRP hanyalah memberikan pertimbangan dan persetujuan terhadap rancangan Perdasus yang diajukan oleh DPRP bersama-sama dengan gubernur. Artinya, MRP tidak dimasukkan dalam tahapan perencanaan, tahapan penyusunan. Hanya pembahasan dan pengesahan atau penetapan MRP dimintakan persetujuan dengan mengeluarkan rekomendasi. Padahal, hakikat utama keberadaan pemerintahan daerah khusus yang dikejawantahkan dalam bentuk UU No. 21 Tahun 2001 dan Perdasus adalah untuk menjembatani

kebutuhan orang asli Papua itu sendiri. Dan MRP yang dianggap sebagai perwakilan utama orang asli Papua. Sisi lain, tidak jelas mengenai batasan MRP dalam memberikan “pertimbangan dan persetujuan” terhadap rancangan Perdasus, apakah pertimbangan dan persetujuan tersebut wajib diikuti oleh DPRD dan gubernur atau hanya sekedar formalitas belaka, sehingga seolah-olah MRP dilibatkan dalam proses pembahasan rancangan Perdasus.

Selain permasalahan di atas, dalam penyusunan Perdasus juga mengalami permasalahan. *Pertama*, pembentukan Perdasus dalam rangka pelaksanaan kewenangan-kewenangan khusus yang bersumber dari otonomi khusus Papua. Apakah pembentukannya telah sesuai dengan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik dan memperhatikan materi muatan yang tepat sesuai dengan jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan serta tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan lainnya yang lebih tinggi? Terhadap permasalahan tersebut, terdapat beberapa Perdasus yang dibuat ternyata bertentangan dengan hierarki peraturan perundang-undangan lebih tinggi,¹⁰ bahkan beberapa Perdasus bukan merupakan amanat dari UU No. 21 Tahun 2001. *Kedua*, apakah dalam penyusunan pembentukan Perdasus maupun Perdasu di Provinsi Papua telah

¹⁰ Putusan Mahkamah Agung Nomor 16 P/HUM/2012, tanggal 28 Februari 2013 yang memutus Pasal 30 Perdasus No. 6 Tahun 2011 tentang Pemilihan Umum Gubernur dan Wakil Gubernur, bertentangan dengan UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua, UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, UU No. 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum.

dilakukan secara terencana dalam program legislasi daerah (Prolegda) sebagaimana ditegaskan dalam UU No. 12 Tahun 2011 atau program pembentukan Perda (Propemperda) sebagaimana diamanatkan dalam UU No. 23 Tahun 2014, dimana mengamanatkan mengenai pentingnya Prolegda atau Propemperda dalam penyusunan pembentukan peraturan daerah? Hal ini mengingat Prolegda adalah instrumen perencanaan program pembentukan peraturan daerah provinsi atau peraturan daerah kabupaten/kota yang disusun secara terencana, terpadu, dan sistematis. Dalam kaitannya dengan Prolegda dalam pembentukan Perdasus, sejauh pengetahuan penulis Perdasus yang dibentuk sebelum tahun 2017 tidak pernah dilaksanakan Prolegda, baik oleh pemerintah Provinsi Papua maupun oleh DPRD. *Ketiga*, terkait penyusunan rancangan Perdasus, menunjukkan bahwa dalam beberapa penyusunan rancangan Perdasus tidak dimulai dengan penyusunan naskah akademik. Hal ini menyebabkan banyak Perdasus yang dibuat dalam rangka pelaksanaan otonomi khusus tidak dapat dilaksanakan dengan baik untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat dan kemajuan pembangunan di Papua, namun Perdasus yang dibuat pada akhirnya hanya dipakai sebagai instrumen perencanaan anggaran. Dan *keempat*, khusus mengenai penyebarluasan rancangan Perdasus hampir dipastikan tidak pernah dilakukan baik oleh pemerintah provinsi maupun oleh DPRD kepada masyarakat atau lembaga swadaya masyarakat atau perguruan tinggi

untuk memberikan masukan terhadap muatan materi rancangan Perdasus tersebut. Hal ini menyebabkan banyak rancangan Perdasus, bahkan Perdasus yang dibuat menjadi tidak bermanfaat bahkan hanya menghabiskan anggaran daerah, tetapi kemudian tidak memberi manfaat bagi masyarakat Papua sebagaimana diharapkan.

Oleh karena itu pelaksanaan pembentukan Perdasus, menimbulkan berbagai permasalahan hukum di daerah dan dianggap belum dapat menjawab kebutuhan penyelenggaraan pemerintah daerah bersifat khusus atau bahkan dianggap produk yang dibentuk bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Bahkan Perdasus yang dibentuk belum dapat menjawab kebutuhan hukum masyarakat sehingga konflik di Provinsi Papua nampak tidak pernah berakhir.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian yang dikemukakan di latar belakang, maka yang utama untuk diteliti dan dijawab dalam penelitian ini adalah “Pembentukan Peraturan Daerah Khusus dalam Mendukung Penyelenggaraan Otonomi di Provinsi Papua”. Dengan permasalahan pokok ini, maka dapat dirumuskan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana esensi pembentukan Perdasus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi di Provinsi Papua?

2. Bagaimana kedudukan Perdasus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi khusus di Provinsi Papua?
3. Bagaimana pendekatan ideal pembentukan Perdasus yang dapat mendukung penyelenggaraan otonomi khusus di Provinsi Papua?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan latar belakang dan rumusan permasalahan yang dikemukakan di atas, maka tujuan dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk mengkaji dan menemukan esensi pembentukan Perdasus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi di Provinsi Papua.
2. Untuk mengkaji dan menemukan kedudukan Perdasus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi di Provinsi Papua.
3. Untuk mengkaji dan menemukan pendekatan ideal pembentukan Perdasus yang dapat mendukung penyelenggaraan otonomi khusus di Provinsi Papua.

D. Kegunaan Penelitian

Terdapat dua kegunaan penelitian yang dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Penelitian ini diharapkan memberikan kontribusi dalam pembentukan Perdasus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi di Provinsi Papua dalam suatu sistem perundang-undangan

di Indonesia, sehingga Perdasus dapat menumbuh kembangkan ilmu hukum dalam pembentukan produk perundang-undangan.

2. Penelitian ini dapat memberikan sumbangan bagi penentu kebijakan dalam pembentukan Perdasus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi di Provinsi Papua dalam pembentukan norma hukum sehingga menjadi suatu Perdasus yang membawa dampak pada keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum.

E. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan penelusuran yang diperoleh melalui penelusuran karya ilmiah pada beberapa universitas di Indonesia dan penelusuran di Program Pasca Sarjana Studi Ilmu Hukum Universitas Hasanuddin, tidak ditemukan satu pun judul karya ilmiah yang membahas mengenai pembentukan Perdasus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi di Provinsi Papua sebagaimana yang akan di teliti. Untuk itu dapat dikemukakan beberapa kemiripan atau penelitian yang telah dilakukan sebagai berikut:

1. Yusak Elisa Reba penelitian berjudul “Kewenangan Otonomi Khusus Provinsi Papua dalam Perspektif Sistem Negara Kesatuan” (Disertasi 2015 Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makassar). Penelitian ini difokuskan pada permasalahan penataan kewenangan dalam penyelenggaraan otonomi daerah dan otonomi khusus yang sejalan dengan prinsip negara kesatuan. Selain itu

dibahas juga mengenai pelaksanaan kewenangan otonomi khusus yang sejalan dengan tata kelola pemerintahan yang bersih. Dan format kelembagaan ideal dari otonomi khusus Papua.

2. Lily Bauw penelitian berjudul “Kedudukan Otonomi Khusus Papua dalam Kerangka Penyelenggaraan Pemerintah di Indonesia” (Disertasi 2015, Fakultas Hukum, Universitas Hasanuddin, Makassar). Penelitian ini memfokuskan pada hakikat otonomi khusus Papua dalam kerangka penyelenggaraan otonomi daerah di Indonesia. Selain itu membahas juga pengaturan otonomi khusus dalam kerangka penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia dan kriteria otonomi khusus Papua yang sesuai dengan karakter otonomi daerah di Indonesia.
3. Umbu Rauta, penelitian berjudul “Rekonstruksi Sistem Pengujian Rancangan Peraturan Daerah dan Peraturan Daerah Sesuai Amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945” (Disertasi 2015, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang). Penelitian ini lebih memfokuskan pada Pengujian rancangan Perda dan Perda mengandung problematika, baik pada tataran normatif dan praksis. Pada tataran normatif, ada perbedaan pengaturan pengujian dan pembatalan Perda antara UU No. 32 Tahun 2004 dengan Pasal 24A UUD NRI Tahun 1945. Pada tataran praksis problematika berkenaan dengan ruang lingkup evaluasi

rancangan Perda, bentuk hukum hasil pengujian, tindak lanjut pengujian, dan waktu pengajuan dan pelaksanaan pengujian.

4. Najamuddin Gani penelitiannya berjudul “Hubungan Kewenangan Majelis Rakyat Papua dengan Dewan Perwakilan Rakyat Papua dalam Pembentukan Peraturan Daerah Khusus Papua” (Disertasi 2016, Fakultas Hukum, Universitas Hasanuddin, Makassar). Penelitian ini memfokuskan mengenai kewenangan MRP dan DPRP dalam pembentukan Perdasus. Selain itu membahas juga bentuk kewenangan MRP dan DPRP dalam pembentukan Perdasus. Dan kewenangan ideal dalam pembentukan Perdasus.
5. Abdul Aziz Nasihuddin, penelitian berjudul “Pengujian Yuridis Peraturan Daerah Kabupaten/Kota oleh Mahkamah Agung Pengaruh Terhadap Pemberdayaan Daerah” (Disertasi, 2016, Fakultas Hukum, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta). Penelitian ini lebih menekankan pada pelaksanaan pengujian yuridis Peraturan Daerah Kabupaten/Kota oleh Mahkamah Agung dalam bidang pemberdayaan daerah.
6. Rusdianto Sesung, penelitian berjudul “Prinsip Kesatuan Hukum Nasional Dalam Pembentukan Produk Hukum Pemerintahan Daerah Otonomi Khusus atau Istimewa”, (Disertasi, 2018, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya). Penelitian lebih mengfokuskan pada pengawasan dan tolak ukur pembatalan qanun, Perdasus, dan Perdasi yang bersifat eksklusif. Mekanisme pengawasan terhadap

Perda eksklusif harus disamakan dengan mekanisme pengawasan Perda biasa.

Dari berbagai penelitian yang ada sebagaimana dikemukakan di atas tentunya terdapat perbedaan terutama terkait dengan penelitian sebelumnya mengenai kewenangan otonomi khusus dan kelembagaan yang ada di Provinsi Papua. Dalam penelitian ini penulis mengkaji esensi pembentukan Perdasus dalam mendukung penyelenggaraan otonomi di Provinsi Papua, kedudukan norma otonomi khusus dalam pembentukan Perdasus dan konstruksi ideal pembentukan Perdasus yang dapat mendukung penyelenggaraan otonomi khusus di Provinsi Papua.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Hukum dan Kekuasaan Negara

1. Hukum Dalam Perspektif Kekuasaan Negara

Negara merupakan sebuah tatanan hukum. Unsur-unsur negara yang mencakup wilayah dan rakyat merupakan bidang validitas teritorial dan personal serta tatanan hukum tersebut. Kekuasaan negara adalah validitas dan efektivitas dari tatanan hukum, sedangkan ketiga “kekuasaan” atau “fungsi” negara adalah tahapan-tahapan yang berbeda dari pembentukan tatanan hukum tersebut.¹¹

Hukum selalu menjadi perdebatan berbagai ahli hukum dan berbagai ahli memberikan pandangannya mengenai hukum itu sendiri. Berbagai filsuf dan akademisi mencoba memberikan pandangan mengenai hukum. Hal ini disebabkan dalam tatanan kehidupan manusia lebih dari satu orang, maka akan di buat berbagai aturan agar dalam menjalankan kehidupan tentunya akan baik. Tentunya akan muncul hukum itu dibentuk karena suatu kesepakatan atau dibentuk karena adanya penataan suatu kekuasaan yang menghendaki oleh masyarakat itu agar semua menaatinya. Hukum yang dibentuk untuk menata perilaku manusia

¹¹ Hans Kelsen, 2013, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, terjemahan dari *General Theory of Law and State*, penerjemah Nurainum Mangunsong, Nusa Media, Bandung, hlm. 430.

sehingga manusia menjadi obyek aturan. Untuk itu hukum adalah tata aturan (*order*) sebagai suatu sistem aturan-aturan (*rules*) tentang perilaku manusia. Dengan demikian hukum tidak menunjuk pada suatu aturan tunggal (*rule*) yang memiliki suatu kesatuan sehingga dapat dipahami sebagai suatu sistem. Konsekuensinya, adalah tidak mungkin memahami hukum jika hanya memperhatikan satu aturan saja.¹²

Hukum dalam arti luas bertakhtah di mana-mana. Dimana ada hidup di sana ada hukum-hukum kehidupan yang universal dan tiap bentuk hidup menurut macamnya masing-masing. Di dalam ketertiban yang besar itu mempertahankan hidup dan hidup yang dipertahankan, kita jumpai bermacam tingkatan dan macam hukum. Masyarakat menelorkan macam hukum yang lain, ketertiban yang lain yang dengan tak kalah pasti mencerminkan watak sifatnya sendiri, tetapi yang justru karena itu pula dapat berubah berkembang dan dapat dilanggar. Hukum sosial ini diwujudkan dalam kebiasaan, adat, dalam seribu satu bentuk tata cara dan kelaziman-kelaziman. Sebagian daripadanya sebaliknya, diperkuat lagi diterapkan lagi dan diperlukan lagi sebagai undang-undang negara.¹³

¹² Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, 2006, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Konstitusi Press, Jakarta, hlm. 13.

¹³ Mac Iver, 1988, *Negara Modern*, terjemahan dari *The Modern State*, penerjemah Moertono, Bina Aksara, Jakarta, hlm. 225.

Hukum sosial akan semakin mempunyai daya yang kuat bila di bentuk oleh suatu sistem kekuasaan negara dalam bentuk peraturan perundang-undangan negara. Dalam konteks ini, maka Thomas Aquinas mengemukakan bahwa undang-undang itu berasal dari suatu pemerintahan yang lebih tinggi dan sebagai demikian undang-undang itu tak mungkin lagi lahir dari pikiran salah seorang manusia yang berpikir, dan salah seorang filsufnya, karena ia harus lahir dari kepentingan umum dan ini terjadi baik dari masyarakat seluruhnya maupun dari seorang penguasa. Undang-undang yang tertulis dapat dianggap sebagai hukum dan keadilan dan mendapat kekuasaan dari hukum alam.¹⁴

Sejalan dengan pemikiran Thomas Aquinas, John Locke mengemukakan apabila undang-undang dipegang oleh masyarakat seluruhnya sedangkan kekuasaan pelaksana menjalankannya, maka negara itu ialah negara demokratis. Apabila kekuasaan perundang-undang itu diserahkan kepada satu orang atau beberapa orang, maka ia adalah monarchi atau aristokrasi. Lain dari kekuasaan pelaksana, maka kekuasaan perundang-undangan tidak bekerja tetap. Kekuasaan perundang-undangan adalah kekuasaan tertinggi, karena ia menyatakan kehendak masyarakat negara. Kepala kekuasaan menjalankan undang-undang dapat merangkap menjadi

¹⁴ J. J. Von Schmid, 1980, *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum (dari Plato sampai Kant)*, terjemah dari *Grote Denkers Over Staat en Recht (Van Plato tot Kant)*, penerjemah R. Wiratno dkk, Pembangunan, Jakarta, hlm. 75-76.

kepala perundang-undangan, tetapi ini tidak berarti bahwa kekuasaan menjalankan pemerintahan lebih tinggi dari kekuasaan perundang-undangan.¹⁵

Akan halnya hubungan hukum dan negara, merupakan hal yang bisa juga mengatakan bahwa negara adalah sebuah komunitas politis yang menciptakan atau menyelenggarakan ketentuan sosial yang disebut “hukum”. Pernyataan ini mengasumsikan bahwa negara dan hukum adalah dua hal yang berbeda, yang satu adalah komunitas, lembaga individual, dan yang lain adalah ketentuan, sebuah sistem norma.¹⁶ Pandangan ini tentunya karena menempatkan hukum pada posisi yang tidak bisa dimasuki anasir-anasir lain, namun sesungguhnya dalam pespektif sosilogi kekuasaan biasanya diartikan sebagai suatu kemampuan untuk memaksakan kehendak kepada orang lain. Hubungan antara hukum dan kekuasaan tidak hanya terwujud adanya keinginan masyarakat untuk diatur oleh hukum tetapi juga sebagai sarana untuk mengontrol kekuasaan yang ada pada orang-orang. Hukum tidak hanya membatasi kekuasaan, ia juga menyalurkan dan memberikan kekuasaan kepada orang-orang.¹⁷

¹⁵ *Ibid*, hlm. 153.

¹⁶ Hans Kelsen, 2016, *Dasar-Dasar Hukum Normatif Prinsip-prinsip Teori untuk Mewujudkan Keadilan dalam Hukum dan Politik*, terjemahan dari *What is Justice? Justice, Politic, and Law in the Mirror of Science*, penerjemah Nurulita, Nusa Media, Bandung, hlm. 346.

¹⁷ Satjipto Rahardjo, 1982, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 160-161.

Pada bagian ini lebih melihat hukum dan kekuasaan negara sehingga lebih melihat bagaimana pengaruh hukum dalam kekuasaan demikian hal sebaliknya. Dalam perspektif sejarah faktor-faktor yang menentukan perkembangan hukum salah satunya adalah faktor politik. Dengan demikian dapat pula mengatakan bahwa oleh karena negara adalah ekspresi atau paling tidak merupakan forum kekuasaan-kekuasaan politik yang ada dalam masyarakat, maka hukum adalah hasil sebagian pembentuk keputusan yang diambil dengan cara tidak langsung oleh penguasa. Penguasa mempunyai tugas untuk mengatur dengan cara-cara umum problem-problem kemasyarakatan yang serba luas dan rumit, dan pengaturan ini merupakan objek proses pengambilan keputusan politik, yang dituangkan ke dalam aturan-aturan, yang secara formal diundangkan. Jadi dengan demikian hukum adalah hasil resmi pembentukan keputusan politik, setidaknya yang menyangkut kekuasaan legislatif dan eksekutif. Yang bertalian dengan peradilan nampaknya proses ini kurang ditonjolkan, kendatipun kekuasaan kehakiman betapapun juga, sedikit banyak mencerminkan hubungan-hubungan dan perkembangan-perkembangan politik maupun berbagai opsi kemasyarakatan yang ikut berproses di dalam suatu pergaulan hidup tertentu.¹⁸

¹⁸ John Gilissen dan Frits Gorle, 2005, *Sejarah Hukum Suatu Pengantar*, terjemahan *Historische Inleiding tot het Recht*, penerjemah Freddy Tengker, Redtika Aditama, Bandung, hlm. 91-93.

Oleh Roger Cotterrel mengemukakan, pandangan manapun yang digunakan, hukum dapat dipandang baik sebagai hubungan kekuasaan maupun sebagai suatu mekanisme bagi upaya memformalisasikan dan meregulasikan hubungan-hubungan semacam itu.¹⁹ Hal ini menunjukkan bahwa hukum yang dibentuk di setiap wilayah tidak terlepas dari pengaruh kekuasaan karena hukum tidak dapat diberlakukan tanpa ada suatu kekuatan yang memaksa manusia untuk menaati hukum. Adanya suatu upaya yang dilakukan oleh suatu kekuasaan yang dapat memaksakan manusia untuk taat terhadap hukum.

2. Peraturan Perundang-Undangan yang Lahir dari Kekuasaan Negara

Kata kekuasaan dalam berbagai bahasa dikenal dengan penyebutan seperti dengan bahasa Inggris disebut "*power*" bahasa Belanda "*macht*" dan bahasa Prancis "*pouvoir*". Arti "*power*" dalam alam "*Black's Law Dictionary*" adalah kekuasaan yang diberikan oleh hukum untuk bertindak dalam menjalankan hak, tugas, kewajiban dan hubungan hukum dengan orang lain.²⁰ Sedangkan dalam

¹⁹ Roger Cotterrell, 2004, *Sosiologi Hukum*, terjemahan *The Sociology of Law*, penerjemah Narulita Yusron, Nusa Media, Bandung, hlm. 157.

²⁰ Bryan A. Garner, 2004, *Black's Law Dictionary*, Eighth Edition, Thomson, West, United States of America, copyrights © West, a Thomson business, hlm. 1207, mengartikan:

1. *The ability to act or not act; esp., a person's capacity for acting in such a manner as to control someone else's responses.* 2. *Dominance, control, or influence over another; control over one's subordinates.* 3. *The legal right or authorization to act or not act; a person's or organization's ability to alter, by an act of will, the rights, duties, liabilities, or other legal relations either of that person or of another.*

Kamus Besar Bahasa Indonesia mengartikan kekuasaan sebagai kemampuan menciptakan dan menetapkan keadilan, kekuasaan menjalankan undang-undang dan kekuasaan membentuk undang-undang.²¹

Dari arti kekuasaan di atas, selanjutnya menurut Talcott Parson sebagaimana dikutip oleh Sarja, bahwa:²²

“Power then is generalized capacity to secure the performance of biding obligations are legitimized with reference to their bearing on colletive goals, and where in case of recalcitrancy there is a presumption of enforcement by negative situational sanctions-whatever the agency of the enforcement”. (Kekuasaan digeneralisasi kapasitasnya untuk mengamankan kinerja dalam rangka pengikatan dilegitimasi dengan mengacu pada pengaruhnya pada tujuan kolektif, dan jika dalam masalah ada penegakan dengan sanksi dalam situasi apapun).

²¹ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2015, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Ketiga, Balai Pustaka, Jakarta, hlm. 604, mengartikan:

1 kuasa (untuk mengurus, memerintah, dan sebagainya): *dia telah menggunakan ~ nya secara sewenang-wenang*; 2 kemampuan; kesanggupan: *tiada ~ selain ~ Allah untuk menciptakan dunia*; 3 daerah (tempat dan sebagainya) yang dikuasai: *bekas raja itu tidak mau pergi dari daerah bekas ~ nya meskipun sudah kalah perang*; 4 kemampuan orang atau golongan untuk menguasai orang atau golongan lain berdasarkan kewibawaan, wewenang, karisma, atau kekuatan fisik; 5 *Huk* fungsi menciptakan dan memantapkan kedamaian (keadilan) serta mencegah dan menindak ketidakdamaian atau ketidakadilan; ~ eksekutif *Huk* kekuasaan (wewenang) untuk menjalankan undang-undang; ~ legislatif *Huk* kekuasaan untuk membuat (membentuk) undang-undang; ~ marital *Huk* bantuan dan kekuasaan yang diberikan seorang suami kepada istri dalam hal perbuatan hukum yang menyangkut harta kekayaan bersama; ~ pemerintah *Pol* kekuasaan eksekutif; ~ perundang-undangan kekuasaan legislatif; ~ politik hubungan psikologis antara subjek dan objek, yang membuat subjek mampu mempengaruhi pikiran dan tingkah laku objek dengan tiga alasan utama, yaitu mengharapkan manfaat yang lebih besar, mengatasi kemungkinan yang tak diharapkan, dan melakukannya demi rasa hormat, ambisi perseorangan, atau lembaga tertentu; ~ yudikatif kekuasaan untuk mengawasi pelaksanaan undang-undang.

²² Sarja, 2016, *Negara Hukum Teori dan Praktek*, Thafa Media, Yogyakarta, hlm. 8.

Sedangkan menurut Harold D. Laswell dan Abraham Kaplan, bahwa:²³

“It is the threat of sanctions which differentiates power from influence in general. Power is a special case of the exercise of influence, it is the process of affecting policies of others with help of (actual or threatened) severe deprivation for non-conformity with the policies intended”.

(Ancaman sanksi yang membedakan kekuasaan dari pengaruh secara umum. Kekuasaan adalah kasus khusus dari pelaksanaan pengaruh dari proses memengaruhi kebijakan orang lain dengan bantuan (aktual atau ancaman) perampasan untuk ketidaksesuaian dengan kebijakan yang dimaksudkan).

Istilah kekuasaan (*power*) merupakan istilah kinetis yang lebih formal, yang mengacu pada kemampuan secara nyata untuk mempengaruhi proses pembuatan keputusan.²⁴ Dalam perspektif proses pengambilan keputusan, maka kekuasaan yang di bahas hanya menyangkut kekuasaan dalam pengambilan keputusan secara formal dalam suatu negara. Terdapat berbagai kekuasaan dan untuk mendapatkan kekuasaan tentunya ada legitimasi sehingga dapat berkuasa. Salah satu legitimasi kekuasaan secara politik mendasari negara untuk melaksanakan kehendak negara kepada rakyat.²⁵ Kehendak negara kepada rakyat diwujudkan dengan adanya hukum. Untuk itu menurut Foucault sebagaimana dikutip

²³ *Ibid*, hlm. 8.

²⁴ S. H. Sarundajang, 2001, *Pemerintahan Daerah di berbagai Negara Sebuah Pengantar Tinjauan Khusus Pemerintahan Daerah di Inonesia: Perkembangan, Kondisi, dan Tantangan*, Sinar Harapan, Jakarta, hlm. 92.

²⁵ Samsul Wahidin, 2014, *Distribusi Kekuasaan Negara Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 3.

oleh Ian Ward, hukum hanyalah ekspresi dan pelaksanaan kekuasaan.²⁶ Disinilah negara memperlihatkan diri kepada kita sebagai kekuasaan ideologi yang pertama atas umat manusia. Masyarakat menciptakan untuk dirinya sendiri suatu alat untuk melindungi kepentingan-kepentingan umumnya terhadap serangan-serangan dari dalam dan dari luar. Alat itu ialah kekuasaan negara.²⁷

Menurut Shang Yang sebagaimana dikutip oleh Amzulian Rifai bahwa tujuan negara adalah pembentukan kekuasaan negara yang sebesar-besarnya. Menurut dia, perbedaan antara negara dengan rakyat akan membentuk kekuasaan negara. "*A weak people means a strong state and a strong state means a weak people. Therefore a country, which has the right way, is concerned with weakening the people*". Sepintas ajaran Shang Yang sangat kontradiktif karena menganggap upacara, musik, nyanyian, sejarah, kebajikan, kesusilaan, penghormatan kepada orang tua, persaudaraan, kesetiaan, ilmu (kebudayaan, ten evils) sebagai penghambat pembentukan kekuatan negara untuk dapat mengatasi kekacauan

²⁶ Ian Ward, 2014, *Pengantar Teori Hukum Kritis*, terjemahan dari *An Introduction to Critical Legal Theory*, penerjemah Narulita Yusron dan M. Khozim, Nusa Media, Bandung, hlm. 260.

²⁷ Frederick Engels, 2000, *Ludwig Feuerbach dan Akhir Filsafat Klasi Jerman Disertai Lampiran Tesis Karl Marx Tentang Feuerbach*, diterjemahkan dari Majalah *Neue Zeit* 1986, penerjemah Muhidin, TePLOK Press, Jakarta, hlm. 97.

(yang sedang melanda China saat itu). Kebudayaan rakyat harus dikorbankan untuk kepentingan kebesaran dan kekuasaan negara.²⁸

Menurut Plato kekuasaan dalam negara dan kekuasaan dalam keluarga sama saja, itu berarti para penguasa negara dalam menjalankan kekuasaannya harus menganggap setiap warga negara selakunya anaknya sendiri. Plato mengatakan bahwa "*the rules are commanded by God first and foremost that they be good guardians of no person so much as of their own children*".²⁹ Panangan plato ini sebagaimana dikemukakan oleh A. Hamid S. Attamimi, kekuasaan pada negara adalah sama dengan kekuasaan yang ada pada paguyuban bangsa itu sebelum pengorganisasikan diri paguyuban menjadi negara. Dan dengan meningkatnya pengorganisasian diri paguyuban bangsa menjadi negara, mengikat pula pengorganisasian kekuasaan itu dari yang ada pada paguyuban menjadi yang ada pada negara. Orang perorangan dalam negara dan paguyuban bangsa yang ada di dalamnya tetap melihat dan merasakan kekuasaan negara yang dibentuknya sebagai kekuasaan yang tetap berada dalam cita negara (*idee van de staat* ataupun *staatsidee*).³⁰

²⁸ Amzulian Rifai, 2010, *Teori Sifat Hakikat Negara*, Tunggal Mandiri Publishing, Malang, hlm 17-18.

²⁹ J. H. Rapar, 1991, *Politik Plato*, Rajawali, Jakarta, hlm. 97-98.

³⁰ A. Hamid S. Attamimi, 1990, *Peran Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negara Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan Dalam Kurun waktu Pelita I-Pelita IV*, Disertasi, Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 87.

Selanjutnya menurut Talcott Parsons sebagaimana dikutip oleh Mariam Budiardjo kekuasaan adalah kemampuan untuk menjamin terlaksananya kewajiban-kewajiban yang mengikat, oleh kesatuan-kesatuan dalam suatu sistem organisasi kolektif. Kewajiban adalah sah jika menyakut tujuan-tujuan kolektif. Jika ada perlawanan, maka pemaksaan melalui sanksi-sanksi negatif dianggap wajar, terlepas dari siapa yang melaksanakan pemaksaan itu (*Power then is generalized capacity to secure the performance of binding obligations by units in a system of collective organization when the obligations are legitimized with reference to their bearing on collective goals, and where in case of recalcitrancy there is a presumption of enforcement by negative situational sanctions-whatever the agency of the enforcement*).³¹

Sedangkan menurut Hans Kelsen, kekuasaan negara terhadap rakyat menundukan diri tidak lain adalah validitas dan efektivitas tatanan hukum yang dari kesatuannya diperoleh validitas teritorial dan validitas rakyat. Kekuasaan negara meski berupa validitas dan efektivitas tatanan hukum nasional, jika kedaulatan dipandang sebagai satu kualitas dari kekuasaan ini.³²

³¹ Mariam Budardjo, 2017, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 63.

³² Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, terjemahan dari *General Theory of Law and State*, *Op.Cit.*, hlm. 360.

Pada hakekatnya teori kedaulatan negara itu atau *staats-souvereiniteit*, hanya menyatakan bahwa kekuasaan tertinggi itu ada pada negara, entah kekuasaan itu sifatnya absolut, entah sifatnya terbatas, dan ini harus dibedakan dengan pengertian ajaran *staats-absolutisme*. Karena ajaran *staats-souvereiniteit* itu pada prinsipnya hanya dikatakan bahwa kekuasaan tertinggi itu ada pada negara, kekuasaan tertinggi ini mungkin bersifat absolut, tetapi mungkin juga bersifat terbatas. Sedangkan dalam ajaran *staats-absolutisme* dikatakan bahwa kekuasaan negara bersifat absolut, jadi berarti tidak mungkin bersifat terbatas, dalam arti bahwa negara itu kekuasaannya meliputi segala segi kehidupan masyarakat, sehingga mengakibatkan pada warga negara itu tidak lagi mempunyai kepribadian. Selain itu bahwa dalam *staats-souverei* dapat bersamaan dengan liberalisme. Sedangkan kalau *staats-absolutisme* tidak dapat. Hal ini logis dan dapat dimengerti bahwa soal itu berhubungan erat dengan soal kebebasan warga negara, padahal kebebasan warga negara merupakan masalah yang prinsipil dalam setiap negara.³³

Dalam pandangan Jean Bodin dengan ide kedaulatan (*souveranité*), dimana dalam negara terdapat suatu kekuasaan atas warga-warga negara yang tidak dibatasi oleh kekuasaan lain.³⁴ Dari

³³ Soehino, 2013, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 154.

³⁴ Theo Huijbers, 1990, *Filsafat Hukum Dalam Lintas Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 57.

pandangan demikian tentunya hukum hanya dapat dibentuk oleh negara yang tentunya sejalan dengan pendapat George Jellinek sebagaimana dikutip oleh Soehino mengemukakan bahwa hukum merupakan penjelmaan daripada kehendak atau kemauan negara. Jadi juga negara yang menciptakan hukum, maka negara dianggap satu-satunya sumber hukum, dan negaralah yang memiliki kekuasaan tertinggi atau kedaulatan. Di luar negara tidak ada satu orangpun yang berwenang menetapkan hukum. Adat kebiasaan itu dapat menjadi hukum, apabila itu sudah ditetapkan oleh negara sebagai hukum. Negara dengan sukarela mengikatkan dirinya atau mengharuskan dirinya tunduk kepada hukum sebagai penjelmaan kehendak dirinya sendiri.³⁵ Pandangan George Jellinek ini bagi penulis adalah pandangan yang benar karena kekuasaan negara yang dapat melegitimasi membentuk hukum, bahkan hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dijadikan sebagai hukum yang berlaku bagi semua orang.

Indonesia sebagai negara hukum, maka kekuasaan negara di Indonesia diatur dalam UUD NRI Tahun 1945. UUD NRI Tahun 1945 merupakan sumber munculnya kekuasaan Negara Indonesia, dan sumber kekuasaan Negara Indonesia berasal dari kedaulatan rakyat yang melaksanakan berdasarkan UUD. Ini berarti bahwa kekuasaan Negara Indonesia adalah kekuasaan yang mengatur negara

³⁵ Soehino, *Op.Cit.*, hlm. 155.

berdasarkan keadulatan rakyat yang dijalankan sesuai dengan UUD.³⁶

Meskipun kekuasaan negara membentuk hukum bukan berarti bahwa dengan kekuasaan dapat bertindak sewenang-wenang atau bersifat absolut tanpa batas. Pembatasan kekuasaan harus dilakukan karena bila tidak akan berimplikasi kepada kekuasaan yang tirani tentunya akan menyebabkan tujuan dari pembentukan suatu negara tidak sesuai. Pembatasan kekuasaan tersebut diatur dalam konstitusi atau peraturan perundang-undangan. Kekuasaan merupakan suatu yang sensitif. Artinya implikasi kekuasaan harus dibatasi sehingga seseorang pemilik kekuasaan tidak dengan semena-mena merefleksikan kekuasaan dalam kinerja yang menyebabkan kesengsaraan yang dikuasai. Dikehendaki agar kekuasaan dapat berlangsung sebagaimana mestinya dan untuk itu diperlukan batas ketegasan atas kekuasaan yang menjadi otoritasnya agar tidak disalahgunakan. Batasan-batasan yang semestinya menjadi rambu kekuasaan agar tidak menimbulkan masalah dalam implikasinya adalah:³⁷

- a. peraturan perundang-undangan sebagai batasan secara umum yang mengharuskan semua orang tunduk pada kesepakatan komunal, khususnya yang dikeluarkan oleh kekuasaan negara;

³⁶ Erick Muhammad Fauzan, 2016, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Setra Press, Malang, hlm. 68.

³⁷ Samsul Wahidin, *Op.Cit.*, hlm. 4-5.

- b. anggaran dasar dan anggaran rumah tangga sebagai patokan atas kehidupan asosiatif atau kehidupan kolektif dalam arti yang lebih sempit;
- c. kesepakatan kerja dalam arti lebih terbatas sebagai patokan yang harus dijadikan dasar perilaku oleh orang-orang yang mengadakan hubungan hukum secara terbatas dalam bidang pekerjaan;
- d. perjanjian khusus yang dibuat sebagai kesepakatan yang merupakan proyeksi atas hal-hal yang muncul sebagai konsekuensi dari pelaksanaan hubungan hukum tertentu;
- e. kepatuhan yang berlaku dalam masyarakat setempat sebagai dasar pemberlakuan moral atas hubungan hukum yang bersumber pada kesusilaan kepatuhan dan nilai-nilai yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat.

Pembatasan kekuasaan dengan dilakukannya pembagian kekuasaan menurut Imanuel Kant terdiri dari badan legislatif, (pembuat undang-undang, norma hukum) badan eksekutif (pelaksana, pemerintah, administrasi), dan badan yudikatif (kehakiman). Baru dengan cara ini pemerintah akan tertata baik. Kalau ketiga badan ini ditiadakan, akan muncul pemerintahan lalim, pemerintahan yang gagal melindungi kebebasan warganya dan

mencabuti hak-hak mereka.³⁸ Pandangan Imanuel Kant ini merupakan pandangan yang memberikan kebenaran akan pemikiran John Locke dan Montesquieu, dimana dalam setiap pemerintahan terdapat tiga kekuasaan, yaitu kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif dan kekuasaan yudikatif, oleh John Locke terdapat kekuasaan federatif.³⁹ Montesquieu mengemukakan lebih lanjut mengenai kekuasaan sebagaimana dikutip oleh Abu Daud Busroh dan Abubakar Busroh adalah dalam arti organ (badan) atau alat-alat perlengkapan yang menjalankan kekuasaan itu, maupun dapat pula berarti fungsi yaitu tugas yang dijalankan organ-organ yang bersangkutan.⁴⁰

3. Pembagian Kekuasaan di Indonesia

Uraian mengenai pandangan Montesquieu di atas diterapkan diberbagai negara berbeda-beda ada yang memang melakukan pemisahan tiga kekuasaan, yaitu kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif dan kekuasaan yudikatif tetapi ada yang menggunakan istilah pembagian kekuasaan. Di Indonesia dikenal dengan pembagian kekuasaan. Adalah menjadi kebiasaan untuk membagi-bagi tugas-tugas pemerintah kedalam '*trichotomy*' yang terdiri dari

³⁸ S. P. Lilit Tjahjadi, 1991, *Hukum Moral Ajaran Imanuel Kant Tentang Etika dan Imperatif Kategoris*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 62.

³⁹ Yayasan Karti Sarana, 1993, *Membatasi Kekuasaan Telaah Mengenai Jiwa Undang-Undang Montesquieu*, Seri Filsafat Sosial No. 2, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 44-45.

⁴⁰ Abu Daud Busroh dan Abubakar Busroh, 1983, *Asas-asas Hukum Tata Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm.146.

eksekutif, legislatif dan yudikatif. Pembagian ini adalah seringkali kita temui, kendatipun batas pembagian itu tidak selalu sempurna, karena kadang-kadang satu sama lainnya tidak benar-benar terpisah, bahkan saling pengaruh-mempengaruhi.⁴¹

Dalam suatu negara hukum yang penting bukan ada atau tidak ada trias politica itu, persoalannya adalah dapat atau tidak kah alat-alat kekuasaan negara itu dihindarkan dari praktek birokrasi dan tirani. Dan hal ini tidak tergantung kepada pemisahan kekuatan itu sendiri, tetapi kepada adanya sendi negara demokrasi ialah kedaulatan rakyat.⁴²

Biasanya, perumusan mengenai doktrin pembagian ataupun mengenai pemisahan kekuasaan itu dalam konstitusi dianggap penting karena tiga pertimbangan pokok. Pertama, pembuatan undang-undang beserta pelaksanaannya dianggap sebagai dua pekerjaan yang memerlukan tipe organisasi, personil, dan keahlian yang berbeda satu sama lain. Karena itu, untuk kepentingan efisiensi, kedua pekerjaan itu dibagi dalam dua instansi yang berbeda. Kedua, pembedaan kedua cabang kekuasaan itu juga dianggap penting untuk menjamin taraf kebebasan itu juga dianggap penting untuk menjamin taraf kebebasan dan pembatasan kekuasaan yang dimiliki, sehingga dianggap perlu diadakan pemisahan

⁴¹ Ismail Suny, 1986, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, Aksara Baru, Jakarta, hlm. 15.

⁴² *Ibid*, hlm. 16.

kekuasaan. Ketiga, pemisahan ketiga cabang kekuasaan itu seringkali dikaitkan dengan corak penulisan yang mengikuti tradisi yang sudah berlangsung sejak lama, di mana ketiga cabang kekuasaan itu dirumuskan dalam tiga bagian terpisah satu sama lain.⁴³

Sebelum perubahan UUD NRI Tahun 1945 pemisahaan kekuasaan di Indonesia tidak secara tegas mengatur. Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Implementasi kedaulatan rakyat tersebut, maka MPR mempunyai kewenangan untuk memilih presiden dan wakil presiden dan melaksanakan sidang untuk meminta pertanggungjawaban presiden. Dengan pembagian kekuasaan seperti ini, maka kekuasaan tertinggi ada pada MPR sedangkan kekuasaan tinggi dilaksanakan oleh lembaga-lembaga seperti presiden, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Mahkamah Agung dan Dewan Pertimbangan Agung.

Dengan perubahan UUD NRI Tahun 1945, MPR bukan lagi kekuasaan tertinggi untuk mengangkat presiden dan wakil presiden tetapi kewenangannya hanya untuk mengubah UUD, melantik presiden dan memberhentikan presiden dalam masa jabatannya. Dalam UUD NRI Tahun 1945 pembagian kekuasaan terdiri dari

⁴³ Jimly Asshiddiqie, 2005, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi, Serpihan Pemikiran Hukum, Media dan HAM*, Konstitusi Press, Jakarta, hlm, 32-33.

kekuasaan pemerintahan negara, kekuasaan membentuk undang-undang dan kekuasaan kehakiman. Kekuasaan pemerintahan diatur dalam Bab III UUD NRI Tahun 1945, kekuasaan membentuk undang-undang diatur dalam Bab VII UUD NRI Tahun 1945 dan kekuasaan kehakiman diatur dalam Bab IX UUD NRI Tahun 1945.

Pembagian kekuasaan di Indonesia dalam hal pembentukan undang-undang kekuasaan pemerintahan berhak untuk mengajukan suatu rancangan undang-undang kepada DPR. Meskipun kekuasaan pembentukan undang-undang adalah menjadi kekuasaan DPR tetapi hak yang diberikan kepada pemerintahan untuk mengajukan kepada DPRD untuk dibahas dan mendapatkan persetujuan.⁴⁴

Demikian juga mengenai kekuasaan kehakiman, dimana hakim agung yang diusulkan oleh Komisi Yudisial harus mendapat persetujuan dari DPR. Selanjutnya DPR menetapkan hakim agung tersebut.⁴⁵ Dalam konteks ini tentunya akan dipandang sebagai tidak konsistennya pelaksanaan doktrin Montesquieu dalam pemisahan kekuasaan tetapi sesungguhnya ini merupakan suatu bentuk kontrol kekuasaan. Dengan mekanisme saling kontrol dari kekuasaan yang ada tentunya akan menghindari adanya suatu tirani kekuasaan.

⁴⁴ Pasal 5 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, mengatur: Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada Dewan Perwakilan Rakyat.

⁴⁵ Pasal 24A ayat (3) UUD NRI Tahun 1945, mengatur: Calon hakim agung diusulkan Komisi Yudisial kepada Dewan Perwakilan Rakyat untuk mendapatkan persetujuan dan selanjutnya ditetapkan sebagai hakim agung oleh Presiden.

Tidak adanya kekuasaan tertinggi membuat kelembagaan negara dalam UUD NRI Tahun 1945 merupakan pelaksanaan kedaulatan rakyat.

Negara sebagai organisasi otoritas dan mempunyai fungsi jabatan.⁴⁶ Organisasi atau lembaga negara dalam UUD NRI Tahun 1945 terdiri dari:

- a. Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- b. Presiden;
- c. Dewan Perwakilan Rakyat;
- d. Dewan Perwakilan Daerah;
- e. Badan Pemeriksa Keuangan;
- f. Mahkamah Agung;
- g. Mahkamah Konstitusi; dan
- h. Komisi Yudisial.

Selain organisasi atau lembaga negara di atas selain itu terdapat organisasi yang menjadi penunjang organisasi negara, terdiri dari:

- a. Kementrian Negara;
- b. Pemerintahan Daerah;
- c. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah;
- d. Dewan Pertimbangan;
- e. Komisi Pemilihan Umum; dan

⁴⁶ J. H. A. Logeman, 1976, *Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Postif*, terjemahan dari *Over de Theorie van een Stellig Staatrecht*, penerjemah Makatutu, Ichtar Baru-Van Hoeve, Jakarta, hlm. 106.

f. Bank Sentral.

Sebagai organisasi, maka terdapat berbagai lembaga negara atau organisasi negara dan salah satu lembaga negara sebagaimana dikemukakan di atas adalah pemerintahan daerah. Pemerintahan daerah sebagai suatu organisasi negara karena adanya pembagian wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia atas daerah-daerah provinsi yang dibagi lagi menjadi kabupaten dan kota.⁴⁷ Selanjutnya di daerah provinsi yang mana terbagi menjadi kabupaten dan kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD).⁴⁸ DPRD mempunyai organisasi sendiri dan mempunyai kekuasaan untuk membentuk peraturan daerah. Dengan melihat fungsi yang dimiliki oleh DPRD tentunya mempunyai fungsi yang sama dengan DPR yaitu fungsi legislasi, anggaran dan pengawasan, namun mempunyai ruang lingkup yang berbeda.

4. Pergeseran Kekuasaan ke Daerah

Dalam proses desentralisasi itu, kekuasaan pemerintahan pusat dialihkan dari tingkat pusat ke pemerintahan daerah sebagaimana mestinya, sehingga terwujud pergeseran kekuasaan dari pusat ke daerah kabupaten dan kota di seluruh Indonesia. Jika dalam kondisi

⁴⁷ Pasal 18 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, mengatur: Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.

⁴⁸ Pasal 18 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945, mengatur: Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum.

semula arus kekuasaan pemerintahan bergerak dari daerah ke tingkat pusat, maka diidealkan bahwa sejak diterapkannya kebijakan otonomi daerah, arus dinamika kekuasaan akan bergerak sebaliknya, yaitu dari pusat ke daerah.⁴⁹

Arus kekuasaan yang dimaksud tentunya akan menimbulkan sejumlah kemungkinan negatif yang harus secara sungguh-sungguh mendapat perhatian. *Pertama*, pengalihan kekuasaan politik dan ekonomi yang besar kepada daerah yang ditandai oleh tingkat kemajemukan yang tinggi dengan kekuatan yang sebanding, bisa berkaitan dengan konflik lintas parameter primordial, kecuali mekanisme penyelesaian konflik secara beradab dan adil yang *inherent* dalam demokrasi bisa dikembangkan pula. Sekalipun masih diperlukan penelitian yang lebih akurat, gejala semacam ini sudah semakin meluas mengiringi penerapan otonomi daerah saat sekarang. *Kedua*, pengalihan kekuasaan ke daerah-daerah yang ditandai oleh kemajemukan yang didominasi oleh satu atau dua kelompok primordial, bisa berakhir dengan diskriminasi bahkan penindasan terhadap kelompok primordial yang kecil, kecuali sebuah mekanisme demokratis yang menjamin hak-hak minoritas ditegakkan. *Ketiga*, pengalihan kekuasaan dalam bidang-bidang

⁴⁹ Jimly Assihididjic, 2014, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 226.

khusus ke daerah-daerah, pengelolaan sumber daya alam misalnya, akan juga dengan mudah berakibat konflik horisontal.⁵⁰

Perubahan yang terjadi di Indonesia membawa dampak pada perubahan terutama kekuasaan. Perubahan internal dan eksternal bangsa Indonesia, terdapat isu sentral yang menjadi wacana publik yaitu perlunya pembagian kekuasaan yang seimbang antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah guna meningkatkan kemandirian daerah mengelola rumah tangganya sendiri dalam hubungan yang serasi dengan daerah lainnya, serta tentunya dengan pemerintah pusat saat ini terdapat cara berpikir yang mengharapkan agar kekuasaan pemerintah pusat harus dikurangi sehingga pembagian kekuasaan atau wewenang antara pusat dan daerah, termasuk pengaturan perimbangan dalam menikmati kekayaan negara yang berasal dari sumber daya alam daerah, yang selama ini dipandang sebagai monopoli pemerintah pusat harus diserahkan sepenuhnya pada pemerintah daerah.⁵¹

Penyerahan kekuasaan dalam bentuk kewenangan dilakukan dengan penerapan desentralisasi. Kewenangan untuk merencanakan, memutuskan, dan mengatur dari pemerintah pusat ke lembaga-lembaga yang lain. Ada empat bentuk desentralisasi,

⁵⁰ Cornelis Lay, 2011, *Otonomi Daerah dan "Ke-Indonesiaan", Kompleksitas Persoalan Otonomi Daerah di Indonesia*, Editor Abdul Gafar Karim, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 21.

⁵¹ J. Kaloh, 2007, *Mencari Bentuk Otonomi Daerah Suatu Solusi Dalam Menjawab Kebutuhan Lokal dan Tantangan Global*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 11.

yaitu (1) dekonsentrasi, (2) delegasi ke lembaga-lembaga semi-otonom atau antar daerah (*parastatal*), (3) pelimpahan kewenangan (*devolusi*) ke pemerintah daerah, dan (4) peralihan fungsi dari lembaga-lembaga negara ke lembaga swadaya masyarakat (LSM).⁵²

Pertama, dekonsentrasi mencakup redistribusi tanggungjawab administratif di dalam badan pemerintah pusat. *Kedua*, delegasi kewenangan untuk mengambil keputusan dan manajemen atas fungsi-fungsi khusus kepala lembaga-lembaga yang tidak berada di bawah kontrol langsung kementerian pemerintah pusat. Seringkali lembaga-lembaga yang menerima delegasi peran-peran pembangunan tersebut memiliki kewenangan semi otonom untuk melaksanakan tanggungjawabnya dan bahkan tidak berada di dalam struktur pemerintahan tetap. *Ketiga*, bentuk desentralisasi yang lain berupaya menciptakan atau memperkuat tingkat atau satuan-satuan pemerintah independen melalui devolusi peran dan kewenangan. Melalui devolusi, pemerintah pusat melepaskan fungsi-fungsi tertentu atau membentuk satuan-satuan baru pemerintah yang berada di luar kontrol langsung. *Keempat*, di banyak negara desentralisasi dilakukan melalui peralihan tugas perencanaan dan tanggung jawab administratif tertentu, atau

⁵² Ni'matul Huda, 2014, *Desentralisasi Asimetris Dalam NKRI Kajian Terhadap Daerah Istimewa, Daerah Khusus dan Otonomi Khusus*, Nusa Media, Bandung, hlm. 34.

peralihan publik, dari pemerintah ke lembaga-lembaga sukarela, swasta atau non pemerintah (LSM). Pada kasus tertentu, pemerintah dapat memindahkan hak untuk memberi izin, mengatur, atau mengawasi anggota-anggotanya dalam melaksanakan tugas-tugasnya yang sebelumnya dikontrol oleh pemerintah ke lembaga-lembaga paralel seperti asosiasi industri dan perdagangan nasional, lembaga profesional atau pakar, partai politik, atau koperasi.⁵³

5. Kewenangan

Aminuddin Ilmar mengemukakan mengenai perbedaan istilah wewenang dan kekuasaan. Kedua istilah ini berbeda karena kata “wewenang” berasal dari kata “*authority*” (Inggris) dan “*gezag*” (Belanda). Adapun istilah kekuasaan berasal dari kata “*power*” (Inggris) dan “*macht*” (Belanda). Dari kedua istilah ini jelas tersimpul perbedaan makna dan pengertian sehingga dalam penempatan kedua istilah ini haruslah dilakukan secara cermat dan hati-hati.⁵⁴

Untuk itu oleh Henc van Maaseven mengemukakan bahwa kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum disebut sebagai “*blote macht*”, sedangkan kekuasaan yang berkaitan dengan hukum oleh Max Weber disebut sebagai wewenang rasional atau legal, yakni wewenang yang berdasarkan suatu sistem hukum ini dipahami

⁵³ *Ibid*, hlm. 34-35.

⁵⁴ Aminuddin Ilmar, 2018, *Hukum Tata Pemerintahan*, Prenadamedia Group, Jakarta, hlm. 77.

sebagai suatu kaidah-kaidah yang telah diakui serta dipatuhi oleh masyarakat dan bahkan diperkuat oleh negara.⁵⁵

Secara yuridis, pengertian wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan yang menimbulkan akibat-akibat hukum. Pengertian wewenang menurut H. D. Stoud adalah:⁵⁶

“Beveogheid wet kan worden omscreven als het geheel van bestuurechtelijke beveogdheden door publiekrechtelijke rechtssubjecten in het bestuurechtelijke rechtsverkeer”.
(Wewenang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan persoalan dan penggunaan wewenang pemerintah oleh subjek hukum publik dalam hukum publik).

Untuk itu menurut P. Nicolia sebagaimana dikutip oleh Aminuddin Ilmar wewenang pemerintah adalah kemampuan untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum tertentu, yakni tindakan atau perbuatan yang dimaksud untuk menimbulkan akibat hukum, dan mencakup timbul dan lenyapnya akibat hukum. Selanjutnya, dikemukakan bahwa dalam wewenang pemerintahan itu tersimpul adanya hak dan kewajiban dari pemerintah dalam melakukan tindakan atau perbuatan pemerintahan tersebut. Adapun kewajiban dimaksud sebagai perbuatan keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan atau perbuatan.⁵⁷

⁵⁵ Nanang Nugraha, 2013, *Model Kewenangan Wakil Kepala Daerah dalam Pemerintahan Daerah*, Rafika Aditama, Bandung, hlm. 23.

⁵⁶ *Ibid*, hlm. 25.

⁵⁷ Aminuddin Ilmar, *Op.Cit.*, hlm. 78.

Mengenai sifat wewenang oleh Safri Nugraha dkk mengemukakan, bahwa sifat wewenang pemerintah itu meliputi tiga aspek, yakni selalu terikat pada suatu masa tertentu, selalu tunduk pada batas yang ditentukan, dan pelaksanaan wewenang pemerintahan terikat pada hukum tertulis dan tidak tertulis (asas-asas umum pemerintahan yang baik). Lebih lanjut dikemukakan bahwa sifat wewenang yang selalu terikat pada suatu masa tertentu ditentukan secara jelas dan tegas melalui suatu peraturan perundang-undangan. Lama berlakunya wewenang tersebut juga disebutkan dalam peraturan yang menjadi dasarnya. Sehingga bilamana wewenang pemerintahan itu digunakan dan tidak sesuai dengan sifat wewenang pemerintahan tersebut, maka tindakan atau perbuatan pemerintahan itu bisa dikatakan tidak sah atau batal demi hukum. Selain itu, sifat wewenang yang berkaitan dengan batas wilayah wewenang pemerintah itu atau wewenang itu selalu tunduk pada batas yang telah ditentukan berkaitan erat dengan batas wilayah kewenangan dan batas cakupan dari materi kewenangan.⁵⁸

Pilar utama dari konsep negara hukum, yakni asas legalitas, (*legaliteitsbeginsel* atau *het beginsel van wetmatigheid van bestuur*), maka berdasarkan prinsip tersirat bahwa wewenang pemerintahan berasal dari peraturan perundang-undangan, yang berarti bahwa sumber wewenang bagi pemerintah ada di dalam peraturan

⁵⁸ *Ibid*, hlm. 82-83.

perundang-undangan. Secara teoritis, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan ini diperoleh melalui tiga cara, yakni atribusi, delegasi, dan mandat.⁵⁹

Dari tiga sumber wewenang di atas terdapat dua sumber wewenang yang dimiliki oleh pemerintahan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, yaitu:

a. Atribusi

Atribusi merupakan kewenangan perundang-undangan diartikan penciptaan kewenangan (baru) oleh konstitusi/*grondwet* atau pembentukan *wet* (*wetgever*) yang diberikan kepada suatu organ negara, baik yang sudah ada maupun yang dibentuk baru untuk itu. Di Negara Indonesia atribusi kewenangan perundang-undangan diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.⁶⁰ Sedangkan menurut Indroharto, atribusi terjadi pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan.⁶¹

b. Delegasi

Delagasi dalam bidang perundang-undangan ialah pemisahan/penyerahan kewenangan untuk membentuk

⁵⁹ *Ibid*, hlm. 84-85.

⁶⁰ A. Hamid S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm. 352-353.

⁶¹ Indroharto, 1996, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Buku I Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm. 91.

peraturan dari pemegang kewenangan asal yang memberi delegasi (*delegans*) kepada yang menerima delegasi (delegataris) dengan tanggung jawab pelaksanaan kewenangan tersebut pada delegataris sendiri, sedangkan tanggung jawab *delegans* terbatas sekali. Pemindahan/penyerahan kewenangan tersebut dapat dibatalkan apabila tidak dilaksanakan dengan baik.⁶²

B. Desentralisasi Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

1. Konsep Desentralisasi dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Sejarah perkembangan desentralisasi di Indonesia sebagaimana diuraikan di atas ternyata belum menemukan suatu konsep yang tepat dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia. Hal ini telah dikemukakan oleh Soepomo sebagaimana dikutip oleh Solly Lubis, mengemukakan:

“Soal yang telah sejak zaman Hindia Belanda, bahkan semenjak zaman prakolonialisme Belanda sulit untuk mencari pemecahan yang tepat dan benar ialah sistem pemerintahan daerah di dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (Hindia Belanda dulu merupakan juga suatu daerah kesatuan). Maka Negara Unitaris Republik Indonesia tidak bersifat sentralistik, bahkan dasar susunan pemerintahan ialah dekonsentrasi, yang memang tepat buat negara kepulauan yang begitu besar seperti Indonesia yang

⁶² A. Hamid S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm. 347.

tepat pula buat sistem masyarakat yang mempunyai beraneka warga suku-suku bangsa yang masing-masing mempunyai sifat kedaerahan sendiri-sendiri. Dekonsentrasi pemerintah tersebut berarti bahwa kepada daerah akan diberi kesempatan untuk mengurus rumah tangga sendiri, sedangkan otonomi daerah itu akan diberikan seluas-luasnya".⁶³

Dari segi ketatanegaraan, masalah pemerintahan daerah adalah merupakan salah satu aspek struktural dari suatu negara, dan perihal pemerintahan/pemerintah daerah itu sendiri, serta hubungannya dengan pemerintahan pusatnya bergantung kepada bentuk dan susunan negaranya, yakni apakah negara itu berbentuk negara kesatuan atau negara serikat. Sedangkan kemungkinan-kemungkinan negara kesatuan itu, masih dapat dibedakan, apakah ia negara kesatuan dengan sistem desentralisasi atau negara kesatuan dengan sentralisasi.⁶⁴

Dalam pelaksanaan desentralisasi oleh Oentarto sebagaimana dikutip oleh Ratri Istania dan Dedi Juae terdapat empat bentuk desentralisasi, yaitu:⁶⁵

- a. Devolusi, diwujudkan dengan pembentukan daerah otonom serta dibentuknya lembaga daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

⁶³ M. Solly Lubis, 1992, *Hukum Tata Negara*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 137-138.

⁶⁴ *Ibid*, hlm. 138.

⁶⁵ Ratri Istania dan Dedi Junaedi, *Op.Cit.*, hlm. 42.

- b. Dekonsentrasi, di wujudkan dengan pembentukan instansi vertikal dan wilayah kerjanya disebut wilayah administrasi yang dapat mencakup satu atau lebih wilayah otonom.
- c. Delegasi, dengan bentuk pemerintah pusat dapat mendelegasikan pelaksanaan suatu tugas tertentu kepada suatu lembaga atau unit pemerintah yang khusus dibentuk untuk keperluan dimaksud.
- d. Privatisasi, penyerahan pelayanan kepada swasta murni dengan pemberian izin dan pengendalian dalam batas tertentu.

Manurut Dr. S. B. M. Marume dan R. R. Jubenkanda, mengemukakan secara umum desentralisasi terdiri dari dua jenis yaitu politik dan administrasi. Selain itu desentralisasi dibagi lagi ke dalam desentralisasi teritorial (vertical) dan desentralisasi fungsional (horizontal). Mengenai tipologi desentralisasi diatas dapat diuraikan sebagai berikut:⁶⁶

- a. *Political Decentralisation: It stands for the establishment of new levels of government like the autonomous states in India or provinces in Canada. In the federal systems, political authority is divided between central government and the regional governments (State governments in India or Provincial governments in Canada). The creation of autonomous local governments in Federal States like USA or India and in Unitary States like Britain or Japan also implies political decentralization. Thus the establishment of City*

⁶⁶ Dr. S. B. M. Marume dan R. R. Jubenkanda, 2016, *Centralization and Decentralization*, Quest Journals, Journal of Research in Humanities and Social Science, Volume 4 ~ Issue 6 pp: 106-110, ISSN(Online): 2321-9467, <http://www.questjournals.org/jrhss/papers/vol4-issue6/Q46106110.pdf>, diunduh tanggal 31 Januari 2019.

Governments in USA, Panchayati Raj and Municipal Corporations in India, County Governments in Britain and Prefectural Governments in Japan are good examples of political decentralization. (Desentralisasi Politik adalah singkatan dari pembentukan tingkat pemerintahan baru seperti negara-negara otonom di India atau provinsi di Kanada. Dalam sistem federal, otoritas politik dibagi antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah (pemerintah negara bagian di India atau pemerintah provinsi di Kanada). Pembentukan pemerintah daerah otonom di Negara-negara Federal seperti AS atau India dan di Negara-negara Kesatuan seperti Inggris atau Jepang juga menyiratkan desentralisasi politik. Dengan demikian, pembentukan Pemerintah Kota di AS, Panchayati Raj dan Korporasi Kota di India, Pemerintah Kabupaten di Inggris dan Pemerintah Prefektur di Jepang adalah contoh yang baik dari desentralisasi politik).

- b. *Territorial Decentralisation: It stands for the establishments of area administrative units (field offices) by the higher authority (headquarters). For example, the creation of divisions, districts, talukas, circles, and so on in India. These are vested with decision-making powers within specified limits and thus function in an independent manner.* (Desentralisasi Teritorial adalah singkatan dari pembentukan unit administrasi daerah (kantor) oleh otoritas yang lebih tinggi (markas). Misalnya, penciptaan divisi, distrik, dan sebagainya di India. Ini diberikan dengan kekuatan pengambilan keputusan dalam batas yang ditentukan dan dengan demikian berfungsi secara independen).
- c. *Functional Decentralisation: It implies the vesting of decision-making authority in the specialized units by the central agency. For example, the creation of technical or professional bodies in India like the University Grants Commission, Flood Control Board, Central Social Welfare Board, and so forth.* (Desentralisasi Fungsional menyiratkan vesting otoritas pengambilan keputusan dalam unit-unit khusus oleh lembaga pusat. Misalnya, pembentukan badan teknis atau profesional di India seperti Komisi Hibah Universitas, Dewan Pengendali Banjir, Dewan Kesejahteraan Sosial Pusat, dan sebagainya).

Desentralisasi tentunya terkait juga dengan konsep hukum dalam hal ini pembentukan hukum pada wilayah/teritorial yang menerapkan desentralisasi. Bila dibandingkan dengan tatanan hukum sentralistis mengandung arti bahwa semua normanya berlaku bagi seluruh teritorial yang dijangkaunya, ini berarti bahwa semua normanya memiliki bidang validitas teritorial yang sama. Sedangkan tatanan hukum desentralistis terdiri atas norma-norma yang memiliki bidang validitas teritorial yang berbeda.⁶⁷

Pembentukan hukum yang berbeda antara daerah dalam suatu teritorial tentunya meskipun memiliki pokok masalah yang sama, yakni norma-norma yang memiliki bidang validitas teritorial yang berbeda tetapi memiliki bidang validitas material yang sama dapat mengatur pokok masalah yang sama secara berbeda untuk daerahnya masing-masing. Salah satu alasan utama dari desentralisasi adalah semata-mata bahwa desentralisasi memberi kemungkinan pengaturan masalah yang sama secara berbeda untuk daerah-daerah yang berbeda. Pertimbangan yang membuat perbedaan tatanan hukum nasional semacam itu lebih dikehendaki barangkali adalah pertimbangan-pertimbangan geografis, nasional, atau keagamaan. Semakin besar teritorial negara, dan semakin

⁶⁷ Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, *Op.Cit.*, hlm. 430-431.

bervariasi kondisi-kondisi sosialnya, maka desentralisasi melalui pembagian teritorial akan semakin diharuskan.⁶⁸

Dalam perspektif Indonesia desentralisasi telah diterapkan dan setiap daerah diberikan hak untuk membentuk peraturan daerah. Dalam penerapan desentralisasi pemerintah daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan. Untuk menjalankan asas otonomi dan tugas pembantuan, maka pemerintah daerah berhak untuk menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.⁶⁹

2. Desentralisasi Asimetrik di Indonesia dan Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Pemberlakuan otonomi di setiap negara berbeda-beda untuk setiap wilayah. Richard Bird sebagaimana dikutip oleh Robert Endi Jaweng, jika pertimbangannya adalah politik maka desentralisasi asimetrik yang terbentuk berjenis *political asymmetry*, sementara pilihan asimetrik yang berbasis pertimbangan efisiensi atau pembangunan kapasitas pemerintah mendorong lahirnya kategori kedua, yakni jenis *administrative asymmetry*. Dalam hal proses terbentuknya di banyak negara menunjukkan bahwa jenis asimetrik

⁶⁸ *Ibid*, hlm. 431-432.

⁶⁹ Pasal 18 ayat (2) dan ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

politik diinisiasi secara *bottom-up* berdasarkan tuntutan lokal yang direspon pemerintah nasional, dalam kasus asimetrik administratif justru lebih banyak didorong kebijakan pemerintah nasional (*top-down approach*).⁷⁰

Indonesia sendiri menerapkan otonomi untuk setiap daerah berbeda-beda seperti Provinsi Aceh, Papua dan Yogyakarta. Penerapan desentralisasi asimetris dapat diuraikan berdasarkan beberapa alasan. *Pertama*, adalah pertimbangan politik, yaitu adanya tekanan-tekanan dari kelompok atau wilayah tertentu yang menuntut adanya perlakuan secara khusus. Pertimbangan politik seperti ini nampak sekali ketika Canada menjalankan desentralisasi secara asimetrik kepada Qubec yang selalu mengidentifikasi diri berbeda dari keseluruhan masyarakat Canada. Contoh lain adalah kasus Spanyol dengan komunitas Basque dan Catalonia yang selalu menuntut perjuangan pemisahan dari kekuasaan Madrid. Di Asia bisa ditemukan kasus Provinsi Mindanao di Filipina yang menuntut otonomi khusus dari Manila. Bahkan sebagai faksi dari kelompok Moro menuntut adanya kemerdekaan. Thailand, wilayah muslim masyarakat Pattani merupakan komunitas yang berbeda dari masyarakat Thailand pada umumnya yang mayoritas Budha. Faktor

⁷⁰ Robert Endi Jaweng, 2011, *Kritik Terhadap Desentralisasi Asimetris di Indonesia*, Analisis CSIS, Volume 40 Nomor 2 (Juni 2011), hlm 164, <https://media.neliti.com/media/publications/181-ID-kritik-terhadap-desentralisasi-asimetris-di-indonesia.pdf>, diunduh tanggal 16 Juni 2019.

entitas yang memicu ketegangan dan upaya pemisahan membuktikan bahwa penyeragaman tidak bisa berjalan dengan baik. *Kedua*, adalah pertimbangan keberagaman antar daerah. Terlepas ada tidaknya konflik yang dipicu oleh tekanan kelompok etnis tertentu, keragaman daerah menuntut adanya perlakuan otonomi dan desentralisasi yang variatif. Sebuah daerah yang luas wilayah, jumlah penduduk kultur sosial politik tertentu menghasilkan preferensi atau pilihan tertentu. Jawa adalah daerah yang berbeda dari Sulawesi, dan Sumatera tidaklah sama dengan Kalimantan; serta NTT sangat jelas tidak memiliki kesamaan secara simetris dengan NTB atau Bali, bahkan dengan Papua misalnya. Asimetris dalam desentralisasi kewenangan merupakan kebutuhan dalam menjawab persoalan “urusan atau kewenangan apa saja” dan “bagaimana caranya” agar sebuah pemerintah daerah mampu menjalankan misinya. Soal “bagaimana caranya” menyangkut pilihan bahwa otonomi sebagian dapat diberikan kepada kabupaten, tetapi di daerah lain diberikan pada tingkat provinsi. *Ketiga*, adalah mengenai perlu tidaknya desentralisasi asimetrik adalah terkait *governability*, yakni menyangkut kemampuan dan kapasitas untuk menjalankan fungsi-fungsi pemerintahan daerah. Kapasitas lokal yang berbeda jelas menuntut pemberian kewenangan yang tidak sama antar daerah. Otonomi seluas-luasnya seperti yang dipraktekkan melalui UU No. 32 Tahun 2004 pada akhirnya harus di

lihat sebagai kenyataan bahwa daerah sendiri tidak mungkin untuk melakukan semua urusan pemerintahan, selain kewenangan yang sudah dijalankan Pemerintah Pusat.⁷¹

Jika merujuk dari dua tipologi asimetrik di atas, varian otonomi khusus dan daerah istimewa adalah bentuk penerapan *political asymmetry*, sementara varian daerah khusus dan kawasan-kawasan khusus merupakan perwujudan *administrative asymmetry*. Dalam tipologi *political asymmetry*, masalah bersifat struktur dan tentu saja bersifat politis. Provinsi Aceh misalnya, memperoleh status kekhususan sebagai upaya resolusi konflik yang berawal dari proses atas absennya penghargaan pusat atas identitas ke-Aceh-an (imbis penggabungan Aceh ke Provinsi Sumatera Utara) dan berujung pada gugatan atas ketidakadilan yang menggelorakan ancaman pemisahan diri.⁷²

Dengan alasan tersebut, substansi kekhususan Aceh sejak UU No. 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam yang kemudian dituangkan dalam UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh dirumuskan secara maksimal seperti: (1) titik

⁷¹ Anton Raharusun, 2014, *Desentralisasi Asimetrik Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia Studi Terhadap Format Pengaturan Asimetrik di Yogyakarta, Aceh dan Papua dalam Periode 1950-2012*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 71-72. Lihat juga Agus Pramusiarto, *Desentralisasi dan Otonomi Asimetrik: Sebuah Pembelajaran dari Negara Lain*, Jurnal Revitalisasi Administrasi Negara: Reformasi Birokrasi e-Governance, hlm. 100.

⁷² Robert Endi Jaweng, *Op.Cit.*, hlm. 168.

tekan desentralisasi pada level provinsi dengan sejumlah klausul yang mengharuskan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat Aceh/DPRA; (2) penggunaan asas Islam dalam penyelenggaraan pemerintahan, peran strategi ulama dalam tata pemerintahan dan kewenangan menjalankan syariat Islam; (3) sistem rekrutmen khusus, dengan membuka ruang parpol lokal dan calon independen dalam mengisi jabatan publik; (4) pemberian peran yang besar dalam hubungan luar negeri; (5) pengakuan pada susunan pemerintahan adat; (6) khusus dalam perimbangan keuangan pusat-daerah, khusus tambahan DBH migas (55% minyak dan 45% gas bumi). Sedemikian luas kekuasaan tersebut, sebagian pihak menilainya sudah melampaui takar asimetrisme dalam negara unitaris dan cenderung menjadi *self-government* dengan kekuasaan *internal self-determination* yang tinggi.⁷³

Bobot politik skala khusus serupa juga terlihat pada varian otonomi khusus Papua. Di provinsi yang kemudian mekar menjadi Provinsi Papua dan Papua Barat tersebut, status kekhususan meresonasi dalam klausul pengaturan (UU No. 21 Tahun 2001) sebagai berikut: (1) pembangunan fisik dan non fisik bagi penduduk Papua; (2) kebijakan afirmatif untuk orang asli Papua di bidang politik, kepegawaian, ketenagakerjaan, kependudukan; (3) pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, hak pemanfaatan

⁷³ *Ibid*, hlm. 168-169.

sumber daya alam, pemerintahan adat, peradilan adat sebagai ciri identitas lokal; (4) penyelesaian masalah politik dan hak asasi manusia masa lalu dan masa datang dengan membentuk instrumen seperti Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, Komisi Hak Asasi Manusia dan peradilan hak asasi manusia; (5) dalam aspek fiskal, kekhususan terlihat pada alokasi dana otonomi khusus setara 2% plafon Dana Alokasi Umum Nasional dan penerimaan DBH (70% migas).⁷⁴

Dalam penelitian yang dilakukan oleh Jurusan Politik dan Pemerintahan Fisipol UGM (JPP-UGM 2010) sebagaimana dikutip oleh Gunawan A. Tauda menunjukkan setidaknya terdapat lima alasan mengapa desentralisasi asimetris harus dilakukan di Indonesia sebagai berikut:⁷⁵

- 1) Alasan konflik dan tuntutan separatisme. Tidak dapat dipungkiri, dua daerah (tiga Provinsi) yaitu Provinsi Aceh, Provinsi Papua dan Provinsi Papua Barat mendapatkan perlakuan khusus dalam bentuk otonomi khusus karena konflik antara kedua daerah tersebut dengan pemerintah nasional yang antara lain karena perebutan sumber daya. Jika diringkas, otsus untuk Aceh dan

⁷⁴ *Ibid*, hlm.178.

⁷⁵ Gunawan A. Tauda, 2018, *Desain Desentralisasi Asimetris Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Administrative Law & Governance Journal Volume 1 Edisi 4 (Nov 2018), hlm. 416-418, <https://ejournal2.undip.ac.id/index.php/alj/article/download/3864/2176>, diunduh tanggal 18 Juni 2019.

Papua secara prinsipil terdiri dari: Pertama, dana otonomi khusus sebagai kompensasi ketiga provinsi masih dapat bergabung di Republik Indonesia. Kedua, pengakuan terhadap identitas lokal yang terwujud dalam institusi politik. Di Aceh proses ini ditandai dengan adanya lembaga baru yang merepresentasikan adat dan agama. Di Papua, wewenang diberikan kepada adat dan gereja. Ketiga, pengakuan terhadap simbol-simbol lokal seperti bendera, bahasa dan lain sebagainya. Keempat, partai politik lokal. Aceh memanfaatkan momentum partai lokal dengan tumbuhnya partai lokal dan memenangkan pemilu, sedangkan di Papua belum ada walaupun ruang untuk hal tersebut telah ada. Kelima, adanya *afirmatif action* untuk menjadi pemimpin lokal. Di Aceh wujudnya dengan dapat membaca Al Quran, di Papua pemimpinnya harus orang asli Papua yang disahkan oleh Majelis Rakyat Papua. Keenam dan mungkin paling penting, pengaturan terkait sumber daya. Selain dana otsus yang jumlahnya sangat besar, pengelolaan sumberdaya daerah adalah isu yang spesifik. Aceh memiliki beberapa kekhususan spesifik terkait dengan pengelolaan sumber daya, misalnya pertanahan, hutan dan eksploitasi minyak.

- 2) Alasan ibukota negara. Perlakuan khusus ini hanya diberikan untuk Provinsi DKI. Mengingat DKI yang wilayahnya terjangkau dengan infrastruktur terbaik di negeri ini, perlakuan khusus

diwujudkan dalam ketiadaan pemilukada untuk Bupati/Walikota dan tidak ada DPRD Kabupaten/Kota yang ditunjuk oleh Gubernur. Konsekuensinya, pemilukada Gubernur menggunakan sistem mayoritas bersyarat dimana pemenang yang ditetapkan memperoleh suara lebih dari 50%. Di daerah lain, kecuali Yogyakarta, cukup mendapatkan suara mayoritas sederhana.

- 3) Alasan sejarah dan budaya. Daerah Istimewa Yogyakarta mendapatkan perlakuan istimewa mengingat sejarahnya di masa revolusi dan perebutan kemerdekaan. Perlakuan ini terlihat dari penetapan Gubernur dan Wakil Gubernur di DIY yang dilakukan oleh DPRD. Gubernur DIY adalah Sultan yang bertahta dan Wakil Gubernur DIY adalah Pakualam yang bertahta. Penentuan Sultan dan Pakualam diserahkan kepada institusi keraton/pakualam masing-masing. Kedua pemimpin ini tidak boleh bergabung dengan partai politik. Pada level kabupaten/kota tetap sama dengan daerah lainnya.
- 4) Alasan perbatasan. Perbatasan perlu mendapatkan perlakuan khusus mengingat perannya sebagai batas teritorial dengan negara tetangga. Daerah perbatasan memegang fungsi penting karena kompleksitas masalah yang dihadapi. Daerah perbatasan harus diperlakukan sebagai halaman depan dan bukan halaman belakang Republik Indonesia. Perlakukan daerah perbatasan,

misalnya di Kalimantan Utara, dan Kalimantan Utara hendaknya berbeda, misalnya dengan mewajibkan gubernurnya berasal dari kalangan militer karena potensi pelintas batas yang tinggi disamping penguatan infrastruktur dan pelayanan pendidikan dan kesehatan. Detail tentang asimetrisme perbatasan masih membutuhkan kajian lebih lanjut.

- 5) Pusat pengembangan ekonomi. Daerah yang secara geografis memiliki peluang untuk menjadi daerah khusus ekonomi seharusnya dikembangkan agar memiliki daya saing ekonomi tinggi. Daerah seperti Batam dapat dikembangkan dan dibentuk untuk menyaingi Singapura. Alokasi kekhususan misalnya menyangkut bea masuk dan pengembangan infrastruktur pengembangan ekonomi seperti pelabuhan dan tata sistem pelabuhan. Pelabuhan terbesar di Indonesia saat ini, Tanjung Priok di Jakarta lebih untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri karena posisi geografisnya. Jika Batam dikembangkan dengan pelabuhan modern dengan sistem yang baik, tidak mustahil mampu mengambil potensi pelabuhan Singapura yang memiliki keterbatasan ruang. Detail tentang asimetrisme pengembangan ekonomi masih membutuhkan kajian lebih lanjut.

Dari uraian mengenai desentralisasi asimetrik di atas tentunya terdapat produk hukum yang dibentuk untuk melaksanakan desentralisasi asimetrik. Dengan adanya desentralisasi asimetrik

yang lebih menekankan kepada suatu kekhususan, maka selain produk hukum nasional untuk melaksanakan desentralisasi asimetrik terdapat juga produk hukum daerah yang dibentuk untuk melaksanakan desentralisasi asimetrik tersebut. Apabila pembentuk undang-undang dan pelaksanaannya sebagian bersifat sentralistis dan sebagian desentralistis, maka bidang validitas material dari tatanan hukum itu, kompetensi dari masyarakat keseluruhan dibagi di antara tatanan hukum itu, kompetensi dari masyarakat keseluruhan dibagi di antara tatanan hukum pusat (masyarakat hukum pusat yang dibentuk oleh tata ini) dan tata-tatanan hukum daerah (atau masyarakat-masyarakat hukum daerah yang dibentuk oleh tata-tatanan hukum daerah ini). Sebagai alternatif, bukan hanya tahapan konstitusi tetapi juga tahapan pembentukan peraturan perundang-undangan yang dapat bersifat sentralistis dipandang dari semua masalah pengaturan hukum, sedangkan bersifat desentralistis barangkali hanya tahap pelaksanaannya (eksekutif dan yudikatif). Dengan kata lain semua norma umum, yakni konstitusi dan semua undang-undang (dan peraturan hukum kebiasaan), adalah norma-norma pusat; hanya norma-norma khusus (yang dibuat oleh tindakan pemerintah dan keputusan pengadilan) yang merupakan norma-norma daerah.⁷⁶

⁷⁶ Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, *Op.Cit.*, hlm. 435.

3. Konsep Peraturan Daerah Khusus

Peraturan perundang-undangan pada prinsipnya mempunyai sifat umum, abstrak dan terus menerus. Untuk itu terdapat empat sifat peraturan tertulis, yaitu:⁷⁷

- a. Peraturan perundang-undangan yang bersifat umum, yaitu berlaku umum bagi siapa saja dan bersifat abstrak karena tidak menunjuk kepada hal, atau peristiwa, atau kasus konkret yang sudah ada sebelum peraturan itu ditetapkan;
- b. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus karena kekhususan subjek yang diaturnya, yaitu hanya berlaku bagi subjek hukum tertentu;
- c. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus karena kekhususan wilayah berlakunya, yaitu hanya berlaku di dalam wilayah lokal tertentu;
- d. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus karena kekhususan daya ikat materinya, yaitu hanya berlaku internal.

Norma-norma hukum bersifat mengatur (regeling) dengan isi norma yang bersifat umum dan abstrak (*general and abstract norms*) itu dituangkan dalam bentuk tertulis tertentu yang disebut sebagai peraturan perundang-undangan. Disebut peraturan (regels) karena produk hukum tersebut memang merupakan hasil atau “*outcome*”

⁷⁷ Jimly Asshiddiqie, 2011, *Perihal Undang-Undang*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 13.

dari suatu rangkaian aktivitas pengaturan (*regeling*). Produk hukum bersifat mengatur (*regeling*) disebut sebagai peraturan ini harus dibedakan dari produk hukum yang tidak bersifat mengatur, melainkan hanya menetapkan atau penetapan (*beschikking*) yang karenanya tidak dapat disebut sebagai peraturan. Produk yang bersifat penetapan (*beschikking*) itu dapat disebut sebagai ketetapan atau keputusan yang tidak berisi aturan. Isinya tidak boleh mengandung materi normatif yang bersifat pengaturan (*regeling*) dan karena itu, tidak dapat disebut sebagai peraturan (*regels, regulations, legislations*).⁷⁸

Karena perbedaan dalam isi dan fungsi ini terdapatlah perbedaan dalam sifat dari teknik pembuatan peraturan perundang-undangan. Meskipun begitu, perbedaan dalam sifat dan teknik pembuatan peraturan perundang-undangan tidak dapat diterangkan hanya dari perbedaan dalam isi dan fungsi. Perbedaan itu berkait juga dengan cara lahirnya undang-undang. Pembuat undang-undang bukanlah satu orang. Komposisi pembuat undang-undang berubah-ubah menurut waktu saat undang-undang dibuat, departemen yang terkait, kelompok-kepentingan atau para ahli yang dimintai pendapat, dan seterusnya. Jadi undang-undang pun dapat dibedakan satu sama lain menurut asal dan waktu. Perbedaan yang berbagai-bagai itu memang saling berkait, tetapi bukan tidak dapat

⁷⁸ *Ibid*, hlm. 14.

dipisahkan satu sama lain. Perbedaan sifat yang lebih menyangkut isi yaitu perbedaan kodifikasi/modifikasi, ditujukan pada pemerintah ditujukan pada rakyat, yang bersifat mengatur/ yang bersifat mengarahkan. Dan hal yang lebih bersifat teknis, yang bersifat memberi norma, peraturan perundang-undangan pokok (*kaderwetgeving*), serta aturan-aturan untuk membuat peraturan.⁷⁹

Perdatus yang dibentuk dalam rangka pelaksanaan pasal-pasal tertentu dalam UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua. Dari pengertian Perdatus menunjukkan bahwa Perdatus bersifat khusus karena kekhususan subjek yang diaturnya, yaitu hanya berlaku bagi subjek hukum tertentu, bersifat khusus karena kekhususan wilayah berlakunya, yaitu hanya berlaku di dalam wilayah lokal tertentu dalam hal ini di Provinsi Papua dan bersifat khusus karena kekhususan daya ikat materinya, yaitu hanya berlaku internal dalam hal ini mengatur orang asli Papua agar dapat mempercepat perubahan ekonomi, sosial, budaya sehingga setara dengan provinsi lain di Indonesia.

Bila dicermati UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua pemberlakuan kebijakan khusus dimaksud didasarkan pada nilai-nilai dasar yang mencakup perlindungan dan penghargaan terhadap etika dan moral, hak-hak dasar penduduk asli, Hak Asasi Manusia, supremasi hukum, demokrasi, pluralisme,

⁷⁹ I. C. van der Vlies, *Op.Cit.*, hlm. 7.

serta persamaan kedudukan, hak, dan kewajiban sebagai warga negara. Pembentukan Perdasus didasarkan pada konsep dari otonomi khusus di Provinsi Papua berlandaskan pada hal-hal: pertama, pengaturan kewenangan antara Pemerintah dengan Pemerintah Provinsi Papua serta penerapan kewenangan tersebut di Provinsi Papua yang dilakukan dengan kekhususan. Kedua, pengakuan dan penghormatan hak-hak dasar orang asli Papua serta pemberdayaannya secara strategis dan mendasar. Ketiga, mewujudkan penyelenggaraan pemerintahan yang baik yang berciri: (a) partisipasi rakyat sebesar-besarnya dalam perencanaan, pelaksanaan dan pengawasan dalam penyelenggaraan pemerintahan serta pelaksanaan pembangunan melalui keikutsertaan para wakil adat, agama, dan kaum perempuan; (b) pelaksanaan pembangunan yang diarahkan sebesar-besarnya untuk memenuhi kebutuhan dasar penduduk asli Papua pada khususnya dan penduduk Provinsi Papua pada umumnya dengan berpegang teguh pada prinsip-prinsip pelestarian lingkungan, pembangunan berkelanjutan, berkeadilan dan bermanfaat langsung bagi masyarakat; dan (c) penyelenggaraan pemerintahan dan pelaksanaan pembangunan yang transparan dan bertanggungjawab kepada masyarakat. Dan keempat, pembagian wewenang, tugas, dan tanggung jawab yang tegas dan jelas antara badan legislatif, eksekutif, dan yudikatif, serta Majelis Rakyat Papua sebagai

representasi kultural penduduk asli Papua yang diberikan kewenangan tertentu.

4. Konsep Peraturan Daerah Provinsi

Peraturan Daerah Provinsi (Perdasi) adalah Peraturan Daerah Provinsi Papua dalam rangka pelaksanaan kewenangan sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Kedudukan Perda dalam era otonomi yang luas semakin kuat, maka oleh Moh. Mahfud. MD mengemukakan dua hal yang menyebabkan Perda semakin kuat:

- a. Produk Perda tidak lagi memerlukan pengawasan preventif. Yang ada hanya pengawasan represif yang itu pun dengan batas waktu tertentu yang terbatas sehingga tidak ada Perda yang akan terkatung-katung.
- b. Materinya sudah bisa memuat ketentuan hukuman pidana, sesuatu yang sebelumnya tidak diperbolehkan, karena adanya unifikasi hukum pidana.⁸⁰

Lebih lanjut Moh. Mahfud. MD mengemukakan dalam pembuatannya, Perda harus berpijak pada prinsip-prinsip tertentu, yaitu:

- a. Ditetapkan oleh kepala daerah setelah mendapat persetujuan DPRD.

⁸⁰ Moh. Mahfud MD, 2011, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 233.

- b. Dibentuk dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah, tugas pembantuan dan merupakan penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dengan memperhatikan ciri khas masing-masing daerah.
- c. Perda tak boleh bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
- d. Perda dibentuk berdasarkan asas pembentukan peraturan perundang-undangan.
- e. Masyarakat berhak memberikan masukan secara lisan atau tertulis dalam rangka penyiapan atau pembahasan Raperda.
- f. Perda dapat membuat ketentuan pidana dalam batas maksimal tertentu.
- g. Peraturan kepala daerah dan/atau keputusan kepala daerah ditetapkan untuk melaksanakan Perda.
- h. Perda berlaku setelah diundangkan dalam Lembaran Negara.
- i. Perda dapat menunjuk pejabat tertentu sebagai pejabat penyidik pelanggaran Perda.
- j. Perda diundangkan dalam Lembaran Daerah sedangkan Peraturan Kepala Daerah diundangkan dalam Berita Daerah.
- k. 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.⁸¹

Perdasi selain untuk melaksanakan kewenangan yang dibentuk untuk penyelenggaraan otonomi khusus tetapi juga melaksanakan kewenangan lain yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan terkait penyelenggaraan pemerintahan daerah. Perdasi yang dibentuk untuk melaksanakan UU No. 21 Tahun 2011 tentunya untuk mengimplementasikan otonomi khusus. Selain itu Perdasi merupakan Perda yang dibentuk untuk menyelenggarakan desentralisasi simetris atau kewenangan yang ada dalam UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

C. Konsep Norma Hukum

1. Norma Hukum

N. E. Algra et.al mengemukakan arti harafiah dari kaidah, yaitu “kaidah (atau Norma) berasal dari bahasa latin yang artinya siku-siku”.⁸² Suatu siku-siku mempunyai dua fungsi, yaitu:⁸³

- 1) Alat pembantu untuk mengonstruksi sudut 90 derajat; dan
- 2) Alat yang dapat dipergunakan untuk memeriksa apakah suatu sudut yang telah ada betul-betul 90 derajat.

⁸¹ *Ibid*, hlm. 233-234.

⁸² Achmad Ali, 2017, *Menguak Tabir Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 49.

⁸³ Achmad Ruslan, 2013, *Teori dan Panduan Praktik Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia*, Rangkang Education, Yogyakarta, hlm. 37.

Kedua fungsi tersebut kita temukan kembali dalam kaidah atau norma hukum. Oleh karena itu, menurut Algra bahwa “untuk itu aturan hukum merupakan suatu alat bantu dalam pada itu, masih ada alat bantu lain yang dapat dikemukakan dan dipergunakan untuk mencapai tujuan tersebut, seperti berbagai macam metode uraian dan penafsiran yang dipergunakan oleh para hakim untuk mendapatkan penyelesaian yang dapat diterima ...”.⁸⁴

Hans Kelsen sebagaimana dikutip oleh Achmad Ali, mengemukakan bahwa kaidah adalah “*that something ought to happen, especially that a human being ought to have in a specific way*”.⁸⁵ Jadi, secara sederhana kaidah atau norma dapat digambarkan sebagai aturan tingkah laku atau sesuatu yang seharusnya dilakukan oleh manusia dalam keadaan tertentu. Ada juga yang menyebutnya sebagai kaidah petunjuk hidup yang mengikat.

Kaidah berfungsi untuk mengatur berbagai kepentingan di dalam masyarakat. Sebagaimana diketahui bahwa setiap anggota masyarakat mempunyai kepentingan. Ada kepentingan yang saling bersesuaian antara warga yang satu dengan warga yang lainnya.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Achmad Ali, *Op.Cit.*, hlm. 32.

Oleh Zevenbergen sebagaimana dikutip oleh Satjipto Rahardjo mengemukakan, norma hukum itu dalam dirinya mengandung dua hal, yakni 1) patokan penilaian; dan 2) patokan tingkah laku.⁸⁶

Patokan penilaian sebagaimana dimaksudkan merupakan hukum menilai kehidupan masyarakat, yaitu dengan menyatakan apa yang dianggap baik dan tidak baik. Dari penilaian itu, kemudian dialihkanlah petunjuk tentang tingkah laku atau perbuatan-perbuatan mana yang masuk ke dalam kategori harus dijalankan dan yang harus ditinggalkan. Apabila hukum yang kita pahami diartikan sebagai suatu perintah, maka kita hanya berfokus pada kandungan norma hukum terkait patokan tingkah laku saja, dan bukan sebagai patokan penilaian.⁸⁷

Kiranya sangat penting untuk mengetahui bahwa norma hukum itu sebenarnya mengandung norma penilaian. Apabila dikatakan bahwa hukum itu melakukan penilaian terhadap masyarakat, maka sekaligus terkandung pula makna bahwa dalam melakukan penilaian tersebut, hukum juga harus memiliki patokan yang jelas. Patokan inilah yang kemudian memberikan dasar bagi hukum untuk melahirkan serangkaian petunjuk tentang penilaian tingkah laku. Sehingga petunjuk tingkah laku yang dihasilkan dari patokan penilaian tadi memiliki ukuran yang jelas, dan tidak serta merta

⁸⁶ Sajipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Op.Cit.*, hlm. 70.

⁸⁷ Achmad Ruslan, *Op.Cit.*, hlm. 38.

diadakan begitu saja. Patokan-patokan dalam melakukan penilaian, memberikan kesempatan untuk mengembangkan lebih lanjut perihal tingkah laku apa dan bagaimana yang harus diatur untuk masa-masa mendatang. Dengan demikian dapat kiranya dikatakan bahwa dengan memberikan patokan-patokan penilaian itu, masyarakat telah mendorong hukumnya untuk bergerak atas kekuatannya sendiri.⁸⁸

Patokan-patokan penilaian yang digunakan untuk menentukan patokan tingkah laku tidaklah sekedar merupakan kumpulan dari berbagai macam penilaian, melainkan merupakan satu kesatuan, sehingga dapat disebut sebagai sistem penilaian.⁸⁹ Hukum melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam rangka kepentingannya tersebut. Pengalokasian kekuasaan ini dilakukan secara terukur, dalam arti, ditentukan kekuasaan dan kedalamannya. Kekuasaan yang demikian itulah yang disebut dengan hak. Dengan demikian tidak setiap kekuasaan dalam masyarakat itu bisa disebut sebagai hak, melainkan hanya kekuasaan tertentu saja, yaitu yang diberikan oleh hukum kepada seseorang. Lain halnya dengan kekuasaan yang diberikan oleh hukum kepada jabatan (dalam hal ini di bidang hukum publik), maka

⁸⁸ *Ibid*, hlm. 38-39.

⁸⁹ Sajipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Op.Cit.*, hlm. 71.

kekuasaan itu disebut kewenangan. Untuk menjalankan kewenangan jabatan tersebut diangkat pejabat yang mewakili jabatan tersebut untuk melakukan kewenangan tersebut. Selain itu, jabatan diberi tugas dan fungsi.

Antara hak dan kewajiban terdapat hubungan yang sangat erat, yang satu mencerminkan adanya yang lain. Suatu kepentingan merupakan sasaran dari hak, bukan hanya karena ia dilindungi oleh hukum, tetapi juga karena adanya pengakuan terhadapnya. Apabila seekor binatang menikmati perlindungan oleh hukum, ini tidak berarti bahwa binatang itu mempunyai hak untuk menikmati perlindungan tersebut. Kewajiban seseorang untuk tidak menyakiti binatang itu bukan merupakan kewajiban yang ditujukan terhadap binatang itu, melainkan demi menghormatinya saja. Di lain pihak, apabila seseorang menganiaya seorang anak, ia memerkosa pula hak yang ada pada anak itu. Dalam hal ini ada perkosaan terhadap *vinculum juris*, yaitu suatu ikatan kewajiban hukum antara dua orang, sedang pada binatang ikatan yang demikian tidaklah ada. *Vinculum juris* memuat pengakuan hak pada pihak-pihak yang terkait dalam hubungan kewajiban.⁹⁰

Paton berpendapat mengenai hak sebagaimana dikutip oleh Satjipto Rahardjo mengemukakan, hak ternyata tidak hanya mengandung unsur perlindungan dan kepentingan, melainkan juga

⁹⁰ *Ibid*, hlm. 95.

kehendak.⁹¹ Selanjutnya oleh Fitzgerald mengemukakan ciri-ciri hak menurut hukum sebagaimana dikutip oleh Satjipto Rahardjo adalah sebagai berikut:⁹²

- 1) Hak itu dilekatkan kepada seseorang yang disebut sebagai pemilik atau subjek dari hak itu. Ia juga disebut sebagai orang yang memiliki title atas barang yang menjadi sasaran dari hak;
- 2) Hak itu tertuju kepada orang lain, yaitu yang menjadi pemegang kewajiban, antara hak dan kewajiban terdapat hubungan korelatif;
- 3) Hak yang ada pada seseorang ini mewajibkan pihak lain untuk melakukan (*commission*) atau tidak melakukan (*ommission*) suatu perbuatan. Ini dapat disebut sebagai isi dari hak;
- 4) *Commission* atau *ommission* itu menyangkut sesuatu yang bisa disebut sebagai objek dari hak;
- 5) Setiap hak menurut hukum itu mempunyai title, yaitu suatu peristiwa tertentu yang menjadi alasan melekatnya hak itu pada pemiliknya.

Selanjutnya menurut Salmond sebagaimana dikutip oleh Satjipto Rahardjo, mengemukakan bahwa pengertian hak yang dominan tersebut bisa ditafsirkan sebagai hak dalam arti yang sempit (*strict*) atau *in stricto sensu*. Di luar dari pengertiannya yang lain,

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid*, hlm. 95-96.

yaitu kemerdekaan, kekuasaan dan imunitas. Apabila kita menyebut hak, maka sebetulnya semua pengetahuan itu sudah termasuk di dalamnya, yaitu masing-masing sebagai:⁹³ 1) hak dalam arti sempit; 2) kemerdekaan; 3) kekuasaan; dan 4) imunitas.

Pertama, hak dalam arti sempit, merupakan hak yang berkorelasi dengan kewajiban. Dalam hal ini, dalam arti sempit merupakan hak yang ada pada seseorang sebagai pasangan dari kewajiban yang dibebankan pada seseorang.

Kedua, kemerdekaan sebagaimana dimaksud di atas, adalah kepentingan yang ada pada seseorang untuk dilakukannya tanpa ada halangan dari hukum. Dengan demikian, ruang lingkup kemerdekaan adalah seluas bidang kegiatan yang oleh hukum dibiarkan untuk dilakukan, dimana seseorang berhak untuk melakukan apa saja dengan catatan tidak mengganggu hak yang sama yang juga dimiliki oleh seseorang berkorelasi dengan kewajiban untuk tidak mengganggu hak yang sama yang juga dimiliki orang lain.

Ketiga, kekuasaan merupakan kategori yang berbeda dengan hak dalam arti sempit dan kemerdekaan. Kekuasaan tidak memiliki pasangan berupa kewajiban. Kekuasaan ini merupakan hak yang diberikan kepada seseorang untuk melalui jalan hukum, mewujudkan kemauannya, guna mengubah hak-hak, kewajiban-

⁹³ *Ibid*, hlm. 97.

kewajiban, pertanggungjawaban atau lain-lain hubungan hukum, baik dari dirinya sendiri maupun orang lain. Selanjutnya kekuasaan berbeda dengan kemerdekaan. Hal ini dikarenakan seseorang yang memiliki kekuasaan tidak berarti bahwa ia boleh berlaku seenaknya, melainkan harus dilakukan secara efektif. Kekuasaan di bidang publik disebut kewenangan, sedangkan di bidang perdata disebut kecakapan.

Keempat, terkait imunitas atau kekebalan terhadap kekuasaan hukum orang lain. Kekebalan merupakan pembebasan dari adanya suatu hubungan hukum untuk bisa dirubah oleh orang lain. Kekebalan memiliki kedudukan yang sama dalam hubungannya dengan kekuasaan, jika kekebalan adalah pembebanan dari kekuasaan orang lain, maka kemerdekaan merupakan pembebasan dari hak orang lain.

Adapun kewajiban dapat dikatakan sebagai suatu pembebanan terhadap subjek hukum baik pembebanan yang merupakan perwujudan Tindakan karena adanya hak pribadi bersangkutan, maupun pembebanan untuk tidak melakukan suatu tindakan, sebagai perwujudan kemerdekaan, kekuasaan, dan imunitas yang dimiliki oleh subjek hukum lain.

Sanksi hukum mempunyai karakter sebagai tindakan memaksa terhadap subjek hukum yang diberikan oleh tata hukum dengan maksud untuk menimbulkan perbuatan tertentu yang dikehendaki

oleh pembentuk peraturan perundang-undangan.⁹⁴ Sanksi hukum tersebut terdiri atas sanksi pidana, perdata dan administrasi.

2. Berbagai sifat Norma Hukum dalam Peraturan Perundang-undangan

Norma hukum yang ada di dalam peraturan perundang-undangan mengandung salah satu sifat-sifat sebagai berikut:⁹⁵

- 1) perintah (*gebod*);
- 2) larangan (*verbod*)
- 3) pengizinan (*toestemming*); dan
- 4) pembebasan (*vrijstelling*).

Dalam konteks ini, menurut Jimly Ashshddiqie bahwa dalam teori barat, norma-norma tersebut terdiri dari tiga macam, yaitu *obligattere*, *phohibere*, dan *permitter*.⁹⁶

Pendapat D. W. P. Rüter sebagaimana dikutip oleh A. Hamid S. Attamimi, mengemukakan menurut ilmu tentang logika norma (*normenlogica*) yang membicarakan antara lain kwadrat norma (*normen kwadraat*), hubungan normologis antara keempat operator norma tersebut dapat dikembangkan lebih jauh melalui hubungan ekuivalensi, pertentangan kontradiktor, pertentangan kontrar,

⁹⁴ Hans Kelsen, 2010, *Teori Hukum Murni Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*, terjemahan dari *Pure Theory of Law*, penerjemah Raisul Muttaqien, Cetakan VII, Nusa Media, Bandung, hlm. 37.

⁹⁵ A. Hamid S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm. 314-315.

⁹⁶ Jimly Asshddiqie, *Perihal Undang-Undang*, *Op.Cit.*, hlm. 2.

hubungan subkontreras, dan hubungan subaltern atau implikatif.⁹⁷ Maka dengan demikian, sifat norma hukum yang empat beserta pengembangannya itulah yang biasanya tercantum dalam peraturan perundang-undangan.⁹⁸ Untuk pendapat Ruiters dan Attamimi di atas, menurut penulis ciri yang keempat (pembebasan), sesungguhnya tidak tepat untuk disebut sebagai ciri peraturan perundang-undangan karena pembebasan yang dimaksud itu adalah implikasi dari asas hukum *no law without exception* (tidak ada hukum tanpa pengecualian), asas ini berlaku universal.

3. Norma berlaku ke dalam dan/atau ke luar

Ruiters berpendapat, di dalam pemahaman tentang *wet* yang material terhadap tradisi yang hendak membatasi berlakunya norma hanyalah bagi mereka yang tidak termasuk dalam organisasi pemerintahan. Jadi norma hanyalah tertuju kepada rakyat, baik dalam hubungan antara sesama maupun antara rakyat dengan pemerintah. Sedangkan norma yang mengatur hubungan antara bagian-bagian organisasi pemerintahan dianggap bukan norma hukum yang sebenarnya, paling jauh dianggap sebagai norma organisasi. Oleh karena itu sampai dewasa ini, tanda-tanda yang diberikan oleh pemahaman tentang norma hukum ialah selalu ditambah dengan predikat “berlaku ke luar”⁹⁹ pandangan ini sejalan

⁹⁷ A. Hamid S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm. 315.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, hlm. 316.

dengan ketentuan UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Namun setelah diganti dengan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, khususnya ketentuan Pasal 8 ayat (1) dan (2), maka pandangan Ruitter tersebut tidak lagi dapat berlaku mutlak. Oleh karena sesuai dengan ketentuan tersebut, ada kemungkinan suatu peraturan perundang-undangan tidak hanya berlaku ke luar, tetapi juga memungkinkan hanya berlaku ke dalam, seperti peraturan DPRD tentang Peraturan Tata Tertib DPRD yang bersangkutan. Ini berarti peraturan DPRD yang bersangkutan hanya berlaku ke dalam dan merupakan peraturan perundang-undangan yang keberadaannya diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Hal ini sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 132 ayat (2) UU No. 23 Tahun 2014, mengatur: Tata tertib sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dilingkungan internal DPRD provinsi.

4. Norma bersifat Umum dalam Arti Luas

Orang biasanya membedakan kategori norma antara yang umum (*algemen*) dan yang individual (*individueel*) serta antara yang abstrak (*abstract*) dan yang konkrit (*concreet*). Perbedaan umum-individual didasarkan pada merek yang terkena aturan norma tersebut (*adressaat*), ditujukan kepada orang atau sekelompok orang-orang yang tidak tertentu atau kepada orang atau sekelompok orang-orang yang tertentu. Sedangkan perbedaan abstrak-konkret didasarkan

pada hal yang diatur norma tersebut, untuk peristiwa-peristiwa yang tidak tertentu atau untuk peristiwa/beberapa peristiwa yang tertentu.¹⁰⁰

5. Norma Hukum dalam Peraturan Perundang-Undangan

Dari sifat norma yang umum atau individual dan abstrak atau konkrit tersebut, dapat dibentuk berbagai norma dengan sifat kombinasi umum-abstrak, umum-konkrit, individual-abstrak, individual-konkrit. Sebagai contoh kombinasi-kombinasi tersebut dapat disampaikan rumusan-rumusan norma hukum seperti dibawah ini:¹⁰¹

- 1) Umum-abstrak: apabila matahari terbenam, para pengemudi harus menyalakan lampu kendaraannya.
- 2) Umum-konkrit: apabila matahari terbenam pada 1 Januari 1991, para pengemudi harus menyalakan lampu kendaraannya.
- 3) Individual-abstrak: apabila matahari terbenam, pengemudi A harus menyalakan lampu kendaraannya.
- 4) Individual-konkrit: apabila matahari terbenam pada 1 Januari 1991, pengemudi A harus menyalakan lampu kendaraannya.

Dari empat macam kombinasi norma dengan sifat-sifatnya yang umum-individual dan abstrak-konkret, menurut A. Hamid S. Attamimi bahwa peraturan perundang-undangan seyogyanya mengandung

¹⁰⁰ Achmad Ruslan, *Op.Cit.*, hlm. 44.

¹⁰¹ A. Hamid S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm. 316-317.

norma hukum yang umum-abstrak, atau sekurang-kurangnya yang umum-konkrit, norma lain-lainnya, yaitu yang lebih individual-abstrak dan lebih-lebih individual-konkret, lebih mendekati penetapan (*beschikking*) daripada peraturan (*regeling*).¹⁰²

Berbeda dengan A. Hamid S. Attamimi, menurut Achmad Ruslan bahwa norma yang bersifat individual-konkrit bukan mendekati penetapan (*beschikking*) yang dalam konteks Indonesia lazim dikenal dengan Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN), tetapi merupakan karakter asli dari penetapan itu sendiri. Sedangkan karakter individual-abstrak apakah mendekati karakter penetapan (*beschikking*) atau sebaliknya, menurut penulis masih *debatable*.¹⁰³

Namun demikian, menurut Achmad Ruslan, urgen untuk mendeskripsikan secara komprehensif karakter peraturan perundang-undangan sebagai sumber hukum. Dalam hal ini, norma hukum yang masuk dalam kategori atau kualifikasi peraturan perundang-undangan adalah norma hukum yang memenuhi secara integral sembilan karakteristik dasar berikut ini:¹⁰⁴

- 1) mengatur perilaku para subjek hukum yang bersifat imperative yakni hak, kewajiban, kewenangan, tugas, fungsi, serta larangan yang berimplikasi pada ancaman sanksi (perdata dan/atau

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Achmad Ruslan, *Op.Cit.*, hlm. 45.

¹⁰⁴ *Ibid*, hlm. 45-46.

pidana dan/atau administrative) serta yang bersifat fakultatif yaitu yang bersifat kebolehan/menambah;

- 2) berlaku ke dalam dan keluar dalam rangka pemenuhan hak asasi manusia;
- 3) bersifat mengikat (mengikat umum atau impersonal dari segi subjeknya);
- 4) objek yang diatur nya bersifat abstrak dan/atau konkrit;
- 5) melambangkan suatu tatanan nilai-nilai hukum tertentu yang bersifat intrinsik;
- 6) menentukan atau memastikan segi waktu keberlakuannya, yaitu bersifat terus menerus atau untuk waktu tertentu saja tapi tidak *einmoghlig*;
- 7) menentukan atau memastikan segi tempat keberlakuannya, yaitu bersifat teritorialistik;
- 8) menentukan atau memastikan mekanisme atau prosedur pembentukannya sesuai dengan dasar pembentukannya yang di dalamnya memuat pula organ pelaksana/penegaknya;
- 9) menentukan dan memastikan dasar validitas pembentukannya dari norma hukum yang membentuknya (aspek hirarkis) serta dana penegaknya.

Kesembilan karakteristik di atas mutlak terpenuhi secara teoritis dalam suatu norma hukum untuk dapat dikualifikasikan sebagai peraturan perundang-undangan. Yang dimaksud dengan peraturan

perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam Peraturan Perundang-Undang.¹⁰⁵ Selain itu, karakteristik peraturan perundang-undangan tersebut dapat menjadi dasar teoritis membedakan suatu norma apakah ia terqualifikasikan sebagai peraturan perundang-undangan atau bukan. Mengingat terdapat beragam jenis norma hukum selain peraturan perundang-undangan, misalnya, putusan hakim, perbuatan administrasi yang berkategori keputusan administrasi negara (*beschikking*), norma hukum yang berkategori perbuatan keperdataan, perjanjian internasional yang belum diratifikasi menjadi undang-undang (dalam konteks Indonesia).¹⁰⁶

D. Pembentukan Perundang-Undang dan Perubahan Sosial

1. Teori Bekerjanya Hukum

Upaya untuk mendefinisikan kata hukum adalah mengidentifikasi fenomena di berbagai masyarakat. Artinya hukum berada di masyarakat dan sesuai dengan kebutuhan

¹⁰⁵ Pasal 1 angka 2 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

¹⁰⁶ Achmad Ruslan, *Op.Cit.*, hlm. 46.

masyarakat dan setiap wilayah berbeda-beda. Teori ini berkaitan dalam menjawab permasalahan yaitu mengenai penyelenggaraan pemerintahan yang bersifat khusus tentunya Perdasus yang dibentuk tentunya harus menjiwai hukum yang telah ditentukan dalam UU No. 21 Tahun 2001 tentang yang berlandaskan pada aspek percepatan perubahan bagi masyarakat asli Papua. Untuk itu menurut Friedrich Karl Von Savigny, hukum adalah bagian atau manifestasi jiwa suatu bangsa. Hukum lahir dan berasal dari kehendak kesadaran suatu bangsa yang berbentuk tradisi, kebiasaan (*habit*), praktik-pratik kemasyarakatan dan keyakinan bangsa tersebut.¹⁰⁷

Lebih lanjut Savigny, hukum merupakan bagian dari budaya suatu masyarakat. Hukum bukan produk yang secara arbiter dibuat oleh para legislator, melainkan berkembang sebagai respon terhadap kekuatan impersonal yang ditemukan dalam spirit dan jiwa masyarakat tersebut hukum itu ditemukan bukan dibuat.¹⁰⁸ Hal ini menunjukkan suatu peraturan daerah khusus akan semakin efektif di masyarakat bila memang dibentuk dari suatu nilai yang tumbuh dan berkembang di masyarakat itu sendiri. Untuk itu tidak serta merta suatu produk dilahirkan karena semata-mata dari suatu kekuasaan

¹⁰⁷ Atip Latipulhayat, 2015, *Khasanah: Friedrich Karl Von Savigny*, Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum, Volume 2 Nomor 2, hlm. 199, <http://jurnal.unpad.ac.id/pjih/article/view/7283/3364>, diunduh tanggal 30 November 2019.

¹⁰⁸ *Ibid*, hlm. 200.

tetapi lahir dan tumbuh dari suatu harapan akan nilai yang ada di masyarakat tersebut. Savigny menolak reformasi hukum hanya untuk memenuhi hasrat penguasa. Hukum bukan berasal dari penguasa tapi dari rakyat.¹⁰⁹

Selain itu menurut Bagir Manan sebagaimana di kutip oleh Hamzah Halim dan Kemal Redindo Syahrul Putra, setiap masyarakat selalu mempunyai “*rechtsidee*”, yakni apa yang masyarakat harap dari hukum, misalnya hukum diharapkan untuk menjamin adanya keadilan, kemanfaatan, dan ketertiban, maupun kesejahteraan. Cita hukum atau *rechtsidee* tumbuh dalam sistem nilai masyarakat tentang baik dan buruk, pandangan mereka mengenai hubungan individu dan kemasyarakatan dan lain sebagainya termasuk pandangan tentang dunia gaib. Semua ini bersifat filosofis, artinya menyangkut pandangan mengenai inti atau hakikat sesuatu. Hukum diharapkan mencerminkan sistem nilai baik sebagai sarana yang melindungi nilai-nilai maupun sebagai sarana mewujudkannya dalam tingkah laku masyarakat.¹¹⁰

Dari pandangan di atas, maka William J. Chambliss dan Robert B. Seidman, mengemukakan: “*one tack that has frequently been taken in the effort to define the word “law” is to identify phenomena*

¹⁰⁹ *Ibid*, hlm. 205.

¹¹⁰ Hamzah Halim dan Kemal Redindo Syahrul Putra, 2009, *Cara Praktis Menyusun dan Merancang Pertauran Daerah (Suatu Kajian Teoritis dan Praktis Disertai Manual) Konsepsi Teoritis Menuju Artikulasi Empiris*, Kencana, Jakarta, hlm. 8.

in various societies"¹¹¹ (salah satu cara yang sering diambil dalam upaya untuk mendefinisikan kata "hukum" adalah mengidentifikasi fenomena di berbagai masyarakat). William J. Chambliss dan Robert B. Seidman dalam menguraikan hukum berlandaskan pada pemikiran William B. Harvey yang mengemukakan:¹¹²

"law is a technique of social ordering deriving its essential characteristics from its ultimate reliance on the reserved monopoly of systematically threatened or applied force in politically organized society".

(hukum adalah cara tatanan sosial yang memperoleh karakteristik esensialnya dari kebergantungannya pada satu pasar yang dilindungi dari ancaman yang diterapkan secara sistematis atau diterapkan dalam masyarakat yang terorganisir secara politis).

Hukum adalah sebuah institusi progresif, karena sejarah memang nyata-nyata menunjukkan hal tersebut. Hukum tidak pernah berhenti, stagnan, melainkan terus tumbuh, berubah dan berkembang. Tumbuh berarti menuju kebaruan dan meninggalkan yang lama. Tipe dan sistem hukum berkembang dan demikian pula dengan peraturan-peraturan yang mengatur suatu substansi tertentu. Hukum ternyata memang perlu berubah, supaya tidak sekedar menjadi momen sejarah yang akhirnya gagal mengatur

¹¹¹ William J. Chambliss dan Robert B. Seidman, 1971, *Law, Order, and Power*, Addison-Wesley Publishing Company, Inc, Philippines, hlm. 5.

¹¹² *Ibid*, hlm 5-6.

dengan efektif. Hukum berhenti menjadi hukum pada saat tidak lagi mampu melayani dan memandu kehidupan manusia.¹¹³

Hukum dipengaruhi oleh berbagai aspek, tatanan pembentukan hukum dipengaruhi oleh institusi yang mengontrol tatanan sosial dalam hal ini birokrasi negara. Perdasus yang dibentuk tentunya dilakukan berbagai manipulasi sehingga nampak terlihat suatu kewenangan yang diberikan untuk mengatur tatanan, namun sesungguhnya tatanan tersebut dibuat menjadi sulit atau norma tersebut akan sulit dilaksanakan. Kembali William J. Chambliss dan Robert B. Seidman mengemukakan:¹¹⁴

“There are many other aspects of the institutions of social control manipulated by the bureaucracy of a centralized state which can serve as the focus of study, without necessarily constituting the essence of such institutions—the dispute-settling mechanism, the adjudicative mechanism, the systems of decision-making in the legal order, the fact-finding mechanism, the content of the norms, the interrelationship of the norms, and a host of others”.

(Ada banyak dari institusi kontrol sosial yang dimanipulasi oleh birokrasi negara yang tersentralisasi yang dapat berfungsi sebagai fokus studi, tanpa harus menjadi esensi dari institusi-institusi semacam itu dalam menyelesaikan sengketa, mekanisme ajudikatif, mekanisme sistem pengambilan keputusan dalam tatanan hukum, mekanisme pencarian fakta, isi norma-norma, keterkaitan norma-norma, dan sejumlah lainnya).

¹¹³ Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 58.

¹¹⁴ William J. Chambliss dan Robert B. Seidman, *Op.Cit.*, hlm. 6.

Pengembangan organisasi yang secara eksplisit ditujukan untuk penciptaan dan pemberian norma-norma menciptakan potensi untuk kontrol rasional atas proses sosial. Dengan melakukan manipulasi secara sadar sistem normatif di mana negara memiliki jangkauan - masyarakat saat ini memproses kekuatan untuk mengubah dirinya sendiri dengan upaya rasional dan sadar. Roscoe Pound menyebut kontrol ini melalui hukum sebagai proses “*social engineering*”.¹¹⁵

Pengembangan organisasi dalam hal ini pemerintah daerah yang mengembangkan penyelenggaraan pemerintahan bersifat khusus ditujukan untuk membentuk norma untuk melaksanakan pemerintahan yang bersifat khusus tersebut. Negara dengan menerapkan kewenangan tentunya membutuhkan suatu organisasi untuk mengubah masyarakat hukum itu. Roscoe Pound menyatakan bahwa jika kembali kepada gagasan mengenai fungsi hukum yang timbul di dalam pemikiran yang sadar, mungkin akan mengenai tiga gagasan yang telah teguh pendiriannya, yaitu hukum memelihara ketertiban dan perdamaian, hukum menjaga status quo lembaga sosial, dan hukum menjamin hak-hak dan membatasi perilaku manusia serta fungsi hukum yang ditambahkan oleh Roscoe Pound adalah hukum sebagai alat rekayasa sosial (*social engineering*).¹¹⁶

¹¹⁵ *Ibid*, hlm. 9.

¹¹⁶ Melkias Hetharia, 2012, *Reflesi Terhadap Konsep Roscoe Pound Tentang Fungsi Hukum Sebagai Alat Rekayasa Sosial (Social Engineering)*, Logoz Publishing, Bandung, hlm. 44-62.

Roscoe Pound menegaskan bahwa sebenarnya yang menjadi persoalan utama adalah kebutuhan yang harus diakui soal kepentingan yang harus diakui dan dijamin. Kepentingan-kepentingan itu dijamin oleh hukum dengan mengadakan pertimbangan kepentingan-kepentingan umum. Terdapat tiga golongan kepentingan adalah; *pertama*, kepentingan-kepentingan umum (*public interest*) yang terdiri dari kepentingan-kepentingan negara sebagai badan hukum, dan kepentingan-kepentingan negara sebagai penjaga kepentingan sosial. *Kedua*, kepentingan-kepentingan sosial (*social interest*) yang terdiri dari kepentingan-kepentingan masyarakat dalam kepentingan umum, keamanan bagi lembaga-lembaga sosial, kepentingan masyarakat dalam kesusilaan umum terhadap kerusakan moral, kepentingan masyarakat dalam pemeliharaan sumber daya sosial, kepentingan masyarakat dalam kemajuan sosial pada umumnya. *Ketiga*, kepentingan-kepentingan individu (*individual interest*) yang terdiri dari tiga kepentingan, yaitu kepentingan pribadi, kepentingan-kepentingan dalam hubungan rumah tangga, dan kepentingan-kepentingan atas substansi yang meliputi perlindungan terhadap harta, kebebasan berusaha, dan mengadakan kontrak, kebebasan menyelesaikan warian, dan harapan-harapan akan keuntungan-keuntungan yang dijanjikan secara sah.¹¹⁷

¹¹⁷ *Ibid*, hlm. 55.

Bekerjanya hukum dalam masyarakat dipengaruhi oleh faktor-faktor yang saling mempengaruhi sehingga hukum yang berlaku harus dipatuhi. Adanya pengaruh kekuatan-kekuatan sosial, pribadi dan lembaga yang menegakan hukum serta lembaga pembentuk hukum. Untuk itu hukum yang bekerja di masyarakat mulai ditentukan sejak pembentukannya, dimana diketahui dari posisi pembuatan hukum itu sendiri.

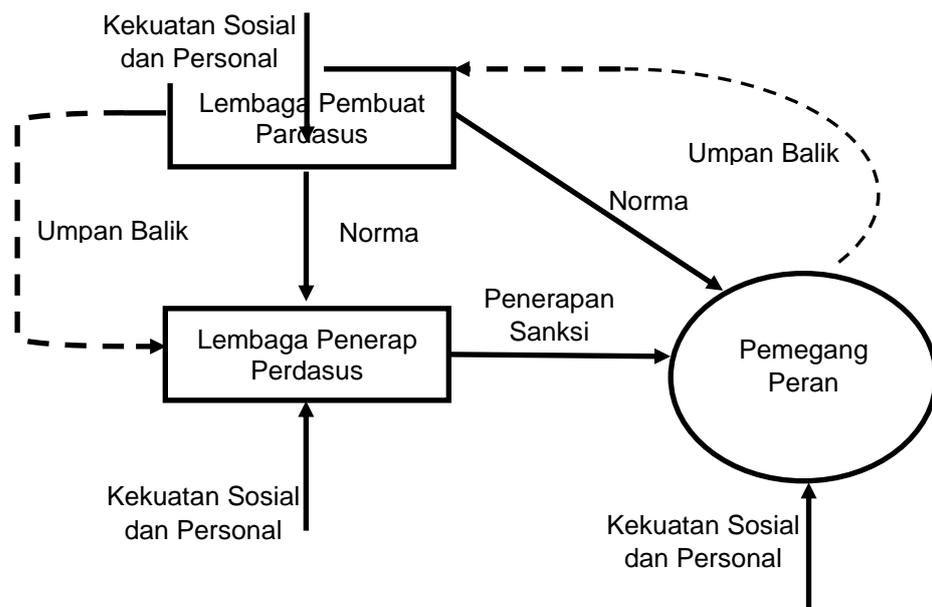
Faktor-faktor yang menentukan bekerjanya hukum baik lembaga pembuat peraturan perundang-undangan lembaga yang menerapkan peraturan perundang-undangan tentunya juga tunduk pada norma yang telah ditentukan. Dalam pembentukan dan pelaksanaan peraturan perundang-undangan tentunya dipengaruhi oleh aspek sosial dan pribadi dari pembentuk dan pelaksana peraturan perundang-undangan. Untuk itu oleh William J. Chambliss dan Robert B. Seidman, mengemukakan:¹¹⁸

“The critical factors in determining how a role-occupant will act appear to be the norm to which he is expected to conform, the societal and personal forces operating upon him, and the activity of the law-sanctioning agencies. But the law-making and the law-sanctioning agencies do not operate in vacuo. They, too, are subject to norms defining their positions, and to societal and personal forces and influences. In order properly to understand the pressures upon the role-occupant, one must also examine the positions of the law-makers and the law-sanctioning agencies”.

¹¹⁸ William J. Chambliss dan Robert B. Seidman, *Op.Cit.*, hlm. 11-12.

(Faktor-faktor penting dalam menentukan bagaimana seorang pemegang peran akan bertindak tampaknya menjadi norma yang diharapkan untuk dia patuhi, kekuatan sosial dan pribadi yang beroperasi padanya, dan aktivitas lembaga-lembaga yang memberikan sanksi hukum. Tetapi badan pembuat hukum dan lembaga sanksi hukum tidak beroperasi secara vakum. Mereka juga tunduk pada norma-norma yang mendefinisikan posisi mereka, dan pada kekuatan dan pengaruh sosial dan pribadi. Untuk memahami dengan baik tekanan dari para penghuni peran, seseorang juga harus memeriksa posisi para pembuat hukum dan agen-agen yang memberikan sanksi hukum).

Dari apa yang dikemukakan di atas, maka pembentukan Perdasus dapat digambarkan berdasarkan pendapat William J. Chambliss dan Robert B. Seidman yang menggambarkan bekerjanya hukum sebagai berikut:



Dari fenomena di masyarakat tersebut Lawrence M. Friedman mengemukakan sistem hukum terdiri atas struktur, substansi dan

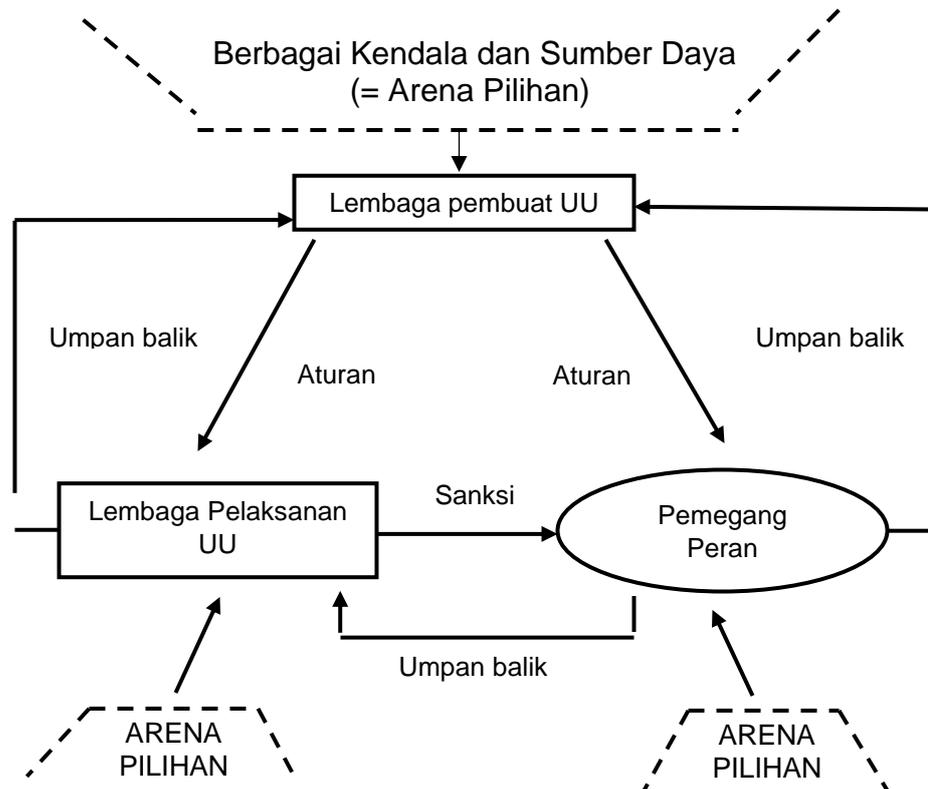
kultur.¹¹⁹ Sedangkan oleh Ann Seidman and Robert Seidman mengemukakan untuk memahami mengapa undang-undang begitu sering meleset dari penerapan yang efektif, teori legislatif yang memadai harus fokus pada mengapa orang berperilaku seperti yang mereka lakukan di hadapan aturan hukum.¹²⁰ Dari pertanyaan tersebut lebih lanjut Ann Seidman and Robert Seidman untuk memastikan implementasi yang efektif, anggota parlemen harus memastikan bahwa undang-undang yang berisi aturan yang ditujukan kepada dua aktor sosial yaitu pemegang peran dan lembaga pelaksana undang-undang.¹²¹ Untuk itu Ann Seidman and Robert Seidman menggambarkan model sistem hukum sebagai berikut:¹²²

¹¹⁹ Lawrence M. Friedman, 2011, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, terjemahan dari *The Legal System a Social Science Perspective*, penerjemah M. Khozim, Nusa Media, Bandung, hlm.15-17.

¹²⁰ Ann Seidman and Robert Seidman, *Assessing a Bill in Terms Of The Public Interest: The Legislator's Role in the Law-Making Process*, Editor in Chief Ko-Yung Tung, The World Bank Legal Review, Law and Justice for Development, Volume 1, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, DC 20433, 2003, hlm. 223.

¹²¹ *Ibid*, hlm. 223.

¹²² *Ibid*, hlm. 224.



Selanjutnya oleh Rober Robert B. Seidman mengemukakan modal tersebut dalam proposisi sebagaimana dikutip dan diterjemahkan oleh oleh Satjipto Raharjo sebagai berikut:¹²³

1. *Every rule of law prescribes how a role occupant is expected to act* (Setiap peraturan hukum memberitahu tentang bagaimana seseorang pemegang peran atau *role occupant* itu diharapkan bertindak).
2. *How a role occupant will act in response to norms of law is a function of the rules laid down, their sanctions, the activity of enforcement institutions, and the entire complex of social,*

¹²³ Satjipto Rahardjo, 1980, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung, Angkasa, hlm. 27.

political, and other forces affecting him (Bagaimana seorang pemegang peran akan bertindak sebagai respon terhadap peraturan-peraturan hukum itu, merupakan fungsi dari peraturan-peraturan yang ditujukan kepadanya, sanksi-sanksinya, aktivitas dari lembaga-lembaga pelaksana serta keseluruhan kompleks kekuatan sosial, politik dan lainnya mengenai dirinya).

3. *How the enforcement institutions will act in response to norms of law is a function the rules laid down, their sanctions, the entire complex of social, political, and other forces affecting it, and the feedbacks from role occupants* (Bagaimana lembaga-lembaga pelaksana itu akan bertindak sebagai respon terhadap peraturan hukum merupakan fungsi peraturan-peraturan hukum yang ditujukan kepada mereka, sanksi-sanksinya keseluruhan kompleks kekuatan-kekuatan sosial, politik dan lainnya yang mengenai diri mereka serta umpan-umpan balik yang datang dari para pemegang peran).
4. *How the lawmakers will act is a function of the rules laid down for their behavior their sanctions, the entire complex of social, political, ideological, and other forces affecting them, and the feedbacks from role occupants and bureaucracy* (Bagaimana para pembuat undang-undang itu akan bertindak merupakan fungsi peraturan-peraturan yang mengatur tingkah laku mereka, sanksi-sanksinya, keseluruhan kompleks kekuatan-kekuatan

sosial, politik, ideologis dan lain-lainnya yang mengenai diri mereka serta umpan-umpan balik yang datang dari pemegang peran serta birokrasi).

Teori bekerjanya hukum menurut William J. Chambliss dan Robert B. Seidman sebagaimana dikemukakan oleh Martitah, pembentukan dan bekerjanya hukum tidak akan terlepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal, kekuatan sosial politik. Teori bekerjanya hukum ini dapat menjelaskan bagaimana pengaruh dari personal, lingkungan ekonomi, sosial, budaya, serta politik dalam proses pembentukan dan implementasinya. Itulah sebabnya kualitas dan karakter hukum juga tidak lepas dari pengaruh bekerjanya kekuatan-kekuatan sosial dan personal tersebut terutama kekuatan-kekuatan politik pada saat hukum itu dibentuk.¹²⁴ Kekuatan-kekuatan sosial itu menurut William J. Chambliss dan Robert B. Seidman sebagaimana dikemukakan oleh Suparman Marzuki, akan terus berusaha masuk dan mempengaruhi setiap proses legislasi dan penegakannya.¹²⁵

Proses-proses politik antaranya terlihat pada pembuatan hukum (perundang-undangan, peraturan). Di sini pembuat hukum tidak kita lihat sebagai proses hukum teknis, melainkan sebagai manifestasi

¹²⁴ Martitah, 2016, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?*, Konstitusi Press, Jakarta, hlm. 191.

¹²⁵ Suparman Marzuki, 2010, *Politik Hukum Hak Asasi Manusia (HAM) di Indonesia Pada Era Reformasi Studi tentang Penegakan Hukum HAM dalam Penyelesaian Pelanggaran HAM Masa Lalu*, Disertasi, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, hlm 26.

dari kegiatan politik, yaitu membuat deskripsi mengenai keadaan ideal dan mobilisasi sumber-sumber daya untuk mencapainya melalui penggunaan kekuasaan. Hasil-hasil pembuatan hukum itu menjadi ukuran tentang bagaimana hukum sebagai mekanisme pengintegrasian akan menyelesaikan persoalan-persoalan yang dihadapkan padanya.¹²⁶

Realitas hukum telah lama menyatakan bahwa, dihadapkan dengan undang-undang, pelaku sosial berperilaku alam pilihan terbatas yang tidak dapat dihindari yang diakibatkan oleh hambatan dan sumber daya yang secara khusus berkaitan dengan waktu tempat dari lingkungan dimana mereka tinggal dan bekerja. Diantaranya, undang-undang (dan ancaman hukumannya dan jani ganjaran) hanya merupakan satu-satunya. Faktor-faktor non-hukum memasukan tidaknya insentif, nilai dan ideologi pelaku yang dibentuk oleh budaya yang berkembang secara historis dari negara mereka, tetapi juga oleh faktor-faktor yang objektif yang membentuk pilihan pelaku tersebut.¹²⁷

¹²⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Op.Cit.*, hlm. 158.

¹²⁷ Ann Seidman dan Robert B. Seidman, 2003, *Perancangan Undang-Undang Untuk Perubahan Sosial yang Demokratis: Buku Panduan Untuk Anggota Parlemen*, Konsep Pertama, Buku Panduan, Dicitak untuk Lokakarya Peningkatan Kapasitas Fungsi Legislasi DPR-RI: Metodologi dalam Pembahasan RUU, 6 & 7 Juni 2002, Jakarta, Diselenggarakan oleh ELIPS Project bekerjasama dengan Badan Legislasi DPR-RI, hlm. 28. Lihat juga Ann Seidman, Robert B. Seidman and Nalin Abeysekere, *Assessing Legislation - a Manual for Legislators*, Boston, Massachusetts, hlm. 26.

Dari pandangan Max Weber sebagaimana dikutip oleh Achmad Ali dan Wiwie Heryani bahwa hukum dan masyarakat berkembang dari masyarakat dan hukum tradisional, ke karismatik hingga pada tahap terakhir yang rasional.¹²⁸ Hal ini menunjukkan bahwa hukum dan masyarakat berkembang secara bersama-sama. Lebih lanjut Max Weber menjelaskan pertama taraf awal adalah masyarakat yang bentuk legitimasinya masih tradisional. Dalam masyarakat tipe ini, bentuk administrasinya bersifat patrimonial. Ketaatan masyarakat adalah ketaatan tradisional yang sifatnya berwujud *duty to individual incumbent*. Kedua, masyarakat tiba pada tahap yang dinamakan karismatik, yang didominasi oleh *legitimasi charismatic authority* dan *personal devotion*. Dalam masyarakat karismatik ini tidak ada administrasi dan hanya ada *routinisation of charisma*. Ketaatannya bersifat *response to social psychological charismatic of individual*. Ketiga, tipe masyarakat rasional legal, dengan bentuk legitimasi yang mendominasinya adalah legitimasi yang juga rasional legal, di mana *authority derived from system of law, rationally and consciously enacted*. Administrasinya berbentuk birokrasi yang ditangani oleh profesional. Dasar ketaatan tidak lagi ketaatan pada individu atau pranata tertentu, melainkan ketaatannya yang sudah bersifat *impersonal* bentuk proses peradilan.¹²⁹

¹²⁸ Achmad Ali dan Wiwie Heryani, 2015, *Menjelajahi Kajian Empiris Terhadap Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 214.

¹²⁹ *Ibid*, hlm. 214.

2. Teori *Legisprudence* dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Pemikiran mengenai *jurisprudence* dan *legisprudence* yang *meinstream* dan *non-meinstream* terkait dengan pembentukan peraturan. Pendekatan politik lebih banyak memasuki jantung dalam proses legislasi. Akibatnya, teori hukum (*jurisprudence*) menjadi suatu yang asing dalam proses pembentukan hukum (*law making process*). Teori hukum seolah-olah hanya menjadi basis pada penegakkan atau pelaksanaan aturan-aturan hukum semata. *Meinstream jurisprudence* dan *legisprudence* melahirkan pemaknaan penalaran dan pendekatan yang berkesinambungan. Sebab akar dari paradigma jurisprudensi tidak lain adalah tradisi teori hukum klasik yang lebih menitikberatkan pada struktur dan fungsi dari sebuah peraturan. Sedangkan *legisprudence* bertolak dari sudut teori hukum dalam menyelidiki persoalan-persoalan legislasi, yang lebih mengutamakan segi substansi, struktur dan proses sebuah peraturan.¹³⁰ Oleh karena itu teori *legisprudence* dalam pembentukan peraturan perundang-undangan akan digunakan dalam mendalami permasalahan penelitian ini untuk menghasilkan jawaban penelitian yang komprehensif pada rumusan masalah pertama, kedua dan ketiga.

¹³⁰ Marthen Arie, *Op.Cit.*, hlm. 6.

Dalam teori hukum (*jurisprudence*) sumber utama hukum adalah legislasi, preseden dan adat.¹³¹ Dari tiga sumber hukum tersebut legislasi adalah sumber utama hukum. Ini terdiri dari deklarasi aturan hukum oleh otoritas yang kompeten seperti parlemen atau badan legislatif lainnya. Itu adalah pelafalan prinsip-prinsip yang memiliki kekuatan hukum. Pengadilan mengakui ini sebagai hukum. Legislasi juga disebut statuta hukum telah menjadi bentuk standar hukum. Bentuk-bentuk sebelumnya, yang merupakan preseden, kebiasaan yang didasarkan pada keyakinan atau praktik keagamaan atau wahyu manusia telah kehilangan banyak kemajuannya. Hasilnya adalah bahwa undang-undang adalah instrumen yang paling kuat dan terbaru dalam pertumbuhan hukum.¹³²

Kebajikan dari legislasi adalah adanya kekuatan abrogatif dan reformatif. Kebajikan utama adalah kekuatan abrogatifnya. Itu bisa menghapuskan hukum yang ada atau membuat hukum baru. Preseden memiliki khasiat konstitutif - ia mampu menghasilkan hukum yang sangat baik tetapi operasinya tidak dapat operasional kembali. Setelah dinyatakan berdiri tetapi, undang-undang dapat membawa reformasi. Karenanya, legislasi memiliki kekuatan destruktif dan reformatif.¹³³

¹³¹ M. S. Rama Rao, *Jurisprudence (Legal Theory)*, Msrlawbooks, *Juris-Legal Theory*, hlm. 11. http://msrlawbooks.com/file/JURISPRUDENCE_Legal_Theory_F.pdf, diunduh tanggal 24 Oktober 2019.

¹³² *Ibid*, hlm. 11.

¹³³ *Ibid*, hlm. 11.

Dari konstruksi mengenai legislasi tersebut, maka terdapat lima asumsi mengapa teori *legisprudence* menjadi dasar utama pemikiran pembentukan hukum. *Pertama*, teori *legisprudence* adalah suatu teori yang muncul dalam kerangka hukum responsif, yang dapat juga dipakai sebagai pendekatan baru dalam menumbuhkembangkan teori dan asas-asas perundang-undangan serta asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan. *Kedua*, teori *legisprudence* menserasikan kebijakan dasar dan kebijakan pemberlakuan peraturan perundang-undangan yang *top down*. *Ketiga*, teori *legisprudence* diyakini mampu membuka kotak hitam dari lemahnya aplikasi teori struktural fungsional, teori demokrasi elit dan teori demokrasi partisipatif. *Keempat*, teori *legisprudence* merupakan teori yang dibangun menyesuaikan kekhususan, keanekaragaman dan kondisi-kondisi sosial sesuai dengan perkembangan hukum. *Kelima*, karena merupakan pendekatan yang lebih cenderung fenomenologis dan positivis dan yang mencurukan menggunakan triangulasi konsep, metode, manajemen dan fakta.¹³⁴

Seorang pembentuk undang-undang atau Perda memainkan peran yang sangat penting pada hal pembentukan Perda tidak hanya berlandaskan pada suatu kekuasaan, tetapi oleh suatu keahlian yang dapat merumuskan kata-kata bersama untuk mencapai

¹³⁴ Marthen Arie, *Op.Cit.*, hlm. 10.

kejelasan dan ketepatan. Namun dalam praktek peran dari disainer tidak mendapat tempat. Mengenai seorang pembuat undang-undang atau Perda oleh Ann Seidman and Robert B. Seidman, mengemuakan:¹³⁵

“a legislative drafter plays the dual role of scrivener and designer in the bill-drafting process. Social science has barely discussed either of these roles. Political scientists tend to perceive the law-making process as a process dominated by power. In that view, a bill’s details and the processes of formulating them have scant significance. Even within the limited discussion on these roles, the discussion remains incomplete. The relevant literature tends to neglect the designer role. Until the very recent rise of legisprudence, the legal academy perceived drafters as mere scriveners. Existing texts on legislative drafting focus on the scrivener role and particularly on the techniques for chaining words together to achieve clarity and precision”.

(seorang pembuat undang-undang memainkan peran ganda sebagai ahli menulis dan perancang dalam proses pembuatan undang-undang. Ilmu sosial hampir tidak pernah membahas salah satu dari peran ini. Ilmuwan politik cenderung memandang proses pembuatan hukum sebagai proses yang didominasi oleh kekuasaan. Dalam pandangan itu, rincian undang-undang dan proses perumusannya memiliki sedikit arti. Bahkan dalam diskusi terbatas tentang peran-peran ini, diskusi tetap tidak lengkap. Literatur yang relevan cenderung mengabaikan peran desainer. Sampai munculnya undang-undang yang sangat baru, akademi hukum menganggap perancang sebagai ahli menulis belaka. Teks-teks yang ada tentang perancangan legislatif fokus pada peran ahli menulis dan khususnya pada teknik untuk merajut kata-kata bersama untuk mencapai kejelasan dan ketepatan).

¹³⁵ Ann Seidman and Robert Seidman, *ILTAM: Drafting Evidence-Based Legislation for Democratic Social Change*, hlm. 443-444, http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume89n2/documents/SEIDMAN_000.pdf, diunduh tanggal 14 November 2019.

Lebih lanjut dikemukakan mengenai pengakuan *legisprudence* terhadap peran disainer sebagai berikut:¹³⁶

“Legisprudence has begun to recognize the central importance of the designer’s role. In the long route from policy to law, the bill-designing process has a critical but under-valued function. Consider the steps in a bill’s journey from bright idea to enacted law: a drafter translates a policy into a bill in the bill-designing process, the bill goes through the many steps of the law-enacting process, and then ultimately through an executive-approval process”.

(*Legisprudence* telah mulai mengakui pentingnya peran desainer. Dalam perjalanan panjang dari kebijakan ke hukum, proses perancangan undang-undang memiliki fungsi kritis tetapi kurang dihargai. Pertimbangkan langkah-langkah dalam perjalanan undang-undang dari ide cemerlang ke undang-undang yang berlaku: seorang penyusun menerjemahkan suatu kebijakan menjadi undang-undang dalam proses perancangan undang-undang, rancangan undang-undang tersebut melewati banyak langkah dari proses pembuatan undang-undang, dan kemudian pada akhirnya melalui proses persetujuan-eksekutif).

Selanjutnya oleh Jeremy Waldron sebagaimana dikutip oleh Ann Seidman and Robert B. Seidman, langkah sebagaimana diuraikan di atas merupakan proses musyawarah berlapis dengan struktur yang rumit yang dikaitkan dengan marwah atau martabat dari undang-undang yang dibentuk (*dignity of legislation*). Hasil dari kegiatan legislasi sebagaimana diuraikan di atas adalah produk hukum. Pendekatan *legisprudence* sangat berkontribusi atas lahirnya suatu aturan perundang-undangan. Tujuannya adalah berusaha menyeimbangkan dan/atau mensekasionalkan politik dengan hukum.

¹³⁶ *Ibid*, hlm. 444.

Sebuah peraturan perundang-undangan tidak mungkin ada tanpa melalui suatu produk politik. Walaupun pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan suatu produk politik, namun produk atau hasil dari proses politik tersebut adalah tetap sebuah produk hukum, dan kalau sudah menjadi sebuah produk hukum, politik harus tunduk kepada aturan hukum sebagai *output* dari proses tersebut. Variabel nilai-nilai yang sangat terkait dengan analisis dalam kualitas suatu Perda adalah keadilan.¹³⁷

Mengenai keadilan oleh John Rawls mengemukakan subjek utama keadilan adalah struktur dasar masyarakat, atau lebih tepatnya, cara lembaga-lembaga sosial utama mendistribusikan hak dan kewajiban serta menentukan pembagian keuntungan kerja sama sosial.¹³⁸ Sedangkan mengenai keadilan dalam negara menurut Plato, pembagian kerja yang diatur sesuai dengan bakat, bidang keahlian, dan keterampilan setiap warga negara.¹³⁹

3. Teori Interpretasi Hukum

Menurut H. L. A. Hart, sistem peraturan meninggalkan celah (gap) yang harus diisi oleh hakim-hakim.¹⁴⁰ Untuk menutup celah

¹³⁷ Marthen Arie, *Op.Cit.*, hlm. 12.

¹³⁸ John Rawls, 2011, *Teori Keadilan Dasar-Dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara*, terjemahan dari *A Theory of Justice*, penerjemah Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 7-8.

¹³⁹ J. H. Rapar, *Op.Cit.*, hlm. 84.

¹⁴⁰ M.R. Zafer, 1994, *Jurisprudence (an Outline)*, International Law Book Services, Kuala Lumpur, hlm. 24-25.

tersebutlah dilakukan dengan interpretasi.¹⁴¹ Interpretasi dilakukan dengan metode interpretasi, yang umumnya telah dikenal ada beberapa, seperti: gramatikal, historikal, sistematikal, teleologikal dan sosiologikal.¹⁴² Teori ini dipergunakan untuk menjawab permasalahan kedua untuk menemukan jawaban interpretasi norma otonomi khusus dalam pembentukan Perdasus, penjelasan metode-metode interpretasi tersebut adalah sebagai berikut:

- a. interpretasi menurut bahasa (gramatikal) merupakan cara penafsiran atau penjelasan yang paling sederhana untuk mengetahui makna ketentuan undang-undang dengan menguraikannya menurut bahasa, susunan kata atau bunyinya.¹⁴³ Umumnya semua sarjana hukum yang membahas metode interpretasi memberikan penjelasan yang sama atau setidak-tidaknya hampir sama mengenai interpretasi yang disebut sebagai metode gramatikal ini;
- b. interpretasi teleologis, merupakan penafsiran dimana makna undang-undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan masyarakat, sehingga undang-undang yang masih berlaku tetapi sudah usang atau sudah tidak sesuai lagi, diterapkan

¹⁴¹ Andi Hamzah, 2009, *Naskah Akademik Rancangan Undang-undang Hukum Acara Pidana*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta, hlm. 68.

¹⁴² Sulityowati Irianto dan Sidharta (ed), 2011, *Metode Penelitian Hukum (Konstelasi dan Refleksi)*, Cet. II, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, hlm. 143.

¹⁴³ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, 1993, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Cet. I, Citra Aditya Bakti, Yogyakarta, hlm. 58-60.

terhadap peristiwa, hubungan, kebutuhan dan kepentingan masa kini, tidak peduli apakah hal ini semuanya pada waktu diundangkannya undang-undang tersebut dikenal atau tidak.¹⁴⁴

Sudikno Mertokusumo menerangkan interpretasi teleologis ini dinamakan juga interpretasi sosiologis. Yudha Bhakti Adhiwisastra menyebutnya juga sebagai penafsiran sosiologis, karena setiap peraturan hukum mempunyai suatu tujuan sosial, yaitu membawa kepastian hukum dalam pergaulan antara anggota masyarakat. Menurut Yudha Bhakti Adhiwisastra, hakim wajib mencari tujuan sosial baru dari peraturan yang bersangkutan. Jika hakim mencarinya masuklah ia ke dalam pelajaran sosiologi. Melalui penafsiran sosiologi, hakim dapat menyelesaikan adanya perbedaan atau kesenjangan antara sifat positif dari hakim (*rechtpositiveit*) dengan kenyataan hukum (*rechtswerkelijkheid*) yang menjadikan penafsiran sosiologis atau teologis ini menjadi sangat penting. Metode ini baru digunakan apabila kata-kata dalam undang-undang dapat ditafsirkan dalam pelbagai cara dimana peraturan hukum yang lama itu disesuaikan dengan keadaan yang baru;¹⁴⁵

- c. interpretasi sistematis atau logis, merupakan penafsiran undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-

¹⁴⁴ *Ibid*, hlm. 65-66.

¹⁴⁵ *Ibid*.

undangan dengan jalan menghubungkannya dengan undang-undang lain;¹⁴⁶

- d. interpretasi historis, merupakan penafsiran makna undang-undang dengan meneliti sejarah terjadinya sebagai penjelasan menurut terjadinya undang-undang.¹⁴⁷ Dalam metode interpretasi historis ini dikenal dua macam interpretasi yaitu: ¹⁴⁸
 - menurut sejarah undang-undang; dan
 - menurut sejarah hukum;
- e. interpretasi perbandingan hukum (komparatif), merupakan penafsiran dengan jalan memperbandingkan untuk mencari kejelasan mengenai suatu ketentuan undang-undang (biasa digunakan dalam hukum perjanjian internasional);¹⁴⁹
- f. interpretasi futuristis, merupakan metode penemuan hukum yang bersifat antisipasi dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum.¹⁵⁰

Selain rincian metode interpretasi sebagai berikut, A. Pitlo mengategorikan ekstensif dan restriktif juga sebagai bagian dari metode penafsiran. A. Pitlo menyebut sub bab tulisannya dengan judul “Penafsiran Ekstensif dan Restriktif”. Dengan menjelaskan

¹⁴⁶ *Ibid*, hlm. 60-63.

¹⁴⁷ *Ibid*.

¹⁴⁸ Yudha Bhakti Adhiwisastra, 2008, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Ed. I, Cet. II, Alumni, Bandung, hlm. 10.

¹⁴⁹ Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 19.

¹⁵⁰ *Ibid*.

semua metode penafsiran undang-undang (kecuali yang gramatikal), dapat menyimpang dari maksud kata-kata secara gramatikal, yaitu kedua arah:¹⁵¹

- a. dapat berakibat ketentuan diberi arti dengan daya kerja yang lebih jauh daripada apabila ditafsirkan hanya secara gramatikal, yang disebut sebagai penafsiran yang bersifat memperluas (ekstensif); atau
- b. dapat berakibat suatu ketentuan diberi daya berlaku lebih terbatas daripada yang diberikan oleh kata-kata itu sendiri, yang disebut sebagai penafsiran yang bersifat membatasi (restriktif).

Sebagai tambahan, Sudikno Mertokusumo menambahkan interpretasi otentik (yaitu penjelasan yang diberikan oleh undang-undang dan terdapat dalam teks undang-undang dan bukan dalam tambahan lembaran negara) tidak termasuk dalam ajaran tentang interpretasi. Sehingga karenanya apabila bunyi atau kata-kata dalam perjanjian itu cukup jelas kiranya tidak perlu ditegaskan bahwa perjanjian itu tidak boleh ditafsirkan menyimpang dari bunyi atau isi perjanjian itu, berdasarkan asas *sens-clair*.¹⁵² Hal ini sejalan dengan pendapat Bernard Arief Sidharta, bahwa pernyataan “*in*

¹⁵¹ *Ibid*, hlm. 67.

¹⁵² Dalam ruang lingkup hukum perdata, azas ini diadopsi dalam Pasal 1342 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, yang menentukan: “Apabila kata-kata dalam suatu perjanjian jelas, tidaklah diperkenankan untuk menyimpang dari kata-kata itu dengan jalan penafsiran”.

claris non est interpretation” (jika sudah jelas maka tidak diperlukan interpretasi) adalah hasil interpretasi juga.¹⁵³

Apabila Sudikno Mertokusumo menganggap interpretasi otentik tidak termasuk dalam ajaran tentang interpretasi, maka Yudha Bhakti Adhiwisastra justru menilai tafsiran tentang arti atau istilah yang digunakan di dalam undang-undang yang disediakan oleh pembuatnya dianggap sebagai penafsiran dan menyebutnya dengan nama “penafsiran otentik” atau “penafsiran secara tidak resmi”.¹⁵⁴

Dalam praktiknya, hakim memilih metode interpretasi mana yang akan digunakannya berdasarkan pertimbangannya sendiri.¹⁵⁵ Keadaan demikian terjadi tidak lain karena tidak ada suatu peraturan umum yang menentukan metode interpretasi yang mana yang harus digunakan oleh hakim dalam peristiwa konkrit tertentu, tidak ada pula ketentuan yang menentukan urutan hierarchical dari metode-metode tersebut.¹⁵⁶ Persoalannya, ketika hakim menggunakan suatu metode interpretasi tertentu dalam memeriksa dan mengadili peristiwa konkrit tertentu, hasil interpretasinya dapat berbeda jika menggunakan metode interpretasi lain.¹⁵⁷

¹⁵³ Sulityowati Irianto dan Sidharta (ed), 2011, *Metode Penelitian Hukum (Konstelasi dan Refleksi)*. Cet. II, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, hlm. 16-17.

¹⁵⁴ Yudha Bhakti Adhiwisastra, *Op.Cit.*, hlm. 11.

¹⁵⁵ Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 20.

¹⁵⁶ Bernard Arief Sidharta, *Op.Cit.*, hlm. 143.

¹⁵⁷ *Ibid.*

Untuk menemukan interpretasi yang tepat, Timothy A. O. Endicott (dengan mengikuti konstruksi interpretasi Ronald M. Dworkin) menerangkan sebenarnya ide interpretasi adalah "untuk membuat yang terbaik" dari sesuatu dan interpretasi yang baik adalah yang cocok (*fit*) dengan obyeknya dan interpreter harus dapat membenarkan (*justify*) obyek interpretasinya. Dalam hal ini, Ronald M. Dworkin menawarkan hukum sebagai konsep interpretatif, dimana hakim seharusnya memutuskan apakah hukum itu dengan menginterpretasikan praktik hakim lain yang memutuskan apakah hukum itu. Menurut Ronald M. Dworkin, interpretasi dilakukan dalam tiga tahap, yaitu:¹⁵⁸

- a. pra interpretatif, pada tahap mana interpreter mengidentifikasi materi interpretasi mana yang harus cocok (*fit*);
- b. interpretatif, pada tahap mana interpreter memutuskan sifat (*virtue*) apa yang akan membuat data interpretatif terlihat baik; dan
- c. pasca interpretatif, pada tahap mana interpreter memutuskan apa kesimpulan terbaik yang akan memenuhi dua persyaratan cocok (*fit*) dan benar (*justification*).

Selain menawarkan hukum sebagai konsep interpretatif, Ronald M. Dworkin juga menawarkan konsep hukum sebagai integritas,

¹⁵⁸ Ronald M. Dworkin, 1986, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge MA, hlm. 66.

yang menyatukan ilmu hukum (*jurisprudence*) dan ajudikasi yang membuat isi hukum bergantung pada interpretasi yang lebih halus dan konkret dari praktik hukum yang sama yang menafsirkan. Dengan konsep hukum sebagai integritas, jika hakim menemukan ada dua interpretasi yang masing-masing dianggap cocok dengan cukup baik menurut bidang perhatian langsungnya, untuk memuaskan interpretatifnya, hakim tersebut perlu memperluas jangkauan penelitiannya dalam serangkaian lingkaran yang memusat untuk memasukkan bidang hukum yang lain dan kemudian menentukan mana dari kedua interpretasi tersebut yang lebih baik berdasarkan jangkauan yang sudah diperluas tersebut.

4. Teori Pembentukan Perundang-undangan

Teori pembentukan perundang-undangan oleh I. C. Van Der Vlies sebagaimana dikutip oleh Yuliandri adalah berasal dari "*algemene beginselen van behoorlijke regelgeving*".¹⁵⁹ A. Hamid S. Atamimi mengartikannya *algemene beginselen van behoorlijke regelgeving* sebagai asas pembentukan peraturan perundang-undangan ialah hukum yang memberikan pedoman dan bimbingan bagi penaungan isi peraturan ke dalam bentuk dan susunan yang sesuai, bagi penggunaan metode pembentukan yang tepat, dan bagi mengikuti proses dan prosedur pembentukan yang telah

¹⁵⁹ Yuliandri, 2011, *Asas-asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undang yang Baik, Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 13.

ditentukan.¹⁶⁰ Sementara itu Philipus M. Hadjon sebagaimana dikutip oleh Yuliandri mengartikan *algemene beginselen van behoorlijke regelgeving* sebagai asas umum pembentukan aturan hukum yang baik.¹⁶¹ Supaya memperoleh peraturan perundang-undangan yang efektif, maka dalam pembentukan undang-undang haruslah memperhatikan tiga elemen dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, yaitu struktur adalah salah satu dasar dan elemen nyata dari sistem hukum.¹⁶² Sehingga teori ini akan dipergunakan dalam menjawab permasalahan pertama dan ketiga.

Struktur terkait dengan lembaga pembentuk peraturan perundang-undangan. Substansi (peraturan-peraturan) adalah elemen lainnya, tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana institusi-institusi itu harus berperilaku.¹⁶³ Substansi hukum merupakan aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu. Sedangkan kultur hukum adalah elemen sikap dan nilai sosial.¹⁶⁴ Kultur hukum merupakan sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Dengan kata lain kultur hukum adalah suasana pikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalah gunakan.

¹⁶⁰ A. Hamid S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm. 313.

¹⁶¹ Yuliandri, *Op.Cit.*, hlm. 14.

¹⁶² Lawrence M. Friedman, *Op.Cit.*, hlm.15.

¹⁶³ *Ibid*, hlm. 15-16.

¹⁶⁴ *Ibid*, hlm. 17.

Menurut Hans Kelsen sebagaimana dikutip oleh A. Hamid S. Attamimi, norma hukum adalah aturan, pola atau standar yang perlu diikuti. Fungsi norma hukum antara lain memerintah (*gebeiten*); melarang (*verbeiten*); menguasai (*ermächtingen*); membolehkan (*erlauben*), dan menyimpan dari ketentuan (*derogoeereen*).¹⁶⁵ Sedangkan yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan atau *wet in materië zi, gezetz in materiellen sinne*, maka terdapat tiga unsur pokok, yaitu pertama, norma hukum (*rechtsnorme*), kedua, berlaku keluar (*naar buiten werkwvn*) ketiga, bersifat umum dalam arti luas (*algemeenheid in ruime zin*). Sedangkan norma yang ada di dalam peraturan perundang-undangan mengandung sifat-sifat antara lain perintah (*gebod*), larangan (*verbod*), pengizinan (*toestemming*), dan pembebasan (*vrijstelling*).¹⁶⁶

Selanjutnya menurut A. Hamid S. Attamimi, asas-asas pembentukan peraturan yang patut adalah asas-asas yang formal dan asas-asas yang material. Asas-asas yang formal, yaitu asas tujuan yang jelas, asas perlunya pengaturan, asas organ/lembaga yang tepat, asas materi muatan yang tepat, asas dapat dilaksanakan, dan asas dikenali. Sedangkan asas-asas material, yaitu asas sesuai dengan cita hukum Indonesia dan norma fundamental negara, asas sesuai dengan hukum dasar negara, asas

¹⁶⁵ A. Hamid S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm. 302.

¹⁶⁶ *Ibid*, hlm. 314-315.

sesuai dengan prinsip-prinsip negara berdasar atas hukum, dan asas sesuai dengan prinsip-prinsip pemerintah berdasar system Konstitusi.¹⁶⁷

5. Asas-Asas Perundang-Undangan

Asas merupakan dasar sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat atau hukum dasar tindakannya itu melanggar kemanusia.¹⁶⁸ Menurut A. Hamid S. Attamimi asas pembentukan peraturan perundang-undangan ialah asas hukum yang memberikan pedoman dan bimbingan bagi penguasaan isi peraturan ke dalam bentuk dan susunan yang sesuai, bagi penggunaan metode pembentukan yang tepat, dan bagi mengikuti proses dan prosedur pembentukan yang telah ditentukan.¹⁶⁹ Selain itu asas hukum sangat menentukan suatu peraturan perundang-undangan mengandung nilai etis atau tidak. Untuk itu oleh Scholten sebagaimana dikutip Satjipto Rahardjo, mengemukakan asas hukum mengandung tuntutan etis, maka asas hukum merupakan jembatan antara peraturan-peraturan hukum dan hukum positif dengan cita-cita sosial dan pandangan etis masyarakatnya. Dengan singkat dapat dikatakan, bahwa melalui asas hukum ini, peraturan-peraturan hukum berubah sifat menjadi menjadi bagian dari suatu tatanan etis.¹⁷⁰

¹⁶⁷ *Ibid*, hlm. 345-346.

¹⁶⁸ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Op.Cit.*, hlm. 70.

¹⁶⁹ A. Hamid S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm. 313.

¹⁷⁰ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Op.Cit.*, hlm. 86.

Asas pembentukan undang-undang lainnya terdiri dari pendapat Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto sebagaimana dikutip oleh Budiman N. P. D Sinaga memperkenalkan eman asas, yaitu:¹⁷¹

- a. Undang-undang tidak berlaku surut.
- b. Undang-undang yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi, mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula.
- c. Undang-undang yang bersifat khusus menyampingkan undang-undang yang bersifat umum (*lex specialis derogat lex generali*).
- d. Undang-undang yang berlaku belakangan membatalkan undang-undang yang berlaku terdahulu (*lex posteriore derogate lex priore*).
- e. Undang-undang tidak dapat diganggu gugat.
- f. Undang-undang sebagai sarana untuk semaksimal mungkin dapat mencapai kesejahteraan spiritual dan material bagi masyarakat maupun individu, melalui pembaharuan atau pelestarian (*asas welvaarstaat*).

Asas peraturan perundang-undangan juga dijelaskan oleh I. C. Van der Vlies sebagaimana dikutip oleh Maria Farida Indrati S, mengemukakan asas-asas dalam pembentukan peraturan negara yang baik (*beginselen van behoorlijke regelgevina*) ke dalam asas-

¹⁷¹ Budiman N.P.D Sinaga, 2005, *Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 26-27.

asas yang formal dan yang material. Adapun asas yang dimaksud adalah sebagai berikut:¹⁷²

a. Asas-asas formal, meliputi:

- 1) asas tujuan yang jelas (*beginsel van duidelijke doelstelling*);
- 2) asas organ lembaga yang tepat (*beginsel van het juiste orgaan*);
- 3) asas perlunya pengaturan (*het noodzakelijkheids beginsel*);
- 4) asas dapatnya dilaksanakan (*het beginsel van uitvoerbaarheid*);
- 5) asas konsensus (*het beginsel van consensus*).

b. Asas-asas material, meliputi:

- 1) asas tentang terminologi dan sistematika yang benar (*het beginsel van duidelijke terminologi en duidelijke systematiek*);
- 2) asas tentang dapat dikenali (*het beginsel van de kenbaarheid*);
- 3) asas perlakuan yang sama dalam hukum (*het rechtsgelijkheids-beginsel*);
- 4) asas kepastian hukum (*het rechtszekerheidsbeginsel*);
- 5) asas pelaksanaan hukum sesuai keadaan individual (*het beginsel van de individuele rechtsbedelina*).

¹⁷² Maria Farida Indrati S, 2007, *Ilmu Perundang-Undangan (1) (Jenis, Fungsi, Materi Muatan)*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 253-254.

Selanjutnya oleh A. Hamid S. Attamimi menjelaskan asas pembentukan perundang-undangan yaitu asas formal dan material sebagai berikut:¹⁷³

a. Asas-asas yang formal, meliputi:

- 1) asas tujuan yang jelas;
- 2) asas perlunya pengaturan;
- 3) asas organ/lembaga yang tepat;
- 4) asas materi muatan yang tepat;
- 5) asas dapat dilaksanakan; dan
- 6) asas dapat dikenali.

b. Asas-asas yang materiil, meliputi:

- 1) asas sesuai dengan Cita Hukum Indonesia dan norma fundamental negara;
- 2) asas sesuai dengan hukum dasar negara;
- 3) asas sesuai dengan prinsip-prinsip negara berdasarkan atas hukum; dan
- 4) asas sesuai dengan prinsip-prinsip pemerintahan berdasarkan sistem konstitusi.

Selanjutnya dalam ketentuan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 Tentang

¹⁷³ A. Hamid S. Attamimi, *Op.Cit.*, hlm. 345-346.

Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dalam Pasal 5 mengatur mengenai asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, meliputi:

- a. asas kejelasan tujuan, adalah bahwa setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus mempunyai tujuan yang jelas yang hendak dicapai.
- b. asas kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat adalah bahwa 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. asas kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan adalah bahwa dalam pembentukan peraturan perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat sesuai dengan jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan.
- d. asas dapat dilaksanakan adalah bahwa setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus memperhitungkan efektivitas peraturan perundang-undangan tersebut di dalam masyarakat, baik secara filosofis, sosiologis, maupun yuridis.

- e. asas kedayagunaan dan kehasilgunaan adalah bahwa setiap peraturan perundang-undangan dibuat karena memang benar-benar dibutuhkan dan bermanfaat dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
- f. asas kejelasan rumusan adalah bahwa 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.
- g. asas keterbukaan adalah bahwa 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.

Dari uraian asas pembentukan perundang-undangan yang dikemukakan oleh para ahli dan peraturan perundang-undangan, maka undang-undang dibentuk dengan tujuan memberikan manfaat bagi masyarakat, pemerintah dan setiap orang yang hidup di negara tersebut. Fungsi utama dari sebuah undang-undang adalah

mengatur ke arah tujuan yang dicita-citakan, oleh karena itu suatu perundang-undangan harus mengandung materi muatan yang baik.

6. Hubungan Pembentukan Perundang-Undangan dengan Pembangunan

Persoalan mendasar Papua yang bisa diatasi dengan adanya penyelenggaraan pemerintahan bersifat khusus. *Pertama*, soal sejarah politik, yaitu terus berkembangnya pemahaman di kalangan orang Papua bahwa mereka telah menjadi bangsa dengan negara sendiri sebelum bergabung dengan Indonesia. Otsus akan menjadikan orang Papua tuan di atas tanahnya sendiri. *Kedua*, terjadi diskriminasi terhadap orang asli Papua oleh birokrasi dan sistem ekonomi Indonesia yang terlihat dari mencoloknya perbedaan kondisi sosial-ekonomi Papua dengan daerah lainnya. Papua adalah salah satu penyumbang devisa terbesar terhadap Indonesia dari hasil kayu dan tambangnya. Otsus akan mengakhiri diskriminasi ini karena akan mendatangkan kesejahteraan.¹⁷⁴

Dalam upaya untuk dapat menyelesaikan permasalahan pembangunan di Provinsi Papua dan Papua Barat, maka UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua dirancang untuk mengatasi seluruh masalah mendasar yang dinyatakan “belum sepenuhnya” ada itu.¹⁷⁵ Meskipun sampai saat ini

¹⁷⁴ Amiruddin al Rahab, 2010, *Heboh Papua Perang Rahasia, Trauma dan Separatisme*, Komunitas Bambu, Depok, hlm. 104.

¹⁷⁵ *Ibid*, hlm. 147.

permasalahan pembangunan di Provinsi Papua dan Papua Barat belum menunjukkan perubahan yang signifikan bagi orang asli Papua.

Hukum dibutuhkan untuk pembangunan di Indonesia dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja dengan menggunakan dua alasan *pertama*, memperkenalkan sekaligus meyakinkan bahwa hukum bukan saja dapat tapi harus berperan dalam pembangunan. Dengan perkataan lain fungsi hukum dalam pembangunan. *Kedua*, mengusung gagasan tersebut ketika istilah “pembangunan” menjadi terminologi politik orde baru yang sakti dan sakral yang harus diterapkan pada setiap bidang kehidupan termasuk pembangunan hukum.¹⁷⁶

Lebih lanjut Mochtar Kusumaatmadja mengemukakan peran hukum dalam pembangunan bahwa hukum harus menjamin agar perubahan tersebut berjalan secara teratur. Penekanan kalimat “berjalan secara teratur” menunjukkan bahwa tercapainya “ketertiban” sebagai salah satu fungsi klasik dari hukum urgensinya dalam mengawal pembangunan. Perubahan yang merupakan esensi dari pembangunan dan ketertiban atau keteraturan yang merupakan salah satu fungsi penting dari hukum adalah tujuan kembar dari masyarakat yang sedang membangun. Dengan peran hukum seperti ini, membangun hukum yang memberikan orientasi

¹⁷⁶ Atip Latipulhayat, 2014, *Khasanah: Mochtar Kusumaatmadja*, Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum, Volume 1 Nomor 3, hlm. 628, <http://jurnal.unpad.ac.id/pjih/article/view/7100/3328>, diunduh tanggal 30 November 2019.

sekaligus koreksi atas jalannya pembangunan, bukan hukum yang hanya memberikan legitimasi kepada kekuasaan. Kekuasaan harus tunduk kepada hukum dan sekaligus menepis tuduhan bahwa konsep pembangunan hukum adalah alat untuk melegitimasi kekuasaan orde baru.¹⁷⁷

Sedangkan menurut Robert B. Seidman hukum masuk dalam pembangunan dilakukan dengan dua cara, yaitu sengaja mendorong perubahan sosial yang menjadi tanggung jawab negara (*social change today usually falls upon the state*) dan hukum masuk ke dalam proses pembangunan dengan cara lain, bahkan mungkin lebih mendasar, terutama negara-bangsa yang pada saat ini telah mendorong inisiatif untuk menentukan arah perubahan sosial daripada gereja, keluarga, atau desa - mencerminkan transformasi besar dari komunitas subsisten pertanian yang berorientasi kerabat menjadi komunitas sosial pertukaran dengan spesialisasi tinggi.¹⁷⁸

Kondisi kehidupan orang asli Papua yang tidak berubah meskipun telah dilakukan berbagai perubahan termasuk pembentukan UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua, perubahan yang diharapkan dengan adanya

¹⁷⁷ *Ibid*, hlm. 629.

¹⁷⁸ Robert B. Seidman, 1981, *Law and Development: The Interface Between Policy and Implementation*, Boston College Third World Law Journal, Volume 2, Issue 1, Article 6, hlm. 50-51, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1407&context=twlj>, diunduh tanggal 14 November 2019.

penyelenggaraan pemerintahan yang bersifat khusus, namun dianggap sebagai suatu yang gagal. Untuk itu oleh Robert B. Seidman mengemukakan:

“This function of law is thrust upon the governors by circumstance. The patterns of behaviour that define society are in constant flux. Society ever changes. However little a government changes its law, vast upheavals inevitably erupt: wars, revolutions, famines, education, the introduction of cash crops, industrialization, foreign or domestic investment”.

(Fungsi hukum ini disodorkan kepada gubernur secara langsung. Pola perilaku yang mendefinisikan masyarakat selalu berubah. Masyarakat selalu berubah. Betapapun kecilnya pemerintah mengubah hukumnya, pergolakan besar yang tak terhindarkan meletus: perang, revolusi, kelaparan, pendidikan, pengenalan tanaman komersial, industrialisasi, investasi asing atau domestik).

Sering kali para anggota legislatif tidak dapat membuat undang-undang untuk mengubah lembaga-lembaga yang menghambat terpenuhinya kebutuhan pokok masyarakat sekitar 80% dari penduduk dunia, yang tinggal di negara-negara berkembang atau negara transisi, yang menerima kurang dari seperlima dari barang dan jasa dihasilkan dunia, masih berjuang untuk tetap hidup. Hanya beberapa gelintir orang kaya saja yang bertambah kaya dan berkuasa. Dibeberapa negara bekas jajahan, rona wajah orang-orang kaya baru berubah; pada umumnya, rona wajah kaum miskin tidak berubah. Sebagian besar masyarakat – khususnya wanita, anak-anak, orang tua, orang cacat, dan suku-suku minoritas – tetap miskin dan rentah. Untuk sebagian besar masyarakat, kualitas hidup

– bahkan harapan hidup – menurun. Penyakit (khususnya HIV-AIDS), konflik antar etnis, dan perang sipil nampaknya mengukung masyarakat di negara berkembang dan negara dalam transisi. Seiring dengan berjalannya waktu, seringkali, bukan lembaga-lembaga yang lama, tetapi pemerintah yang baru yang kalah dalam perlombaan yang fatal tersebut.¹⁷⁹

Banyak pembuat undang-undang yang baru terpilih membuat undang-undang yang bertujuan untuk mempermudah pembangunan. Di banyak negara, undang-undang dalam bentuk tertulis yang baru bertujuan untuk memberi manfaat kepada kaum miskin dengan menyediakan pendidikan, kesehatan, transportasi, air, perlindungan investor, jaminan sosial. Dalam prakteknya – apa yang disebut oleh kaum realis sebagai undang-undang dalam praktek – undang-undang bentuk tertulis tersebut tidak menyebarkan kesempatan kerja produktif dan juga tidak memberikan layanan sosial yang penting untuk kaum miskin.¹⁸⁰

Terdapat dua kekurangan yang menghambat upaya dari para pembuat undang-undang yang populis dalam perlombaan yang fatal ini: Nasihat yang mereka dapatkan dari pejabat mereka sendiri dan pejabat lembaga-lembaga bantuan internasional; dan kurangnya

¹⁷⁹ Ann Seidman dan Robert B. Seidman, *Perancangan Undang-Undang Untuk Perubahan Sosial yang Demokratis: Buku Panduan Untuk Anggota Parlemen*, Op.Cit., hlm. 1.

¹⁸⁰ *Ibid*, hlm. 7.

pengetahuan secara umum tentang bagaimana cara mempergunakan undang-undang instrumen perubahan sosial.¹⁸¹ Pada akhirnya, beberapa pemerintah baru memberlakukan undang-undang untuk mendorong transformasi kelembagaan yang dirancang untuk meningkatkan lapangan kerja produktif dan memperbesar pendapatan dalam negeri untuk membiayai layanan-layanan sosial yang berkembang.¹⁸²

Dalam situasi pembangunan di Provinsi Papua berbagai upaya yang dilakukan untuk meredam permasalahan di Provinsi Papua namun tetap tidak membuat perubahan untuk oleh Robert B. Seidman, mengemukakan:¹⁸³

“In development situations, however, turbulence prevails. No legislature knows all the answers, and bright-line rules can exist only if someone in a position of responsibility and power does know the answers. Discretion permits officials to experiment, to learn from experience how to solve the complexities of development. Development therefore requires the radical transformation of a rule-oriented, tax-collecting, law-and-order bureaucracy into a problem-solving development administration, a transformation from a regime of bright-line rules to a regime of broad grants of discretion. Discretion unguarded, however, can become a fertile seed-bed for goal-substitution”.

(Namun, dalam situasi pembangunan, turbulensi terjadi. Tidak ada legislatif yang tahu semua jawaban, dan aturan garis terang hanya bisa ada jika seseorang yang berada

¹⁸¹ *Ibid*, hlm. 8.

¹⁸² *Ibid*, hlm. 8.

¹⁸³ Robert B. Seidman, 1987, *Drafting for the Rule of Law: Maintaining Legality in Developing Countries*, Yale Journal of International Law, Volume 12, Issue 1, Article 4, hlm. 89, <https://pdfs.semanticscholar.org/c47b/1fc438505ceec2639c3ae7dcb5a0253cf48a9.pdf>, diunduh tanggal 14 November 2019.

dalam posisi tanggung jawab dan kekuasaan tahu jawabannya. Kebijakan memungkinkan para pejabat untuk bereksperimen, belajar dari pengalaman bagaimana menyelesaikan kompleksitas pembangunan. Oleh karena itu pembangunan membutuhkan transformasi radikal dari birokrasi yang berorientasi pada aturan, pengumpulan pajak, hukum dan ketertiban menjadi administrasi pembangunan yang menyelesaikan masalah, transformasi dari rezim aturan garis terang ke rezim pemberian kebijakan yang luas. Namun, kebijaksanaan yang tidak dijaga dapat menjadi tempat benih yang subur untuk penggantian tujuan).

Kenyataan bahwa negara menggunakan kekuasaan negara melalui produk perundang-undangan untuk menciptakan suatu lingkungan untuk pembangunan. Untuk itu Ann Seidman dan Robert B. Seidman mengemukakan undang-undang yang dirancang untuk mempermudah pembangunan atau transisi dengan campur tangan negara terdapat tiga jenis dan tingkatan:¹⁸⁴

- a. Secara langsung, undang-undang dapat mengharuskan para pejabat pemerintah untuk mengoperasikan sistem sekolah, membangun dan merawat jalan raya atau sistem perairan, membangun sarana kesehatan pedesaan yang diperlukan, mendirikan bank perkreditan pertanian untuk memberikan pinjaman kepada petani kecil, menciptakan mengoperasikan perusahaan listrik negara atau kompleks perminyakan dan petrokimia atau dewan pemasaran atau pabrik atau maskapai

¹⁸⁴ Ann Seidman dan Robert B. Seidman, *Perancangan Undang-Undang Untuk Perubahan Sosial yang Demokratis: Buku Panduan Untuk Anggota Parlemen, Op.Cit.*, hlm. 11.

penerbangan – sebuah daftar yang nampaknya tidak akan selesai. Undang-undang dengan jenis-jenis ini memberikan inisiatif kepada para pejabat pemerintah.

- b. Secara tidak langsung, undang-undang dapat mengharuskan pejabat pemerintah untuk menyelenggarakan pelatihan pembukuan untuk para pejabat koperasi atau para pengusaha sektor informal; untuk melakukan suvei pengukuran tanah dan menetapkan mekanisme pemberian hak pada pemilik tanah di daerah perkotaan untuk meningkatkan pasar real estate di perkotaan; untuk melakukan riset tentang teknik-teknik yang telah dikembangkan atau pasar baru – sebuah daftar lainnya yang mungkin tidak ada akhirnya. Jenis-jenis undang-undang tersebut memberikan prakarsa sebagian kepada pada pejabat dan sebagian lagi kepada para pelaku usaha.
- c. Lebih tidak langsung lagi, undang-undang dapat memperjelas hubungan kontrak para pengusaha, atau memperkenalkan sistem-sistem peradilan yang lebih efisien dengan harapan agar biaya transaksi yang berkurang akan mendorong para pengusaha untuk melakukan investasi lebih banyak lagi; atau melakukan perubahan-perubahan politis para arah demokrasi yang lebih besar dan peran serta yang ditingkatkan, khususnya untuk memungkinkan bagi pihak-pihak yang secara historis tidak diuntungkan dan rentan untuk memegang peran yang lebih aktif

dalam pengambilan keputusan pemerintah. Dalam ruang lingkup undang-undang tersebut, prakarsa berada pada pihak-pihak swasta.

E. Proses dan Metode Perundang-Undangan

1. Proses Perundang-Undangan

Proses pembentukan peraturan perundang-undangan bukan suatu proses yang asal dibentuk atau hanya asal menyusun tetapi memiliki konsekuensi terhadap pelaksanaan hukum di kemudian hari. Untuk itu oleh Erskine May sebagaimana dikutip oleh Tonye Clinton Jaja mengemukakan alasan mempelajari pembentukan peraturan perundang-undangan:¹⁸⁵

“Caution should be exercised, however, in automatically applying any given convention precisely because the drafting of legislation is not the careful academic exercise we might hope for. Not only do various political imperatives bring in legislative language written by persons unfamiliar with the usual conventions, but the conventions themselves change over time to reflect changes in public thinking and legal trends”.

(Kehati-hatian harus dilakukan dalam menerapkan peraturan tidak tertulis yang diberikan secara tepat karena perancangan undang-undang bukanlah latihan akademis yang kita harapkan. Berbagai imperatif politik tidak hanya membawa bahasa legislatif yang ditulis oleh orang-orang yang tidak terbiasa dengan peraturan tidak tertulis biasa,

¹⁸⁵ Tonye Clinton Jaja, 2015, *Legislative Drafting and Statutory Interpretation: a Comparative Analysis of the United Kingdom and Nigeria*, Journal of Comparative Law, University of Warsaw, Volume 2 – Issue 1 (Spring 2015), ISSN 235343358 (Print), ISSN 23534642 X (Online), hlm. 5, <http://www.uwjcl.wpia.uw.edu.pl/upload/UWJCL-Volume1Issue1January2014-5.pdf>, diunduh tanggal 14 Oktober 2019.

tetapi peraturan tidak tertulis itu sendiri berubah dari waktu ke waktu untuk mencerminkan perubahan dalam pemikiran publik dan digunakan hukum).

Pembentukan hukum sebagai suatu proses sosial, maka oleh Geoffery Samuel sebagaimana dikutip oleh Marthen Arie mengatakan, pembentukan hukum harus didasarkan pada fakta-fakta yang terjadi dalam masyarakat, karena pengetahuan hukum terdiri dari pengetahuan tentang aturan dan pengetahuan mengenai konstruksi fakta.¹⁸⁶ Untuk itu oleh Alexander dan Emily Sherwin menjawab antara lain bahwa, suatu peraturan harus peka terhadap keberadaan masyarakat dan menjawab kebutuhan masyarakat, tujuan diadakannya aturan adakah untuk menciptakan ketertiban dalam kehidupan masyarakat, sehingga pengakuan dan kebutuhan masyarakat harus mampu diakomodir oleh aturan tersebut.¹⁸⁷

Montesquieu, undang-undang sebaiknya tidak rumit karena dirancang untuk orang-orang yang berpengetahuan biasa. Ia tidak dirancang untuk seseorang ahli logika, namun untuk orang yang memiliki nalar biasa seperti kepala rumah tangga. Lebih lanjut dikemukakan oleh Montesquieu, jika terdapat undang-undang yang tak bermanfaat, lebih baik disingkirkan saja karena hanya memperlemah hukum. Setiap undang-undang yang dibuat haruslah memberi pengaruh, dan pengaruhnya tidak boleh menyimpang dan

¹⁸⁶ Marthen Arie, *Op.Cit.*, hlm. 7.

¹⁸⁷ *Ibid*, hlm. 7-8.

apa yang telah ditemukannya.¹⁸⁸ Hal ini menunjukkan bahwa dalam suatu pembentukan peraturan perundang-undangan tidak dapat memperlemah hukum karena berimplikasi pada penegakan hukum itu sendiri.

Menurut Jeremy Bentham kebaikan publik hendaknya menjadi tujuan legislator; manfaat umum menjadi landasan penalaran. Mengetahui kebaikan sejati masyarakat adalah hal yang membentuk ilmu legislasi; ilmu tersebut tercapai dengan menemukan cara untuk merealisasikan kebaikan tersebut.¹⁸⁹

Menurut Thornton sebagaimana dikutip oleh Ronan Cormacain menyatakan “*the proper role of a legislative drafter is to convert a developed legislative policy to legislative shape*”.¹⁹⁰ Lebih lanjut Thornton mengemukakan mengenai tahapan proses klasik pembentukan peraturan perundang-undangan, meliputi:

- a. *understand the policy proposal;*
- b. *legally analyses the proposal;*
- c. *design a legislative plan;*
- d. *composition and development of the draft law;*

¹⁸⁸ Montesquieu, 2015, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, terjemahan dari *The Spirit of Law*, penerjemah M. Khoiril Anam, Nusa Media, Bandung, hlm. 361-362.

¹⁸⁹ Jeremy Bentham, 2010, *Teori Perundang-Undangan, Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, terjemahan dari *The Theory of Legislation*, penerjemah Nurhadi, M.A, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, hlm. 25.

¹⁹⁰ Ronan Cormacain, 2017, *Legislative Drafting and the Rule of Law*, Institute of Advanced Legal Studies, School of Advanced Study, University of London, PhD Thesis, hlm. 25, <https://pdfs.semanticscholar.org/8573/69dd2203b40f77f3c65afdd9de9210fa3098.pdf>, diunduh tanggal 14 Oktober 2019.

e. *scrutiny and development of the draft law*.¹⁹¹

Selanjutnya menurut A. Hamid S. Attamimi sebagaimana dikutip oleh Ahmad Ruslan bahwa seperti halnya proses suatu kebijakan kenegaraan pemerintahan pada umumnya, proses perundang-undangan juga meliputi berbagai tingkat penyelesaian seperti tingkatan persiapan, penetapan, pelaksanaan, penilaian, dan pemanduan kembali produk yang sudah jadi. Namun berbagai tingkatan proses perundang-undangan yang perlu dihayati dengan baik oleh seorang ahli perundang-undangan (*wetgevingsambtenaren* atau *wetgevingsjuristen*) ialah tingkat persiapan dan tingkat penetapannya.¹⁹²

Lebih lanjut menurut Ahmad Ruslan, bahwa tingkat persiapan dan penetapan memang mesti diberi perhatian yang serius oleh seorang perancang, namun demikian sesungguhnya bukan hanya dua tingkatan tersebut yang diberi perhatian serius, tetapi semua tingkatan tahapan, misalnya tahapan pembahasan antara pemerintah dan lembaga legislatif. Argumentasinya adalah proses perundang-undangan memang pada prinsipnya bersifat baku dan cenderung formalistik. Namun hal ini hanya satu sisi. Sisi yang lain adalah adanya proses kegiatan yang bersifat substansi/menekankan pada substansinya demi mewujudkan produk hukum berkualitas.¹⁹³

¹⁹¹ *Ibid*, hlm. 26.

¹⁹² Achmad Ruslan, *Op.Cit.*, hlm. 107.

¹⁹³ *Ibid*, hlm. 107-108.

Menurut A. Hamid S. Attamimi, bahwa tingkat persiapan yang biasanya masih dalam taraf gagasan dan taraf penyusunan apa yang disebut “naskah akademik”, seorang perancang perundang-undangan memerlukan pengetahuan yang memadai tentang keadaan sosial budaya, sosial ekonomi, dan sosial politik masyarakat dan bangsanya. Hal ini diperlukan agar kelak apabila peraturan perundang-undangan sudah ditetapkan dan diundangkan tidak terjadi kesenjangan antara keabsahan berlakunya dan kemanfaatan, dayagunanya antara *validity* dan *efficacy*, antara *jurisdische gelding* dan *sociologische gelding*.¹⁹⁴

Pandangan A. Hamid S. Attamimi sejalan dengan pendapat J. J. Rousseau mengenai seorang perancang perundang-undangan. Legislator adalah seorang manusia luar biasa dari segi mana pun di dalam negara. Ia harus luar biasa karena bakatnya dan juga karena tugasnya.¹⁹⁵

Proses pembentukan peraturan perundang-undangan tentunya harus melalui tahapan-tahapan. Dalam Pasal 1 angka 1 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan sebagaimana telah diubah dengan UU No. 15 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan

¹⁹⁴ *Ibid*, hlm. 108.

¹⁹⁵ Jean Jacques Rousseau, 1989, *Perihal Kontrak Sosial atau Prinsip-Prinsip Hukum Politik*, terjemahan dari *Du Contrat Social*. penerjemah Ida Sundari Husen dan Rahayu Hidayat, Dian Rakyat, Jakarta, hlm. 42.

Peraturan Perundang-Undangan, menyatakan: Pembentukan Peraturan Perundang-undangan adalah pembuatan Peraturan Perundang-undangan yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan. Dari pengertian tersebut menunjukkan bahwa terdapat 5 (lima) tahapan pembentukan peraturan perundang-undangan di Indonesia, yaitu perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan dan pengundangan. Hal ini tentunya membuat peraturan perundang-undangan akan melalui suatu proses yang membutuhkan waktu, biaya dan tenaga untuk menyelesaikan suatu produk perundang-undangan agar menjadi suatu produk hukum yang berkualitas.

2. Metode Perundang-Undangan

Dalam membahas metode perundang-undangan, maka akan diuraikan beberapa pendapat ahli mengenai metode perundang-undangan sebagai berikut:

a. Reed Dickreson

Reed Dickreson mengemukakan mengenai langkah-langkah dalam perancangan perundang-undangan, meliputi:¹⁹⁶

1) Langkah-langkah kebijakan substantif, yakni:

a) Mengetahui apa yang diinginkan klien

¹⁹⁶ Achmad Ruslan, *Op.Cit.*, hlm. 113-114.

Tahapan ini seseorang perancang harus dapat mengembangkan esensi kebijakan yang kadang-kadang sangat kabur, untuk diterjemahkan ke dalam ketentuan yang disusun secara terpadu. Dalam praktek tahap ini biasanya diawali dengan keinginan melakukan penelitian, baik penelitian lapangan maupun penelitian dokumen atau bahan-bahan kepustakaan.

b) Menyelidiki kerangka hukum

Dalam tahap ini seseorang perancang harus menganalisa semua instrumen hukum yang berkaitan untuk mengetahui apakah ada yang harus diubah, dicabut, atau ditambah. Hal ini dilakukan agar tidak terjadi tumpang tindih atau ketidak konsisten pengaturan suatu undang-undang (peraturan) terhadap undang-undang (peraturan) lain (kata undang-undang dapat dianalogikan dengan suatu peraturan daerah atau peraturan perundang-undangan lainnya).

c) Mengembangkan rencana organisasi

Dalam tahap ini, perancang harus memiliki konsep yang tepat dan kemudian mencocokkan antara konsep yang satu dengan yang lain. Tahap ini adalah tahap yang paling sulit bagi seorang perancang, karena harus menutup celah-celah, tumpang tindih, atau pertentangan

satu sama lainnya, serta aspek yang mutlak diperhatikan adalah aspek yuridis, filosofis, sosiologis dan politis.

2) Langkah-langkah dalam komposisi, yakni:

a) Membuat draft pertama

Dalam tahap ini perancang baru membuat sketsa atau *outline* untuk menuangkan pokok-pokok pikiran tersebut, selanjutnya dimintakan pendapat dari pihak lain yang terkait.

b) Revisi

Dalam tahap ini, perancang menyusun *outline* dengan memasukan pendapat lain, untuk disusun lebih rinci, dalam rumusan pasal-pasal yang lebih kongkrit.

c) Dikonsultasikan pada pihak yang ahli di bidangnya

Dalam tahap ini, perancangan harus melakukan konsultasi dengan para ahli sesuai dengan bidangnya.

Dalam praktik tahap ini dilakukan berupa:

- seminar;
- lokakarya; atau
- panel diskusi.

d) Mengadakan pemeriksaan akhir draft

Dalam tahap ini, perancang melakukan draft final dengan memeriksa harmonisasi setiap elemen yang terkait

dengan draft tersebut dengan merangkum pendapat dari hasil seminar dan sebagainya.

e) Penghalusan draft

Tahap ini adalah tahap yang bertujuan menghasilkan suatu produk hukum dari aspek kejelasan dan kesederhanaan, misalnya dari aspek bahasa yang nantinya produk hukum tersebut mudah dipahami dan diterapkan.

b. Robert B. Seidman

Konsep yang diajukan oleh Seidman yaitu bahwa dalam rangka merancang peraturan perundang-undangan yang dapat mengatasi masalah sosial, maka pada intinya ada dua tahap yang ditempuh dalam merancang peraturan perundang-undangan, yaitu: Pertama, penelitian yang ditindaklanjuti dengan laporan penelitian; Kedua, penyusunan draft peraturan perundang-undangan.¹⁹⁷

Suatu laporan hasil penelitian dari seorang pembuat rancangan harus menyertakan metodologi pemecahan masalah untuk menunjukkan bahwa rancangan undang-undang yang diusulkan bertumpuh kepada dasar pemikiran berdasarkan pengalaman. Untuk maksud mengembangkan perundang-undangan supaya dapat mengatasi masalah-masalah sosial,

¹⁹⁷ *Ibid*, hlm.115.

maka pemecahan masalah terdiri dari empat langkah yang masing-masing berdasarkan fakta-fakta yang terkait dan dihubungkan dengan logika. Pada tahap ini ada empat langkah yaitu sebagai berikut:¹⁹⁸

1) Mengenali masalah

Langkah ini dimulai dengan persepsi dari pembuat keputusan tentang suatu masalah, yang mengilhami proses pembentukan rancangan. Laporan hasil penelitian dari pembuat undang-undang harus dimulai dengan mengemukakan fakta-fakta untuk membuktikan hipotesis deskriptif/gambaran menginvestasi dari masalah tersebut dengan maksud membuat rancangan undang-undang yang efektif, harus menyebutkan perilaku siapa dan bagaimana yang menggambarkan masalah tersebut dengan demikian harus menggali peran pelaku-pelaku sosial terkait yang perilakunya merupakan masalah sosial yang akan dicoba untuk diperbaiki melalui undang-undang.

2) Mengusulkan dan menjamin penjelasannya

Laporan hasil penelitian harus secara sistematis mengusulkan dan menguji pilihan-pilihan hipotesis penjelasan tentang sebab-sebab perilaku bermasalah dari pelaku peran. Untuk membenarkan hipotesis tersebut laporan harus

¹⁹⁸ *Ibid*, hlm. 115-120.

menyatakan bukti-bukti yang menunjukkan faktor-faktor khusus yang menyebabkan perilaku bermasalah tersebut.

3) Pengusulan solusi

Setelah langkah kedua diketahui maka usulan mengenai sebab-sebab perilaku yang ada dengan memperkirakan perilaku selanjutnya sepanjang sebab-sebab yang sama dan hanya sebab-sebab tersebutlah yang berlaku, maka perilaku tersebut kemungkinan akan berlajut terus, sehingga harus dikaji rangkaian tindakan-tindakan perundang-undangan termasuk rincian pelaksanaannya, yang secara logis mungkin dapat mengubah/menghilangkan sebab-sebab perilaku yang bermasalah dan mendorong perilaku ke arah yang lebih diinginkan. Dalam laporan tersebut dicantumkan (solusinya) mengenai ketentuan-ketentuan yang mana saja yang harus dimasukkan dalam suatu rancangan. Untuk itu solusi yang diajukan harus mempertimbangkan akibat sosial dan ekonomi serta dampak sosialnya terhadap kelompok dan kepentingan yang ikut dalam proses pengambilan keputusan.

4) Memantau dan menilai pelaksanaan

Tidak ada satupun undang-undang yang seefektif mungkin sebagaimana yang dirancang karena keadaan akan berubah secara terus menerus terutama dalam masa transisi. Setelah diundangkan dan dilaksanakannya dalam suatu undang-

undang, maka para pembuat undang-undang harus memantau dan menilai pelaksanaannya, oleh karena itu pembuat undang-undang memerlukan masukan untuk menentukan apakah pemegang peran termasuk lembaga pelaksana yang ditujukan berperilaku sebagaimana yang ditentukan dan menghasilkan akibat yang diharapkan.

Langkah kedua dan keempat merupakan kesinambungan yang penting yang mendukung logika pemecahan masalah. Dalam langkah kedua pembuat rancangan merumuskan dan menguji penjelasan yang dimaksudkan untuk menjelaskan perilaku yang bermasalah.

Dalam mengidentifikasi kategori yang memungkinkan membantu menjelaskan perilaku-perilaku bermasalah yang dibutuhkan untuk merancang peraturan perundang-undangan yang efektif. Suatu teori kategori perundang-undangan memilahnya dalam kategori yang lebih sempit yaitu: peraturan, kesempatan, komunikasi, kepentingan, proses, dan ideologi. Bersama-sama kategori-kategori ini disingkat "ROCCUPI". (Dalam teks asli ROCCUPI berasal dari kata *Rule, Opportunity, Capacity, Communication, Interest, Process* dan *Ideology*).

Dari kategori ROCCIP, maka dapat diuraikan pengertian dari kategori ROCCIP sebagai berikut:¹⁹⁹

- 1) *Rule* (peraturan). Jika peraturan hanya bisa mengatur perilaku, niscaya peraturan juga mempengaruhi perilaku. Setiap aktor pasti punya keinginan untuk berperilaku sesuai peraturan. Sebab ketika tidak sesuai peraturan, perilakunya dikatakan bermasalah. Dan dengan itu dia bisa dikenakan sanksi atau mendapat akibat hukum yang lain. Setidaknya ada 5 (lima) kelemahan yang membuat peraturan menyebabkan terjadinya perilaku bermasalah, yaitu: *Pertama*, bahasa yang digunakan peraturan rancu atau membingungkan. Peraturan tidak menjelaskan apa yang harus dan apa yang dilarang dilakukan aktor. *Kedua*, beberapa peraturan mungkin malah memberi peluang terjadinya perilaku bermasalah, bisa karena bertentangan atau karena saling tidak mendukung. *Ketiga*, peraturan tidak menghilangkan penyebab-penyebab perilaku bermasalah. Penyebab mungkin dihilangkan sebagian atau juga tidak sama sekali. *Keempat*, peraturan membuka peluang bagi perilaku yang tidak transparan, tidak akuntabel, dan tidak partisipatif. *Kelima*, peraturan mungkin memberikan

¹⁹⁹ Rival Gulam Ahmad, 2005, *Manual Perancangan Peraturan Untuk Transformasi Sosial*, Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia (LPSHK), Jakarta, hlm. 19-26.

wewenang yang berlebihan kepada pelaksana peraturan dalam mengatasi perilaku bermasalah.

- 2) *Opportunity* (peluang/kesempatan). Mungkin sebuah peraturan secara tegas melarang perilaku tertentu. Namun, jika terbuka kesempatan untuk tidak mematuhi. Aktor bisa dengan mudah melakukan perilaku bermasalah.
- 3) *Capacity* (kemampuan). Peraturan tidak dapat memerintahkan aktor melakukan sesuatu yang dia tidak mampu. Kemampuan si aktor dapat dirinci ke dalam: 1) kemampuan politik; 2) kemampuan ekonomi; dan 3) kemampuan sosial budaya.
- 4) *Communication* (komunikasi). Perilaku bermasalah seorang aktor mungkin disebabkan oleh ketidaktahuan. Boleh jadi aktor tidak tahu peraturan yang melarang perilaku tertentu. Masalah komunikasi seringkali muncul karena selama ini negara tidak tertib dalam mengumumkan peraturannya. Media informasi yang digunakan pun tidak menentu.
- 5) *Interest* (kepentingan). Kategori kepentingan berguna untuk menjelaskan pandangan aktor tentang akibat dan manfaat dari perilakunya. Akibat dan manfaat itu bukan saja bersifat material, seperti ekonomis. Namun, juga nonmaterial, seperti penghargaan atau pengakuan.

6) *Process* (proses). Proses adalah kategori untuk menemukan penyebab perilaku bermasalah yang dilakukan oleh organisasi. Kategori proses tidak berlaku untuk menemukan penyebab perilaku bermasalah perseorangan. Seorang individu memiliki keputusan sendiri untuk mematuhi suatu peraturan atau tidak. Umumnya ada empat 4 (empat) proses utama yang berlangsung, yaitu: 1) proses pengumpulan input; 2) proses pengolahan input menjadi keputusan (konvensi); 3) proses output; dan 4) proses umpan balik.

7) *Idiology* (nilai dan sikap). Nilai dan sikap merupakan suatu kategori yang cukup luas cakupannya. Sulit mendefinisikannya secara baku. Kategori ini secara umum merupakan sekumpulan nilai yang dianut oleh suatu masyarakat untuk merasa, berpikir, dan bertindak. Termasuk di dalamnya, antara lain sikap mental, pandangan tentang dunia, pemahaman keagamaan. Kadang-kadang, idiologi juga disamakan dengan “budaya”. Budaya adalah suatu kategori yang lebih luas lagi cakupannya.

c. Regulatory Impact Assessments (RIA)

Regulatory Impact Assessments (RIA) merupakan hasil rumusan dari *best practices* (praktik-praktik terbaik) yang

diterapkan oleh berbagai negara. RIA menggunakan tahapan sebagai berikut:²⁰⁰

- 1) Merumuskan masalah atau *issue* yang menimbulkan kebutuhan untuk menerbitkan suatu kebijakan (melakukan tindakan).
- 2) Identifikasi tujuan dan sasaran yang ingin dicapai dengan kebijakan tersebut; tahapan ini disebut penilaian resiko (*risk assessment*).
- 3) Identifikasi berbagai alternatif tindakan (opsi) untuk mencapai tujuan dan sasaran tersebut.
- 4) *Assessment* atas manfaat dan biaya keuntungan dan kerugian untuk setiap opsi, dilihat dari sudut pandang pemerintah, masyarakat, pelaku usaha, konsumen, dan ekonomi secara keseluruhan.
- 5) Konsultasi dan komunikasi dengan *stakeholders*, dalam semua tahapan di atas.
- 6) Penentuan opsi terbaik (yang dipilih).
- 7) Perumusan strategi untuk menerapkan dan merevisi kebijakan.

d. Achmad Ruslan

Achmad Ruslan menguraikan mengenai perancangan peraturan perundang-undangan yang akomodatif dengan teori

²⁰⁰ Achmad Ruslan, *Op.Cit.*, hlm. 120-121.

“*the three pillars of quality of legal product*”. Tiga pilar yang dimaksud adalah landasan pemikiran, kultur hukum dan perancangan. Model perancangan peraturan perundang-undangan yang direkomendasikan di atas dapat direalisasikan secara teknis dengan menggunakan tahapan sebagai berikut:²⁰¹

- Tahap I, esensi kebijakan. Pada tahap ini perancang mendasarkan rancangannya pada visi dan misi yang telah ditetapkan sebelumnya.
- Tahap II, penelitian/pengkajian.
- Tahap III, metode perancangan, dengan keterangan sebagai berikut:

L = Landasan Pemikiran

P = Peraturan

P = Partisipasi Masyarakat

K = Kepentingan

K = Kemampuan

K = Kultur

(dapat disebut metode LP2K3)
- Tahap IV, naskah akademik (laporan hasil penelitian dan pembuatan draft.

²⁰¹ *Ibid*, hlm. 143-157.

F. Tahapan Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia

Tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan dan pengundangan merupakan langkah-langkah yang pada dasarnya harus ditempuh dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Namun, tahapan tersebut tentu dilaksanakan sesuai dengan kebutuhan atau kondisi serta jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan tertentu yang pembentukannya tidak diatur dengan undang-undang ini, seperti pembahasan rancangan peraturan pemerintah, rancangan peraturan presiden,²⁰² termasuk peraturan daerah.

Pembentukan peraturan perundang-undangan dilakukan melalui tahapan-tahapan, karena suatu peraturan perundang-undangan tidak serta merta dibentuk tanpa melalui tahapan. Tahapan pembentukan peraturan perundang-undangan terdiri dari perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan dan pengundangan dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Perencanaan

Tahap perencanaan merupakan tahapan untuk perencanaan program pembentukan perundang-undangan. Untuk tingkat nasional

²⁰² Penjelasan Umum UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

dikenal dengan Program Legislasi Nasional (Prolegnas) sedangkan di daerah dikenal dengan Program Legislasi Daerah (Prolegda). Prolegnas adalah instrumen perencanaan program pembentukan undang-undang yang disusun secara terencana, terpadu, dan sistematis.²⁰³ Sedangkan Prolegda adalah instrumen perencanaan program pembentukan Peraturan Daerah Provinsi atau Peraturan Daerah Kabupaten/Kota yang disusun secara terencana, terpadu, dan sistematis.²⁰⁴ Dalam Pasal 17 UU No. 12 Tahun 2011 sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir UU No. 13 Tahun 2022 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan menentukan bahwa Prolegnas merupakan skala prioritas skala prioritas program pembentukan undang-undang dalam rangka mewujudkan sistem hukum nasional.

Selanjutnya penyusunan daftar rancangan undang-undang didasarkan atas:²⁰⁵

²⁰³ Pasal 1 angka 9 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

²⁰⁴ Pasal 1 angka 10 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

²⁰⁵ Pasal 18 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU

- a. perintah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. perintah Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- c. perintah Undang-Undang lainnya;
- d. sistem perencanaan pembangunan nasional;
- e. rencana pembangunan jangka panjang nasional;
- f. rencana pembangunan jangka menengah;
- g. rencana kerja pemerintah dan rencana strategis DPR; dan
- h. aspirasi dan kebutuhan hukum masyarakat.

Prolegnas memuat program pembentukan undang-undang dengan judul rancangan undang-undang, materi yang diatur, dan keterkaitannya dengan peraturan perundang-undangan lainnya (Pasal 19 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang. Prolegnas merupakan dasar pijakan dalam penyusunan perundang-undangan. Perencanaan perundang-undangan yang baik akan semakin meningkatkan kualitas dari produk perundang-undangan. Penyusunan Prolegnas dilaksanakan oleh DPR dan pemerintah. Penetapan Prolegnas dilakukan dalam Rapat Paripurna DPR.

No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

Dalam Pasal 23 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, mengatur Prolegnas dimuat daftar kumulatif terbuka yang terdiri atas:

- a. pengesahan perjanjian internasional tertentu;
- b. akibat putusan Mahkamah Konstitusi;
- c. Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara;
- d. pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah Provinsi dan/atau Kabupaten/Kota; dan
- e. penetapan/pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.

Sedangkan dalam Pasal 23 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, mengatur: Dalam keadaan tertentu, DPR atau Presiden dapat mengajukan rancangan undang-undang di luar Prolegnas mencakup:

- a. untuk mengatasi keadaan luar biasa, keadaan konflik, atau bencana alam; dan
- b. keadaan tertentu lainnya yang memastikan adanya urgensi nasional atas suatu rancangan undang-undang yang dapat disetujui bersama oleh alat kelengkapan DPR yang khusus

menangani bidang legislasi dan menteri atau kepala lembaga yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang pembentukan peraturan perundang-undangan.

Perencanaan penyusunan peraturan pemerintah dilakukan dalam suatu program penyusunan peraturan pemerintah. Perencanaan peraturan pemerintah memuat daftar judul dan pokok materi muatan rancangan peraturan pemerintah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Perencanaan peraturan pemerintah ditetapkan dalam jangka waktu 1 (satu) tahun.²⁰⁶ Perencanaan peraturan pemerintah ditetapkan dengan Keputusan Presiden. Selain perencanaan peraturan pemerintah sebagaimana ditetapkan dalam Keputusan Presiden dalam Pasal 28 UU No. 12 Tahun 2011 memberikan peluang kepada kementerian atau lembaga pemerintahan nonkementerian dapat mengajukan rancangan peraturan pemerintah di luar perencanaan penyusunan peraturan pemerintah. Keadaan tertentu dibuat berdasarkan kebutuhan undang-undang atau putusan Mahkamah Agung. Sedangkan perencanaan peraturan presiden dilakukan dalam suatu program peraturan presiden. Peraturan presiden dilakukan tahapannya sama dengan perencanaan peraturan pemerintah.

²⁰⁶ Pasal 25 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

Prolegda merupakan perencanaan penyusunan peraturan daerah provinsi dan kabupaten/kota. Penyusunan Prolegda dilakukan setiap tahun dan dilaksanakan oleh DPRD dengan kepala daerah. Dalam penyusunan Prolegda provinsi dan kabupaten/kota daftar rancangan peraturan daerah provinsi didasarkan atas:²⁰⁷

- a. perintah peraturan perundang-undangan lebih tinggi;
- b. rencana pembangunan daerah;
- c. penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan; dan
- d. aspirasi masyarakat daerah.

2. Penyusunan

Penyusunan peraturan perundang-undangan dilakukan berdasarkan suatu mekanisme atau tahapan penyusunan. Penyusunan undang-undang, peraturan pemerintah pengganti undang-undang, peraturan pemerintah, peraturan Presiden dan peraturan daerah melalui suatu tahapan sehingga menghasilkan suatu produk perundang-undangan. Penyusunan dapat berasal dari DPR dan Presiden. Selain DPR rancangan undang-undang dapat pula berasal dari DPD.²⁰⁸ Tahapan penyusunan perundang-

²⁰⁷ Pasal 35 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

²⁰⁸ Pasal 43 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

undangan terdiri dari tiga tahapan, yaitu tahapan pra-legislasi, tahap legislasi dan tahap pasca legislasi. Tahap pra legislasi adalah persiapan penyusunan rancangan undang-undang yang terdiri dari pengkajian, penelitian, dan penyusunan naskah akademik.²⁰⁹ Dalam penyusunan rancangan undang-undang tidak perlu melalui suatu naskah akademik sesuai dengan ketentuan Pasal 43 ayat (3) UU No. 12 Tahun 2011 terkait dengan rancangan undang-undangan, mengenai:

- a. Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara;
- b. penetapan peraturan pemerintah pengganti undang-undang;
- c. pencabutan undang-undang atau pencabutan peraturan pemerintah pengganti undang-undang.

Mengenai peraturan pemerintah pengganti undang-undang diajukan oleh presiden kepada DPR dalam masa persidangan berikutnya. Peraturan pemerintah pengganti undang-undang yang diajukan bila mendapat persetujuan selanjutnya ditetapkan menjadi undang-undang. Namun bila tidak mendapat persetujuan DPR, maka peraturan pemerintah tersebut harus dicabut dan harus dinyatakan tidak berlaku.²¹⁰

²⁰⁹ Rachmat Trijono, 2013, *Dasar-Dasar Ilmu Pengetahuan Perundang-Undangan*, Papis Sinar Sinanti, Jakarta, hlm. 152.

²¹⁰ Pasal 52 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

Dalam Pasal 54 UU No. 12 Tahun 2011 penyusunan rancangan peraturan pemerintah, pemerksa membentuk panitia antarkementerian dan/atau lembaga pemerintah nonkementerian. Untuk pengharmonisasian, pembulatan, dan pematapan konsepsi rancangan peraturan pemerintah dikoordinasikan oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum. Selanjutnya Pasal 55 UU No. 12 Tahun 2011 mengatur mengenai penyusunan rancangan peraturan presiden yang pemerksa membentuk panitia antarkementerian dan/atau lembaga pemerintah nonkementerian. Untuk pengharmonisasian, pembulatan, dan pematapan konsepsi rancangan peraturan pemerintah dikoordinasikan oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum.

Penyusunan rancangan peraturan daerah provinsi dan kabupaten/kota dapat berasal dari DPRD atau kepala daerah. Sebagaimana rancangan undang-undangan, rancangan peraturan daerah disertai penjelasan atau keterangan dan/atau nasakah akademik. Pengaturan mengenai penyusunan rancangan peraturan daerah diatur dalam Pasal 56 sampai dengan Pasal 63 UU No. 12 Tahun 2011.

Teknik penyusunan peraturan perundang-undangan diatur dalam Lampiran II UU No. 12 Tahun 2011. Suatu produk perundang-undangan dibentuk harus tetap memperhatikan teknik penyusunan

karena pembentukan peraturan perundang-undangan disusun sesuai dengan sistematika yang telah ditentukan.

3. Pembahasan

Pembahasan perundang-undangan terutama rancangan undang-undang dan rancangan peraturan daerah dilakukan dengan mekanisme tingkatan pembicaraan. Terdapat dua tingkat pembicaraan, yaitu tingkat pembicaraan I dalam rapat komisi, rapat gabungan komisi, rapat badan legislasi, rapat badan anggaran, atau rapat panitia khusus. Sedangkan pembicaraan tingkat II dalam rapat paripurna.²¹¹

4. Pengesahan atau Penetapan

Dalam Pasal 72 UU No. 12 Tahun 2011 mengatur mengenai rancangan undang-undang yang telah mendapat persetujuan bersama oleh DPR dan presiden disampaikan oleh pimpinan DPR kepada presiden untuk disahkan menjadi undang-undang. Selanjutnya sesuai dengan ketentuan Pasal 73 UU No. 12 Tahun 2011 rancangan undang-undang disahkan oleh presiden dengan membubuhkan tanda tangan dalam jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak rancangan undang-undang tersebut disetujui bersama oleh DPR dan presiden. Dalam jangka waktu 30

²¹¹ Pasal 67 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2011 No. 82, TLNRI No. 5234) sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (LNRI Tahun 2022 No. 143, TLNRI No. 6801).

(tiga puluh) hari tidak ditandatangani presiden, maka rancangan undang-undang tersebut sah menjadi undang-undang dan wajib diundangkan.

Selanjutnya dalam Pasal 78 UU No. 12 Tahun 2011 untuk pengesahan dan penetapan rancangan peraturan daerah yang telah disetujui bersama oleh DPRD dan kepala daerah disampaikan oleh pimpinan DPRD kepada kepala daerah untuk ditetapkan menjadi peraturan daerah provinsi. Rancangan peraturan daerah yang telah disetujui bersama ditetapkan oleh gubernur dengan membubuhkan tanda tangan dalam jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari sejak rancangan peraturan daerah provinsi tersebut disetujui bersama oleh DPRD dan kepala daerah. Dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari sejak rancangan peraturan daerah tersebut disetujui bersama tidak ditandatangani oleh kepala daerah, rancangan peraturan daerah tersebut sah menjadi peraturan daerah dan wajib diundangkan.

5. Pengundangan

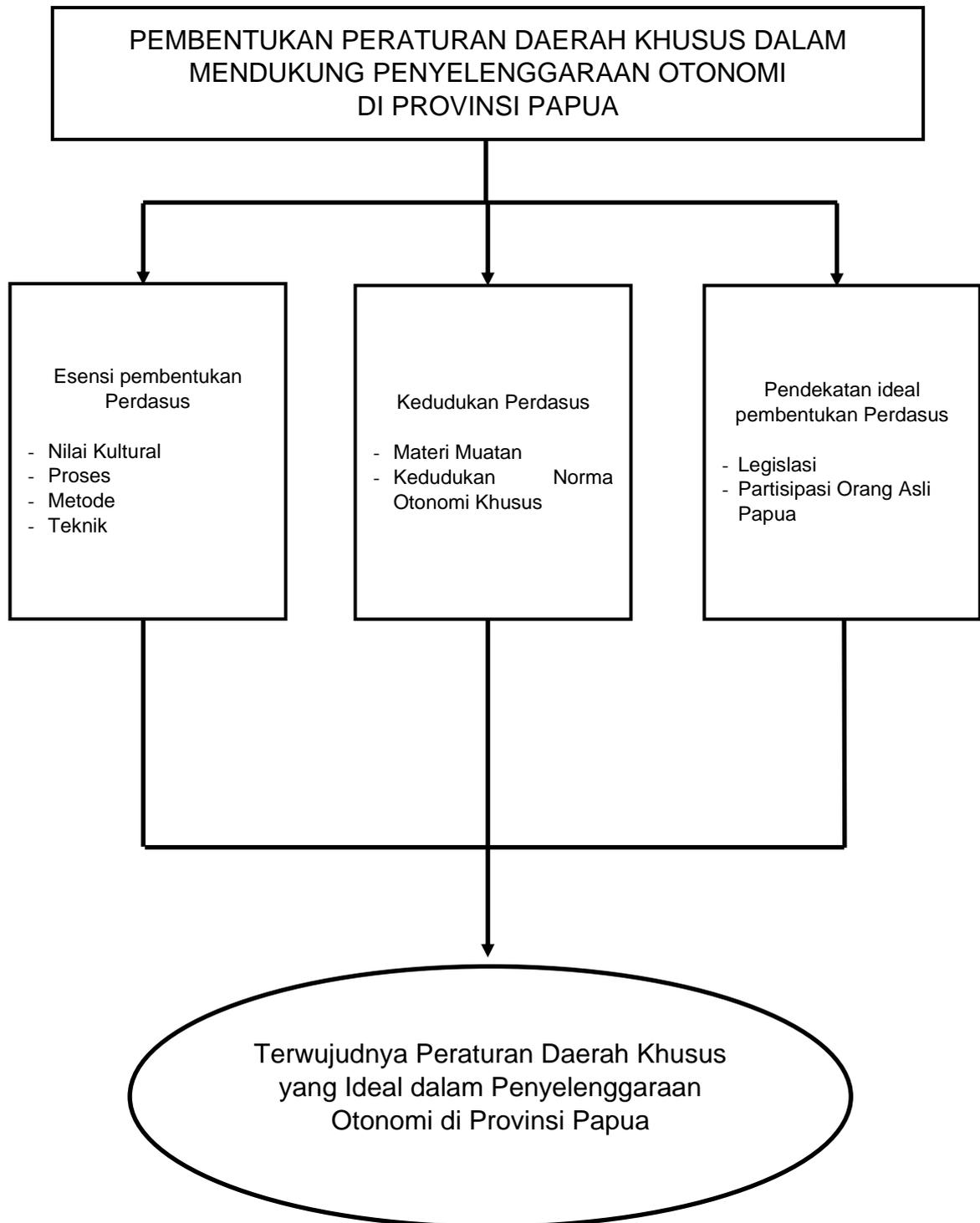
Setiap peraturan perundang-undangan pada ketentuan penutup terdapat ketentuan: “agar setiap orang mengetahuinya, memerintahkan pengundangan Undang-Undang atau Peraturan Pemerintah atau Peraturan Presiden atau ini dengan penempatannya dalam Lembaran Negara Republik Indonesia”.

Sedangkan untuk peraturan daerah penempatannya dalam lembaran daerah.

Dalam Pasal 81 UU Nomor 12 Tahun 2011 menentukan agar setiap orang mengetahuinya, peraturan perundang-undangan harus diundangkan dengan menempatkannya dalam:

- a. Lembaran Negara Republik Indonesia;
- b. Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia;
- c. Berita Negara Republik Indonesia;
- d. Tambahan Berita Negara Republik Indonesia;
- e. Lembaran Daerah;
- f. Tambahan Lembaran Daerah; atau
- g. Berita Daerah.

G. Bagan Kerangka Pikir



H. Definisi Operasional

1. Pemerintahan Daerah adalah penyelenggaraan urusan pemerintahan oleh pemerintah daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah menurut asas otonomi dan tugas pembantuan dengan prinsip otonomi seluas-luasnya dalam sistem dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
2. Otonomi Khusus adalah kewenangan khusus yang diakui dan diberikan kepada daerah provinsi untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi dan hak-hak dasar masyarakat.
3. Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan adalah pembuatan peraturan perundang-undangan yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan.
4. Pembentukan Peraturan Daerah adalah pembuatan Peraturan Daerah yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan.
5. Peraturan Daerah Khusus adalah Peraturan Daerah Provinsi dalam rangka pelaksanaan otonomi khusus.
6. Fungsi Pembentukan Peraturan Daerah adalah fungsi yang dilaksanakan pembentukan peraturan daerah antara DPRD

bersama kepala daerah, menyetujui atau tidak menyetujui suatu rancangan peraturan daerah, mengajukan usul rancangan peraturan daerah dan menyusun program pembentukan peraturan daerah.

7. Program Pembentukan Perda adalah instrumen perencanaan program pembentukan Perda yang disusun secara terencana, terpadu, dan sistematis dalam kurun waktu satu tahun.
8. Penyusunan adalah disusun berdasarkan program pembentuk Perda yang berasal dari DPRD dan Kepala Daerah.
9. Pembahasan adalah proses persetujuan bersama melalui tingkat pembicaraan.
10. Penetapan adalah rancangan Perda yang telah mendapat persetujuan diserahkan dari DPRD kepada Kepala Daerah untuk ditetapkan menjadi Perda.
11. Pengundangan adalah penempatan Peraturan Perundang-undangan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia, Berita Negara Republik Indonesia, Tambahan Berita Negara Republik Indonesia, Lembaran Daerah, Tambahan Lembaran Daerah, atau Berita Daerah.
12. Esensi Pembentukan Perdasus adalah hakikat pembentukan Perdasus Provinsi Papua yang memuat proses pembentukan Perdasus dan materi muatan Perdasus.

13. Nilai Kultural adalah jati diri orang asli Papua yang dijadikan dasar untuk pembentukan Perdasus.
14. Proses, dalam hal ini Proses Pembentukan Perdasus adalah alur atau tahapan pembentukan peraturan daerah khusus Provinsi Papua yang mengacu pada undang-undang otonomi khusus Papua dan peraturan teknis dibawahnya yang melibatkan Gubernur, DPRD, MRP dan Komisi Ad-Hoc.
15. Metode, dalam hal ini Metode Pembentukan Perdasus adalah pendekatan yang digunakan dalam pembentukan Perdasus Provinsi Papua yang mengacu pada undang-undang otonomi khusus Papua dan peraturan teknis dibawahnya yang melibatkan Gubernur, DPRD, MRP dan Komisi Ad-Hoc.
16. Teknik, dalam hal ini Teknik Pembentukan Perdasus adalah cara yang digunakan dalam pembentukan Perdasus Provinsi Papua yang mengacu pada undang-undang otonomi khusus Papua dan peraturan teknis dibawahnya yang melibatkan Gubernur, DPRD, MRP dan Komisi Ad-Hoc.
17. Materi Muatan Perdasus adalah substansi atau kandungan yang dimuat dalam Perdasus di Papua yang sesuai dengan jenis, dan fungsi peraturan perundangan-undangan serta tidak bertentangan dengan hierarki Peraturan Perundang-undangan.
18. Kedudukan Norma Otonomi Khusus adalah letak atau posisi norma otonomi khusus dalam pembentukan Perdasus.

19. Legislasi adalah proses pembuatan peraturan atau penyempurnaan perangkat hukum yang sudah ada melalui serangkaian kegiatan yang tata caranya telah diatur dalam peraturan perundang-undangan.
20. Partisipasi Orang Asli Papua adalah keterlibatan tiap-tiap orang asli Papua dalam pembentukan peraturan daerah khusus di Provinsi Papua.
21. Norma Otonomi Khusus adalah nilai atau kaidah yang menjadi ukuran atau patokan bagi masyarakat Papua yang wajib untuk di patuhi.
22. Bentuk Norma Otonomi Khusus adalah bentuk nilai atau kaidah tertulis yang menjadi ukuran atau patokan bagi masyarakat Papua yang wajib untuk di patuhi.
23. Sifat Norma Otonomi Khusus adalah sifat nilai atau kaidah tertulis yang menjadi ukuran atau patokan bagi masyarakat Papua yang wajib untuk di patuhi.
24. Pendekatan Ideal Pembentukan Perdasus adalah bangunan konsep ideal dari pembentukan peraturan khusus daerah Papua yang terdiri dari Gubernur Provinsi Papua, DPRD, MRP, dan Komisi Ad-Hoc.
25. Gubernur dalam hal ini Gubernur Provinsi Papua adalah kepala daerah dan kepala pemerintahan yang bertanggung jawab penuh menyelenggarakan pemerintahan di Provinsi Papua dan sebagai

wakil pemerintah di Provinsi Papua yang sifatnya subordinatif dan/atau koordinatif.

26. Dewan Perwakilan Rakyat Papua (DPRP) adalah badan legislatif Provinsi Papua yang secara khusus membahas rancangan Perdasus dan menetapkan Perdasus serta bersama gubernur menyusun dan menetapkan pola dasar pembangunan Provinsi Papua.
27. Majelis Rakyat Papua (MRP) adalah majelis yang mewakili masyarakat asli Papua dengan menjadi wakil-wakil adat, wakil-wakil agama, dan wakil-wakil perempuan.
28. Komisi Ad-Hoc, dalam hal ini Komisi Ad-Hoc di Papua adalah Komisi yang hadir guna membantu Gubernur, DPRD, dan MRP dalam menyiapkan rancangan Perdasus dan Perdasu serta tindak lanjutnya dalam rangka meningkatkan efektivitas pembentukan dan pelaksanaan Perdasus dan perdasu.