

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang dalam Perspektif Ajaran Konstitusi dan Prinsip Negara Hukum

Bagir Manan* dan Susi Dwi Harijanti**

DOI: <https://doi.org/10.22304/pjih.v4n2.a1>

Abstrak

Keadaan bahaya atau kedaruratan senantiasa dihadapi oleh setiap negara yang memaksa negara yang bersangkutan melakukan tindakan-tindakan, baik berupa penetapan keadaan bahaya (*extraordinary measures*) ataupun penetapan aturan (*extraordinary rules*) untuk memulihkan keadaan bahaya tersebut. Umumnya tindakan-tindakan untuk mengatasinya diatur dalam konstitusi atau undang-undang dasar negara yang bersangkutan agar tindakan dimaksud mempunyai dasar hukum yang kuat. Undang-Undang Dasar 1945 mengatur dua hal kedaruratan, yaitu dalam Pasal 12 yang memberikan wewenang kepada presiden menetapkan keadaan bahaya (*extraordinary measures*), serta Pasal 22 yang menjadi dasar konstitusional dikeluarkannya peraturan pemerintah pengganti undang-undang oleh presiden (*extraordinary rules*). Dalam praktik, tidak mudah mengualifikasi suatu keadaan sebagai genting memaksa. Artikel ini menganalisis peraturan pemerintah pengganti undang-undang dalam perspektif ajaran konstitusi serta prinsip negara hukum. Untuk menghindari terjadinya kesewenang-wenangan, perpu perlu memiliki sejumlah limitasi, meliputi makna, ruang lingkup atau materi muatan, proses pembentukan dan pembahasan, serta akibat hukum.

Kata kunci: kedaruratan, kegentingan memaksa, konstitusionalisme, peraturan pemerintah pengganti undang-undang, prinsip negara hukum.

Government Regulation in Lieu of Law from the Perspective of Constitutionalism and the Rule of Law

Abstract

Every country has always faces condition of emergency which forces such a country to determine or to decide extraordinary measures and extraordinary rules in order to restore the abnormal condition to become a normal one. In general, those measurements should have been regulated by a constitution in order to ensure that legitimate and legal acts are secured. The Amended 1945 Constitution provides distinct rules in regard to the exigencies, namely Article 12 (extraordinary measures) and Article 22 (extraordinary rules). The latter gives the way to the establishment of government regulation in lieu of law. In practice, however, it is quite difficult to qualify a particular condition as an emergency. This article examines government regulation in lieu of law from the perspective of constitutionalism and

PADJADJARAN Jurnal Ilmu Hukum Volume 4 Nomor 2 Tahun 2017 [ISSN 2460-1543] [e-ISSN 2442-9325]

* Guru Besar Tidak Tetap Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Jl. Dipati Ukur No. 35 Bandung, bagir.manan.fh@gmail.com, S.H. (Universitas Padjadjaran), MCL (Southern Methodist University, Dallas Texas), Dr. (Universitas Padjadjaran).

** Dosen Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Jl. Dipati Ukur No. 35 Bandung, harijanti.susi@gmail.com, S.H. (Universitas Padjadjaran), LL.M, Ph.D. (The University of Melbourne Australia).

the rule of law. It is argued that to avoid arbitrariness as a result of the use of discretion in determining the emergency condition and to ensure that the extraordinary power is in line with constitutionalism and the rule of law principle, it is fundamental to apply limitations upon the use of it which include the accurate meaning of exigencies, limited subject matters of government regulation in lieu of law, the clear procedure of enactment, as well as its well-defined legal implications.

Keywords: *emergency, abnormal condition, constitutionalism, government regulation in lieu of law, the rule of law.*

A. Pendahuluan

Setiap negara senantiasa menghadapi ancaman bahaya yang membawa negara tersebut dalam situasi 'kedaruratan' dan mengharuskan mengatasi kedaruratan itu. Dalam sebuah negara yang berdasarkan konstitusionalisme dan prinsip negara hukum, cara-cara untuk menanggulangi kedaruratan, baik berupa substansi maupun prosedur, tetap harus berpijak pada asas-asas ataupun prinsip-prinsip kedua ajaran tersebut.

Di Indonesia, Pasal 22 Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) memberikan wewenang kepada presiden untuk menetapkan peraturan pemerintah pengganti undang-undang (perpu) saat menghadapi keadaan 'kegentingan yang memaksa'. Namun, UUD 1945 tidak memberikan rumusan tegas mengenai makna 'kegentingan yang memaksa'. Dengan demikian, rumusan kaidah-kaidahnya sangat bersifat '*open ended*' atau '*overbroad*' sehingga membuka peluang yang terlalu lebar dan tidak mengandung ukuran kepastian.

Ajaran kaidah hukum menerima prinsip: "kaidah-kaidah dalam undang-undang dasar tidak boleh dirumuskan terlalu *rigid*", untuk menjamin agar penerapannya senantiasa dapat beradaptasi atau diaktualisasikan dengan waktu dan keadaan, tanpa harus melakukan perubahan secara formal. Tetapi tidak berarti rumusan-rumusan undang-undang dasar begitu terbuka sehingga dapat menjadi dasar yang membenarkan penggunaan kekuasaan secara berlebih-lebihan (*excessive powers*), bahkan pembenaran penyalahgunaan kekuasaan (*misuse of powers, arbitrary powers*).

Dalam praktik, beberapa perpu telah ditetapkan oleh pemerintah. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan (Perpu Ormas) merupakan perpu terbaru yang ditetapkan oleh pemerintah pada tanggal 10 Juli 2017, dan telah disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) menjadi undang-undang pada tanggal 24 Oktober 2017. Artikel ini menganalisis perpu dari perspektif ajaran konstitusi dan negara hukum, melalui dua pertanyaan penting, yakni: *pertama*, apakah perpu masih diperlukan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia? *Kedua*, jika perpu masih diperlukan, bagaimana agar

perpu sejalan dengan ajaran konstitusi dan negara hukum? Jawaban terhadap pertanyaan-pertanyaan tersebut disusun dalam sistematika sebagai berikut: paparan mengenai inti ajaran konstitusi dan prinsip negara hukum akan dijelaskan masing-masing pada Bagian B dan Bagian C, yang selanjutnya diikuti dengan penjelasan mengenai 'kedaruratan' menurut Konstitusi Perancis 1958 dalam Bagian D. Perancis digunakan sebagai contoh negara yang mengatur keadaan darurat secara memadai. Bagian E menjelaskan kedaruratan yang terdapat dalam UUD 1945, yang diikuti dengan uraian mengenai perpu sebagai kaidah konstitusi dalam Bagian F. Selanjutnya analisis perpu dari perspektif konstitusionalisme dan prinsip negara hukum akan dijelaskan dalam Bagian G. Beberapa pembatasan penting untuk mencegah terjadinya kesewenang-wenangan diuraikan dalam Bagian H dan ditutup oleh sebuah kesimpulan dalam Bagian I.

B. Ajaran Konstitusi

Konstitusionalisme adalah paham atau aliran yang menghendaki pembatasan kekuasaan (*limited power*). Dalam kaitan dengan negara atau pemerintah, konstitusionalisme adalah paham atau aliran yang menghendaki pembatasan kekuasaan negara (*limitation of state power*) atau pembatasan kekuasaan pemerintahan (*limitation of power of government* atau *limited government*).

Mengapa disebut konstitusionalisme dan apakah hubungannya dengan konstitusi? Ajaran konstitusi atau konstitusionalisme berisi asas-asas yang semestinya menjadi kandungan yang mendasari konstitusi. Sebagaimana telah disebutkan, esensi ajaran konstitusi adalah pembatasan kekuasaan penyelenggara negara. Pembatasan ini ditandai dengan dicantumkannya prinsip-prinsip demokrasi (substansif dan prosedural), pembagian kekuasaan (pemisahan kekuasaan), kepastian lingkup wewenang alat-alat perlengkapan negara, asas-asas negara hukum, dan jaminan hak asasi manusia (HAM).

Konstitusi mempunyai berbagai materi muatan dan berbagai muatan tersebut, baik langsung atau tidak langsung, mengandung pembatasan-pembatasan kekuasaan. Konstitusi menentukan berbagai jabatan dalam negara. Ketentuan ini tidak hanya menentukan jabatan-jabatan, tetapi di dalamnya ada pembatasan jabatan yaitu jabatan-jabatan yang disebut dalam konstitusi atau yang diatur berdasarkan konstitusi. Demikian pula ketentuan mengenai wewenang, hak dan kewajiban. Selain sebagai uraian macam-macam wewenang, hak, dan kewajiban, sekaligus diartikan sebagai pembatasan, yaitu tidak boleh ada tindakan di luar wewenang atau melampaui wewenang.

Apakah kalau sudah ada konstitusi, akan ada pembatasan kekuasaan? Realitas pembatasan kekuasaan tidak semata-mata ditentukan oleh kaidah-kaidah konstitusi, melainkan oleh tingkah laku penyelenggara negara, dan tingkah laku penyelenggara negara ditentukan pula oleh berbagai hal seperti ideologi, tatanan

politik, dan kepentingan kekuasaan. Suatu kediktatoran, seperti kediktatoran proletariat di masa Uni Soviet, tidak mengenal pembatasan kekuasaan walaupun ada konstitusi. Demikian pula yang berlaku pada pemerintahan Nazi (Hitler) atau Fascis di Italia (Mussolini). Oleh karena itu, agar paham konstitusi (konstitusionalisme) dapat terlaksana, diperlukan dukungan tatanan politik dan hukum tertentu yaitu demokrasi (kerakyatan, kedaulatan rakyat) dan negara hukum. Tanpa demokrasi dan negara hukum, paham konstitusi tidak mungkin berjalan, dan kehadiran konstitusi hanya akan menjadi pajangan belaka. Pada negara yang menjalankan kediktatoran, konstitusi ditafsirkan dan dijalankan berdasarkan kehendak penguasa semata atau disebut negara kekuasaan (*machtsstaat*).

Sejarah telah membuktikan, ada negara-negara yang mempunyai undang-undang dasar, tetapi sama sekali tidak mencerminkan ajaran konstitusi atau konstitusionalisme. Suatu negara memiliki undang-undang dasar tetapi memuat ketentuan sebagai dasar sistem kekuasaan monolitik atau kediktatoran. Suatu negara memiliki undang-undang dasar, tetapi rumusan kaidah-kaidahnya sangat bersifat '*open ended*' atau '*overbroad*' sehingga membuka peluang yang terlalu lebar dan tidak mengandung ukuran kepastian. Dari sudut ilmu tentang kaidah, rumusan-rumusan yang terlalu terbuka atau terlalu lebar, tidak memenuhi syarat sebagai kaidah, bahkan dapat dikatakan bukan hukum.

Dapat saja terjadi, meskipun rumusan konstitusi memungkinkan multi tafsir, bahkan tafsir yang saling berlawanan satu sama lain, tetapi dalam kenyataan tetap berjalan atas dasar prinsip-prinsip ajaran konstitusi atau konstitusionalisme. Hal ini akan terjadi, apabila pelaku penyelenggara negara memiliki keinsyafan tentang keharusan membatasi diri (*self-restraint*) agar pelaksanaan undang-undang dasar senantiasa mencerminkan ajaran konstitusi atau konstitusionalisme.

C. Prinsip Negara Hukum

Terdapat berbagai rumusan pengertian dan isi negara hukum. Setiap ahli bebas merumuskan pengertian dan substansi negara hukum. Secara umum, negara hukum diartikan sebagai negara yang dijalankan berdasarkan hukum atau ada supremasi hukum, atau didapati persamaan di depan hukum. Selengkapnyanya, Dicey menyusun kriteria negara hukum sebagai berikut:

*"We mean, in the first place, that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land"*¹

"We mean in the second place . . . not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever

¹ A.V. Dicey, *Introduction to Constitutional Law*, London: ELBS and MacMillan, 1971, hlm. 188.

*be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals*²

*"[Thirdly,] the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts."*³

Secara ringkas, kriteria negara hukum Dicey sebagaimana dikutip di atas adalah:

1. *Absent of arbitrary power on part of government*: Tidak ada pemerintahan yang sewenang-wenang. Tidak seorangpun dapat dihukum atau secara hukum dikenakan suatu derita atas diri atau suatu kerugian atas harta bendanya, kecuali atas dasar pelanggaran hukum dalam suatu proses hukum oleh badan peradilan umum. Segala bentuk diskresi, kata Dicey, akan membuka peluang kesewenang-wenangan.
2. *Equality before the law*: Persamaan di depan hukum mengandung beberapa makna, yaitu: *pertama*; '*no man is above the law*' (tidak ada orang di atas hukum). *Kedua*; '*setiap orang, apapun kedudukan dan keadaannya*' (*what be his rank and condition*), diadili oleh peradilan umum yang sama dan tunduk pada yurisdiksi peradilan biasa (*amenable to jurisdiction of the ordinary tribunals*).
3. Asas umum Konstitusi Inggris, khususnya mengenai *individual liberties* adalah '*judge made*' (buatan hakim) yang berasal dari putusan hakim.⁴

Salah satu asas yang tidak boleh sekali-kali diabaikan dalam negara hukum yaitu cara menentukan isi dan tata cara membuat hukum di satu pihak, dan tata cara melaksanakan hukum di pihak lain. Tata cara menentukan isi dan tata cara membuat hukum dikenal dengan sebutan *substantive due process of law*, sedangkan tata cara melaksanakan atau menegakkan hukum dikenal dengan sebutan *procedural due process of law*. *Procedural due process of law* ini berkaitan dengan soal wewenang (*legal authority, rechtbevoegheid*). Pembuatan hukum dan penegakan hukum hanya dapat dilakukan oleh orang atau lingkungan jabatan (lingkungan kerja) yang berwenang. Perbuatan tanpa wewenang adalah tidak sah, tidak mempunyai kekuatan mengikat, dan batal demi hukum (*null and void, nietig*). Hakim atau pejabat apapun tidak dibenarkan menerapkan hukum yang tidak sah karena penerapan hukum yang tidak sah akan tidak sah pula. Buah dari pohon yang beracun juga akan beracun (*the fruits of poisonous tree*). Ungkapan buah dari pohon yang beracun dalam bentuk original dipakai untuk menentukan sah atau tidak sahnya suatu bukti. Bukti yang diperoleh dengan cara-cara *illegal* akan menjadi bukti yang

² *Ibid.*, hlm 193.

³ *Ibid.*, hlm. 195.

⁴ *Ibid.*, hlm. 188. Mahabir Prashad Jain, *Indian Constitutional Law*, Haryana, India: LexisNexis, 2006, hlm 6.

illegal pula karena itu tidak dapat dipertimbangkan, apalagi dijadikan bukti. Hakim tidak boleh hanya mempertimbangkan bukti, tetapi juga cara-cara yang dipakai untuk memperoleh barang bukti. Bukti yang diperoleh dengan cara-cara di luar hukum acara, dengan kekerasan, menjebak terdakwa, menyadap secara sewenang-wenang tidak dapat dipakai sebagai bukti dan oleh karena itu wajib dikesampingkan.

D. 'Kedaruratan': Ketentuan Konstitusi Perancis 1958

Sebagaimana telah disebutkan di atas, situasi kedaruratan senantiasa dihadapi oleh setiap negara. Salah satu negara yang mengatur situasi tersebut adalah Perancis dalam Konstitusi Republik Kelima 1958 yang termuat dalam beberapa pasal, yaitu:

Pasal 16

*"When the institutions of the Republic, the Nation's independence, the integrity of its territory, or the implementation of international agreements are under serious and immediate threat, and the orderly operation of public authorities by the Constitution is suspended, the President of the Republic shall take such measures as are required under the circumstances after formal consultations with the Prime Minister, the Presidents of the two House of Parliament and the Council Constitutional."*⁵

Pasal 36

*"A state of emergency (martial law) shall be declared in the Cabinet (Council of Ministers) Only Parliament can authorise a prolongation beyond a period of twelve days."*⁶

Pasal 38⁷

"In order to carry out its programme, the government may ask Parliament to authorise it for a limited period to take measures which are normally within the legislative domain by means of ordinances instead of the usual procedure."

⁵ Terjemahan: "Dalam hal Institusi-institusi Republik (negara), kemerdekaan bangsa, keutuhan wilayah negara, atau pelaksanaan perjanjian internasional ada di bawah ancaman yang serius dan langsung, dan penyelenggaraan pekerjaan para pejabat publik biasa (sehari-hari) yang diatur Undang-Undang Dasar tidak berjalan, Presiden akan mengambil segala tindakan yang perlu setelah berkonsultasi secara resmi dengan Perdana Menteri, Ketua-Ketua Kamar Parlemen (Ketua Majelis Nasional dan Ketua Senat), dan Ketua Dewan Konstitusi."

⁶ Terjemahan: "Keadaan darurat dinyatakan melalui dekrit oleh Kabinet. Hanya Parlemen yang berwenang memperpanjang keadaan darurat lebih dari dua belas hari (maksudnya dua minggu)."

⁷ Terjemahan: "Untuk menjalankan programnya, Pemerintah dapat meminta kuasa kepada Parlemen untuk jangka waktu tertentu menetapkan 'ordonansi' yang dalam keadaan biasa ada dalam lingkup kekuasaan Parlemen."

"They shall be adopted by the Cabinet after consultations with the Conseil d'Etat. They shall come into force on publication, but shall lapse if the government Bill collect for ratification is not laid before Parliament by the date specified in the enabling Act."

"At the expire of the time referred to in the first paragraph of this article, ordinances on subjects within the legislative domain may be modified only by parliamentary legislation."

Ketentuan-ketentuan di atas menunjukkan jika presiden atau kabinet menghadapi keadaan atau untuk keperluan tertentu dapat melakukan tindakan tertentu di luar tata cara yang biasa. Tetapi tindakan-tindakan itu hanya dapat dilakukan apabila dihadapi suatu keadaan atau kebutuhan tertentu, termasuk pembatasan waktu. Hal ini dimaksudkan untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan dengan menggunakan pranata-pranata khusus tersebut.

Pasal 16 memberi kekuasaan kepada presiden untuk mengambil segala tindakan yang perlu dengan syarat-syarat:

- (1) Ada ancaman serius dan langsung atau nyata (*serious and immediate threat*) terhadap institusi-institusi negara keutuhan wilayah dan pelaksanaan perjanjian (persetujuan) internasional.
- (2) Semua lingkungan jabatan yang diatur oleh UUD tidak berjalan.
- (3) Tindakan itu dijalankan (dilakukan) setelah Presiden berkonsultasi dengan secara resmi dengan perdana menteri, ketua majelis nasional, ketua senat, dan ketua dewan konstitusi.

Pasal 36 mengatur "menyatakan negara dalam keadaan darurat".

- (1) Negara dalam keadaan darurat diputuskan (ditetapkan) kabinet.
Catatan: Menurut Pasal 9, presiden memimpin rapat-rapat kabinet. Hal ini secara formal, presiden secara formal turut serta memutuskan menyatakan negara dalam keadaan darurat. Dalam praktik, presiden tidak selalu ikut (memimpin) rapat kabinet. Perdana menteri yang memimpin rapat-rapat kabinet.
- (2) Negara dalam keadaan darurat dibatasi selama 12 hari. Perpanjangan (lebih dari 12 hari) harus disetujui parlemen.

"Ordonansi itu ditetapkan Kabinet setelah berkonsultasi dengan *Conseil d'Etat* dan berlaku setelah diumumkan (diundangkan, tetapi ordonansi itu tidak berlaku apabila Rancangan Undang-Undang (inisiatif Pemerintah, tidak disampaikan kepada Parlemen dalam waktu yang ditentukan dalam undang-undang yang memberi kuasa kepada pejabat pemerintah kekuasaan (hak, menjalankan dan menegakkan undang-undang tersebut."

"Setelah lampau waktu sebagaimana dimaksud paragraf pertama pasal ini (ayat 1), ordonansi yang mengatur hal-hal yang semestinya berada dalam kekuasaan legislatif hanya dapat diubah melalui (oleh) undang-undang".

(Catatan: *Enabling Statute/Enabling Act* adalah undang-undang yang memuat ketentuan yang memberi wewenang kepada pejabat pemerintah).

Pasal 38, mengatur mengenai “menjalankan program pemerintah”. Untuk melaksanakan program tertentu, pemerintah dapat meminta kuasa kepada parlemen menetapkan ordonansi yang sebenarnya merupakan hak (kekuasaan) parlemen. Kuasa ini memenuhi syarat-syarat:

- (1) Untuk jangka waktu tertentu.
- (2) Ordonansi ditetapkan Kabinet setelah berkonsultasi dengan *Conseil d'Etat*.
- (3) Ordonansi berlaku setelah ada publikasi (diundangkan).
- (4) Ordonansi tidak berlaku apabila RUU yang diajukan ke Parlemen.

E. 'Kedaruratan' dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia

UUD 1945 mengatur 2 (dua) jenis kedaruratan, yaitu dalam Pasal 12 dan Pasal 22 yang mempunyai perbedaan secara fundamental.

“Pasal 22:

- (1) Dalam hal ikhwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang.
- (2) Peraturan pemerintah itu harus mendapat persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut.
- (3) Jika tidak mendapat persetujuan maka peraturan pemerintah itu harus dicabut.”

Apakah yang dimaksud dengan “hal ikhwal kegentingan yang memaksa”? Frasa ini dapat menimbulkan salah pengertian, seolah-olah negara sedang menghadapi suatu bahaya atau suatu ancaman. Apabila dimaknai seperti itu, apakah perbedaannya dengan Pasal 12 UUD 1945 yang menyatakan: “Presiden menyatakan keadaan bahaya. Syarat-syarat dan akibatnya keadaan bahaya ditetapkan dengan undang-undang”?

Ketentuan UUD 1945 Pasal 22 merupakan 'copy' Pasal 93 IS yang menggunakan frasa '*dringende omstandigheden*'. Hal ini sangat nyata dalam versi bahasa Pasal 22 Belanda UUD 1945, yang selengkapnya berbunyi:

“Pasal 22:

- (1) *In deringende buitengewone omstandigheden heelf President het recht om regeringsverordeningen met kracht van de wet vas te stellen.*
- (2) *Doze regeringsveroordeningen he hoeven de uithering van de Volkstegenwoordiging on haar volgende zitting.*
- (3) *Indien de goedkering niet word verleent moeten de regingsverorderingen worden ingetrokken.”* (cetak tebal oleh Penulis)

Secara bahasa, kata '*dringend*' ekuivalen dengan kata '*urgent*' atau sesuatu yang mendesak. Frasa '*dringende omstandigheden*' adalah '*urgent circumstances*' atau 'suatu keadaan yang mendesak'. Dalam kaitan dengan berbagai ketentuan di atas,

cq. UUD 1945, Pasal 22, ada 'kebutuhan hukum yang mendesak yang semestinya diatur dengan undang-undang'. Jadi, pengertian 'kegentingan yang memaksa' bukanlah karena ada ancaman terhadap negara seperti ancaman terhadap Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Kebutuhan hukum yang mendesak itu timbul karena kemungkinan undang-undang yang ada belum mengatur, undang-undang yang ada tidak memadai atau sudah tidak dapat memenuhi kebutuhan hukum yang sangat diperlukan secara cepat. Termasuk juga tidak menerapkan (*buiten werking*) atau mengubah (*gewijzigd*) ketentuan undang-undang yang ada.

Sementara itu, **Pasal 12** mengatur bahwa: "Presiden menyatakan keadaan bahaya. Syarat-syarat dan akibat keadaan bahaya ditetapkan dengan undang-undang". Ketentuan ini sangat singkat, karena segala hal tentang keadaan bahaya akan diatur dalam undang-undang. Ketentuan semacam ini terdapat juga dalam Undang-Undang Dasar Sementara 1950 (UUDS 1950) dan Konstitusi Republik Indonesia Serikat (Konstitusi RIS 1949), yang menyatakan:

"Dengan cara dan dalam hal-hal yang akan ditentukan dengan undang-undang, Presiden dapat menyatakan daerah Republik Indonesia atau bagian-bagian daripadanya dalam keadaan bahaya, bilamana ia menganggap hal itu perlu untuk kepentingan keamanan dalam negeri dan keamanan terhadap luar negeri."

"Undang-undang mengatur tingkatan-tingkatan keadaan bahaya dan akibat-akibat pernyataan demikian itu dan seterusnya menetapkan bilamana kekuasaan alat-alat perlengkapan kuasa sipil yang berdasarkan Undang-Undang Dasar tentang ketertiban umum dan polisi, seluruhnya atau sebagian beralih kepada kuasa Angkatan Perang, dan bahwa penguasa-penguasa sipil takluk kepada penguasa-penguasa Angkatan Perang."

Dalam versi bahasa Belanda, 'menyatakan negara dalam keadaan bahaya' diterjemahkan: '*... in staat van gevaar verklaren* dan yang diartikan bahaya adalah: '*... de in en uitwendige velligheid nodig acht*'. Hal ini sangat nyata berbeda dengan Pasal 22 UUD 1945 atau Pasal 96 UUDS 1950, Pasal 139 Konstitusi RIS 1949, atau Pasal 93 IS yang menggunakan ungkapan '*dringende omstandigheden*'. Pasal 12 UUD 1945 mengandung makna '*gevaar omstandigheden*'.

Meskipun UUD memberi wewenang kepada presiden menyatakan seluruh atau sebagian wilayah negara dalam keadaan bahaya, tetapi hal itu dilakukan dan dijalankan menurut ketentuan undang-undang. Di masa Hindia Belanda ada Koninklijke Besluit Nomor 32 Tahun 1939 tentang *Staat van Oorlog en Beleg* (Negara dalam Keadaan Perang dan Bahaya). Pada masa Republik Indonesia ada Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1946 tentang Keadaan Bahaya. Di masa UUDS 1950 ada Undang-Undang Nomor 74 Tahun 1957 tentang Pencabutan "*Regeling of de Staat van Oorlog en Beleg*". Terakhir, setelah kembali ke UUD 1945 ditetapkan

Undang-Undang Nomor 23/Prp/1959 tentang Keadaan Bahaya (UU Keadaan Bahaya) yang mencabut semua peraturan perundang-undangan terdahulu. Berdasarkan ketentuan terakhir, dibedakan tiga tingkatan keadaan bahaya: 'darurat sipil, darurat militer dan keadaan perang'. Negara dinyatakan dalam keadaan bahaya apabila:

1. keamanan dan ketertiban hukum diseluruh atau sebagian wilayah RI terancam oleh pemberontakan, kerusuhan atau akibat bencana alam yang tidak dapat diatasi oleh alat-alat perlengkapan secara biasa;
2. timbul perang atau bahaya perang atau dikhawatirkan perkosaan wilayah (maksudnya: 'pelanggaran wilayah') negeri RI dengan cara apapun juga;
3. hidup negara dalam keadaan bahaya atau dari keadaan-keadaan khusus ternyata ada atau dikhawatirkan ada gejala-gejala yang dapat membahayakan hidup negara.
4. Menyatakan negara dalam keadaan bahaya mempunyai konsekuensi atau akibat terhadap semua tatanan penyelenggaraan negara dan pemerintahan (hukum, politik, pemerintahan), tidak hanya terbatas pada asal "kelancaran jalannya pemerintahan atau administrasi negara". Di bidang pemerintahan, menyatakan negara dalam keadaan bahaya, antara lain, militer sebagai penyelenggara negara pemerintahan dan kekuasaan sipil harus tunduk pada kekuasaan militer.

Bagaimana kaitan antara 'keadaan bahaya' dengan wewenang di bidang hukum? Berdasarkan UU Keadaan Bahaya, penguasa darurat (sipil, militer, perang) berwenang menetapkan ketentuan-ketentuan termasuk peraturan perundang-undangan termasuk 'mengkesampingkan atau menyatakan tidak berlaku' semua atau sebagian ketentuan cq peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam tertib sipil.

Untuk memahami perbedaan antara Pasal 12 dan Pasal 22 UUD 1945, ada baiknya memperhatikan buku Ph. Kleintjes tentang wewenang gubernur jenderal membuat peraturan (*regelingsbevoegdheid*) sebagai berikut:⁸

1. Wewenang membuat peraturan dalam keadaan biasa (*gewone regelingsbevoegdheid*).
Wewenang membuat peraturan dalam keadaan biasa, gubernur jenderal berwenang membuat peraturan yang belum diatur atau yang semestinya diatur oleh undang-undang atau Mahkota, atau sesuatu yang tidak memerlukan kuasa (delegasi) dari Mahkota.
2. Wewenang membuat peraturan dalam keadaan luar biasa (*buiten gewone regelingsbevoegdheid*), yang terbagi dalam:

⁸ Ph. Kleintjes, *Staatsinstellingen van Nederlandsch Indië*, Amsterdam: J.H. de Bussy, 1927-1929, hlm. 301.

- a. Keadaan luar biasa tetapi tidak dalam keadaan perang atau terjadi pergolakan (*buiten de geval van oorlog of opstand*). Dengan perkataan lain, wewenang ini adalah apabila dihadapkan suatu keadaan yang mendesak atau urgen (*dringende omstandig-heidenm urgent*) atau hal ikhwal kegentingan yang memaksa' atau 'keadaan darurat' (vide Pasal 22 UUD 1945, Pasal 96 UUDS 1950, Pasal 139 Konstitusi RIS 1949). Peraturan yang dibuat dalam keadaan mendesak tetapi tetap bukan karena ada perang ada pergolakan yang dibuat '*noodverordeing*' (peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang) atau '*noodwet*' (undang-undang darurat).
- b. Keadaan luar biasa karena perang atau ada pergolakan. Menghadapi keadaan perang atau pergolakan, gubernur jenderal berwenang menyatakan seluruh atau sebagian wilayah ada dalam keadaan bahaya atau keadaan darurat. Ada berbagai konsekuensi menyatakan negara dalam keadaan bahaya atau keadaan darurat, antara lain: "Kemungkinan menyatakan berbagai peraturan yang ada dinyatakan tidak berlaku atau dikesampingkan, wewenang kekuasaan militer, dan dikeluarkannya berbagai peraturan atas nama 'keadaan bahaya atau keadaan darurat'". Dalam keadaan bahaya atau keadaan darurat baik darurat perang atau darurat menghadapi suatu pergolakan, sudah melekat wewenang membuat peraturan oleh penguasa darurat, sehingga tidak perlu diberi nama 'undang-undang darurat' atau 'peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang'.

F. Pasal 22 Undang-Undang Dasar 1945 Sebagai Kaidah Konstitusi

Mendahului uraian ini, penulis mengutip pendapat Felix Frankfurter (Hakim Agung Amerika Serikat) mengenai '*due process of law*', yakni sebagai berikut:

*"Due process, unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances.... Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgement by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process."*⁹

⁹ Justice Felix Frankfurter (*United States of America Supreme Court*) dalam perkara *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v McGrath*, 1951.

Terjemahan: "Tidak seperti beberapa ketentuan hukum, '*due process*' bukanlah suatu konsepsi teknis yang berisi muatan yang pasti (*fixed*) yang tidak terkait dengan waktu, tempat, dan keadaan (situasi). '*Due process*' bukan suatu instrumen (yang bersifat) mekanis. Bukan merupakan sesuatu yang sudah terukur. '*Due process*' merupakan suatu proses yang penuh liku-liku (*delicate*) yang tidak dapat dihindari (tidak dapat diabaikan) dalam menyusun pertimbangan dan menentukan putusan oleh mereka yang mengemban kepercayaan yang ditetapkan Undang-Undang Dasar (Konstitusi) untuk mengembangkan dan mematangkan proses tersebut."

Secara konseptual terdapat kesamaan fenomena antara persoalan *due process of law* dengan persoalan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang. Persamaan itu dapat ditemukan dalam beberapa hal:

Pertama; 'hal ikhwal kegentingan yang memaksa' sebagai dasar pembenaran (justifikasi) peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang tidak menunjukkan suatu konsepsi teknis yang berisi muatan yang pasti yang tidak terkait dengan (terlepas dari) perjalanan waktu, tempat, dan keadaan. Kebutuhan hukum yang mendesak ditentukan oleh keadaan yang dihadapi, baik objek hukum maupun keadaan nyata yang akan senantiasa berubah atau situasi konkrit yang dihadapi. Bahkan dasar pembenaran perpu secara substantif tidak terutama ditentukan oleh keadaan dan kenyataan hukum (*legal circumstances*), melainkan oleh keadaan dan kenyataan politik (*political circumstances*). Hal ini memungkinkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang sebagai '*political instrument*' untuk mencapai tujuan politik tertentu. Apabila pencapaian tujuan politik yang lebih mengedepkan, maka syarat mendasar pembentukan dan isi hukum, seperti unsur-unsur '*legal reasonableness*' dan pembatasan-pembatasan, baik prosedural maupun substansi, akan diterobos atau dikesampingkan.

Kedua; sebagai konsekuensi yang disebut di atas, tidaklah mungkin menetapkan suatu ukuran baku ketika presiden mempertimbangkan menetapkan suatu peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang. Pertimbangan menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang sangat ditentukan oleh waktu dan keadaan yang dihadapi.

1. Kehadiran Pranata (Hukum) Peraturan Pemerintah Sebagai Pengganti Undang-Undang

Baik dalam rapat-rapat BPUPKI maupun PPKI tidak ada pembahasan apalagi perdebatan kehadiran 'peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang'. Ada beberapa kemungkinan tidak ada pembahasan atau perdebatan.

Pertama; pranata hukum semacam ini adalah sesuatu yang memang diperlukan ketika ada 'hal ikhwal kegentingan yang memaksa' berhadapan dengan kemungkinan undang-undang yang ada tidak dapat diterapkan (tidak dapat dijalankan) sebagaimana mestinya. Atau didapati kekosongan hukum, sedangkan keadaan tidak memungkinkan membentuk undang-undang.

Kedua; pranata hukum semacam ini telah didapati dalam sistem ketatanegaraan masa Hindia Belanda, sehingga dapat dipandang sebagai 'kelanjutan belaka' dari sesuatu yang memang telah ada.

Ketiga; ketentuan semacam ini dapat juga dikaitkan asas (prinsip) negara hukum yaitu: "setiap tindakan pemerintahan harus berdasarkan hukum".

Meskipun dalam hal ikhwal kegentingan yang memaksa (*dringende omstandigheden*), pemerintah dapat (berwenang) melakukan segala tindakan yang perlu

(*to sake all measures*), tetapi harus tetap berdasarkan (mempunyai dasar) hukum. Inilah fungsi '*de noodverordingen*' seperti diatur Pasal 22 UUD 1945, tetapi wewenang seperti diatur oleh pasal tersebut seperti pedang bermata dua. Selain dapat membuat ketentuan yang semestinya diatur dengan undang-undang, termasuk juga mengubah dan menyatakan tidak berlaku ketentuan yang ada (*wetten goldig wijzegen en intrekken*). Untuk menghindari penyalahgunaan tersebut, peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang (*roodverordening*) atau undang-undang darurat (*noodwetten*) harus segera diajukan ke badan perwakilan rakyat selambat-lambatnya pada masa sidang mendatang.

2. Bentuk Hukum Peraturan Pemerintah sebagai Pengganti Undang-Undang

Sejak Ketentuan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (Tap MPRS) No. XX/MPRS/1966, yang kemudian diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU P3), Perpu merupakan suatu bentuk peraturan perundangan tersendiri di luar undang-undang (*wet, statute*) dan peraturan pemerintah (*verordening, government legislation*). Bahkan pada saat ini, untuk lebih menegaskan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang, ada yang semula menyingkat 'Perpu' (satu 'P') menjadi 'Perppu' (dua 'P').

Pasal 22 UUD 1945 tidak bermaksud memberi bentuk peraturan perundang-undangan tersendiri terhadap peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang, melainkan sebagai 'peraturan pemerintah'. Hal ini ternyata dari hal-hal berikut:

- a. Pada ayat (1) disebutkan: "Peraturan Pemerintah '**sebagai**'". Penggunaan kata '**sebagai**' menunjukkan fungsi peraturan pemerintah yang diatur Pasal 22 yaitu '**sebagai** pengganti undang-undang'.
- b. Pada ayat (2) disebutkan: "Peraturan Pemerintah itu".
- c. Pada ayat (3) disebutkan: "... maka peraturan pemerintah itu harus dicabut".
- d. Penjelasan Pasal 22, antara lain menyebutkan: "Pasal ini mengenai *moodverordeningsrecht* Presiden yaitu hak Presiden untuk membuat Peraturan Pemerintah yang bersifat 'darurat' atau 'mendesak'".
- e. Bentuk 'Peraturan Pemerintah' itu lebih tegas dalam versi bahasa Belanda yang berbunyi:

Ayat (1): "*In dringende buitengewone omstandigheden heeft de Presiden het recht om **regeringsverordenings** ... *vost te stallen*" (dalam keadaan mendesak atau urgen (*dringeend*) presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah (*regeringsverordening*) yang mempunyai kekuatan sebagai undang-undang (*met kracht van wet*). Demikian pula ayat (2) dan (3) menggunakan istilah '*regeringsverordeningen*' atau 'peraturan pemerintah'.*

Karena dikeluarkan dalam keadaan *urgent* disebut '*noodregerings-verordenigen*' atau '*noodverordeningen*'.

Perbedaan antara 'Peraturan Pemerintah' dalam Pasal 22 dengan peraturan pemerintah lainnya terletak pada sifat mendesak (*nood* atau *noodzakelijk* atau *necessary*) dan mempunyai kekuatan seperti undang-undang (*met kracht van dewet*). Jadi, semestinya kedudukannya tidak sama dengan undang-undang (peraturan pemerintah tidak sederajat dengan undang-undang), tetapi mempunyai kekuatan sama dengan undang-undang. Perpu mempunyai kekuatan sebagai undang-undang karena mengatur substansi undang-undang yang menjadi wewenang pembentuk undang-undang.

G. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang dalam Perspektif Konstitusionalisme dan Negara Hukum

Pasal 22 UUD 1945 memberi kuasa tidak terbatas untuk mempertimbangkan dan menentukan 'hal ikhwal kegentingan yang memaksa' dan menetapkan perpu. Sebagai kaidah yang tercantum dalam UUD, hampir dapat dipastikan semua sependapat, perpu adalah konstitusional. Tetapi negara konstitusional tidak hanya ditentukan semata-mata oleh keberadaan UUD. Didapati kadah-kaidah konstitusional di luar UUD yang ikut menentukan suatu negara berada dalam tatanan konstitusional atau bersimpang dengan tatanan konstitusional, yaitu 'ketaatan terhadap asas-asas konstitusionalisme serta asas-asas negara hukum'. Dengan demikian akan menghindarkan terjadinya apa yang disebut sebagai '*constitution without constitutionalism*'.¹⁰

Paham negara hukum dan konstitusionalisme tidak hanya bermakna "semua keputusan atau tindakan negara atau pemerintah harus didasarkan pada wewenang dan memiliki dasar hukum". Dalam prinsip ada wewenang menurut hukum dan tindakan yang berdasarkan hukum, terkandung pula makna: 'Pembatasan kekuasaan' yang meliputi pembatasan atas dasar pembatasan wewenang, berdasar pemisahan/pembagian kekuasaan, berdasarkan tata cara membuat keputusan atau tata cara bertindak, dan menjunjung tinggi hak asasi rakyat.

Uni Soviet (sebelum bubar) dan negara-negara satelitnya, memiliki undang-undang dasar yang mencakup objek yang sangat lengkap, dibandingkan misalnya dengan UUD Amerika Serikat ketika ditetapkan tahun 1787. Tetapi tidak ada ahli atau pendapat di luar 'Blok Timur' yang berpendapat, Uni Soviet dan negara-negara satelitnya adalah negara konstitusional (dijalankan menurut asas-asas konstitusional), melainkan sebagai negara otoriter atau kediktatoran. Sebaliknya, Inggris

¹⁰ Albert H.Y. Chen, "The Achievement of Constitutionalism in Asia: Moving Beyond 'Constitution without Constitutionalism'" dalam buku *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, yang disusun oleh Albert H.Y. Chen (ed), Cambridge: Cambridge University Press, 2014, hlm. 1.

dikenal sebagai negara yang tidak memiliki UUD yang tertulis. Namun demikian, Inggris adalah negara konstitusional yang mulai tumbuh sejak Magna Carta (1215), karena menjunjung tinggi prinsip-prinsip negara hukum dan konstitusionalisme.

Walaupun ada pernyataan 'hal ikhwal kegentingan yang memaksa', tetapi dengan pengertian yang begitu longgar, wewenang presiden menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang adalah tindakan tidak terbatas yang berlawanan dengan prinsip negara hukum dan konstitusionalisme. Dengan demikian, pada dasarnya meskipun secara tersurat (*written law*), perpu adalah konstitusional, namun sekaligus juga inkonstitusional, atau meminjam Clinton Rossiter merupakan bentuk '*constitutional dictatorship*'.¹¹

Selain berhadapan dengan prinsip negara hukum dan konstitusionalisme, perpu merupakan '*constitutional amputation*' terhadap substansi dan prosedur demokrasi dalam menetapkan undang-undang. Meskipun UUD 1945 menentukan perpu harus mendapat persetujuan DPR dalam persidangan berikut, namun ditinjau dari prinsip demokrasi '*the damage has already done*', perpu dapat saja telah berakibat hukum. Apalagi jika perpu memuat materi atau ketentuan yang secara 'absolut' hanya dapat ditetapkan oleh forum dan prosedur demokrasi, seperti mengualifikasi suatu perbuatan sebagai pidana berat dengan memuat ancaman pidana badan yang diperberat sampai dua puluh tahun. Hal ini dapat terjadi karena, sebagaimana disebut di atas, wewenang menetapkan perpu merupakan kekuasaan yang tidak terbatas (*unlimited powers*).

Pranata yang memberi wewenang membuat peraturan atau menyatakan tidak berlaku suatu peraturan atas dasar '*dringende omstandigheden*', hanya ada di Hindia Belanda (yang berada di bawah kekuasaan kolonial), tetapi tidak ada dalam UUD (*grondwet*) Belanda sendiri. Mengapa UUD 1945 (termasuk Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950) mengadopsi ketentuan kolonial tersebut? Para penyusun UUD 1945, begitu pula penyusun Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950, menyadari sebagai negara yang baru merdeka di satu pihak dibutuhkan berbagai pengaturan baru cq undang-undang untuk memenuhi kebutuhan hukum baru, namun di pihak lain dihadapi berbagai hambatan membentuk undang-undang. Pranata perpu atau undang-undang darurat merupakan jalan untuk mengatur kebutuhan hukum tersebut. Namun, para penyusun UUD menyadari bahwa '*dringende omstandigheden*' atau '*exceptional circumstances*' itu harus secepat-cepatnya mendapat '*review*' secara demokratis dengan cara menyerahkan perpu atau undang-undang darurat kepada badan perwakilan rakyat untuk disetujui atau tidak disetujui. Tetapi perlu disadari, berbagai implikasi hukum yang timbul akibat peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang. Bukan semata-mata implikasi terhadap asas-

¹¹ Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, New York: A Harbinger Book, 1963, hlm. 3-14.

asas demokrasi, negara hukum dan konstitusionalisme, tetapi implikasi konkrit terhadap warga yang terkena, apalagi terjadi beban berlebih yang harus dipikul warga.

Akibat tidak ada kepastian mengenai substansi 'hal ikhwal kegentingan yang memaksa', faktor-faktor subjektifitas dapat dipastikan sangat mempengaruhi pertimbangan menetapkan Perpu tersebut. Salah satu akibatnya, akan senantiasa ada polemik setiap kali presiden menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang. Pertanyaannya: Apakah '*abnormale rechtsvorming*' yang diatur dalam Pasal 22 UUD 1945 yang berisiko tidak sejalan dengan ajaran konstitusi atau konstitusionalisme yang mengenyampingkan prinsip-prinsip demokrasi, dan negara hukum dan kemungkinan melampaui wewenang, bahkan sewenang-wenang, melanggar hak-hak dasar warga, masih perlu dipertahankan? Apakah berbagai kemapanan dalam praktik bernegara dan kelengkapan peraturan perundang-undangan, cara-cara pembentukan hukum yang diatur Pasal 22 UUD 1945 masih diperlukan? Apakah kebutuhan undang-undang yang mendesak karena suatu keadaan memaksa, tidak dapat dilakukan melalui prosedur singkat (*short procedure*) pembentukan undang-undang tanpa mencederai prinsip demokrasi, negara hukum atau ajaran konstitusi? Apakah dalam UUD 1945 tidak tersedia pranata-pranata lain yang lebih konstitusional menghadapi keadaan tertentu. Sekedar contoh, apakah diperlukan suatu peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang karena ada organisasi yang 'mengancam' NKRI?

Pasal 37 ayat (5) UUD 1945 secara khusus menegaskan: "Khusus mengenai bentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia tidak dapat dilakukan perubahan". Yang dimaksud NKRI dalam Pasal ini adalah NKRI yang diatur dalam UUD 1945 yang ditetapkan tanggal 18 Agustus 1945. UUD 1945 yang disusun para *Founding Fathers*, termasuk bentuk NKRI, meliputi seluruh aspek organisasi negara NKRI termasuk aspek '*filosofische grondslag* Pancasila'. Secara hukum, ketentuan Pasal 37 ayat (5) UUD 1945 mengandung makna: Secara konstitusional, Pemerintah sebagai penyelenggara negara dan alat-alat kelengkapan negara lainnya, berkewajiban mengambil segala tindakan untuk meniadakan segala bentuk kegiatan yang hendak mengubah NKRI, termasuk hal-hal yang mendasari NKRI. Pemerintah dimanapun di dunia ini secara inheren mempunyai wewenang, setidaknya wewenang polisionil untuk mengambil segala tindakan terhadap segala bentuk perbuatan melanggar hukum, termasuk pelanggaran terhadap UUD 1945. Dengan demikian, tidak lagi diperlukan 'kuasa hukum yang khusus' untuk melakukan tindakan terhadap perbuatan yang melanggar hukum cq. UUD. Satu-satunya yang perlu diperhatikan adalah segala tindakan pemerintahan menegakkan ketentuan UUD tidak melanggar prinsip-prinsip penting dalam penyelenggaraan negara, seperti prinsip negara hukum.

H. Limitasi Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang

Sebagaimana telah dijelaskan di atas, ukuran waktu dan keadaan yang tidak sama dari waktu ke waktu menjadi pembenaran yang bersifat subjektif penetapan perpu. Untuk mengurangi subjektifitas, menjamin perpu tidak melampaui prinsip pembatasan kekuasaan presiden, baik pembatasan atas dasar konstitusionalisme, pembatasan menurut asas negara hukum, dan tidak melanggar HAM atau sekurang-kurangnya menjadi beban yang memberatkan rakyat secara berlebihan (*excessive burden*), perlu diperhatikan hal-hal sebagai berikut:

Pertama; Perpu harus dipandang sebagai '*the necessary evil*', sebagai sesuatu yang semestinya di jauhi, tetapi terpaksa ditempuh sebagai upaya membentuk hukum yang tidak semestinya (*abnormale rechtsvorming*).

Kedua; makna 'kegentingan yang memaksa' haruslah diartikan sebagai keadaan yang menunjuk pada '*serious and immediate threat*', yakni suatu keadaan yang dikualifikasi sebagai kemendesakan yang bersifat serius dan langsung, dan bukan suatu keadaan yang diandai-andaikan. Dengan demikian, keadaan 'bahaya' dalam Pasal 22 berbeda secara diametral dengan keadaan bahaya dalam Pasal 12. Telah dikemukakan, ditinjau dari bahasa Belanda atau bahasa Inggris, hal ikhwal kegentingan yang memaksa adalah '*dringende omstandigheden, urgent* atau *necessary*'. Pengertian istilah tersebut bertalian dengan kebutuhan hukum yang mendesak, tidak terkait dengan bahaya atau ancaman terhadap keamanan dan pertahanan negara.

Ketiga; Perpu harus diuji, baik secara politik maupun secara hukum. Pasal 22 UUD 1945 mengatur pengujian secara politik perpu sebagaimana terlihat dari ketentuan yang berbunyi "Peraturan Pemerintah itu harus mendapat persetujuan DPR dalam persidangan yang berikut". Pengujian secara politik terutama menguji 'waktu dan keadaan' sebagai dasar membenarkan atau tidak membenarkan perpu. Tetapi tidak berarti, DPR tidak dapat menguji aspek-aspek hukum peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang, seperti ukuran proporsionalitas isi suatu peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang.

Pengujian secara hukum adalah pengujian melalui suatu proses peradilan. Tidak ada ketentuan secara '*expressis verbis*'; dalam UUD 1945 yang memberi wewenang kepada Mahkamah Konstitusi menguji perpu. Mahkamah Konstitusi yang menyatakan berwenang menguji perpu dengan alasan, antara lain, perpu berderajat undang-undang. Hal ini serupa meskipun tidak sama ketika Mahkamah Agung Amerika Serikat yang dipimpin oleh John Marshall dalam kasus *Marbury v Madison* (1803), menyatakan pengadilan berhak menguji undang-undang, walaupun UUD Amerika (1787) tidak mengatur secara '*expressis verbis*' wewenang tersebut. Hal ini didasarkan pada alasan karena konstitusi merupakan '*the supreme law of the land*', yang bermakna "tidak boleh ada undang-undang atau keputusan lain yang bertentangan dengan UUD". Apabila 'diperbolehkan' ada undang-undang

atau keputusan lain bertentangan dengan UUD, hal itu menunjukkan UUD tidak lagi '*supreme*'. Selain itu, hakim mengucapkan janji menjunjung tinggi UUD. Sebagai konsekuensi, hakim berkewajiban menegakkan agar UUD tetap '*supreme*' dengan cara menguji dan menyatakan batal suatu undang-undang atau keputusan yang bertentangan dengan UUD.

Ketiga; pembatasan ruang lingkup atau materi muatan. Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950 mengenal juga pranata semacam peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang. Pasal 96 ayat (1) UUDS 1950 menyebutkan:

“Pemerintah berhak atas kuasa dan tanggung jawab sendiri menetapkan undang-undang darurat **untuk mengatur hal-hal penyelenggaraan pemerintahan** yang karena keadaan-keadaan yang mendesak perlu diatur dengan segera.” (vide Pasal 139 ayat (1) Konstitusi RIS 1949) (Cetak tebal oleh Penulis)

Prof. Supomo memberi catatan terhadap Pasal 96 ayat (1) UUDS 1950 sebagai berikut:

“Menurut teks dari pasal 96 ayat (1), maka pembentukan undang-undang darurat **hanya diperbolehkan untuk mengatur hal-hal penyelenggaraan pemerintahan**, jadi tidak boleh digunakan untuk mengatur hal yang bukan bersifat penyelenggaraan pemerintahan.

“Akan tetapi hal penyelenggaraan pemerintahan adalah sangat luas, yaitu segala hal yang masuk dalam definisi, yang dimuat Pasal 82, sehingga di dalam praktek tidak akan mudah menunjuk suatu hal diluar lingkungan Pasal 82 tersebut.”¹² (Cetak tebal oleh Penulis)

Sudah semestinya, lingkup Perpu, diberi makna sama dengan lingkup undang-undang darurat karena baik Pasal 22 UUD 1945 maupun Pasal 96 UUDS 1950 mengatur keadaan yang sama yaitu 'suatu keadaan mendesak' (*dringende omstandigheden, urgent, necessary*) sehingga diperlukan '*noodverordening*' atau '*noodwet*'.

Ketentuan-ketentuan Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950 menggunakan sebutan “untuk mengatur hal-hal penyelenggaraan pemerintahan”. Penyelenggaraan pemerintahan semestinya tidak lain dari “mengatur hal-hal yang berada dalam ruang lingkup kekuasaan eksekutif”. Secara '*contrario*', meskipun perpu, membenarkan mengatur sesuatu yang semestinya diatur undang-undang, tetapi hanya terbatas pada hal-hal bertalian dengan ruang lingkup kekuasaan penyelenggaraan pemerintahan. Perpu tidak boleh mengatur hal-hal yang menjadi lingkup kekuasaan alat-alat perlengkapan negara lainnya. Dengan demikian, meskipun Supomo menyatakan “penyelenggaraan pemerintahan sangat luas”, tetapi dengan

¹² Pasal 82 Undang-Undang Dasar Sementara 1950: “Pemerintah menyelenggarakan kesejahteraan Indonesia dan teristimewa berusaha supaya Undang-Undang Dasar, undang-undang dan peraturan-peraturan lain dijalankan.”

menunjuk Pasal 82, yang dimaksud pemerintah adalah 'kekuasaan eksekutif', bukan '*government in the broad sense*' yang meliputi legislatif, eksekutif, dan yudikatif atau alat-alat perlengkapan negara lainnya. Menyamakan materi muatan perpu sama dengan undang-undang berarti membiarkan presiden dapat 'mengganggu' cabang kekuasaan lainnya, yang akan membawa presiden bertindak sewenang-wenang.

Keempat, berkenaan dengan akibat hukum. Bagaimana akibat hukumnya apabila perpu tidak diajukan pada masa sidang DPR berikutnya, serta bagaimana akibat hukumnya jika perpu tidak disetujui sedangkan selama berlaku telah menimbulkan akibat hukum (*rechtsgevolge*) atau keadaan hukum baru (*nieuwe rechtstoestand*).

Tidak terdapat ketentuan yang mengatur akibat hukum apabila Perpu tidak diajukan untuk memperoleh persetujuan DPR dalam masa sidang berikut. Lebih-lebih ada ketentuan 'harus dibuat' siapa yang harus mencabut. Tidak ada ketentuan yang mengatur akibat hukum jikalau Perpu tidak diajukan pada masa sidang berikutnya. Hal ini sama dengan undang-undang darurat yang tidak diajukan untuk memperoleh persetujuan DPR dalam sidang berikutnya. Dalam kaitan ini (undang-undang darurat), Prof. Logemann menyatakan "tidak sanksi terhadap undang-undang darurat yang tidak diajukan untuk memperoleh persetujuan DPR dalam masa sidang berikutnya". Undang-undang darurat itu tetap berlaku (*op overschijding van deze termijn is bovendien geen sanctie gesteld; de roodwet blijft gelden*), padahal semestinya tidak. Perpu atau undang-undang darurat yang tidak diajukan ke DPR dalam masa sidang berikutnya semestinya 'batal demi hukum' (*van rechtswege nietig, null and void*) karena melanggar perintah UUD.

Apakah yang dimaksud 'harus dicabut' (Pasal 22 ayat 3 UUD 1945)? Terkesan ketentuan ini ada pertalian dengan ajaran 'pembagian kekuasaan' atau 'pemisahan kekuasaan'. Perpu yang ditetapkan presiden hanya dapat dicabut oleh presiden. Apa bentuk hukum pencabutan itu? Tidak mungkin dicabut dengan peraturan pemerintah karena tidak boleh memuat materi muatan undang-undang seperti yang diatur oleh perpu. Tidak mungkin pula perpu dicabut dengan perpu karena akan berhadapan dengan syarat-syarat dan prosedur Pasal 22. Untuk menghindari komplikasi semacam itu, frasa 'harus dicabut' harus diberi makna: apabila Peraturan Pemerintah sebagai pengganti undang-undang tidak disetujui DPR harus disertai ketentuan yang menyatakan "Peraturan Pemerintah sebagai pengganti undang-undang dinyatakan dicabut dan tidak berlaku".

Bagaimana pertanggungjawaban perpu yang tidak disetujui DPR dan harus dicabut, sedangkan selama berlaku telah menimbulkan akibat hukum tertentu? Pasal 22 UUD 1945 tidak mengatur hal tersebut, karena itu sudah semestinya diatur dalam UUD.

Pasal 97 ayat (3) dan (4) UUDS 1950 memuat ketentuan sebagai berikut:

“(1) Jika undang-undang darurat yang menurut ayat yang lalu tidak berlaku lagi, tidak mengatur segala akibat yang timbul dari peraturannya – maka undang-undang mengadakan tindakan-tindakan yang perlu tentang hal itu.

(2) Jika peraturan yang termaktub dalam undang-undang darurat itu diubah dan ditetapkan sebagai undang-undang, maka akibat-akibat perubahan-nya diatur pula sesuai dengan yang ditetapkan dalam ayat yang lalu.”

Terdapat 2 (dua) dasar undang-undang darurat atau Perpu tidak berlaku:

Pertama; DPR menolak menyetujui undang-undang darurat atau perpu menjadi undang-undang. Sejak DPR menolak menyetujui, undang-undang darurat atau perpu tidak berlaku lagi. Partanyaannya: Apakah segala akibat hukum yang timbul selama undang-undang darurat atau perpu, cukup dimuat dalam keputusan DPR tentang penolakan tersebut. Apakah dapat dibenarkan, segala akibat hukum yang timbul akibat undang-undang darurat atau perpuhnya dimuat dalam keputusan DPR tentang penolakan tersebut mengingat, secara substantif undang-undang darurat atau perpu berderajat undang-undang. Kalau tidak, berarti harus dibuat undang-undang tersendiri yang mengatur segala akibat hukum yang timbul dari undang-undang darurat atau perpu tersebut. *Kedua*; dalam hal DPR menyetujui, tanpa perubahan atau dengan perubahan, undang-undang darurat atau perpu menjadi undang-undang, segala akibat hukum yang timbul selama undang-undang darurat atau perpu berlaku, semestinya dimuat dalam undang-undang tentang perubahan undang-undang darurat atau perpu yang sudah disetujui menjadi undang-undang.

I. Kesimpulan

Pasal 22 UUD 1945 yang memberikan wewenang kepada Presiden untuk menetapkan perpu yang ditetapkan secara subjektif oleh presiden, dikategorikan sebagai '*extraordinary power*'. Sebagai suatu ketentuan yang oleh Clinton Rossiter diargumentasikan berkarakter kediktatoran (*constitutional dictatorship*), perpu jika tidak diatur secara ketat berpotensi menimbulkan kesewenang-wenangan. Hal ini, antara lain, disebabkan ketentuan ini sering diatur secara fleksibel yang memberikan diskresi luas. Persoalannya, bagaimana menjalankan wewenang tersebut secara limitatif sesuai dengan ajaran konstitusi dan prinsip negara hukum?

Sebagaimana telah disebutkan, pemberian *extraordinary power* untuk mengatasi 'kedaruratan' kepada presiden. Hal ini sejalan pula dengan pandangan Alexander Hamilton yang berpendapat wewenang semacam ini diletakkan dalam cabang kekuasaan eksekutif, yakni presiden dan mengaturnya dalam undang-

undang dasar.¹³ Pengaturan dalam undang-undang dasar sejatinya dalam rangka memperoleh 'legalitas dan legitimasi' konstitusional. Dalam konteks ini, menarik pandangan Clement Fatovic dan Benjamin A. Kleinerman yang menyatakan: *"Underlying current attempts to ensure that all acts of executive discretion fall within the law is an implicit belief that legitimacy arises only from legality"*.¹⁴

Akan tetapi legalitas dan legitimasi tersebut menjadi tidak berarti apabila kekuasaan membentuk perpu dilaksanakan tanpa batas-batas yang tegas meliputi batas-batas yang berkenaan dengan substansi serta batas-batas yang bertalian dengan prosedur. Atau dengan kata lain, dalam rangka pemerintahan yang terbatas (*limited government*) serta dalam kerangka prinsip negara hukum, *due process of law* yang meliputi *substantive due process of law* serta *procedural due process of law* menjadi keniscayaan. Berkenaan dengan aspek substantif, isi atau norma yang dibentuk harus jelas (*clear*) dan masuk akal (*reasonable*), sedangkan aspek prosedur bertujuan mencapai keadilan (*fairness*). Atas dasar hal tersebut, pembatasan perpu menjadi hal yang fundamental, yang meliputi kejelasan makna, materi muatan yang terbatas yang hanya berkenaan dengan penyelenggaraan administrasi pemerintahan, prosedur pembentukan dan pembahasan yang jelas, serta kejelasan akibat hukum yang ditimbulkannya.

Daftar Pustaka

Buku

- Chen, Albert H.Y. (ed), *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- Dicey, A.V., *Introduction to Constitutional Law*, ELBS and MacMillan, London, 1971.
- Fatovic, Clement dan Benjamin A. Kleinerman (eds), *Extra-Legal Power and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Hamilton, Alexander, James Madison, dan John Jay, *The Federalist*, New American Library, New York, 1961.
- Jain, Mahabir Prashad, *Indian Constitutional Law*, LexisNexis, Haryana, India, 2006.
- Kleintjes, Ph., *Staatsinstellingen van Nederlandsch Indië*, J.H. de Bussy, Amsterdam, 1927-1929.
- Rossiter, Clinton, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, A Harbinger Book, New York, 1963.

¹³ George Thomas, "The Limits of Constitutional Government: Alexander Hamilton on Extraordinary Power and Executive Discretion" dalam buku *Extra-Legal Power and Legitimacy*, yang disusun oleh Clement Fatovic dan Benjamin A. Kleinerman (eds), Oxford: Oxford University Press, 2013, hlm. 97. Lihat pula Alexander Hamilton, *The Federalist* No. 23 and 25 dalam kumpulan tulisan berjudul *The Federalist*, yang disusun oleh Alexander Hamilton, James Madison, dan John Jay, New York: New American Library, 1961.

¹⁴ Clement Fatovic dan Benjamin A. Kleinerman, "Introduction: Extra-Legal Measures and the Problem of Legitimacy" dalam Clement Fatovic dan Benjamin A. Kleinerman (eds), *Op.cit.*, hlm. 4.

Dokumen Hukum

Undang-Undang Dasar 1945 Sebelum dan Sesudah Amandemen.

Undang-Undang Dasar Sementara 1950.

Konstitusi Republik Indonesia Serikat 1949.

Konstitusi Perancis Republik Kelima 1958.