

PROPOSAL
PENELITIAN RKAT SEKOLAH PASCASARJANA



MODEL PEMBENTUKAN PERATURAN DESA YANG BERDASARKAN
PRINSIP *GOOD VILLAGE GOVERNANCE*

Ketua

Dr. H. Suparto Wijoyo, S.H.,M.Hum (0020106802)

Anggota

Dr. Radian Salman, S.H.,LL.M (0019107706)

Bagus Oktafian Abrianto, S.H.,M.H (0003108802)

UNIVERSITAS AIRLANGGA

FEBRUARI 2017

HALAMAN PENGESAHAN
PENELITIAN RKAT SEKOLAH PASCASARJANA

Judul Penelitian : Model Pembentukan Peraturan Desa yang Berdasarkan Prinsip *Good Village Governance*

Kode/ Nama Rumpun Ilmu : 596/Ilmu Hukum

Bidang Unggulan PT : Sosial Ekonomi dan Hukum

Topik Unggulan : Pengembangan Regulasi dan Model Kebijakan Kesehatan

Ketua Peneliti

a. Nama Lengkap : Dr. H. Suparto Wijoyo, S.H.,M.Hum

b. NIDN : 0020106802

c. Jabatan Fungsional : Lektor Kepala

d. Program Studi : Ilmu Hukum

e. Nomor HP : 08123139897

f. Alamat surel : supartowijoyo@fh.unair.ac.id

Anggota Peneliti 1

a. Nama Lengkap : Dr. Radian Salman, S.H.,LL.M

b. NIDN : 0019107706

c. Perguruan Tinggi : Universitas Airlangga

Anggota Peneliti 2

a. Nama Lengkap : Bagus Oktafian A, S.H.,M.H

b. NIDN : 0003108802

c. Perguruan Tinggi : Universitas Airlangga

Lama Penelitian Keseluruhan : 1 Tahun

Penelitian Tahun ke : 1

Biaya Penelitian Keseluruhan : Rp.50.000.000

Biaya Tahun berjalan : - Diusulkan ke Dikti - Rp. 0

- Dana Internal PT Rp. 50.000.000

- Dana Institusi Lain Rp. 0

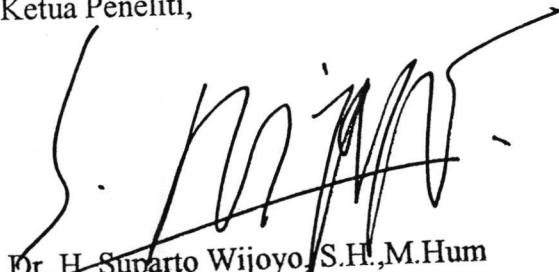
Surabaya, 27 Februari 2017

Mengetahui,
Direktur Sekolah Pascasarjana UNAIR



Prof. Dr. Sri Iswati, S.E.,M.Si.,Ak
NIP. 196311211991032001.

Ketua Peneliti,


Dr. H. Suparto Wijoyo, S.H.,M.Hum
NIP. 196810201998021001

RINGKASAN

Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa menyebutkan bahwa Peraturan Desa adalah peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh Kepala Desa setelah dibahas dan disepakati bersama Badan Permusyawaratan Desa. Penetapan Peraturan Desa merupakan penjabaran atas berbagai kewenangan yang dimiliki Desa mengacu pada ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Sebagai sebuah produk hukum, Peraturan Desa tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi dan tidak boleh merugikan kepentingan umum. Peraturan Desa yang mengatur kewenangan Desa berdasarkan hak asal usul dan kewenangan berskala lokal Desa pelaksanaannya diawasi oleh masyarakat Desa dan Badan Permusyawaratan Desa. Hal itu dimaksudkan agar pelaksanaan Peraturan Desa senantiasa dapat diawasi secara berkelanjutan oleh warga masyarakat Desa setempat mengingat Peraturan Desa ditetapkan untuk kepentingan masyarakat Desa. Ketentuan mengenai hak asal usul dijelaskan bahwa “hak asal usul” adalah hak yang merupakan warisan yang masih hidup dan prakarsa Desa atau prakarsa masyarakat Desa sesuai dengan perkembangan kehidupan masyarakat, antara lain sistem organisasi masyarakat adat, kelembagaan, pranata dan hukum adat, tanah kas Desa, serta kesepakatan dalam kehidupan masyarakat Desa. Sedangkan yang dimaksud dengan “kewenangan lokal berskala Desa” adalah kewenangan untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat Desa yang telah dijalankan oleh Desa atau mampu dan efektif dijalankan oleh Desa atau yang muncul karena perkembangan Desa dan prakarsa masyarakat Desa, antara lain tambatan perahu, pasar Desa, tempat pemandian umum, saluran irigasi, sanitasi lingkungan, pos pelayanan terpadu, sanggar seni dan belajar, serta perpustakaan Desa, embung Desa, dan jalan Desa. Dalam konteks *good village governance* maka peraturan desa harus memberikan cerminan 1) Partisipasi (*Participation*); 2) Penegakan hukum (*rule of law*); 3) Transparansi (*transparency*); 4) Responsif (*responsive*); 5) Orientasi kesepakatan (*consensus orientation*); 6) Keadilan (*equity*); 6) Efektivitas (*effectiveness*) dan efisiensi (*efficiency*); 7) Akuntabilitas (*accountability*); dan Visi strategis (*strategic vision*). Mengenai cara dan mekanisme pembentukan peraturan desa yang mencerminkan prinsip *good village governance* akan dijelaskan secara rinci dalam penelitian ini, mulai tahap pra pembentukan, saat pembentukan, dan pasca pembentukan peraturan desa.

Keyword : Hak Asal Usul dan Kewenangan Lokal Berskala Desa, Peraturan Desa, *Good Village Governance*

PRAKATA

Assalamualaikum Wr. Wb

Puji syukur Alhamdulillah kami panjatkan kepada Allah SWT atas segala rahmat dan hidayahNya sehingga usulan proposal penelitian RKAT Sekolah Pascasarjana Universitas Airlangga tentang “Model Pembentukan Peraturan Desa yang Berdasarkan Prinsip *Good Village Governance*” dapat kami susun dengan baik. Kami menyadari sepenuhnya bahwa proposal ini belum sempurna, oleh karena itu kami membutuhkan masukan dan saran agar dapat menyempurnakan proposal ini.

Akhirnya kami mengucapkan terima kasih kepada semua pihak yang membantu atas tersusunnya proposal penelitian tentang “Model Pembentukan Peraturan Desa yang Berdasarkan Prinsip *Good Village Governance*” ini. Masukan dan saran yang membangun dari para pembaca sangat kami nantikan, terima kasih.

Wassalamualaikum Wr. Wb

Surabaya, 27 Februari 2017

Penyusun

DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
RINGKASAN	iii
PRAKATA	iv
DAFTAR ISI	1
BAB I PENDAHULUAN	1
1.1 Latar Belakang dan Rumusan Masalah	1
1.2 Tujuan Khusus	
1.3 Manfaat Khusus	
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	
2.1 Teori Peraturan Perundang-Undangan	
2.2 Teori Desa	
2.3 Teori <i>Good Village Governance</i>	
BAB III METODE PENELITIAN	
3.1 Desain Penelitian	
3.2 Pendekatan Masalah	
3.3 Metode Pengumpulan Data	
3.4 Lokasi Penelitian	
3.5 Subyek Penelitian	
3.6 Luaran Penelitian	
BAB IV BIAYA DAN JADWAL PENELITIAN	
4.1 Anggaran Biaya	
4.2 Jadwal Penelitian	
DAFTAR PUSTAKA	
LAMPIRAN	

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang dan Rumusan Masalah

Menurut Harjono¹ setidaknya-tidaknya terdapat lima asas normatif yang fundamental dalam sebuah negara hukum yang demokrasi, yaitu:

1. Asas legaliteit
2. Perlindungan hak-hak dasar
3. Asas pengawasan oleh peradilan
4. Pemisahan kekuasaan
5. Demokrasi

Dalam negara hukum yang bersorak *civil law system* seperti Indonesia, kehadiran peraturan perundang-undangan menjadi hal yang *urgent*, karena bentuk-bentuk sumber hukum dalam arti formal dalam sistem *civil law* berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan, dan yurisprudensi. Dari sumber-sumber tersebut yang menjadi rujukan pertama peraturan perundang-undangan.²

Menurut Peter Mahmud³, dalam perbincangan mengenai peraturan perundang-undangan terdapat adanya hierarki dan asas preferensi. Beliau menyatakan bahwa

“hierarki merujuk kepada tata urutan peraturan perundang-undangan dan dalam hal ini isi peraturan perundang-undangan yang berada pada urutan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan isi peraturan perundang-undangan yang berada pada urutan yang lebih tinggi. Sedangkan asas preferensi merujuk kepada dua peraturan yang berada pada urutan yang sama dan mengenai hal yang sama tetapi tanggal pengundangnya berbeda dan dua peraturan yang berada dalam urutan yang sama dan mengenai hal

¹Harjono, *Transformasi Demokrasi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2009, h. 27-28.

²Peter Mahmud Mz, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008 h. 305, yang menyatakan bahwa “dalam rangka menemukan keadilan, para yuris dan lembaga-lembaga yudisial maupun *quasi-judisial* merujuk kepada sumber-sumber tersebut. Dari sumber-sumber itu, yang menjadi rujukan pertama dalam tradisi *civil law* adalah peraturan perundang-undangan.”

³*Ibid.* h. 306

yang sama tetapi yang satu lebih bersifat khusus dan yang lain bersifat umum.”

Dalam kaitannya dengan hierarki norma hukum, Hans Kelsen mengemukakan teori mengenai jenjang norma hukum (*Stufentheorie*). Hans Nawiasky, salah seorang murid Hans Kelsen mengembangkan teori gurunya tentang teori jenjang norma dalam kaitannya dengan suatu negara. Hans Nawiasky dalam bukunya yang berjudul '*Allgemeine Rechtslehre*' mengemukakan bahwa sesuai dengan teori Hans Kelsen, maka suatu norma hukum dari negara manapun selalu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang. Norma yang di bawah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada suatu norma yang tertinggi yang disebut Norma Dasar.⁴

Hans Nawiasky juga berpendapat bahwa selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, norma hukum dari suatu negara itu juga berkelompok-kelompok, dan pengelompokan norma hukum dalam suatu negara itu terdiri atas empat kelompok besar, yaitu *Staatfundamentalnorm* (Norma Fundamental Negara); *Staatgrundgesetz* (Aturan Dasar Negara/Aturan Pokok Negara); *Formell Gesetz* (Undang-Undang 'formal'); dan *Verordnung & Autonome Satzung* (Aturan pelaksana & Aturan otonom)⁵

Berkaitan dengan hierarki peraturan-perundangan-undangan di Indonesia, maka kita dapat merujuk pada ketentuan pasal 7 ayat (1) Undang-undang No. 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang menyatakan bahwa Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;

⁴Maria Farida Indrati S, *Ilmu Perundang-undangan 1 (Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan)*, Kanisius, Jakarta, 2007, h. 44.

⁵*Ibid.*, h. 45 dikutip dari Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, Einsiedeln/Zurich/Koln: Benziger, cet 2, 1948, h. 31 dst.

- f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Sedangkan pasal 8 ayat (1) UU 12 tahun 2011 menyatakan

“Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.”

Ketentuan tentang hierarki yang terdapat dalam UU No. 12 tahun 2011 tidak secara eksplisit menyebutkan kedudukan peraturan desa, baik di dalam pasal 7 maupun pasal 8 undang-undang *a quo*.

Berdasarkan bentuk dan susunan desa, desa di Jawa dan Bali adalah laksana “pulau di tangan lautan” sawah, sedangkan di luar Jawa kebanyakan desa terletak di pinggir sungai atau di tengah-tengah ladang. Desa-desa di Jawa umumnya berpenduduk padat dengan beratus-ratus rumah di dalamnya, sebaliknya di luar Jawa rumah-rumah penduduknya masih terpencar-pencar.⁶ Desa dapat dibagi atas tiga macam sifat dasar, yakni:

- a. berdasarkan atas “tempat tinggal bersama” yang dapat pula dibedakan dalam:
 - 1) Persekutuan Desa
Tempat tinggal bersama baik yang berbentuk unit kecil dan terletak agak jauh maupun yang terletak dekat dengan pusat kediaman kelompok besar.
 - 2) Persekutuan Daerah
Dalam suatu daerah terdapat beberapa tempat kediaman dan masing-masing tempat kediaman itu mempunyai kekuasaan-kekuasaan untuk mengatur rumah tangganya sendiri-sendiri.
 - 3) Gabungan Desa
Beberapa desa yang mempunyai daerah dan pemerintahan sendiri, bergabung menjadi satu gabungan desa.

⁶C.S.T Kansil, *Desa Kita dalam Peraturan Tata Pemerintahan Desa*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984, h. 81.

Daerah-daerah “tempat tinggal bersama” terdapat di Jawa, Madura, Sumatera Selatan, Aceh, Sumatera Timur, Minahasa, Sulawesi Selatan, Maluku, Flores, Sumbawa, Lombok, dan Bali.

- b. berdasarkan atas “hubungan darah”, ialah suatu daerah atau tempat yang didiami orang-orang dari satu keturunan, terdapat di Sumatera Barat, Kalimantan (Dayak), Toraja, Ternate, Buru, Seram, dan lain-lain
- c. berdasarkan atas “campuran” dari “tempat tinggal bersama” dan “hubungan darah” yang terdapat di Jambi, Rejang Lebong, Lampung, Ambon, dan lain-lain.⁷

Menurut Philipus M. Hadjon⁸, jauh sebelum masa penjajahan di seluruh pelosok tanah air telah terdapat satuan-satuan pemerintah asli baik kerajaan-kerajaan atau yang lebih rendah yaitu desa atau marga, kuria, kota, gampong, nagari, negorij, dan sebagainya. Pemerintahan asli yang disebut desa (Jawa) atau yang di luar Jawa disebut dusun, marga, nagari, negorij, kota, kuria, dan sebagainya tersebut merupakan pemerintahan asli yang bercorak demokratis. Sama halnya dengan swapraja, pemerintahan desa diatur dan diselenggarakan menurut Hukum Adat.

Secara historis Desa merupakan cikal bakal terbentuknya masyarakat politik dan pemerintahan di Indonesia jauh sebelum negara bangsa ini terbentuk. Struktur sosial jenis Desa, masyarakat adat dan lain sebagainya telah menjadi institusi sosial yang mempunyai posisi yang sangat penting. Desa merupakan institusi yang otonom dengan tradisi, adat istiadat dan hukumnya sendiri serta relatif mandiri. Hal itu antara lain ditunjukkan dengan tingkat keragaman yang tinggi membuat Desa mungkin merupakan wujud bangsa yang paling konkret⁹. Desa merupakan satu peristilahan yang kompleks, maka untuk memahami lebih jauh tentang istilah Desa, sebaiknya dilihat dari sudut pandangan sosiologis, ekonomi, hukum dan politik. Dalam sudut pandang ekonomi itulah kemudian muncul pemikiran ke arah kemandirian desa.

⁷*Ibid.*, h. 81-82

⁸Philipus M.Hadjon, *et al*, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2002, h. 111

⁹H.A.W. Widjaja, *Otonomi Desa Merupakan Otonomi yang Asli, Bulat dan Utuh*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2003, hal.4

Dalam perspektif kewenangan pemerintahan desa, apakah berwenang atau tidak berwenang mendirikan BUMDes, maka diperlukan kajian tentang kewenangan desa. Kewenangan pemerintahan Desa pada hakikatnya merupakan residu dari kewenangan yang dimiliki oleh Pemerintah Pusat, Pemerintahan Provinsi, dan Pemerintahan Kabupaten/Kota. Kewenangan Desa mencakup kewenangan yang sudah ada berdasarkan hak asal usul Desa, yang oleh peraturan perundang-undangan belum dilaksanakan oleh pemerintah dan pemerintah daerah serta tugas pembantuan dari pemerintah, pemerintah provinsi dan atau pemerintah kabupaten/kota.

Dalam rangka optimalisasi peran desa di Indonesia maka tahun 2014 pemerintah mengundangkan Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa (Selanjutnya disebut UU Desa). Ketentuan pasal 1 angka 7 UU Desa menyatakan bahwa Peraturan Desa adalah peraturan perundangundangan yang ditetapkan oleh Kepala Desa setelah dibahas dan disepakati bersama Badan Permusyawaratan Desa. Peraturan desa merupakan salah satu dari beberapa produk hukum di desa. Produk hukum desa selain peraturan desa adalah peraturan bersama kepala desa dan perturan kepala desa. Peraturan Desa ditetapkan oleh Kepala Desa setelah dibahas dan disepakati bersama Badan Permusyawaratan Desa. Peraturan Desa yang mengatur kewenangan Desa berdasarkan hak asal usul dan kewenangan berskala lokal Desa pelaksanaannya diawasi oleh masyarakat Desa dan Badan Permusyawaratan Desa. Hal itu dimaksudkan agar pelaksanaan Peraturan Desa senantiasa dapat diawasi secara berkelanjutan oleh warga masyarakat Desa setempat mengingat Peraturan Desa ditetapkan untuk kepentingan masyarakat Desa. Apabila terjadi pelanggaran terhadap pelaksanaan Peraturan Desa yang telah ditetapkan, Badan Permusyawaratan Desa berkewajiban mengingatkan dan menindaklanjuti pelanggaran dimaksud sesuai dengan kewenangan yang dimiliki. Itulah salah satu fungsi pengawasan yang dimiliki oleh Badan Permusyawaratan Desa. Selain Badan Permusyawaratan Desa, masyarakat Desa juga mempunyai hak untuk melakukan pengawasan dan evaluasi secara partisipatif terhadap pelaksanaan Peraturan Desa.

Pasal 18 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) sebelum amandemen menyatakan bahwa pelaksanaan desentralisasi harus mempertimbangkan keragaman sosial budaya dan keberadaan satuan-satuan pemerintahan asli layaknya Desa, nagari dan sebagainya, yang sebelum berdirinya NKRI telah hidup sebagai pemerintahan otonom berdasarkan hukum adat¹⁰, sehingga kemudian muncul istilah otonomi asli Desa, yakni kewenangan Desa untuk mengatur dan mengurus urusan rumah tangganya sendiri yang merupakan hak asal-usul yang bersumber dari adat istiadat dan melekat sejak terbentuknya Desa¹¹.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka dalam kaitannya model pembentukan peraturan desa berdasarkan prinsip *good village governance* di Indonesia dijabarkan rumusan masalah sebagai berikut :

- a. bagaimana kedudukan peraturan desa dalam sistem peraturan perundang-undangan dan ketatanegaraan di Indonesia?
- b. bagaimana model pembentukan peraturan desa yang sesuai dengan model pembentukan peraturan perundang-undangan di Indonesia?
- c. apa saja substansi atau materi muatan yang harus diatur dalam peraturan dan bagaimana mekanisme pengawasan peraturan desa?

1.2. Tujuan Khusus

- a. Mengidentifikasi kebijakan dan regulasi yang berkaitan dengan prosedur pembentukan peraturan desa di Indonesia;
- b. Menyusun strategi agar aset milik desa dapat dikelola dengan baik dan berdasarkan hukum dengan suatu peraturan desa;
- c. Menghasilkan model perlindungan dan pengelolaan aset desa yang berkepastian hukum dalam bentuk peraturan desa.

1.3. Manfaat Khusus

¹⁰Philipus M. Hadjon, et.al., *Pengantar Hukum Administrasi*, cetakan ketujuh, Gadjahmada University Press, Yogyakarta, 2001, hal.111.

¹¹Bayu Surianingrat, *Pemerintahan Administrasi Desa dan Kelurahan*, Cet. IV, Rineka Cipta, Jakarta, 1992, hal.140.

- a. Bagi para teoritis dan akademisi menambah perspektif yang lebih komprehensif tentang prosedur pembentukan peraturan desa;
- b. Bagi kalangan praktisi khususnya bagi pihak-pihak yang berkecimpung dalam penyelenggaraan urusan di bidang pemerintahan desa dapat memberikan sumbangan pemikiran yang terkait dengan konsep-konsep dasar dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam menyusun kebijakan desa yang dituangkan dalam peraturan desa.
- c. Adanya model aturan (model rules) berupa perlindungan pengelolaan aset desa yang berkepastian hukum sehingga dapat meningkatkan kesejahteraan masyarakat desa.

1.4 Keutamaan Penelitian

Penelitian ini ditujukan untuk menyusun model pembentukan peraturan desa yang memiliki fungsi khusus terkait dengan pengamanan aset desa dan perlindungan atas kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah desa dalam rangka meningkatkan kesejahteraan masyarakat desa. Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah pasal 1 angka 43 menyebutkan bahwa Desa adalah desa dan desa adat atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut Desa, adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus Urusan Pemerintahan, kepentingan masyarakat setempat berdasarkan prakarsa masyarakat, hak asal usul, dan/atau hak tradisional yang diakui dan dihormati dalam sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dalam undang-undang No. 6 Tahun 2014 tentang desa pasal 1 angka 7 disebutkan bahwa peraturan desa adalah peraturan perundangundangan yang ditetapkan oleh Kepala Desa setelah dibahas dan disepakati bersama Badan Permusyawaratan Desa. Dalam penelitian ini akan dibahas lebih lanjut mengenai materi muatan yang diatur dalam peraturan desa dan prosedur pembentukan peraturan desa.

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

2.1 Teori Peraturan Perundang Undangan

Sebuah peraturan pada hakekatnya adalah akumulasi serta perpaduan dari kehendak-kehendak pemerintah dan kehendak rakyat. Kehendak rakyat adalah suatu hal yang harus diperhatikan oleh Pemerintah, karena fungsi pengaturan itu pada akhirnya juga diperuntukkan bagi rakyat. Oleh karena itu, Peraturan Daerah harus memperhatikan serta mengakomodasikan fakta-fakta (baik fakta hukum maupun non hukum) yang ada di dalam masyarakat. Dengan diakomodasikannya kehendak rakyat tersebut diharapkan masyarakat nantinya akan mematuhi segala sesuatu yang telah sesuai dengan kehendaknya. Menurut Jeremy Bentham, *the happiness of the individuals, of whom community is composed, that is their pleasures and their security, is the end and the sole end which the legislator ought to have in view*¹²

Pemerintah juga mempunyai kehendak. Kehendak Pemerintah adalah memadukan kehendak-kehendak rakyat yang jumlahnya sangat banyak tadi menjadi suatu kehendak bersama. Tujuannya adalah agar terjadi suatu keseimbangan supaya tidak ada tirani mayoritas apalagi tirani minoritas dalam pengambilan suatu keputusan. Dalam sebuah negara hukum yang demokratis, kewajiban utama pemerintah pada hakekatnya ada dua, yaitu menciptakan kesejahteraan masyarakat dan membantu melindungi masyarakat lemah dari tekanan si kuat.

Norma adalah ruh atau isi dari sebuah perjanjian atau peraturan, prototipenya adalah perintah. Macam perintah yaitu perintah untuk melakukan sesuatu berupa rumusan *mandatoir* dan perintah untuk tidak melakukan sesuatu berupa rumusan *prohobitoir*. Menurut Hans Kelsen hukum adalah termasuk dalam sistem norma yang dinamik (*nomodynamics*) oleh karena hukum itu selalu dibentuk dan dihapus oleh lembaga-lembaga atau otoritas-otoritas yang berwenang membentuk atau menghapusnya, sehingga dalam hal ini tidak dilihat

¹² Hilaire Mc Coubrey, *Textbook on jurisprudence*, p.29

dari segi isi dari norma tersebut, tetapi dilihat dari segi berlakunya atau pembentukannya.¹³

Berdasarkan alamat yang dituju (*addressat*) atau untuk siapa norma hukum itu ditujukan atau diperuntukkan, norma hukum dapat dibedakan antara norma hukum umum dan norma hukum individual. Norma hukum umum adalah suatu norma hukum yang ditujukan untuk orang banyak (*addressatnya*) umum dan tidak tertentu. Norma hukum individual adalah norma hukum yang ditujukan atau dialamatkan (*addressatnya*) pada seseorang, beberapa orang, atau banyak orang yang telah tertentu. Apabila dilihat dari hal yang diatur atau perbuatannya/tingkah lakunya, dapat dibedakan antara norma hukum yang abstrak dan norma hukum yang konkret. Norma hukum abstrak adalah suatu norma hukum yang melihat pada perbuatan seseorang yang tidak ada batasnya dalam arti tidak konkret. Norma hukum konkret adalah suatu norma hukum yang melihat perbuatan seseorang itu secara lebih nyata (konkret).¹⁴

Selain dari segi *addressatnya*, norma hukum juga dapat dibedakan dari segi daya berlakunya. Daya laku norma hukum dapat dibedakan antara norma hukum yang berlaku terus menerus (*dauerhaftig*) dan norma hukum yang berlaku sekali-selesai (*einmalig*). Norma hukum yang berlaku terus menerus (*dauerhaftig*) adalah norma hukum yang berlakunya tidak dibatasi oleh waktu, jadi dapat berlaku kapan saja secara terus menerus, sampai peraturan itu dicabut atau diganti dengan peraturan yang baru. Norma hukum yang berlaku sekali-selesai (*einmahlig*) adalah norma hukum yang berlakunya hanya satu kali saja dan setelah itu selesai, jadi sifatnya hanya menetapkan saja, sehingga dengan adanya penetapan itu norma hukum tersebut selesai. Norma hukum dapat merupakan suatu norma hukum tunggal dan dapat juga berwujud norma hukum yang berpasangan. Norma hukum tunggal adalah suatu norma hukum yang berdiri sendiri dan tidak diikuti oleh suatu norma hukum lainnya, jadi isinya hanya merupakan suatu suruhan (*das Sollen*) tentang bagaimana seseorang hendaknya bertindak atau bertingkah laku. Norma hukum berpasangan, adalah norma hukum

¹³ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Kanisius, Yogyakarta, 2007, h. 23.

¹⁴ *Ibid.*, h. 25-27

yang terdiri atas dua norma hukum, yaitu norma hukum primer dan norma hukum sekunder. Norma hukum primer adalah norma hukum yang berisi aturan/patokan bagaimana cara seseorang harus berperilaku di dalam masyarakat. Norma hukum sekunder adalah norma hukum yang berisi tata cara penanggulangannya apabila norma hukum primer itu tidak dipenuhi, atau tidak dipatuhi. Norma hukum sekunder ini memberikan pedoman bagi para penegak hukum untuk bertindak apabila suatu norma hukum primer itu tidak dipatuhi, dan norma hukum sekunder ini mengandung sanksi bagi seseorang yang tidak memenuhi suatu ketentuan dalam norma hukum primer.¹⁵

2.2 Teori *Good Village Governance*

Perkembangan *good governance* atau dalam terjemahan bahasa Indonesia diartikan sebagai tata pemerintahan yang baik, tidak bisa lepas dari keberadaan lembaga-lembaga donor internasional yang memiliki konsen pada pengembangan Negara di dunia, utamanya negara-negara dunia ketiga atau negara berkembang. Lembaga-lembaga tersebut antara lain Persatuan Bangsa-Bangsa (PBB), *World Bank*, *UNDP*, *Asian Development Bank*. Organisasi donor tersebut seringkali mensyaratkan penerapan *good governance* dalam pemberian bantuan dan digunakan sebagai standar pencapaian pembangunan berkelanjutan (*sustainable development*) dan berkeadilan.¹⁶

Kata *governance* menurut tata bahasa berasal dari kata *govern* yang berarti *rule with authority; conduct the policy, affair, action (of state, subject) constitutionally*. Pengertian *governance* sendiri menurut *World Bank* adalah "the way state power is used in managing economic and social resources for development of society". Disisi lain *UNDP* mendefinisikan *governance* sebagai "the exercise of political, economic, and administrative authority to manage a nation's affair at all levels".¹⁷ Dari definisi tersebut terlihat bahwa pendekatan *World Bank* pada tata pemerintahan lebih menekankan penggunaan kekuasaan

¹⁵*Ibid.*, h. 30-31.

¹⁶Sadjijono, Fungsi Kepolisian Dalam Pelaksanaan Good Governance, Laksbang, Yogyakarta, 2005, hal.179

¹⁷Mardiasmo, *Op Cit*, h.23

Negara dalam manajemen sumber daya ekonomi dan social untuk kepentingan masyarakat sedangkan UNDP menekankan pada pengelolaan Negara yang menekankan aspek politik, ekonomi dan kewenangan administrative. Kata *good* dalam *good governance* diartikan sebagai nilai yang menjunjung tinggi kehendak rakyat untuk mencapai kemandirian.¹⁸

Good governance sendiri menurut World Bank adalah "*the manner in which the power is exercised in the management of country's economic and social resource for development.*"¹⁹ Menurut Bank Dunia pembangunan berkelanjutan hanya dapat berhasil jika terdapat aturan yang pasti dan tranparan bagi institusi baik swasta maupun publik dalam beraktivitas. Inti dari *good governance* adalah adanya kebijakan yang jelas, terbuka dan predictable disertai dengan birokrasi yang professional dan accountable dalam tindakannya. Semuanya itu dapat terwujud melalui kuatnya partisipasi masyarakat dalam pemerintahan. Tiga pilar utama yang terlibat dalam *good governance* adalah pemerintah, masyarakat dan sector swasta. Terdapat empat elemen *good governance* menurut Bank Dunia.²⁰

1. Manajemen sector publik, manajemen pengelolaan sector public seperti pengelolaan anggaran, kinerja pegawai negeri harus dilakukan secara profesional.
2. Akuntabilitas, pemerintah atau pegawai pemerintah harus bertanggungjawab terhadap perbuatannya,
3. Kerangka hukum untuk pembangunan, system hukum harus sebisa mungkin menciptakan stabilitas dan kepastian bagi pelaku pasar,
4. Transparan dan informasi, adanya persamaan akses bagi siapapun terhadap informasi publik.

Konsep *good governance* dapat ditemukan pertama kali dalam dokumen kebijakan UNDP tahun 1997 yang berjudul "*Governance for Sustainable Human Development*"²¹ yang didalamnya menyatakan bahwa "*good governance defines*

¹⁸ Rasul, sjahrudin, *penerapan good governance di Indonesia dalam upaya pencegahan korupsi*, jurnal mimbar ugm, vol 21 nomor 3, 2009, Jogjakarta, hal.540

¹⁹International Fund for Agriculture, *Good Governance: an overview*, Rome, 8-9 november 1999, hal 1

²⁰ *Ibid*, hal 3

²¹ *Ibid*, hal.5

the process and structure that guide political and socio-economic relationship". Menurut UNDP, tata pemerintahan (*governance*) memiliki 3 dimensi yaitu ekonomi, politik dan administrasi. Dalam bidang ekonomi didalamnya terdapat proses pengambilan keputusan yang berakibat pada aktivitas ekonomi Negara dan hubungannya dengan aktivitas ekonomi Negara lain. Dalam dimensi politik mengandung makna proses pengambilan keputusan dalam memformulasikan kebijakan dan dimensi administrasi berbicara mengenai bagaimana mengimplementasikan kebijakan yang diambil. Dengan menggabungkan tiga dimensi tersebut, *good governance* menjelaskan proses dan struktur yang menjadi panduan dalam hubungan politik dan sosio ekonomi. Karakteristik *good governance* menurut UNDP adalah.²²

1. *Participation*, semua elemen masyarakat baik pria maupun wanita memiliki kesempatan yang sama dalam keterlibatan dalam pengambilan keputusan baik secara langsung maupun melalui lembaga perwakilan.
2. *Rule of law*, kerangka hukum harus adil dan tidak memihak terutama dalam penghormatan atas Hak Asasi Manusia.
3. *Transparency*, konsep ini dibangun diatas kebebasan akses informasi.
4. *Responsiveness*, lembaga public harus bersifat melayani.
5. *Consensus orientation*, *good governance* harus memediasi kepentingan para pihak dan mengutamakan kepentingan rakyat banyak.
6. *Equity*, adanya kesempatan yang sama bagi semua lapisan masyarakat.
7. *Efficiency and effectiveness*, semua proses dan institusi harus menghasilkan hasil yang tepat guna dan efisien.
8. *Accountability*, semua pilar *good governance* harus bertanggungjawab terhadap public atas putusan yang diambil
9. *Strategic vision*, pembangunan yang berkelanjutan harus mempunyai visi kedepan.

²² *Ibid*, International Fund for Agriculture. Hal.6

Menurut Agus Dwiyanto²³ *good governance* sering diartikan sebagai pemerintahan yang bersih dari KKN. *Good governance* dinilai terwujud jika pemerintah mampu menjadikan dirinya sebagai pemerintah yang bersih dari praktek KKN. sedangkan menurut Bagir Manan²⁴ *good governance* berkaitan dengan tata penyelenggaraan pemerintahan yang baik. Pemerintahan dapat diartikan secara sempit dan luas. Dalam arti sempit, penyelenggaraan pemerintahan yang baik bertalian dengan pelaksanaan fungsi administrasi negara. Dalam kaitan ini i negeri Belanda dikenal dengan “prinsip-prinsip atau asas-asas umum penyelenggaraan administrasi negara yang baik”.

Solly Lubis²⁵ mengemukakan *good governance* kadangkala diterjemahkan menjadi *Good Administration* (Inggris) atau *Behoorlijk Bestuur* (Belanda) atau Pemerintahan yang Baik, *Governance* atau Pemerintahan itu sendiri dapat diartikan sebagai suatu “sistem ataupun mekanisme atau proses pelaksanaan kekuasaan atau wewenang dalam kerangka kehidupan bernegara yang melibatkan suatu komponen baik dari supra struktur politik maupun infra struktur”. Dapat ditarik pemahaman bahwa pada dasarnya *good governance* adalah merupakan penyelenggaraan pemerintahan yang bersih, teratur, tertib, tanpa cacat, dan berwibawa, oleh karena itu tindak lanjut untuk mewujudkan pemerintahn yang baik (*good governance*) dan bersih (*clean governance*) dengan mengaktualisasikan secara efektif Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*) yang digunakan sebagai hukum tidak tertulis dengan melalui pelaksanaan hukum dan penerapan hukum serta pembentukan hukum.²⁶

Good governance dipandang sekadar subversi atas hak-hak asasi manusia. Mengaitkan ide *good governance* dengan hak asasi manusia sama halnya dengan merancukan esensi kewajiban hak-hak asasi manusia yang sudah jelas keberadaannya diakui oleh hukum internasional maupun konstitusi dan

²³ Agus Dwiyanto, *Mewujudkan Good Governance melalui Reformasi Pelayanan Publik*, dalam Suparto Wijoyo, *Op. Cit.*, h. 32

²⁴ Bagir Manan, *Op. Cit.*, h. 273

²⁵ M. Solly Lubis, *Kebijakan Publik*, CV Mandar Maju, Bandung, 2007, h. 75

²⁶ Sadjijono, *SERI HUKUM KEPOLISIAN Polri dan Good Governance*, Laksbang Mediatama, Surabaya, 2008, h. 241, dikutip dari S.F Marbun, *Eksistensi Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak dalam Menjelmakan Pemerintahan yang baik dan Bersih*, Ringkasan Disertasi, Universitas Padjajaran, Bandung, 2001, h. 13.

perundang-undangan tentang hak asasi manusia. Model kritik ini alergi dengan istilah 'good' yang melekat pada kata *governance*, karena ia dilihat sebagai cara-cara menyalurkan esensi pertanggungjawaban negara, dan menggesernya dengan cara formalistik proseduralisme dengan kerangka hukum tertentu (melalui mekanisme ketatanegaraan yang formal nan liberal) agar absah bagi penguasa.²⁷

Bekerjanya *good governance* ini tidak bisa dilepaskan dari dominasi kepentingan liberalisasi pasar yang membutuhkan mantra pembangunan dalam mendisiplinkan ketatapemerintahan dan demokratisasi politik di Indonesia. Transmisi diskursus *good governance* dan teks-teks derivatifnya telah didisain, dipromosikan, diekspor dan disuntikkan melalui banyak proyek-proyek ketatapemerintahan, pembentukan institusi negara baru, mendanai (hibah maupun utang) program kelembagaan dan aktivitas untuk negara, organisasi non-pemerintah dan pusat-pusat studi di kampus, termasuk peran menghubungkannya dengan diskursus hak-hak asasi manusia. Sehingga tak terelakkan beredar dan laris manisnya diskursus hak-hak asasi manusia yang dibonsai untuk kepentingan liberalisasi pasar yang menyertai *good governance* (*market friendly human rights paradigm*).

Good governance berkenaan dengan penyelenggaraan tiga tugas dasar pemerintah yaitu:

1. Menjamin keamanan setiap orang dan masyarakat
2. Mengelola struktur yang efektif untuk sektor publik, sektor swasta, dan masyarakat
3. Memajukan sasaran ekonomi, sosial, dan bidang lainnya dengan kehendak rakyat²⁸

Merujuk pada pendapat Paulus Effendi Lotulung²⁹ bahwa konsep "governance" dalam masyarakat sering dirancukan dengan konsep "government".

²⁷ Herlambang Perdana Wiratraman, *Neo-Liberalisme, Good Governance, dan Hak Asasi Manusia*, Jurnal Hukum Jentera XV Januari-Maret, 2007, h. 8-9 dikutip dari Herlambang Perdana Wiratraman, *Good Governance and Legal Reform in Indonesia*, Thesis for Master of Arts, Human Rights Program, Graduate Studies Faculty, Mahidol University, Thailand, 2006, h. 137-139.

²⁸ Philipus M. Hadjon, *Hukum Administrasi sebagai Instrumen Hukum untuk Mewujudkan Good Governance*, dalam Philipus M. Hadjon I, *Op. Cit.*, h. 9

Konsep “*government*” menunjuk pada suatu organisasi pengelolaan berdasarkan kewenangan tertinggi (negara dan pemerintah). Konsep “*governance*” melibatkan tidak sekadar pemerintah dan negara, sehingga pihak-pihak yang terlibat juga sangat luas. Oleh karena itu dalam tulisan ini dimana pokok pembahasan berkaitan dengan pelayanan pertanahan tidak akan dapat dipisahkan dengan konsep *good governance* sesuai teori-teori yang penulis kemukakan sebelumnya.

Kepemerintahan yang baik (*good governance*) merupakan isu sentral yang paling mengemuka dalam pengelolaan administrasi publik dewasa ini. Tuntutan gencar yang dilakukan masyarakat kepada pemerintah untuk melaksanakan penyelenggaraan pemerintahan yang baik adalah sejalan dengan meningkatnya tingkat pengetahuan dan pendidikan masyarakat, selain adanya pengaruh globalisasi. Pola lama penyelenggaraan pemerintah, kini sudah tidak sesuai lagi dengan tatanan masyarakat yang telah berubah. Oleh karena itu tuntutan ini merupakan hal yang wajar dan sudah seharusnya direspon oleh pemerintah dengan melakukan perubahan yang terarah pada terwujudnya penyelenggaraan pemerintahan yang baik.³⁰

Definisi umum *governance* adalah tradisi dan institusi yang menjalankan kekuasaan di dalam suatu negara, termasuk (1) proses pemerintah dipilih, dipantau, dan digantikan, (2) kapasitas pemerintah untuk memformulasikan dan melaksanakan kebijakan secara efektif, dan (3) pengakuan masyarakat dan negara terhadap berbagai institusi yang mengatur interaksi antara mereka. Unsur yang terakhir dapat dilakukan melalui tiga struktur komunikasi, yaitu kewenangan, legitimasi, dan representasi. *Kewenangan* adalah hak pemerintah untuk membuat keputusan dalam bidang tertentu. Walaupun ini merupakan hak dari suatu pemerintah modern, namun yang terpenting adalah bagaimana melibatkan (persepsi, kebutuhan, dan kepentingan) rakyat tentang tindakan yang perlu dilakukan pemerintah. *Legitimasi* diperoleh karena masyarakat mengakui bahwa

²⁹ Paulus Effendi Lotulung, *Tata Kepemerintahan yang Baik (Good Governance) dalam Korelasinya dengan Hukum Administrasi*, Ibid, h. 37.

³⁰ Sedarmayanti, *Good Governance (Kepemerintahan yang Baik) dalam Rangka Otonomi Daerah, Upaya Membangun Organisasi Efektif dan Efisien Melalui Restrukturisasi dan Pemberdayaan*, CV. Mandar Maju Bandung, 2003, h. 4

pemerintah telah menjalankan peranannya dengan baik, atau kinerja dalam menjalankan kewenangan itu tinggi. *Representasi* diartikan sebagai hak untuk mewakili pengambilan keputusan bagi kepentingan golongan lain dalam kaitannya dengan alokasi sumber daya. Dari sini terlihat bahwa *good governance* tidak terbatas pada bagaimana pemerintah menjalankan wewenangnya, tetapi – lebih penting lagi – adalah bagaimana masyarakat dapat berpartisipasi dan mengontrol pemerintah untuk menjalankan wewenang tersebut (*accountable*). Karena itu, seringkali tata pemerintahan yang baik dipandang sebagai “sebuah bangunan dengan 3 tiang”. Ketiga tiang penyangga itu adalah transparansi, akuntabilitas, dan partisipasi.

2.3 Teori Peraturan Desa

Tidak ada suatu sistem hukum positif di dunia ini yang secara khusus mengatur tata urutan peraturan perundang-undangan. Kalaupun ada pengaturan, hanya terbatas pada asas yang menyebutkan misalnya: “Peraturan Daerah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.”³¹ Atau dalam UUD ada ungkapan “*the supreme law of the land*”³². Alasan tidak diatur dalam hierarki peraturan perundang-undangan karena tata urutan itu mempunyai konsekuensi bahwa setiap peraturan perundang-undangan harus memiliki dasar hukum pada peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya. Peraturan perundang-undangan tingkatan lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, peraturan perundang-undangan tingkatan lebih rendah dapat dituntut untuk dibatalkan bahkan batal demi hukum (*van rechtswege nieteg*). Konsekuensi ini telah dianggap ada walaupun tidak diatur, kecuali ada ketentuan yang sebaliknya³³.

³¹Pasal 70 UU No. 22 Tahun 1999

³²UUD Amerika Serikat, Pasal 6 (lihat Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi Departemen Pendidikan Nasional, 2001, hal.130.

³³Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi Departemen Pendidikan Nasional, 2001, hal.130.

Faktor lain yang menyebabkan ketidaklaziman mengatur tata urutan peraturan perundang-undangan, karena sistem hukum positif tidak hanya berupa peraturan perundang-undangan, melainkan juga meliputi hukum-hukum tidak tertulis (yurisprudensi, hukum adat, atau hukum kebiasaan). Kaidah-kaidah hukum tidak tertulis ini dapat juga dipergunakan untuk menguji peraturan perundang-undangan atau sebaliknya, walaupun tidak bertalian dengan tata urutan peraturan perundang-undangan³⁴.

Secara teoritik, tata urutan peraturan perundang-undangan dapat dikaitkan dengan ajaran Hans Kelsen mengenai "*Stufenbau des Recht*" atau "*The hierarchy of law*" yang berintikan bahwa kaidah hukum merupakan suatu susunan berjenjang dan setiap kaidah hukum yang lebih rendah bersumber dari kaidah yang lebih tinggi³⁵. Untuk lebih memahami teori "*Stufenbau des Recht*", harus dihubungkan dengan ajaran Kelsen yang lain yaitu "*Reine Rechtslehre*" atau "*The Pure theory of law*" (Teori Murni Tentang Hukum)³⁶ dan bahwa hukum itu tidak lain dari "*command of the sovereign*" atau kehendak dari yang berkuasa³⁷. Menurut Teori Murni Tentang Hukum, hukum tidak lain dari sistem hukum positif yang dibuat penguasa. Hukum positif ini dapat berupa peraturan perundang-undangan sebagai kaidah hukum (*general norm*) dan kaidah-kaidah yang terjadi karena putusan hakim sebagai kaidah khusus (*individual norm*)³⁸. Karena tidak mungkin menempatkan putusan hakim dalam tata urutan, maka pengertian "*Stufenbau des Recht*" adalah tata urutan peraturan perundang-undangan (kaidah umum). Pemahaman ini lebih diperkuat dengan ajaran Kelsen tentang Teori Murni Tentang Hukum yaitu bahwa obyek kajian hukum (*legal science*) hanyalah mengenai isi hukum positif, sedangkan mengenai baik atau buruk suatu kaidah yang mencerminkan satu nilai tertentu, masalah tujuan hukum, dan hal-hal lain yang bersifat filosofis bukan obyek teori hukum, melainkan obyek

³⁴ Ibid, hal.130-131.

³⁵ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Rusel & Rusel, New York, 1973, hal. 123.

³⁶ Austin M. Chinhengo, *Essential Jurisprudence*, Cavendish Publishing Limited, London, 1995, hal. 43.

³⁷ Hans Kelsen, *Op.cit*, hal. 30.

³⁸ Ibid., hal. 134

filsafat. Filsafat hukum bukan bagian dari teori kajian hukum. Pandangan ini bertalian dengan paham "*legal positivism*". Hans Kelsen tergolong ke dalam kelompok positivist³⁹.

Menurut Bagir Manan ajaran tentang tata urutan peraturan perundang-undangan demikian mengandung beberapa prinsip, yaitu:

- 1) Peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kedudukannya dapat dijadikan landasan atau dasar hukum bagi peraturan perundang-undangan yang lebih rendah atau berada di bawahnya.
- 2) Peraturan perundang-undangan tingkat lebih rendah harus bersumber atau memiliki dasar hukum dari suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi.
- 3) Isi atau muatan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh menyimpangi atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.
- 4) Suatu peraturan perundang-undangan hanya dapat dicabut atau diganti atau diubah dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau paling tidak dengan yang sederajat.
- 5) Peraturan-peraturan perundang-undangan yang sejenis apabila mengatur materi yang sama, maka peraturan yang terbaru harus diberlakukan, walaupun tidak dengan secara tegas dinyatakan bahwa peraturan yang lama itu dicabut. Selain itu peraturan yang mengatur materi yang lebih khusus harus diutamakan dari peraturan perundang-undangan yang lebih umum⁴⁰.

Mengapa sistem hukum nasional Indonesia tidak mengatur secara "*positiefrechtelijk*" Peraturan Desa dalam tata urutan peraturan perundang-undangan dalam TAP MPR Nomor XX/MPRS/1966? Secara hukum tidak ada larangan mengatur tata urutan peraturan perundang-undangan, walaupun sistem hukum itu tidak hanya terbatas pada sistem peraturan perundang-undangan. Selain itu, pengaturan ini harus tujuan yang hendak diraih

³⁹ Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence*, Harvard University Press, 1970, hal.98

⁴⁰ Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, cetakan kedua, *Op.cit.*, hal. 19.

(*doelmatigheid*)⁴¹. Pendorong kuat pemembuatan TAP MPR Nomor XX/MPRS/1966 – yang berasal dari Memorandum DPRGR⁴² – adalah untuk menertibkan kekacauan sistem peraturan perundang-undangan yang terjadi di masa Orde Lama, baik yang bertalian dengan kewenangan, macam, isi, maupun tata cara pembuatannya⁴³. Pada saat ini, tujuan tersebut tetap diperlukan. Berbagai kekacauan sistem perundang-undangan terjadi juga selama Orde Baru terutama yang berkaitan dengan tertib peraturan perundang-undangan. Banyaknya peraturan kebijakan (*policy rules, beleidsregels*) yang bersumber pada asas kebebasan bertindak (*freis ermessen, beoordelingsvrijheid*) sangat mempengaruhi tertib peraturan perundang-undangan. Aturan-aturan kebijakan (kuasi legislasi) ini selain mengacaukan sistem peraturan perundang-undangan juga menjadi instrumen penyelenggaraan kekuasaan yang sewenang-wenang (*arbitrary*) karena sama sekali tidak mengindahkan asas umum penyelenggaraan administrasi negara yang baik dan wajar (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur* atau *the general principles of good administration*)⁴⁴. Dalam hal ini pembentukan peraturan daerah tentang Desa tersebut sudah sepatutnya memperhatikan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan.

Selanjutnya menurut Van der Vlies asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik berasal dari *algemene beginselen van behoorlijke regelgeving*⁴⁵. Kemudian A. Hamid S. Attamimi memaknai *algemene beginselen van behoorlijke wetgeving* dengan asas-asas bagi pembentukan peraturan perundang-undangan yang patut⁴⁶. Asas-asas

⁴¹Ibid, hal. 131.

⁴²DPRGR tanggal 9 Juni 1966

⁴³Selain, berbagai peraturan perundang-undangan, ada bentuk-bentuk lain yang bersumber pada Dekrit yaitu "Penpres" dan "Perpres".

⁴⁴Kasus-kasus seperti BLBI bersumber dari Aturan Kebijakan yang dikeluarkan dalam bentuk Keputusan Presiden. Begitu pula kasus mobil nasional dan lain-lain. (Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi Departemen Pendidikan Nasional, 2001, hal. 132)

⁴⁵Van der Vlies, I.C., *Het Wetbegripen Beginselen van Behoorlijke Regelgeving*, VUGA Uitgeverij B.V., s, 1984. Lihat Juga Van der Vlies I.C., *Handboek Wetgeving*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1991, hal. 150-179.

⁴⁶A. Hamid Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negara*, Disertasi, Universitas Indonesia, Jakarta, 1990, hal. 331.

pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik adalah asas hukum yang memberikan pedoman dan bimbingan bagi penuangan isi peraturan, ke dalam bentuk dan susunan yang sesuai, tepat dalam penggunaan metodenya, serta mengikuti proses dan prosedur pembentukan yang telah ditentukan⁴⁷.

Bentuk produk hukum berupa peraturan desa apabila dikaji dalam tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia dari tahun 1966 sampai dengan saat ini menimbulkan dilema dan problematika. Hal itu disebabkan oleh karena kewenangan pemerintahan Desa dalam membuat peraturan Desa yang senyatanya diakui keberadaannya secara legalitas formal oleh konstitusi, namun dalam perjalanan waktu dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang (UU 12/2011) eksistensi peraturan Desa tersebut tidak tercantum dalam hierarki tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia. Oleh karenanya hal tersebut akan menimbulkan banyak konflik hukum apabila tidak ada solusi karena secara perlahan tapi pasti keberadaan UU 12/2011 seakan meniadakan otonomi asli yang dimiliki pemerintahan Desa.

Peraturan Desa adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh Badan Perwakilan Desa (BPD) bersama-sama dengan Pemerintah Desa atau yang disamakan dengan Desa dan disahkan oleh Kepala Desa atau pimpinan pemerintahan yang disamakan dengan Desa mengenai segala urusan rumah tangga Desa di bidang otonomi atau tugas pembantuan.

Perda dan Perdes merupakan subsistem peraturan perundang-undangan, karena itu harus menjadi bagian dalam susunan dan tata urutan peraturan perundang-undangan. Tetapi perlu diingat, Perda dan Perdes dibuat oleh satuan pemerintahan yang mandiri (otonom) dengan lingkungan wewenang yang mandiri pula. Karena itu, pengujiannya terhadap peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi tidak boleh semata-mata berdasarkan pertingkatan, melainkan pada lingkungan wewenangnya. Suatu perda yang bertentangan dengan dengan suatu peraturan perundang-undangan tingkat

⁴⁷Ibid.

lebih tinggi (kecuali UUD) belum tentu salah, kalau ternyata peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi yang melanggar hak dan wewenang daerah yang dijamin UUD atau undang-undang pemerintahan daerah⁴⁸.

Tata urutan peraturan perundang-undangan dalam UU 12/2011 sebagaimana diatur dalam Pasal 7 dan 8 dinyatakan sebagai berikut.

Pasal 7

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

Pasal 8

- (1) Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.
- (2) Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

Atas hal tersebut jelas bahwa peraturan Desa tidak diatur secara eksplisit dalam UU 12/2011, kecuali dengan cara memahami secara sistematis,

⁴⁸UUD Amerika Serikat, Pasal 6 (lihat Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi Departemen Pendidikan Nasional, 2001, hal.130.

implisit berdasarkan ketentuan Pasal 8 UU 12/2011 yang menyatakan: “Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Kepala Desa atau yang setingkat”, dengan syarat sebagaimana dimaksud dalam ayat Pasal 8 (2) yakni: “diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan”. Otonomi asli yang dimiliki pemerintahan Desa seakan semakin kabur, padahal konstitusi telah mengakuinya secara legalitas formal keberadaan pemerintahan Desa. Selanjutnya yang menjadi permasalahan adalah kekuatan mengikat peraturan Desa yang diterbitkan setelah keluarnya UU 12/2011. Karena Peraturan Desa tidak masuk dalam hierarki peraturan perundang-undangan, maka keberadaan peraturan desa sering hanya dianggap sebagai *beleids regel* (peraturan yang menyelenggarakan kebijakan pemerintah tapi tidak mengikat). Peraturan kebijakan (*beleidsregels, policy rules*), adalah peraturan yang dibuat administrasi negara yang didasarkan kepada aspek “*doelmatigheid*” dalam kerangka *freis Ermessen*⁴⁹. Dalam hal ini Peraturan Daerah dan Peraturan Desa adalah peraturan administrasi negara, karena mengatur penyelenggaraan administrasi negara. Namun pembentukannya dilakukan oleh badan administrasi negara bersama badan legislatif daerah. Hal itu serupa dengan undang-undang di bidang administrasi negara seperti undang-undang pajak, undang-undang lingkungan dan sebagainya⁵⁰.

Peraturan kebijakan dalam bahasa Belanda – selain dinamakan *beleidsregel* – juga diberi nama “*pseudowetgeving*” atau “*spiegelrecht*”. Aturan ini hanya mengatur kegiatan administrasi negara, tetapi karena sifat tugas administrasi negara menyangkut pihak luar secara tidak langsung akan mengenai juga masyarakat umum. Aturan kebijakan timbul dari prinsip kebebasan bertindak (*freis ermessen* atau *beoordelingsvrijheid*) yang dibuat untuk mencapai suatu tujuan pemerintahan yang dibenarkan secara hukum.

⁴⁹Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi Departemen Pendidikan Nasional, 2001, hal. 143-145.

⁵⁰Ibid, hal. 145

Aturan kebijakan dibuat karena tidak dapat diatur dengan peraturan biasa, baik karena pejabatnya tidak berwenang, maupun tidak menjadi materi muatan suatu peraturan. Aturan kebijakan lebih bertolak pada aspek pencapaian tujuan (*doelmatigheid*) dari pada dasar pembenaran secara hukum (*rechtmatigheid*). Bentuk-bentuk aturan kebijakan beraneka ragam seperti Surat Edaran, Juklak, Juknis, Pedoman, Keputusan, bahkan disebut peraturan⁵¹.

⁵¹Bagir Manan, et.al., *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Jakarta, 1997, hal 169.