

BAB II

TINJAUAN UMUM

A. Tinjauan Umum Tentang Desentralisasi Dan Otonomi Daerah

Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk republik.¹ Dibagi dalam beberapa provinsi yang memiliki corak kebudayaan daerah masing-masing. Tidak hanya itu, kepentingan dan kebutuhan juga beragam dalam rangka mengupayakan kesejahteraan masyarakat di daerah. Pemenuhan dari negara sebagai pemangku kewajiban untuk menyelesaikan persoalan kesejahteraan masyarakat di daerah sebaiknya dilaksanakan dengan metode berbeda yang disesuaikan dengan kondisi daerah-daerah.

Negara kesatuan dipahami bahwa kekuasaan dalam penyelenggaraan negara dipegang penuh oleh pemerintah pusat. Dikenal dua konsep negara kesatuan, yaitu: negara kesatuan dengan konsep sentralisasi dan negara kesatuan dengan konsep desentralisasi.² Indonesia sebagai negara kesatuan pada masa rezim orde baru menerapkan konsep sentralisasi kekuasaan negara, dimana pemerintah pusat memiliki kekuatan penuh dalam menentukan kebijakan-kebijakan untuk menyelesaikan persoalan baik ditingkat pusat dan di tingkat daerah.

Setelahnya, rezim orde baru runtuh dengan salahsatu desakannya mengawali masa reformasi adalah memberikan porsi kepada daerah untuk melaksanakan urusan penyelenggaraan negara di tingkat daerah. Asumsi yang

¹ Undang-Undang Dasar Negara Republik Indoensia Tahun 1945

² Ni'matul Huda, *Problematika Pembatalan Peraturan Daerah*, FH UII Press, Yogyakarta, 2010, hlm. 20.

dibangun adalah masalah kesenjangan antar daerah, tidak memadainya infrastruktur daerah dalam rangka menjalankan urusan pemerintah pusat di daerah, dan kebijakan yang dikeluarkan oleh pusat tidak tepat mengenai sasaran untuk mensejahterakan masyarakat di daerah.

Indonesia kemudian beralih untuk menerapkan negara kesatuan dengan desentralisasi, yang melimpahkan sebagian kewenangannya kepada daerah-daerah untuk menjalankan urusan rumah tangga daerah sebagai satuan pemerintahan. Setidaknya pilihan kebijakan desentralisasi dalam negara kesatuan menjadi pilihan yang rasional untuk mengatasi permasalahan tersebut, mengingat sentralisasi kekuasaan negara hanya menimbulkan masalah.

Sentralisasi dalam negara kesatuan menjadikan pemerintah pusat (*single centralized government*) sebagai pengatur segala urusan penyelenggaraan negara secara langsung sedangkan, daerah-daerah hanya tinggal melaksanakan apa yang diinstruksikan dan mengatasnamakan pemerintah pusat. Berbeda halnya dengan desentralisasi yang memberikan kesempatan kepada daerah-daerah untuk mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri (otonomi daerah) yang dinamakan dengan daerah otonom.³

Desentralisasi sebagai suatu konsep menurut secara harfiah, istilah desentralisasi berasal dari dua penggalan kata bahasa Latin, yaitu *de* berarti lepas dan *centrum* berarti pusat. Jadi, menurut perkataannya desentralisasi adalah melepaskan dari pusat. Desentralisasi kemudian dimaknai secara

³ Fahmi Amrusyi, "Otonomi Dalam Negara Kesatuan" dalam Abdurrahman (Editor), *Beberapa Pemikiran Tentang Otonomi Daerah*, Media Sarana Press, Jakarta, 1987, hlm. 56. Dikutip oleh Ni'matul Huda dalam, *Problematika....., Ibid.*, hlm. 20.

konsep ketatanegaraan adalah penyerahan kekuasaan pemerintahan dari pusat ke daerah yang berarti pula desentralisasi secara politik atau desentralisasi ketatanegaraan (*staatkundige desentralisatie*).⁴

Melepaskan diri dari pusat bukan dimaknai dengan pelepasan secara struktural yang tidak lagi berada di bawah pemerintahan pusat secara hierarki dalam pemerintahan negara, melainkan melepaskan keterikatan pemerintah lebih rendah pada tingkatan daerah berkaitan dengan kewenangan yang semestinya menjadi kewenangan dari pemerintahan di daerah. Maka, kemudian akan muncul konsep pelimpahan wewenang yang sebelumnya menjadi kewenangan pemerintah pusat menjadi kewenangan pemerintah daerah.

Desentralisasi dipahami sebagai pemberian kewenangan mengatur dan mengurus penyelenggaraan pemerintahan tidak semata-mata dilakukan oleh pemerintah pusat (*central government*), melainkan juga oleh kesatuan-kesatuan pemerintahan yang lebih rendah dan mandiri (*zelftanding*), serta bersifat otonom (teritorial dan fungsional).⁵ Sejalan dengan pendapat Juniarto, yang mengartikan bahwa desentralisasi adalah memberikan wewenang dari pemerintah negara kepada pemerintah lokal untuk mengatur dan mengurus urusan tertentu sebagai urusan rumah tangganya sendiri.⁶

⁴ RDH Koesoemahatmadja, *Pengantar Kearif Pemerintahan Daerah Di Indonesia*, Bina Cipta, Bandung, 1979. Dikutip Oleh Laica M. Marzuki, *Berjalan-jalan Di Rumah Hukum*, Sekretariat Jenderal Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, Hlm. 151. Dalam Ni'matul Huda, *Problematika....., Ibid.*, hlm. 32-33.

⁵ C.W. Van Der Pot, *Handboek van Nederlandse Staatsrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1983, hlm. 525. Dalam Ni'matul Huda, *Otonomi Daerah "Filosofi, Sejarah Perkembangan, dan Problematika"*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm. 85.

⁶ Juniarto, *Perkembangan Pemerintahan Lokal*, Bina Aksara, Jakarta, 1992, hlm. 15.

Menurut RDH Koesoemahatmadja, dalam penjelasannya kemudian membagi desentralisasi dalam arti ketatanegaraan terdiri dari:⁷

1. Desentralisasi teritorial (*territorial decentralisatie*), yaitu pelimpahan kekuasaan untuk mengatur dan mengurus rumah tangga daerah masing-masing (otonom).
2. Desentralisasi fungsional (*functionale decentralisatie*), yaitu pelimpahan kekuasaan untuk mengatur dan mengurus sesuatu atau beberapa kepentingan tertentu. Di dalam desentralisasi semacam ini dikehendaki agar kepentingan-kepentingan tertentu tadi diselenggarakan oleh golongan-golongan yang bersangkutan sendiri.

Menurut Amrah muslimin,⁸ desentralisasi dibedakan ke dalam 3 macam bentuk, yaitu: *pertama*, desentralisasi politik, merupakan pelimpahan kewenangan dari pemerintah pusat yang menimbulkan hak untuk mengurus kepentingan rumah tangga sendiri bagi badan-badan politik di daerah-daerah, yang dipilih oleh rakyat dari daerah-daerah tersebut; *kedua*, desentralisasi fungsional, merupakan pemberian hak dan kewenangan pada golongan-golongan untuk mengurus suatu kepentingan atau kebutuhan dalam masyarakat baik secara terikat ataupun tidak, pada suatu daerah tertentu; *ketiga*, desentralisasi kebudayaan (*culturele decentralisatie*), merupakan pemberian hak dan kewenangan kepada golongan-golongan kecil dalam masyarakat (minoritas) untuk menyelenggarakan kebudayaannya sendiri.

Selain desentralisasi, dikenal pula konsep dekonsentrasi dan tugas pembantuan. Ketiganya masih berada pada lingkup pemencaran kewenangan yang mengatur hubungan kewenangan pemerintahan pusat dan pemerintahan

⁷ RDH Koesoemahatmadja, *Pengantar ke Arah Sistem Pemerintahan Daerah di Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1979), hlm. 14-15. Dalam Despan Heriansyah, *Pergeseran Konsep Otonomi Daerah Di Indonesia (Studi Terhadap Undang-Undang Pemerintah Daerah Pasca Reformasi)*, Tesis, Pascasarjana Hukum UII, Yogyakarta, 2016, hlm. 59

⁸ Amrah Muslimin, *Aspek-Aspek Hukum Otonomi Daerah*, (Bandung: Alumni, 1986), hlm. 4-5. Dalam Ni'matul Huda, *Problematika....., Op.Cit.*, hlm. 34.

daerah, namun secara substansial terdapat perbedaan masing-masing konsep. Dekonsentrasi (*centralisatie men deconcentratie*) menjadi peluasan model sentralisasi, yaitu pemencaran kepada organ-organ untuk menjalankan sebagian kewenangan pemerintah pusat di daerah.⁹

Dekonsentrasi merupakan *ambtelijk decentralisatie*, disebut pula *delegatie van bevoegheid*, yakni pelimpahan kewenangan dari alat perlengkapan negara pusat kepada instansi bawahan untuk melaksanakan pekerjaan tertentu dalam penyelenggaraan pemerintahan. Pemerintah pusat dalam hal ini tidak kehilangan kewenangannya karena instansi bawahan hanya menjalankan kewenangan atasnama pemerintah pusat yang sifatnya instruktif dan tidak melibatkan rakyat.¹⁰

Selanjutnya, dalam pemeritahan lokal dikenal asas tugas pembantuan (*medebewind, co-administration, co-government*) oleh pemerintahan pusat yang menetapkan kebijakan makro dan daerah otonom akan menetapkan kebijakan mikro.¹¹ Menurut Koesoemahatmadja, *medebewind* atau *zelfbestuur* sebagai pemberian kemungkinan pemerintah lebih atas untuk meminta bantuan kepada pemerintah yang lebih rendah untuk mengatur dan mengurus rumah tangga daerah.¹²

Tugas pembantuan (*medebewind*) dimaksudkan untuk meningkatkan efektifitas dan efesiensi penyelenggraan pembangunan serta pelayanan umum

⁹ C.W. Van Der Pot, *Handboek van Nederlandse Staatsrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1983, hlm. 525. Dalam Ni'matul Huda, *Otonomi....., Loc.Cit.*, hlm. 85.

¹⁰ Ni'matul Huda, *Problematika....., Op.Cit.*, hlm. 33.

¹¹ Sadu Wisistiono, dkk., *Memahami Asas Tugas Pembantuan*, Fokusmedia, Bandung, 2006, hlm. 6.

¹² *Ibid.*, hlm. 6.

kepada masyarakat. Tidak semua kewenangan dapat dilaksanakan melalui asas desentralisasi atau asas dekonsentrasi, sedangkan pemerintahan pada tingkatan terbawah seperti daerah kabupaten/kota hingga desa yang paling dekat dengan masyarakat merupakan cerminan dari pemerintah pusat dan menjadi ukuran kinerja pemerintah pusat.¹³

Dari ketiga asas tersebut yang paling banyak memberikan pengaruh adalah desentralisasi, terutama dalam hal pemencaran kekuasaan pemerintahan. Konsep desentralisasi mendapatkan perhatian khusus dan diartikulasikan sebagai konsep yang paling relevan untuk memperkuat dan memberdayakan pemerintahan lokal.¹⁴ Desentralisasi mengandung makna pengakuan penentu kebijaksanaan pemerintah terhadap potensi dan kemampuan daerah dengan melibatkan para wakil-wakil rakyat di daerah dalam menyelenggarakan pemerintahan dan pembangunan, dengan melatih diri menggunakan hak yang seimbang dengan kewajiban masyarakat yang demokratis.¹⁵

Penerapan desentralisasi sendiri tidak dapat dipisahkan dengan hadirnya daerah otonom. Suatu keniscayaan bagi pemerintah pusat untuk memberikan sebagian kekuasaannya kepada daerah yang berada pada tingkatan lebih rendah dengan konsep pemerintahannya untuk mengurus dan mengatur urusan rumah tangga daerahnya secara mandiri, yang tujuannya adalah untuk mensejahterakan rakyat di daerah tersebut.

¹³ *Ibid.*, hlm. 2.

¹⁴ G. Shabbir Cheema dan Dennis A. Rondinelli (Editors) *Desentralizatiien dan Development Policy Implementation In Developing Countries*, Sage Publications, Beverly Hills/London/ New Delhi, 1983, hlm. 10-11. Ni'matul Huda, *Problematika.....*, *Op.Cit.*, hlm. 28.

¹⁵ Ni'matul Huda, *Otonomi.....*, *Loc.Cit.*, hlm. 85.

Istilah otonomi secara etimologi berasal dari dua penggalan kata bahasa Yunani yakni, *autos* yang berarti sendiri, dan *nomos* yang berarti undang-undang. Otonomi bermakna membuat perundang-undangan sendiri (*zelfwetgeving*), namun dalam perkembangannya, konsepsi otonomi daerah selain mengandung arti *zelfwetgeving* (membuat peraturan daerah), juga utamanya mencakup *zelfbestuur* (pemerintahan sendiri).¹⁶ Sejalan dengan pendapat Koesoemahatmadja, yang menjelaskan bahwa menurut perkembangan sejarah otonomi daerah di Indonesia, otonomi selain mengandung arti perundangan (*regeling*), juga mengandung arti pemerintahan (*bestuur*).¹⁷

Menurut Gerald S Marynov, antara desentralisasi dan otonomi seperti dua sisi mata uang yang tidak dapat dipisahkan. Desentralisasi merupakan pengotonomian yang berarti proses memberikan otonomi kepada masyarakat dalam wilayah tertentu.¹⁸ C.W. Van Der Pot kemudian menegaskan dengan pemahaman mengenai otonomi daerah yang diberikan kepada masyarakat di daerah adalah *eigen huishouding* (menjalankan urusan rumah tangga sendiri).¹⁹

Otonomi daerah sebagai sebuah kebijakan politik membawa harapan bagi tercapainya sistem dan tata susunan sosial, politik, ekonomi, dan budaya yang memadai dalam upaya untuk meningkatkan taraf hidup dan kesejahteraan

¹⁶ Ni'matul Huda, *Problematika....., Op.Cit.*, hlm. 44.

¹⁷ Juanda, *Hukum Pemerintah Daerah Pasang Surut Kewenangan antara DPRD dan Kepala Daerah*, Alumni, Bandung, 2004, hlm. 127.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 127.

¹⁹ Laica M. Marzuki, *Berjalan-jalan Di Rumah Hukum*, Sekretariat Jenderal Kepariteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, hlm. 151. Dalam Ni'matul Huda, *Problematika....., Loc.Cit.*, hlm. 44.

masyarakat daerah. Sebagaimana Shah dan Tompson menjelaskan, kebijakan otonomi daerah memiliki nilai positif seperti: mendekatkan pengambilan keputusan dengan masyarakat yang memungkinkan partisipasi warga (*citizen participation*), pemberdayaan politik lokal (*empowerment local politics*), kebijakan yang lebih sesuai dengan kebutuhan lokal, memungkinkan kompetisi yang sehat antar daerah, menghindarkan monolitik kebijakan, dan pertumbuhan ekonomi yang lebih tersebar.²⁰

Otonomi daerah diharapkan menjadikan daerah lebih mandiri dengan peran pemerintah pusat yang tidak terlalu aktif mengatur daerah. Pemerintahan Daerah yang mampu memainkan perannya dalam membuka peluang memajukan daerah dengan melakukan identifikasi potensi sumber-sumber pendapatan daerah dan mampu menetapkan belanja daerah secara ekonomi yang wajar, efektif, dan efisien termasuk kemampuan perangkat daerah dalam meningkatkan kinerja pemerintahan, mempertanggungjawabkan kepada pemerintah atasannya maupun kepada publik/masyarakat.²¹

Pengembangan dari desentralisasi dan otonomi daerah dapat dilakukan setidaknya dengan dua syarat yang harus dipertimbangkan, yakni: *pertama*, diberikan wewenang untuk mengambil keputusan terhadap urusan yang menyangkut daerahnya; *kedua*, diberikan kebebasan untuk penguasaan dan pengalihan atas berbagai sumber potensi daerah yang bersangkutan.²²

²⁰ Hery Susanto, dkk, *Otonomi Daerah dan Kompetensi Lokal: Pikiran Serta Konsep* Syauckani HR., Millenium Publisher, Jakarta, 2003, hlm. 109-110.

²¹ H.A.W. Widjaja, *Otonomi Daerah dan Daerah Otonom*, Raja Grafindo, Jakarta, 2002, hlm. 7.

²² Ni'matul Huda, *Otonomi....., Op.Cit.*, hlm. 92.

Menurut Bagir Manan,²³ dasar-dasar hubungan pusat dan daerah dalam kerangka otonomi daerah menjadi 4 (empat) macam, yaitu: *Pertama*, dasar-dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara dengan maksud menghendaki keikutsertaan rakyat dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah sebagai wujud kedaulatan rakyat. *Kedua*, dasar pemeliharaan dan pengembangan prinsip-prinsip pemerintahan asli di daerah yang masih relevan dan memberikan kontribusi pada pengembangan sistem pemerintahan negara.

Ketiga, dasar kebhinekaan dengan maksud mengakomodir keragaman di daerah dan melunakkan “spanning” antar daerah. *Keempat*, dasar negara hukum yang tidak dapat dilepaskan dari kedaulatan rakyat. Hukum menjadi wujud kehendak rakyat, yang kemudian dalam hukum tersebut akan menjadi dasar bagi pemerintah untuk menyelenggarakan negara. .

Dasar permusyawaratan yang diterapkan hingga tingkat daerah menunjukkan bahwa desentralisasi dan otonomi daerah menginginkan wujud demokrasi nyata di daerah. Demokrasi sebagai cerminan kedaulatan rakyat tersebut diwujudkan dalam bentuk perwakilan rakyat di daerah. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) nantinya akan menjadi representatif dari rakyat pada tingkat daerah yang diberikan kewenangan untuk membuat peraturan sebagai instrumen pelaksanaan otonomi daerah dan mengakomodir kebutuhan rakyat.

²³ Bagir Manan, *Hubungan Antara Pusat Daerah Menurut UUD 1945*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994, hlm. 161-167.

Secara teoritik dan praktek menurut SH. Sarundajang, terdapat 5 jenis sistem otonomi atau sistem rumah tangga, yaitu:²⁴

- a. Otonomi organik (rumah tangga organik), merupakan otonomi dengan bentuk yang pada dasarnya menentukan bahwa urusan-urusan yang menyangkut kepentingan daerah diibaratkan sebagai organ-organ kehidupan yang merupakan suatu sistem yang menentukan mati hidupnya daerah. Tanpa kewenangan akan berkitab tidak berdayanya atau matinya daerah.
- b. Otonomi formal (rumah tangga formal), merupakan urusan otonomi tidak dibatasi secara positif. Satu-satunya pembatasan adalah daerah otonom yang bersangkutan tidak boleh mengatur apa yang telah diatur oleh perundangan yang lebih tinggi tingkatannya. Daerah otonom lebih bebas mengatur urusan rumah tangganya, sepanjang tidak memasuki area urusan pemerintah pusat. Otonom seperti ini merupakan hasil dari pemberian otonomi berdasarkan teori sisa, dimana pemerintah pusat lebih dulu menetapkan urusan-urusan yang dipandang lebih layak diurus pusat, sedangkan sisanya diserahkan kepada pemerintah daerah.
- c. Otonomi material (rumah tangga material/substantif), merupakan kewenangan daerah otonomi yang dibatasi secara positif yaitu dengan menyebutkan secara limitatif dan terinci atau secara tegas apa saja yang berhak diatur dan diurusnya. Dalam otonomi materiil ini ditegaskan bahwa untuk mengetahui suatu urusan menjadi rumah tangga sendiri, harus dilihat pada substansinya, artinya bahwa suatu urusan secara substansial dinilai dapat menjadi urusan pemerintah pusat, pemerintah lokal yang mengurus rumah tangga sendiri pada hakikatnya tidak akan mampu menyelenggarakan urusan tersebut, sebaliknya apabila secara substansial merupakan urusan daerah, pemerintah pusat meskipun dilakukan oleh wakil-wakilnya yang berada didaerah tidak akan mampu menyelenggarakannya.
- d. Otonomi riil (rumah tangga riil), merupakan gabungan antara otonomi formal dengan otonomi materiil. Dalam undang-undang pembentukan otonomi, kepada Pemerintah Daerah diberikan wewenang sebagai wewenang pangkal dan kemudian dapat ditambah dengan wewenang lain secara bertahap, dan tidak bertentangan dengan peraturan-undangan yang lebih tinggi tingkatannya. Otonomi riil pada prinsipnya menentukan bahwa pengalihan atau penyerahan wewenang urusan tersebut didasarkan kepada kebutuhan daerah yang menyelenggarakannya.

²⁴ S.H. Sarundajang, *Birokrasi Dalam Otonomi Daerah*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2003, hlm. 76-82.

- e. Otonomi nyata, bertanggung jawab, dan dinamis. Nyata artinya pemberian urusan pemerintahan dibidang tertentu kepada pemerintah daerah memang harus disesuaikan dengan faktor-faktor tertentu yang hidup dan secara obyektif didaerah. Adanya tindakan yang dipenghitungan secara cermat dan bijaksana, sehingga diperoleh suatu jaminan bahwa daerah itu secara nyata mampu mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri. Bertanggung jawab artinya, pemberian otonomi kepada pemerintahan dibidang tertentu kepada pemerintah daerah senantiasa diupayakan supaya selaras atau sejalan dengan tujuannya yaitu melancarkan pembangunan yang tersebar diseluruh pelosok negara. Ini untuk menjamin hubungan pusat dan daerah dalam suasana yang harmonis dan lebih dari itu untuk menjamin perkembangan pembangunan antar daerah yang serasi sehingga laju pertumbuhan antar daerah dapat seimbang. Dinamis artinya, otonomi ini menghendaki agar pelaksanaan otonomi senantiasa menjadi sarana untuk memberikan dorongan lebih baik dan maju atas segala kegiatan pemerintahan dalam rangka memberikan pelayanan yang semakin meningkat mutunya.

Dari kelima jenis sistem otonomi tersebut, R. Tresna, Bagir Manan, dan Mahfud MD menjelaskan, bahwa umumnya hanya tiga jenis sistem otonomi yang menjadi pilihan untuk diterapkan, yaitu sistem rumah tangga formal, sistem rumah tangga material, dan sistem rumah tangga nyata atau riil dengan beberapa varian.²⁵

Penerapan sistem rumah tangga yang menjadi wilayah otonomi menentukan hubungan kewenangan pemerintah pusat dan daerah. Cara pembagian atau menentukan urusan rumah tangga daerah akan mencerminkan otonomi luas dan terbatas. Otonomi luas dipahami dengan dasar pemikiran bahwa pada prinsipnya adalah semua urusan pemerintahan menjadi urusan

²⁵ Bagir Manan, *Hubungan....., Op.Cit.*, hlm. 26.

rumah tangga daerah, kecuali yang ditentukan menjadi urusan pemerintah pusat.²⁶

Otonomi terbatas dapat dipahami dengan tolak ukur yakni: *pertama*, urusan-urusan rumah tangga daerah ditentukan secara kategoris dan pengembangannya diatur dengan cara tertentu; *kedua*, adanya supervisi dan pengawasan, sehingga daerah otonom kehilangan kemandirian untuk menentukan secara bebas cara-cara mengatur dan mengurus rumah tangga daerahnya; *ketiga*, sistem hubungan keuangan antara pusat dan daerah menimbulkan keterbatasan kemampuan keuangan asli daerah yang akan membatasi ruang gerak otonomi daerah.²⁷

Secara konseptual, dalam konstitusi Indonesia berkaitan dengan otonomi yang diberikan kepada pemerintah daerah mengandung prinsip-prinsip yang menjadi pedoman, yaitu:²⁸

- a. Prinsip daerah mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.
- b. Prinsip menjalankan otonomi seluas-luasnya.
- c. Prinsip kekhususan dan keragaman daerah.
- d. Prinsip mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya.
- e. Prinsip mengakui dan menghormati pemerintahan daerah yang bersifat khusus dan istimewa.
- f. Prinsip badan perwakilan yang dipilih langsung melalui pemilu.
- g. Prinsip hubungan pusat dan daerah yang dilaksanakan secara selaras dan adil

Otonomi daerah yang terbatas bagi pemerintah daerah dalam menjalankan kewenangannya berkaitan dengan urusan rumah tangga pemerintahan,

²⁶ Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi FH UII, Yogyakarta, 2001, hlm. 37.

²⁷ *Ibid*, hlm. 37.

²⁸ Ni'matul Huda, *Otonomi....., Op.Cit.*, hlm. 20-21.

kemudian diklasifikasikan dalam 5 (lima) urusan rumah tangga yang dipegang penuh oleh pemerintah pusat, yaitu:²⁹

- a. Politik Luar Negeri, yaitu menentukan kebijakan luar negeri yang dilakukan oleh pemerintah, baik dalam hal urusan politik dan hukum yang berkaitan dengan hubungan diplomasi antar negara dan perjanjian internasional, maupun urusan ekonomi yang berkaitan dengan kebijakan perdagangan internasional, dan sebagainya.
- b. Pertahanan, yaitu urusan untuk mendirikan dan membentuk angkatan bersenjata, menyatakan kedaulatan negara dalam bahaya yang diikuti dengan kebijakan perang atau damai, dan mengembangkan sistem persenjataan dan pertahanan negara, dan sebagainya.
- c. Keamanan, yaitu urusan untuk mendirikan dan membentuk kepolisian negara, menetapkan kebijakan keamanan negara, menindak setiap pelanggaran hukum bagi setiap orang atau kelompok yang mengganggu keamanan negara, dan sebagainya.
- d. Moneter, yaitu urusan menetapkan kebijakan moneter, mencetak uang dan menentukan nilai mata uang, dan mengatur peredaran uang, dan sebagainya.
- e. Yustisi, mendirikan lembaga peradilan dan masyarakat, mengangkat perangkat lembaga penegak hukum, memberikan amnesti, grasi, dan abolisi, membentuk peraturan perundang-undangan yang tingkatannya nasional.

Desentralisasi dengan otonomi daerah dalam arti penyerahan urusan pemerintahan hanya dilakukan oleh pemerintah kepada pemerintah daerah otonom. Oleh karena itu, tidak terjadi pelimpahan atau penyerahan wewenang legislasi kepada lembaga legislatif dan wewenang yudikasi dari lembaga yudikatif kepada daerah otonom. Dalam negara federal sekalipun, desentralisasi dari negara bagian ke pemerintah lokal tidak pernah mencakup aspek legislasi dan yudikasi. Daerah otonom hanya mempunyai kewenangan untuk membentuk peraturan daerah.³⁰ Pembatasan dari kewenangan otonom

²⁹ Ni'matul Huda, *Otonomi Daerah "Filosofi, Sejarah.... Op.Cit.*, hlm. 96-97.

³⁰ Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Daerah*, Nusamedia, Bandung, 2009, hlm. 15.

yang diberikan kepada daerah sejatinya menjaga agar kemandirian tidak berubah menjadi kedaulatan.

Pembuatan peraturan yang terbatas hanya diberlakukan pada wilayah regional bukan berarti menjadi daerah kehilangan hak otonominya, melainkan dalam hal peraturan perundang-undangan pada suatu negara yang harus tersistem secara jenjang menandakan peraturan yang dibuat oleh pemerintahan daerah secara hierarki lebih rendah dari peraturan yang dibuat oleh pemerintah pusat. Kemandirian dari daerah terlihat dalam substansi aturan yang dibentuk dengan menyesuaikan kebutuhan dan kepentingan daerah. Kemudian, dalam prakteknya akan diimbangi dengan pengawasan oleh pemerintah yang lebih tinggi.

B. Tinjauan Umum Tentang Otonomi Desa

Otonomi sebagai hak untuk mengatur dan mengurus urusan rumah tangga secara mandiri. Kemandirian tersebut berangkat dari kebijakan desentralisasi yang diterapkan oleh pemerintah pusat sebagai pemerintah yang lebih tinggi kepada pemerintah daerah yang tingkatnya lebih rendah. Antara desentralisasi dan otonomi daerah sebagai langkah untuk mendemokratisasi seluruh wilayah di Indonesia. Bahkan, hingga tingkatan terendah sebagai kaki-kaki pemerintahan yang menopang negara Indonesia, yaitu Desa.

Berlangsungnya proses desentralisasi secara simultan yang beriringan dengan proses demokratisasi berjalan mulus secara *top-down* dalam kendali pemerintah, kiranya dapat diantisipasi dengan pembaharuan pemerintahan

pada tingkat paling bawah. Artinya, pembaharuan desa sebagai pemerintahan level paling bawah adalah suatu keniscayaan.³¹

Secara historis desa merupakan embrio bagi terbentuknya masyarakat politik dan pemerintahan di Indonesia. Jauh sebelum negara modern terbentuk, entitas sosial sejenis desa atau masyarakat adat, telah menjadi institusi sosial yang otonom dengan tradisi, adat istiadat, dan hukum sendiri yang mengakar kuat, serta relatif mandiri dari campur tangan entitas kekuasaan dari luar.³²

Perubahan dalam upaya demokratisasi desa terlihat dari beberapa fenomena, diantaranya:³³

- 1) Dominasi peran birokrasi mengalami pergeseran digantikan dengan kembali menguatnya peran institusi adat dalam proses penyelenggaraan pemerintahan sehari-hari.
- 2) Semangat mengadopsi demokrasi delegatif-liberatif yang cukup besar.
- 3) Semangat partisipasi masyarakat yang menonjol dalam proses politik pemerintahan dan pembangunan di tingkat desa yang tidak lagi berkuasa dari kebijakan pemerintah pusat secara terpusat (*top-down*), melainkan berasal dari partisipasi masyarakat.

Setidaknya ada 2 (dua) faktor penting yang menjadikan pembaharuan pemerintahan desa sangat penting untuk dilaksanakan, terkhusus dengan penuh kehati-hatian dalam pengambilan kebijakannya, seperti: *Pertama*, keberagaman desa yang sangat majemuk. *Kedua*, desa merupakan wujud bangsa yang paling kongkrit. Keduanya saling berkaitan karena identitas kolektif masyarakat dibentuk dengan mempertaruhkan kebangsaan dimulai dari desa. Tentunya sebagai pengikat yang berada di atas bangunan sosial desa

³¹ Purwo Santoso, *Pembaharuan Desa Secara Partisipatif*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003, hlm. 1.

³² *Ibid.*, hlm. 2.

³³ Solekhan, *Penyelenggaraan Pemerintahan Desa*, Setara Press, Malang, 2012, hlm. 35-36.

tersebut telah berdiri suatu perangkat kehidupan modern sebagai *nation state* (negara bangsa) yang kita kenal dengan negara Indonesia.³⁴

Desa (atau yang pernah terdengar istilah swadesi), menurut Soetardjo Kartohadikoesoemo, berasal dari bahasa sanskrit yang berarti tanah air, tanah asal, atau tanah kelahiran. Namun, istilah desa hanya dikenal dalam wilayah Jawa, Madura dan Bali. Di wilayah lain, tidak mengenal desa, tetapi wilayah yang setingkat desa lebih beragam dalam penamaannya disesuaikan dengan daerah masing-masing, misalnya: *Nagari* di Minangkabau, *Marga* di Sumatera Selatan, *Gampong* di Aceh, *Dusun-Dati*, dan dalam suku Batak dikenal dengan *Huta*.³⁵

Menurut Mashuri Mashab,³⁶ desa dalam 4 (empat) perspektif, yaitu:

- 1) Secara sosiologis, menggambarkan suatu bentuk kesatuan masyarakat atau komunitas penduduk yang tinggal dan menetap dalam suatu lingkungan, dimana di antara mereka saling mengenal dengan baik dan corak kehidupan mereka relatif homogen, serta banyak bergantung kepada kebaikan-kebaikan alam.
- 2) Secara ekonomi, desa sebagai suatu lingkungan masyarakat yang berusaha memenuhi kebutuhan hidupnya sehari-hari dari apa yang disediakan alam sekitarnya.
- 3) Secara politik, dimana 'desa' sebagai suatu organisasi pemerintahan atau organisasi kekuasaan yang secara politik mempunyai wewenang tertentu karena merupakan bagian dari pemerintahan negara.

Dari ketiganya, menegaskan bahwa desa menjadi organisasi komunitas lokal yang mempunyai batas-batas wilayah, dihuni oleh sejumlah penduduk, dan

³⁴ Purwo Santoso, *Pembaharuan.....*, *Loc.Cit.*, hlm. 2.

³⁵ Soetardjo Kartohadikoesoemo, *Desa*, Balai Pustaka, Jakarta, 1984, hlm 15-16. Dalam Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Desa "Dalam Konstitusi Indonesia Sejak Kemerdekaan Hingga Era Reformasi"*, Setara Press, Malang, 2015, hlm. 33.

³⁶ Mashuri Mashab, *Politik Pemerintahan Desa Di Indonesia*, Cetakan I, PolGov, Fisipol UGM, Yogyakarta, 2013, hlm. 1-2.

mempunyai adat istiadat untuk mengelola dirinya sendiri sebagai *self-governing community*.³⁷

Pendapat lain diungkapkan Geertz, yang mengartikan desa yang berasal dari bahasa sanskrit berarti daerah pinggiran, tempat, daerah yang tergantung pada kekuasaan yang lebih tinggi atau daerah yang diperintah oleh suatu kekuasaan di luar desa.³⁸ Ketergantungan tersebut, menjadikan kedudukan desa sebagai kesatuan masyarakat hukum yang otonom akan menurun karena menjadi sub-sistem dari institusi yang lebih besar, sehingga dalam bentuk piramida kekuasaan pemerintahan, desa berada pada tingkatan terendah.³⁹

Menurut Bayu Surianingrat, dalam desa terdapat adat yang tidak lain adalah hukum yang tidak tertulis, yang berlaku turun temurun sejak adanya nenek moyang, dan memiliki sanksi bagi yang melanggar sebagai sikap dari keseluruhan golongan. Oleh karena itu, masyarakatnya disebut sebagai masyarakat hukum (*rechtsgemeenschap*) dan daerahnya dinamakan daerah hukum (*rechtsgebied* atau *rechtsstreek*).⁴⁰

Lebih lanjut Bayu menjelaskan, bahwa setiap desa memiliki adat istiadatnya masing-masing untuk mengatur dan mengurus hidup secara bersama. Dimensi mengatur menandakan ada subjek yang membuat aturan dan menegakkan aturan tersebut. Inilah yang disebut dengan memerintah,

³⁷ Sutoro Eko, "*Masa Lalu, Masa Kini, Masa Depan, Otonomi Desa*", Dalam Soetandyo Wignosubroto dkk (Tim Penulis), *Pasang Surut Otonomi Daerah, Sketsa Perjalanan 100 Tahun*, Institute For Local Development dan Yayasan Tifa, Jakarta, 2005, hlm. 444. Dikutip oleh Ni'matul Huda, *Hukum....., Loc.Cit.*, hlm. 33.

³⁸ Suryanef dan Al Rafni, *Kembali ke Nagari, Kembali Ke Identitas dan Demokrasi Lokal?*, Lihat Jamil Gunawan, dkk (Editor), *Desentralisasi, Globalisasi, dan Demokrasi Lokal*, LP3ES, Jakarta, 2005, hlm. 353. Dalam Ni'matul Huda, *Hukum....., Ibid.*, hlm. 34.

³⁹ Mashuri Mashab, *Politik....., Op.Cit.*, hlm. 4.

⁴⁰ Bayu Surianingrat, *Pemerintahan Administrasi Desa dan Kelurahan*, Rineka Cipta, Jakarta, 1992, hlm. 13.

artinya dalam setiap desa memiliki organ yang memerintah yaitu: pemerintahan desa.⁴¹

Selanjutnya Ter Haar, mengartikan desa sebagai negara kecil (*doorps republiek*) karena desa dengan pemerintahannya memiliki alat (polisi dan pengadilan desa) dengan mekanisme (aturan/hukum) untuk menjalankan hak menggunakan kekerasan (*coercion*) di dalam teritori wilayah (*domain*) hukumnya. Wilayah keberlakuan (*domain*) hukum suatu masyarakat hukum dapat berupa teritori tetap, artinya berlaku bagi setiap orang yang berada di wilayah itu, dan/atau bagi setiap warga masyarakat itu dimanapun ia berada.⁴²

Memandang desa dalam perspektif sosiologis lebih menekankan pada kultur, komunitas dari masyarakat desa, sedangkan dalam perspektif hukum lebih menekankan pada aspek struktur.⁴³ Desa tidak hanya merupakan unit administratif, namun juga merupakan unit dari satuan entitas kultural. Berfungsinya lembaga-lembaga sosial, politik dan pemerintahan mengacu pada konteks kultural. Hal ini menandakan bahwa otonomi desa tidak hanya memiliki dimensi administratif (memperlakukan desa sebagai unit administrasi yang berwenang untuk mengelola urusannya secara mandiri dari unit administrasi yang lebih tinggi), namun juga memiliki dimensi kultural.⁴⁴

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 13.

⁴² R. Yando Zakaria, *Pemulihan Kehidupan Desa dan UU No. 22 Tahun 1999*, Lihat Jamil Gunawan, dkk (Editor), *Desentralisasi, Globalisasi, dan Demokrasi Lokal*, LP3ES, Jakarta, 2005, hlm. 353. Dalam Ni'matul Huda, *Hukum.....*, *Op.Cit.*, hlm. 35.

⁴³ Kushandajani, *Otonomi Desa Berbasis Modal Sosial Dalam Perspektif Sosio-Legal*, Jurusan Ilmu Pemerintahan FISIP Universitas Diponegoro, Semarang, 2008, hlm. 31. Dalam Ni'matul Huda, *Perkembangan Hukum Tata Negara "Perdebatan dan Gagasan Penyelenggaraan"*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014, hlm. 368.

⁴⁴ Purwo Santoso, *Pembaharuan.....*, *Op.Cit.*, hlm. 23.

Terlihat bahwa pandangan mengenai desa, menegaskan desa adalah daerah yang otonom secara mandiri dapat mengurus daerahnya sendiri. Sifat otonom tersebut mencirikan kekhususan dan keaslian, yang dibuktikan dengan perangkat pemerintahan, teritori, warga, dan aturan yang didasarkan adat istiadat masing-masing daerah. Adat istiadat yang kemudian menjadi instrumen untuk menjalani kehidupan bermasyarakat demi memenuhi kebutuhan dan kesejahteraan masyarakat di desa tersebut.

Lebih jauhnya, secara historis keaslian dari otonomi desa dipertegas oleh ungkapan C. Van Vollenhoven, bahwa ketika sebuah kapal berbendera tiga warna masuk daerah Indonesia pada tahun 1956, daerah itu dalam artikata hukum tata negara bukanlah sebidang tanah kosong dan tandus tidak tergarap. Daerah itu penuh padat dengan lembaga pengaturan masyarakat dan pemerintah, yang dikuasai oleh atau berkekuasaan atas suku-suku bangsa, kesatuan perkampungan, republik-republik, dan kerajaan-kerajaan.⁴⁵

Setidaknya, 2 (dua) hal yang dapat dijadikan kualifikasi yang menandakan keaslian desa sebagai daerah otonom, yaitu: *Pertama*, kehidupan bermasyarakat yang menggunakan hukum adat yang dilaksanakan secara mandiri. *Kedua*, bahwa kemandirian tersebut bukan pemberian dari otoritas yang lebih tinggi. Berangkat dari pemahaman tersebut, penulis berpandangan bahwa jika terdapat hierarki dalam desa, maka penerapan otonomi didasarkan pada mekanisme *bottom-up*, yakni dari pemerintah terendah ke pemerintahan yang lebih tinggi.

⁴⁵ Ateng Syafrudin dan Suprin Na'a, *Republik Desa, Pergaulatan Hukum Tradisional dan Hukum Modern Dalam Design Otonomi Desa*, Alumni, Bandung, 2010, hlm. 5.

Otonomi Desa bagi Soetardjo Kartohadikoesoemo, dalam bukunya “Desa” adalah hak otonomi atau hak mengatur dan mengurus rumah tangga desa sebagai daerah hukum yang diatur dalam hukum adat adalah kewenangan dan kewajiban yang tidak hanya bersangkutan dengan kepentingan keduniawian, melainkan juga kepentingan kerohanian. Tidak hanya kepentingan pemerintahan (ketatanegaraan), namun juga kepentingan penduduk perseorangan. Maka, otonomi desa dalam konteks hukum adat dimaknai secara luas.⁴⁶

Sejalan dengan pendapat Soetardjo, Bayu Surianingrat memaknai otonomi desa adalah otonomi yang sudah ada sejak desa itu terbentuk. Otonomi berlandaskan adat, mencakup kehidupan lahir dan batin penduduk desa, dan tidak berasal dari pemberian pemerintah.⁴⁷

Pengertian tersebut, oleh Bayu Surianingrat ditarik kesimpulan untuk mengartikan otonomi desa, yakni: *Pertama*, pengertian otonomi dipahami dalam dua aspek yaitu: otonomi menurut hukum barat yang cakupannya lebih sempit berkaitan dengan urusan rumah tangga secara mandiri yang hanya mencakup keentingan keduniawian dan otonomi menurut hukum adat yang luas mencakup kepentingan keduniawian dan kepentingan kerohanian. *Kedua*, bangsa Indonesia tidak mengenal otonomi yang isinya mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri, pengertian tersebut adalah ciptaan bangsa Belanda.⁴⁸

⁴⁶ Bayu Surianingrat, *Pemerintahan*, *Op.Ci.*, hlm. 140.

⁴⁷ Bayu Surianingrat, *Desa dan Kelurahan Menurut UU No. 5 Tahun 1979*, Metro Pos, Jakarta, 1980, hlm. 14. Dalam Ni'matul Huda, *Perkembangan*, *Op.Cit.*, hlm. 367.

⁴⁸ Bayu Surianingrat, *Pemerintahan.....*, *Loc.Cit.*, hlm. 140.

Berangkat dari hal tersebut Bayu Surianingrat membagi bentuk desa menjadi 2 (dua) jenis yaitu:⁴⁹

- 1) Desa Genealogis, merupakan desa yang penduduknya memiliki hubungan kekeluargaan dan berasal dari keturunan leluhur yang sama. Desa-desa tersebut masih terjaga kehidupan adat istiadat, berikuk dengan tata pemerintahan desa yang didasarkan pada hukum adat.
- 2) Desa Teritorial, merupakan desa yang warganya tidak memiliki hubungan keturunan satu sama lain. Dasar desa teritorial adalah penduduk yang bertempat tinggal di daerah yang sama dikarenakan masyarakat yang mempunyai kepentingan bersama.

Dari keduanya dapatlah kita melihat kecenderungan bahwa desa secara genealogis merupakan otonomi asli dan teritorial merupakan desa dalam pemahaman hukum barat.

Otonomi desa yang asli dipertegas kembali oleh Mashuri Mashab yang mengungkapkan bahwa dalam konteks politik, sebagai kesatuan masyarakat hukum, desa mengurus kehidupan mereka secara mandiri (otonom), dan wewenang untuk mengurus dirinya sendiri itu sudah dimilikinya semenjak kesatuan masyarakat hukum itu terbentuk tanpa diberikan oleh pihak lain. Dari sinilah asalnya mengapa desa disebut memiliki otonomi asli, yang berbeda dengan daerah otonom lainnya seperti kabupaten, provinsi, yang memperoleh hak otonominya dari pemerintah pusat.⁵⁰

Desa dipahami sebagai suatu kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai susunan asli berdasarkan hak asal usul yang bersifat istimewa.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 22.

⁵⁰ Mashuri Mashab, *Politik.....*, *Op.Cit.*, hlm. 3.

Landasan pemikiran mengenai pemerintahan desa adalah keanekaragaman, partisipasi, otonomi asli, demokratisasi dan pemberdayaan masyarakat.⁵¹

Kerangka otonomi asli memberikan desa yang masuk dalam wilayah pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia mendapatkan pengakuan dan penghormatan, termasuk pada hak-hak yang melekat bagi desa sebagai daerah yang memiliki otonomi yang khas dan asli. Otonomi desa dan hak-hak yang melekat padanya menjadi satu kesatuan yang utuh, bukan dipahami secara terpisah dimana otonomi desa yang ada dan diakui, tanpa adanya pengakuan pada hak-hak khusus dari desa.

Terlihat dalam konstitusi negara Indonesia yang mengakomodir hal tersebut, berkaitan dengan hak-hak yang dimiliki oleh desa yang disebut dengan hak asal-usul atau hak-hak tradisional desa. Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 Pasal 18 menyebutkan bahwa:⁵²

“Pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil, dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang, dengan memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara, dan hak-hak asal-usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa”.

Dalam penjelasannya bahwa:⁵³

“Dalam teritorir Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 *zelfbesturende landchappen* dan *volksgemeenschappen*, seperti desa di Jawa dan Bali, negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli, dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa.”

⁵¹ H.A.W. Widjaja, *Otonomi Desa “Merupakan Otonomi Asli, Bulat dan Utuh”*, Rajawali Pers, Jakarta, 2012, hlm. 3.

⁵² Lihat Pasal 18 Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (Pra Amandemen)

⁵³ Lihat Penjelasan Pasal 18 Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (Pra Amandemen)

Berkaitan dengan hak asal-usul yang dimiliki oleh desa, mendapatkan pengakuan dan penghormatan dari pemerintah pusat yang diatur dalam konstitusi Indonesia mencakup 3 (tiga) aspek, yaitu: *Pertama*, hak asal-usul yang menyangkut struktur kelembagaan. Ini adalah yang tersirat dari kata-kata “susunan asli”. *Kedua*, hak asal-usul yang menyangkut ketentuan dan prosedur tentang pengangkatan dan pemberhentian pemimpin. *Ketiga*, Hak asal-usul yang menyangkut penyelenggaraan urusan-urusan pemerintahan terutama yang berhubungan dengan penyelenggaraan dan pembebanan terhadap masyarakat.⁵⁴

Pasca amandemen konstitusi, terlihat beberapa perbedaan terkait pengaturan otonomi desa dan hak-hak asli yang dimiliki oleh desa. Terlihat dalam Pasal 18B ayat (2) UUD Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa:⁵⁵

“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dengan undang-undang.”

Dengan pemahaman hak-hak tradisional yang dimaksud adalah hak-hak asal-usul. Namun, yang membedakan adalah hak-hak tradisional yang dimaksud dibatasi dengan sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dengan undang-undang.

⁵⁴ Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Desa*, Materi Matakuliah Hukum Pemerintahan Desa, 2014, Slide ke 10.

⁵⁵ Lihat Pasal 18B ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pasal tersebut yang kemudian ditafsirkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusannya bahwa:⁵⁶

- 1) Suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya yang bersangkutan secara *de facto* masih ada dan/atau hidup (*actual existence*), apabila setidaknya mengandung unsur-unsur:
 - a. Ada masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (*in-group feeling*);
 - b. Ada pranata pemerintahan adat;
 - c. Ada harta kekayaan dan/atau benda-benda adat;
 - d. Ada perangkat norma hukum adat, dan khusus bagi kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial juga terdapat unsur wilayah hukum adat tertentu.
- 2) Suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dimaksud sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila keberadaannya telah diakui berdasarkan undang-undang yang berlaku sebagai pencerminan nilai-nilai yang dianggap ideal dalam masyarakat dewasa ini, baik undang-undang yang bersifat umum maupun bersifat sektoral, seperti bidang agraria, kehutanan, perikanan, dan lain-lain, maupun dalam peraturan daerah dan substansi hak-hak tradisionalnya diakui dan dihormati oleh warga kesatuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak asasi manusia.
- 3) Suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dianggap sesuai dengan prinsip NKRI apabila tidak mengganggu eksistensi NKRI sebagai satu kesatuan politik dan kesatuan hukum, yaitu:
 - a) Keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas NKRI;
 - b) Substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.”

Penafsiran yang memberikan penjelasan terhadap pengaturan desa dalam konstitusi sejatinya tidak dapat dilepaskan dengan bagaimana dinamika perkembangan pengaturan otonomi desa dalam undang-undang.

Untuk melihat dinamika tersebut, penulis membagi sejarah pengaturan otonomi desa dalam undang-undang dengan beberapa fase, yaitu: *Fase pertama*, pada masa kolonial pemerintah Belanda memilih pilihan politik untuk membiarkan pemerintahan desa mendapatkan keleluasaan untuk

⁵⁶ Ni'matul Huda, *Hukum....., Op.Cit.*, Slide ke 15-17.

mengatur berdasarkan hukum adat atau adat istiadat masing-masing desa sebagaimana telah diatur dalam Pasal 128 ayat (3) *Indische Staatsregeling* (IS) tanggal 2 September 1834, *Staatblad Tahun* 1854 No. 2.⁵⁷

Pengaturan dalam Pasal 128 IS dikenal adanya daerah administratif, yaitu wilayah setingkat desa yang tidak memiliki otonomi. Daerah tersebut dimaksudkan untuk wilayah kota terutama yang mempunyai banyak penduduk kulit putih/orang eropa. Dalam perkembangannya (setelah berlakunya *Decentralisatie Wet* dan *Desentralisatie Besluit* 1905) dikenal *Local Raad* yang kemudian daerah ini melalui suatu dewan pemerintahan, berhak untuk mengatur daerahnya terutama terkait penggunaan dana atas pemberian pemerintah pusat. Seiring dengan pengaturan daerah administratif, maka hak-hak pribumi dan ketentuan mengenai aturan adat tidak diberlakukan.⁵⁸

Selanjutnya, pilihan politik etis Belanda terhadap Indonesia demi kepentingan jajahan yang memberikan perhatian demikian besar kepada pemerintahan desa. *Inlansche Gemeente Ordonantie* (IGO) pada 1 Mei 1906 (*Staatblad Tahun* 1906 No 83) yang hanya diberlakukan untuk desa-desa di Jawa dan Madura dikeluarkan oleh pemerintah Hindia Belanda, yang cenderung menguatkan kedudukan hukum adat dan kolektivitas pemerintahan desa.⁵⁹ Untuk daerah di luar Jawa dan Madura, desa-desa juga diperlakukan sama mengenai eksistestensi dan kedudukannya dengan *ordonantie* yang dibentuk untuk daerah masing-masing, seperti: Ordonansi Desa Bumiputera di Sumatera Barat (Ordonansi tanggal 27 September 1918 Stb. No. 677),

⁵⁷ Ateng Syafrudin dan Suprin Na'a, *Republik....., Op.Cit.*, hlm. 7.

⁵⁸ Mashuri Mashab, *Politik....., Op.Cit.*, hlm. 45-50.

⁵⁹ Mashuri Mashab, *Politik....., Ibid.*, hlm. 54.

Ordonansi Desa Bumiputera di Tapanuli (Ordonansi tanggal 21 September 1923 Stb. No. 469), dan Ordonansi Desa Bumiputera di Ambon (Ordonansi tanggal 21 September 1923 Stb. No. 471).⁶⁰

Dalam hal ini, pengakuan atas eksistensi desa dengan adat istiadatnya diakomodir dalam perundang-undangan kolonial yang formal dan mempertegas kedudukan desa.⁶¹ Menurut Soetandyo, desa-desa di Jawa maupun di luar Jawa merupakan desa yang sudah mulai digarap/dikonstruksi ulang pada zaman kolonial (*hervormd*) sebagai organisasi-organisasi kehidupan yang berasaskan kesatuan teritorialitas dan tidak atau tidak lagi berasaskan kesatuan identitas personal.⁶²

Terlihat bahwa ada pergeseran dalam pemaknaan otonomi desa yang seharusnya merupakan sebagai otonomi asli, kemudian bergeser menjadi otonomi desa ala barat yang hanya memaknai otonomi desa secara formal sebagai daerah hukum. Mengesampingkan ciri khas keaslian otonomi desa yang tidak hanya mengurus keduniawian melainkan juga kerohanian kehidupan masyarakatnya. Selain itu, juga memandang otonomi desa sebagai pemberian dari pemerintah atasan, bukan otonomi asli yang ada sejak terbentuknya kesatuan masyarakat hukum desa tersebut.

Fase kedua, pemberlakuan Undang-Undang No. 19 Tahun 1965 tentang Desapraja. Pada fase ini terjadi penyeragaman dalam hal penamaan wilayah

⁶⁰ Soetandyo Wignjosoebroto, "Menggagas Perundang Baru Tentang Pemerintahan Desa Demi Terwujudnya Demokratisasi dan Penguatan Fungsi Sosial Desa". Lihat Angger Jati Wijaya, dkk (editor), Reformasi Tata Pemerintahan Desa Menuju Demokasi, Pustaka Pelajar kerjasama dengan YAPIKA dan FORUM LSM DIY, Yogyakarta, 2000, hlm. 151-152. Dalam Ni'matul Huda, *Hukum....., Op.Cit.*, hlm. 45.

⁶¹ *Ibid.*, hlm. 41.

⁶² *Ibid.*, hlm. 42.

tingkat desa yang kemudian diubah nama menjadi desapraja. Desapraja bukan dalam artian wilayah tingkat desa yang dibentuk baru, melainkan tetap mengakui kesatuan masyarakat hukum yang telah ada di Indonesia.

Dalam pengaturannya, desapraja ialah kesatuan masyarakat hukum yang tertentu batas-batas daerahnya, berhak mengurus rumahtangganya sendiri, memilih penguasanya dan mempunyai harta benda sendiri.⁶³ Kesatuan-kesatuan masyarakat hukum yang dimaksud adalah yang tercakup dalam pengertian penjelasan Pasal 18 UUD 1945 yaitu: “*volksgemeenschappen* seperti Desa di Jawa dan Bali, Negeri di Minangkabau, Dusun dan Marga di Palembang dan sebagainya”, yang bukan bekas-bekas swapraja.⁶⁴

Terlihat bahwa undang-undang tersebut masih berpijak pada pemahaman otonomi desa masih berada pada konsep otonomi asli. Sedangkan, bagi wilayah kesatuan-kesatuan masyarakat hukum lainnya yang tidak bersifat teritorial dan belum mengenal otonomi sebagaimana terdapat di pelbagai bagian wilayah Indonesia (daerah administratif), tidak dijadikan desapraja melainkan, kelak dapat langsung dijadikan daerah administrasi dari Daerah Tingkat III.

Pergeseran makna menurut penulis terdapat pada penjelasan tambahan yang menyebutkan bahwa:⁶⁵

“Desapraja tidaklah merupakan suatu tujuan tersendiri, melainkan hanyalah sebagai bentuk peralihan untuk mempercepat terwujudnya Daerah Tingkat III

⁶³ Pasal 1 Undang-Undang No. 19 Tahun 1965 tentang Desapraja Sebagai Bentuk Peralihan Untuk Mempercepat Terwujudnya Daerah Tingkat III Di Seluruh Wilayah Republik Indonesia

⁶⁴ Ni'matul Huda, *Desa dalam UU No. 19 Tahun 1965 Tentang Desapraja*, Materi Matakuliah Hukum Pemerintahan Desa, 2014, Slide ke 5.

⁶⁵ *Ibid.*, Slide ke 7.

dalam rangka UU tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Daerah. kelak bila telah tiba waktunya semua desapraja harus ditingkatkan menjadi Daerah Tingkat III dengan atau tanpa menggabungkannya lebih dulu mengingat besar kecilnya pelbagai desapraja itu.”

Artinya, aturan ini mengarah pada mengkonstruksi desa atau nama lain setingkat desa menjadi Daerah Tingkat III yang merupakan daerah otonom dalam perspektif ketatanegaraan barat berbeda dengan pemaknaan otonomi asli. Otonomi desa menjadi suatu pemberian dari pemerintah yang lebih tinggi tingkatannya untuk mengatur dan mengurus urusan rumahtangga desa. Kesimpulannya terjadi pengaburan terhadap otonomi desa yang asli yang seharusnya masih tetap diakui dan dihormati oleh negara sebagaimana yang diatur dalam konstiusi.

.Fase ketiga, pemberlakuan Undang-Undang No. 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa. Berlatarbelakang penyelenggaraan negara secara sentralistik pemerintahan Orde Baru mengeluarkan kebijakan untuk menyeragamkan penyelenggaraan pemerintah desa baik di dalam maupun di luar Jawa dan Madura. Dalam cakupan wilayah, daerah setingkat desa dibagi menjadi dua, yaitu: desa sebagai daerah otonom dan daerah administratif yang disebut dengan kelurahan.

Tujuan dari penyeragaman sendiri adalah untuk memperkuat pemerintahan desa agar mampu menggerakkan partisipasi masyarakat dalam pembangunan, menyelenggarakan administrasi desa yang lebih efektif dan efisien serta memberikan dorongan perkembangan dan pembangunan masyarakat desa. Namun, dalam kenyataannya masyarakat desa bukan dikembangkan atau

diberdayakan (*empowerment*), akan tetapi lebih kepada diperdayakan atau diperlemah.⁶⁶

Pelemahan tersebut dapat dilihat satu persatu mulai dari pengertian desa sebagai kesatuan masyarakat hukum telah hilang ditandai dengan pengertian desa adalah “Suatu wilayah yang ditempati oleh sejumlah penduduk sebagai kesatuan hukum yang mempunyai organisasi pemerintahan terendah langsung di bawah camat dan berhak menyelenggarakan rumah tangganya sendiri dalam ikatan Negara Kesatuan Republik Indonesia.”⁶⁷ Artinya, pemerintah Orde Baru memaknai desa secara sempit hanya sebatas wilayah yang memiliki penduduk. Bahkan, lebih sangat disayangkan ketika pemahamannya adalah desa seolah bukan sebagai daerah yang otonom, melainkan bagian dari daerah yang tingkatannya lebih tinggi, namun sifatnya hanya daerah administratif yaitu, kecamatan.

Penyeragaman yang terjadi, jika dalam undang-undang sebelumnya hanya menyangkutnya nama wilayah, namun dalam undang-undang ini penyeragaman juga mencakup penyelenggaraan pemerintahan. Uniformitas pemerintahan desa diwujudkan dalam bentuk birokratisasi pemerintahan desa. Dominasi negara hadir mengesampingkan keragaman dari penyelenggaran pemerintahan desa yang didasarkan pada adat istiadat desa masing-masing.⁶⁸ Kekayaan konsep ketatanegaraan asli Indonesia melalui pemerintahan desa adatnya telah hilang dengan dalih efektivitas dan efisiensi.

⁶⁶ H.A.W. Widjaja, *Otonomi.....*, *Op.Cit.*, hlm. 9-10.

⁶⁷ Lihat Pasal 1 huruf a Undang-Undang No. 5 Tahun 1979 Tentang Pemerintahan Desa.

⁶⁸ Purwo Santoso, *Pembaharuan.....*, *Op.Cit.*, hlm. 3.

Setidaknya beberapa kelemahan penerapan undang-undang ini untuk mengatur pemerintahan desa adalah sebagai berikut:⁶⁹

- a) Pemerintah daerah di luar Jawa dan Madura dipaksa berlawanan dengan masyarakat adat karena harus menghilangkan kesatuan masyarakat hukum (*rechtgemennschap*) yang dianggap tidak menggunakan kata desa seperti Nagari di Minangkabau, Dusun dan Marga di Palembang, Gampong di Aceh, dan lain-lain.
- b) Kesatuan masyarakat hukum yang telah dijadikan desa itu harus memiliki pemerintahan yang akan melaksanakan kewenangan, hak dan kewajiban desa serta menyelenggarakan pemerintahan desa dengan pola atau sistem baru, seperti ditetapkan dalam UU No. 5 tahun 1979.
- c) Kesatuan masyarakat hukum tidak hanya secara formal dan nomenklatur berganti nama menjadi desa, tetapi harus secara operasional segera memenuhi segala syarat yang ditentukan oleh UU No. 5 tahun 1979.

Pendekatan dengan pola sentralistik dan keseragaman yang demikian sejatinya bertolak belakang dengan cita pembangunan yang dicetuskan oleh Orde Baru dan telah mematikan inisiatif dan kreativitas daerah dalam melaksanakan pembangunan.⁷⁰

Fase keempat, pasca reformasi dengan berlakunya Undang-Undang No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah. Dalam pengaturannya menegaskan desa tidak lagi merupakan wilayah administratif, bahkan tidak lagi menjadi bawahan atau unsur pelaksana daerah, tetapi menjadi daerah yang istimewa dan bersifat mandiri yang berada dalam wilayah kabupaten sehingga setiap desa berhak berbicara atas kepentingan sendiri sesuai kondisi sosial budaya yang hidup dalam masyarakatnya.⁷¹

⁶⁹ Ni'matul Huda, *Desa dalam UU No. 5 Tahun 1979 Tentang Desa*, Materi Matakuliah Hukum Pemerintahan Desa, 2014, Slide ke 6.

⁷⁰ Solekhan, *Penyelenggaraan.....*, *Op.Cit.*, hlm. 3.

⁷¹ H.A.W. Widjaja, *Otonomi.....*, *Op.Cit.*, hlm. 17.

Terdapat 2 (dua) hal yang menjadi landasan pemikiran dari pengaturan pemerintahan desa dalam undang-undang ini, yakni: *Pertama*, mengakui dan mengakomodir adanya keanekaragaman, partisipasi, otonomi asli, demokratisasi, dan pemberdayaan masyarakat. *Kedua*, penyelenggaraan pemerintahan desa merupakan subsistem dari sistem penyelenggaraan pemerintahan sehingga desa memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakatnya.⁷²

Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) pada saat itu menyadari bahwa penyeragaman nama, bentuk, susunan, dan kedudukan pemerintahan desa tidak sesuai dengan jiwa UUD 1945 (pra amandemen) dan perlu mengakui serta menghormati hak asal-usul daerah yang bersifat istimewa sehingga perlu diganti dengan aturan yang baru.⁷³ Sejalan dengan pandangan Antlov,⁷⁴ bahwa saat ini penduduk desa menyadari betul hak dan kapasitasnya untuk melaksanakan wewenang demokratik persoalan publik yang mempengaruhi kehidupan komunitasnya. Ada kesadaran baru tentang kebanggaan dan penghargaan terhadap diri sendiri di dalam desa dengan kembalinya semangat demokratik dalam kehidupan sehari-hari yang sebelumnya dihancurleburkan oleh pemerintahan Orde Baru.

Menurut Zen Zanibar, terdapat 4 (empat) elemen pokok dari konsep desa melalui definisi yang dituliskan dalam undang-undang, yaitu: *pertama*,

⁷² Ni'matul Huda, *Desa dalam UU No. 22 Tahun 1999 Tentang Pemerintahan Daerah*, Materi Matakuliah Hukum Pemerintahan Desa, 2014, Slide ke 5.

⁷³ Ni'matul Huda, *Hukum....., Op.Cit.*, hlm. 172.

⁷⁴ Renske Biezeveld, *Ragam Peran Adat Di Sumatera Barat*. Dalam Jamie S. Davidsan, David Henley, Sandra Moniaga (Penyunting), *Adat Dalam Politik Indonesia*, KITLV-Jakarta kerjasama dengan Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2010, hlm. 238. Dikutip kembali dalam Ni'matul Huda, *Hukum....., Ibid.*, hlm. 174-175.

kesatuan masyarakat hukum; *kedua*, otonomi; *ketiga*, berdasarkan hak asal usul dan adat istiadat setempat yang diakui dalam pemerintahan nasional; *keempat*, berada dalam daerah kabupaten.⁷⁵ Selain itu, terdapat beberapa prinsip yang memperlihatkan bahwa sendi-sendi dari otonomi tersebut telah muncul, seperti (1) *sharing of power* (pembagian kekuasaan), (2) *distribution of income* (pembagian pendapatan), (3) *empowering* (kemandirian administrasi pemerintahan daerah).⁷⁶

Sangat disayangkan ternyata, semangat positif berkaitan dengan otonomi desa yang dibangun tidak sepenuhnya tertuang secara tertulis dalam undang-undang ini. Terlihat ketika tidak ada secara eksplisit yang menegaskan mengenai kedudukan desa dan otonomi asli yang dimiliki oleh desa yang dibuktikan dengan kewenangan yang diberikan berbanding terbalik dengan konsep otonomi desa. Otonomi asli hanya mendapatkan pengakuan yang sifatnya formalitas terhadap eksistensinya, ditunjukkan dengan diakomodirnya keberagaman dan hak asal usul desa.

Melihat lebih jauh, berkaitan dengan kedudukan desa dalam konsep undang-undang ini, desa lebih mengarah pada bangunan sosial daripada suatu bangunan hukum. Desa tak ubahnya sebuah organisasi otonom yang berbasis anggota seperti koperasi. Urusan yang menjadi kewenangan desa hanya kepentingan warga yang berhuungan dengan administrasi, sedangkan kepentingan lain yang berhubungan dengan ekonomi terutama menyangkut

⁷⁵ Zen Zanibar MZ., *Otonomi Desa Dengan Acuan Khusus Pada Desa Di Provinsi Sumatera Selatan*, Disertasi, Program Pascasarjana FH UI, Jakarta, 2003, hlm. 399-400. Dalam Ni'matul Huda, *Hukum....., Ibid.*, hlm. 175.

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 173.

mata pencaharian tidak menjadi kewenangan desa. Maka, kecenderungan yang muncul berkaitan dengan kewenangan desa dan pemerintahannya lebih memberikan makna kepada desa sebagai bagian dari organisasi kabupaten.⁷⁷

Menurut Sutoro Eko, terdapat beberapa kelemahan yang kemudian mengaburkan esensi otonomi asli yang dimiliki oleh desa. Kelemahan tersebut dimulai dari pelimpahan sepenuhnya persoalan desa kepada pemerintah kabupaten. Seolah memberikan “cek kosong” dalam pengaturan desa kepada kabupaten/kota dengan memberikan diktum yang sifatnya makro dan abstrak dalam hal desentralisasi kewenangan kepada desa.⁷⁸

Posisi desa terlihat kabur karena dalam pengaturannya mencampuradukkan antara prinsip *self-governing community* (otonomi asli) dan *local-self government* (desentralisasi). Pengakuan terhadap desa sebagai *self-governing community* (otonomi asli) hanya bersifat simbolik dengan nostalgia, daripada substantif. Titik krusial lain adalah perubahan dari kewenangan mengatur dan mengurus “rumah tangga sendiri” menjadi kewenangan mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat.”⁷⁹ Artinya, belum ada secara tegas konsep pengaturan beraitan dengan desa dan pemerintahan desa dengan otonomi asli yang dimilikinya.

Fase kelima, pemberlakuan Undang-Undang No 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah. Berangkat dari kesalahan yang timbul dalam

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 176.

⁷⁸ Sutoro Eko, “*Masa Lalu, Masa Kini, Masa Depan, Otonomi Desa*”, Dalam Soetandyo Wignosubroto dkk (Tim Penulis), *Pasang Surut Otonomi Daerah, Sketsa Perjalanan 100 Tahun*, Institute For Local Development dan Yayasan Tifa. Jakarta:2005, hlm. 488-489. Dikutip oleh Ni'matul Huda, *Hukum.....*, *Ibid.*, hlm. 184.

⁷⁹ *Ibid.*

pengaturan desa, ketidakjelasan tersebut tidak dapat dilepaskan dari kondisi pengaturan yang belum komprehensif dimana peraturan pelaksana undang-undang sebelumnya hanya mengatur hal-hal yang berkaitan dengan kewenangan pemerintah provinsi, sedangkan untuk daerah kabupaten/kota tidak secara tegas diatur. Akibatnya, adalah desa yang berada dalam wilayah kabupaten/kota tidak dapat bertahan dari campur tangan pemerintah kabupaten/kota yang terlalu besar, mengingat tidak ada peraturan secara rinci sehingga ditafsirkan secara subjektif oleh pemerintah kabupaten kota.

Perubahan yang terjadi dalam pengaturan desa tidak terlihat signifikan, terkhusus perubahan mengenai otonomi desa yang sebelumnya terlihat kabur. Tidak jauh berbeda dengan aturan sebelumnya yang hanya pada tataran mengakui tanpa dijelaskan cakupan kewenangan desa selaku daerah otonom, dalam undang-undang ini pemerintah pusat hanya mengakui eksistensi pemerintahan desa tanpa membagi kekuasaannya terhadap penyelenggaraan pemerintahan yang lebih rendah tingkatannya. Desa hanya diakui sebagai “kesatuan masyarakat hukum” (*self-governing community*) tanpa adanya pembagian kekuasaan.⁸⁰

Bagi Sutoro Eko, substansi UU No. 32 Tahun 2004 cenderung menjauh dari UU No. 22 Tahun 1999 yang lebih bersifat devolutif-liberal, dan sebaliknya justru semakin mendekati pada UU No. 5 Tahun 1974 yang bersifat sentralistik-otokratis-korporatis. UU No. 32 Tahun 2004 tidak dimaksudkan untuk memperkuat desentralisasi dan demokrasi lokal, sebaliknya malah

⁸⁰ Didik Sukriono, *Pembaharuan Hukum Pemerintahan Desa, Politik Hukum Pemerintahan Desa Di Indonesia*, Setara Press kerjasama dengan Pusat Kajian Konstitusi Universitas Kanjuruhan, Malang 2010. Dalam Ni'matul Huda, *Hukum....., Ibid.*, hlm. 190.

hendak melakukan resentralisasi, neokorporatisme, dan rebirokratisasi terhadap daerah desa.⁸¹

Lebih lanjut, Sutoro menegaskan bahwa UU No. 32 Tahun 2004 tidak menghormati eksistensi desa yang menuntut penghormatan, keadilan, pemerataan, kesejahteraan, dan kemandirian desa. Setidaknya ada 3 (tiga) hal yang memperlihatkan kemunduran otonomi dan demokrasi desa, yaitu:⁸²

- a) Bahwa UU No. 32 Tahun 2004 tidak menghormati eksistensi desa yang menuntut penghormatan, keadilan, pemerataan, kesejahteraan, dan kemandirian desa. Desa benar-benar hilang karena dari pet desentralisasi di Indonesia. UU No. 32 Tahun 2004 tidak mengenal otonomi desa, melainkan hanya mengenal otonomi daerah.
- b) Tidak ada menyebutkan secara eksplisit mengenai otonomi desa, melainkan malah menegaskan bahwa “Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi, dan daerah provinsi itu dibagi atas daerah kabupaten dan kota yang masing-masing memiliki pemerintahan daerah”. Artinya negara hanya dibagi menjadi daerah provinsi dan kabupaten/kota yang kemudian ditetapkan menjadi daerah otonom (*local self government*). Desa hanya diakui keberadaannya, tetapi tidak mendapatkan pembagian kekuasaan dan kewenangan pemerintahan (desentralisasi).
- c) Berkaitan dengan kedudukan desa sebagai daerah otonom, Pasal 200 ayat (1) yang menyatakan bahwa “Dalam pemerintahan Kabupaten/Kota dibentuk pemerintahan desa yang terdiri dari pemerintah desa dan badan permusyawaratan desa.” Frasa “dibentuk” ini menegaskan bahwa pemerintah desa merupakan subsistem atau bagian dari pemerintahan kabupaten/kota. Artinya dalam undang-undang ini desa merupakan satuan pemerintah yang ada di dalam pemerintah kabupaten/kota.

Terlihat nyata dari kelemahan tersebut bahwa otonomi desa masih kabur, terkhusus berkaitan dengan otonomi asli yang tidak ada sama sekali diwujudkan dalam undang-undang tersebut.

⁸¹ *Ibid.*, hlm. 189

⁸² *Ibid.*, hlm. 190-191.

Pengaturan berkaitan dengan kedudukan desa dan pemerintahannya dalam rangka otonomi mengalami dinamika yang cenderung mengarah pada kemunduran. Memprihatinkan agaknya ketika otonomi asli merupakan konsep ketatanegaraan yang lahir dari bangsa Indonesia sendiri semakin tergerus dan mengarah pada penghilangan sifat otonomi asli itu sendiri.

Fase keenam, pemberlakuan Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa. Keberagaman karakteristik dan jenis desa, atau yang disebut dengan nama lain, tidak menjadi penghalang bagi para pendiri bangsa (*founding fathers*) untuk menjatuhkan pilihan pada bentuk negara kesatuan. Meskipun, disadari dalam suatu negara kesatuan diperlukan adanya sifat homogenitas, tetapi Negara Kesatuan Republik Indonesia tetap memberikan pengakuan dan jaminan terhadap keberadaan masyarakat hukum dan kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya.⁸³

Lahirnya Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa, sejatinya ada setelah Putusan Mahkamah Konstitusi yang berkaitan dengan penafsiran Pasal 18B ayat (2) UUD NRI 1945. Namun, sebagai penjabaran dari Pasal 18 ayat (7) dan Pasal 18B UUD NRI, secara tegas diatur dalam undang-undang ini bahwa yang menjadi tujuan dibentuknya undang-undang tentang desa, yaitu:⁸⁴

- a) Memberikan pengakuan dan penghormatan atas Desa yang sudah ada dengan keberagamannya sebelum dan sesudah terbentuknya Negara Kesatuan Republik Indonesia;

⁸³ Ni'matul Huda, *Hukum....., Op.Cit.*, hlm. 210.

⁸⁴ Lihat Pasal 4 Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 Tentang Desa.

- b) Memberikan kejelasan status dan kepastian hukum atas Desa dalam sistem ketatanegaraan Republik Indonesia demi mewujudkan keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia;
- c) Melestarikan dan memajukan adat, tradisi, dan budaya masyarakat Desa;
- d) Mendorong prakarsa, gerakan, dan partisipasi masyarakat Desa untuk pengembangan potensi dan Aset Desa guna kesejahteraan bersama;
- e) Membentuk Pemerintahan Desa yang profesional, efisien dan efektif, terbuka, serta bertanggung jawab;
- f) Meningkatkan pelayanan publik bagi warga masyarakat Desa guna mempercepat perwujudan kesejahteraan umum;
- g) Meningkatkan ketahanan sosial budaya masyarakat Desa guna mewujudkan masyarakat Desa yang mampu memelihara kesatuan sosial sebagai bagian dari ketahanan nasional;
- h) Memajukan perekonomian masyarakat Desa serta mengatasi kesenjangan pembangunan nasional; dan
- i) Memperkuat masyarakat Desa sebagai subjek pembangunan.

Penjabaran tujuan tersebut yang kemudian memperlihatkan adanya perspektif baru dalam pengaturan tentang desa dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia.

Otonomi bagi desa setidaknya terlihat lebih jelas dengan adanya perspektif baru yang ada dalam pengaturan desa, seperti:⁸⁵

- 1) Payung hukum bagi pemerintahan desa lebih jelas dan kuat secara kedudukan karena diatur dengan suatu undang-undang, sedangkan sebelumnya hanya diatur dalam suatu undang-undang bersama dengan pengaturan pemerintah daerah;⁸⁶
- 2) Asas utama yang digunakan adalah asas rekognisi dan subsidiaritas, sedangkan sebelumnya menggunakan asas utama dalam

⁸⁵ Ni'matul Huda, *Pemerintahan Desa dalam UU No. 6 Tahun 2014 Tentang Desa*, Materi Matakuliah Hukum Pemerintahan Desa, 2014, Slide ke 5.

⁸⁶ Pengaturan berkaitan dengan pemerintahan desa yang sebelumnya berlaku adalah Undang-Undang No. 22 Tahun 1948 Tentang Penetapan Aturan-Aturan Pokok Mengenai Pemerintahan Sendiri Di Daerah-Daerah Yang Berhak Mengatur Dan Mengurus Rumah Tangganya Sendiri; Undang-Undang No. 19 Tahun 1965 Tentang Desapraja Sebagai Bentuk Peralihan Untuk Mempercepat Terwujudnya Daerah Tingkat III Di Seluruh Wilayah Republik Indonesia; Undang-Undang No. 5 Tahun 1979 Tentang Pemerintahan Desa; Undang-Undang No. 22 Tahun 1999 Tentang Pemerintahan Daerah; dan Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah. Terlihat bahwa, hanya Undang-Undang No. 5 Tahun 1979 Tentang Pemerintahan Desa yang memberikan payung hukum yang tegas terhadap pemerintahan desa. Namun, secara substansi sebagaimana yang dijelaskan penulis tidak sejalan dengan konsep otonomi desa itu sendiri.

penyelenggaraan pemerintahan desa adalah desentralisasi dan residualitas;⁸⁷

- 3) Kedudukan pemerintahan desa adalah Pemerintahan masyarakat, *hybrid* antara *self-governing community* dan *local self-government*. Sedangkan sebelumnya kedudukan pemerintahan desa adalah Pemerintahan yang berada dalam sistem pemerintahan daerah kabupaten/kota (*local state government*);
- 4) Kepala desa menjadi pemimpin masyarakat, sedangkan sebelumnya lebih kepada perpanjangan tangan dari pemerintahan yang lebih tinggi;
- 5) Posisi dan peran pemerinah kabupaten/kota dalam hal ini terbatas dan lebih bersifat strategis, sedangkan sebelumnya pemerintah kabupaten/kota sebagai pemerintahan yang lebih tinggi dari pemerintah desa memiliki posisi dan peran yang besar dan luas;
- 6) Posisi desa dalam pembangunan menggunakan model *villege driven development* dan secara politik tempat menjadikan desa sebagai arena bagi orang desa, dimana pemerintahan desa sebagai subyek yang mendapatkan mandat merancang pembangunan di tingkat desa. Sedangkan, sebelumnya desa menggunakan model pembangunan *Government driven development* atau *community driven development* yang menjadikan desa sebagai lokasi proyek pemerntahan yang lebih tinggi, dimana pemerintahan desa merupakan objek dan target dari pembangunan yang dirancang oleh pemerintahan yang di atasnya;
- 7) Pendekatan yang digunakan dalam pengupayaan kemandirian pemerintahan desa adalah fasilitasi, emansipasi dan konsolidasi, sedangkan sebelumnya menggunakan pendekatan imposisi dan mutilasi sektoral.

Perspektif baru tersebut memberikan pengaruh terhadap pengaturan mengenai kedudukan desa. Setidaknya dapat terlihat bahwa pemerintah pusat menunjukkan kesungguhan untuk mengatur pemerintahan desa lebih baik lagi.

⁸⁷ Asas utama yang menjadi prinsip pengaturan dalam penyelenggaraan pemerintahan desa saat ini terdiri atas: *pertama*, rekognisi, yaitu pengakuan terhadap hak asal usul, terutama berkaitan dengan kesatua masyarakat hukum adat yang mendapatkan otonomi asli; *kedua*, subsidiaritas, yaitu penetapan kewenangan pemerintah desa yang berskala lokal dan pengambilan keputusan secara lokal untuk kepentingan masyarakat desa. Sedangkan, sebelumnya menggunakan asas desentralisasi, yaitu pelimpahan wewenang pemerintahan (pemerintah pusat kepada pemerintah daerah provinsi dan kabupaten/kota, selanjutnya pemerintah daerah provinsi dan kabupaten/kota kepada pemerintah desa) dan asas residualitas, yaitu prinsip sisa dalam pembagian kewenangan pemerintahan dimana pemerintahan desa hanya berwenang atas penyelenggaraan pemerintahan yang tidak menjadi kewenangan dari pemerintah pusat dan pemerintah daerah kabupaten/kota atau kewenangan tersebut diberikan kepada pemerintahan desa. Dalam asas desentralisasi dan residualitas sejatinya mengesampingkan desa yang memiliki otonomi asli karena hanya mengakui bahwa desa mendapatkan kewenangan yang diberikan oleh pemerintah daerah kabupaten/kota

Otonomi desa yang nyata dilihat melalui pelaksanaan asas rekognisi dan subsidiaritas. Asas rekognisi mengisyaratkan adanya pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum atau kesatuan masyarakat hukum adat yang berkaitan dengan eksistensi desa, hak-hak tradisional dan prakarsa desa sebagai subjek dalam pemerintahan desa. Begitu pula, dengan asas subsidiaritas yang mengisyaratkan bahwa merupakan organisasi pemerintahan berbasis masyarakat, pemerintahan yang menyatu dengan masyarakat atau pemerintahan milik masyarakat atau pemerintahan paling depan, paling bawah dan paling dekat dengan masyarakat.⁸⁸

Kedua asas utama tersebut, memberikan implikasi terhadap pendefinisian dan pemaknaan desa. Terbukti, dalam mendefinisikan desa Pasal 1 ayat (1) 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.”⁸⁹

Lebih lanjut dalam pengaturan terhadap pemerintahan desa yang memiliki hak otonomi dijelaskan bahwa adanya penggabungan antara fungsi *self-governing community* dengan *local-self government*. Kesatuan masyarakat hukum dan kesatuan masyarakat hukum adat ditata sedemikian rupa menjadi

⁸⁸ Ni'matul Huda, *Pemerintahan....., Op.Cit.*, Slide ke 8-9.

⁸⁹ Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 Tentang Desa.

desa dan desa adat yang melakukan kewenangan yang kurang lebihnya sama. Perbedaan keduanya hanya terletak pada pelaksanaan hak asal usul, terutama menyangkut pelestarian sosial desa adat, pengaturan dan pengurusan wilayah adat, sidang perdamaian adat, pemeliharaan ketertiban dan keamanan masyarakat hukum adat, serta pengaturan dan pelaksanaan pemerintahan desa adat berdasarkan susunan asli.⁹⁰

Pada akhirnya, dari dinamika yang muncul terhadap pengaturan desa melalui undang-undang yang dibentuk oleh pemerintahan di tingkat pusat, melahirkan konsep otonomi desa yang berlaku di Indonesia menjadi: *pertama*, otonomi desa asli (bagi daerah yang masih menerapkan adat istiadat dalam kehidupan kesatuan masyarakatnya); *kedua*, otonomi desa desentralisasi (bagi daerah setingkat desa yang masyarakatnya cenderung heterogen akibat perkembangan masyarakat), otonomi ini merupakan pemberian dari pemerintahan yang lebih tinggi dan tidak menggunakan hukum adat dalam penyelenggaraan pemerintahannya, melainkan menggunakan hukum formal.

C. Tinjauan Umum Tentang Peraturan Desa

Indonesia adalah negara hukum.⁹¹ Penegasan secara eksplisit di dalam konstitusi negara Indonesia menandakan bahwa supremasi hukum dijunjung tinggi dalam menjalankan kehidupan bernegara. Demokrasi yang ingin diterapkan untuk menegajewantahkan kedaulatan rakyat dibingkai dalam kerangka hukum agar kedaulatan rakyat secara nyata diwujudkan dalam penyelenggaraan negara. Hal tersebut sebagaimana yang dinyatakan bahwa

⁹⁰ Dalam Ni'matul Huda, *Hukum....., Op.Cit.*, hlm. 210-211.

⁹¹ Lihat Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

“Kedaulatan berada ditangan rakyat dan dilaksanakan berdasarkan Undang-Undang Dasar”.⁹² Artinya, Undang-Undang Dasar selaku hukum tertinggi yang merepresentasikan kehendak rakyat secara umum berkaitan dengan penyelenggaraan negara.

Negara hukum juga akan mengikat bagi pelaksana kedaulatan rakyat agar bertindak sesuai pada koridor hukum, dan memastikan tidak adanya penyalahgunaan wewenang yang melanggar hukum yang berlaku. Dalam hal ini subjek yang memegang kedaulatan rakyat adalah pejabat lembaga negara yang kewenangannya diatur dalam konstitusi, maupun memiliki kewenangan yang diatur dalam peraturan dibawahnya atas pelimpahan kewenangan dari pemegang kedaulatan rakyat ataupun langsung atas perintah Undang-Undang Dasar itu sendiri.

Paham negara hukum tidak dapat dilepaskan dari pengaruh sistem hukum yang dianut oleh Indonesia. Sistem hukum Eropa Kontinental memiliki beberapa prinsip yang kemudian diterapkan oleh negara yang menganutnya, yaitu: *pertama*, memiliki kekuatan mengikat yang diwujudkan dalam peraturan-peraturan berbentuk undang-undang; *kedua*, sistem hukum Eropa Kontinental yang biasa disebut dengan sistem hukum *civil law*, lebih mengedepankan kepastian hukum dalam pencapaian keadilan. Seluruh perbuatan dalam kehidupan bernegara diatur dalam hukum yang bersifat tertulis.⁹³

⁹² Lihat Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

⁹³ Sri Sanituti Hariadi, *Sistem Hukum Di Indonesia*. Dalam web.unair.ac.id/admin/file/f_20025_a13.ppt, Slide ke 11-14. Diakses tanggal 06 Januari 2016.

Perlu diingat pula bahwa sebelum Indonesia merdeka sebagai suatu negara sejatinya dikenal sebuah sistem hukum yang telah hidup di tengah masyarakat di Indonesia. Masyarakat yang menjalani kehidupannya dengan sistem adat istiadat, membentuk suatu aturan yang didasarkan pada adat istiadatnya masing-masing. Sehingga dari kerangka adat istiadat yang relatif mapan dengan nilai-nilai yang hidup bersamanya, terbentuklah suatu sistem hukum yang dikenal dengan sistem hukum adat.

Sistem hukum adat merupakan sistem hukum asli Indonesia yang telah hidup dan berkembang di tataran masyarakat tradisional. Snouck Hurgronje mengenalnya dengan istilah *adatrecht*. Beberapa prinsip yang terkandung dalam hukum adat adalah *pertama*, hukum yang sangat dipengaruhi oleh nilai kesucilaan yang tumbuh dan berkembang dalam kehidupan masyarakat adat; *kedua*, bersifat tradisional yang berpangkal pada kehendak nenek moyang; *ketiga*, perkembangannya tergantung pada kejadian dan keadaan hidup yang silih berganti; *keempat*, pemuka adat sebagai pemimpin kesatuan masyarakat memiliki kewenangan untuk membuat aturan berikut dengan perubahan akibat perkembangan hukum adat, dan menegakkan hukum adat tersebut dengan kekuasaan yang dimilikinya agar dipatuhi masyarakat adat dalam rangka menjaga keutuhan hidup sejahtera masyarakat adat.⁹⁴

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945), merupakan hukum tertulis yang tertinggi di Indonesia. Hukum yang bersifat umum dan abstrak untuk mengatur hal pokok dari dasar-dasar

⁹⁴ *Ibid.*, Slide ke 21-24.

kehidupan bernegara. Dalam pelaksanaannya, UUD NRI 1945 kemudian menjadi dasar dan diturunkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang lebih spesifik. Maka, dikenal hierarki dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia yang mengikuti jenjang pejabat negara sebagai pembuat peraturan yang juga tersusun secara hierarkis.

Norma hukum menurut Jimly Asshiddiqie, secara sifat dapat dipahami sebagai berikut: *pertama*, bentuk umum dan abstrak yang bersifat mengatur (*regeling*); *kedua*, bentuk konkret dan individual merupakan keputusan yang bersifat atau berisikan penetapan administratif (*beschikking*); ketiga, bentuk keputusan yang berupa ‘vonis’ hakim yang lazimnya disebut dengan putusan. Pengaturan menghasilkan suatu peraturan (*regels*) yang seharusnya tidak disebut dengan istilah lain selain ‘peraturan’. Penetapan atau pengambilan keputusan administratif menghasilkan sesuatu yang tidak lain dengan istilah ‘ketetapan atau keputusan’. Begitu pula dengan penghakiman atau peradilan menghasilkan yang tidak lain adalah ‘putusan’.⁹⁵

Peraturan sebagai norma hukum, terbagi atas dua jenis pengelompokan, yaitu: peraturan otonom (*Autonome Satzung*) dan peraturan pelaksana (*Verordnung*). Kedua aturan tersebut merupakan peraturan-peraturan yang terletak dibawah peraturan tertinggi yang berfungsi menyelenggarakan ketentuan-ketentuan dalam undang-undang.⁹⁶ Peraturan otonom dibentuk atas dasar atribusi kewenangan, sedangkan peraturan pelaksana dibentuk atas dasar

⁹⁵ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm. 7-8.

⁹⁶ Maria Farida Indrati S., *Ilmu Perundang-undangan “Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan”*, Kanisius, Yogyakarta, 2007, hlm. 55.

delegasi kewenangan dalam hal pembentukan peraturan perundang-undangan dari peraturan otonom tersebut.

Atribusi kewenangan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan (*attribute van wetgevingsbevoegdheid*) ialah pemberian kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan yang diberikan oleh *Grondwet* (Undang-Undang Dasar) atau *Wet* (Undang-Undang) kepada suatu lembaga negara/pemerintahan.⁹⁷ Sedangkan delegasi kewenangan (*delegatie van wetgevingsbevoegdheid*) dalam pembentukan peraturan perundang-undangan ialah pelimpahan kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kepada peraturan perundang-undangan yang lebih rendah, baik pelimpahan dinyatakan dengan tegas maupun tidak.⁹⁸

Menurut Jimly Asshiddiqie, subjek pembentuk peraturan sejatinya merupakan hak eksklusif dari legislatif. Peraturan dibentuk berdasarkan prinsip kedaulatan yang direpresentasikan oleh wakil rakyat dalam parlemen yang berlaku mengikat dan membatasi kebebasan setiap individu warga negara (*presumption of liberty of sovereign people*). Ada kalanya ketika cabang kekuasaan lain diluar legislatif, yaitu eksekutif dan yudikatif untuk membuat peraturan. Namun, hal tersebut dapat terjadi atas persetujuan dari legislatif melalui pendelegasian kewenangan dalam hal pembentukan peraturan yang

⁹⁷ Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken va Administratif Recht*, Culemborg: Lemma, 1998, hlm. 57. Dalam Maria Farida Indrati S., *Ilmu....., Ibid.*, hlm. 55.

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 56.

biasanya cakupannya terbatas lingkup pengaturannya dibandingkan dengan peraturan yang dibentuk oleh legislatif.⁹⁹

Sudah menjadi kebiasaan umum di dunia bahwa undang-undang yang dibuat oleh parlemen hanya mengatur garis besar ketentuan yang diperlukan, sedangkan rincian operasionalnya diatur lebih lanjut oleh pihak eksekutif sendiri yang lebih mengetahui rincian persoalan yang perlu diatur.¹⁰⁰ Peraturan turunan sebagai pelaksana tersebut bersifat lebih teknis tentunya agar mempermudah eksekutif sebagai pelaksana undang-undang. Maka, legislatif dalam hal ini adalah peraturan otonom dan eksekutif adalah pembuat peraturan pelaksana.

Pemberian kewenangan untuk membentuk peraturan pelaksana atau membentuk peraturan yang tingkatannya lebih rendah, disebut dengan pendelegasian kewenangan legislatif (*legislative delegation of rule making power*). Kewenangan untuk mengatur lebih lanjut, itu secara tegas didelegasikan oleh legislator utama (*primary legislator*) kepada legislator sekunder (*secondary legislator*).¹⁰¹ Dalam hal ini, yang mendapatkan delegasi kewenangan legislatif pada pemerintahan desa adalah lembaga perwakilan rakyat di desa yang kemudian membuat peraturan secara bersama dengan kepala desa.

Pemerintahan negara tersusun secara hierarkis mulai dari tingkatan tertinggi yaitu pemerintah pusat atau pemerintah nasional hingga tingkatan yang lebih rendah berikut dengan otonominya, yaitu pemerintah daerah

⁹⁹ Jimly Asshiddiqie, *Perihal....., Op.Cit.*, hlm. 8.

¹⁰⁰ Jimly Asshiddiqie, *Perihal....., Ibid.*, hlm. 9.

¹⁰¹ *Ibid.*, hlm. 214.

maupun pemerintah desa. Dalam hal tertentu ada keterkaitan dengan jenjang peraturan perundang-undang yang juga tersusun secara hierarkis. Otonomi yang dimaknai dengan mengatur dan mengurus urusan rumah tangga secara mandiri berikut juga dengan kewenangan untuk membuat aturan. Maka, peraturan dari pemerintahan otonom juga memperlihatkan hierarki dalam sistem peraturan perundang-undangan.

Desa yang merupakan daerah otonom, menjadi bagian yang tidak dapat dipisahkan pula dengan kewenangan untuk membuat aturan sendiri dalam rangka menyelenggarakan pemerintahannya. Sebagaimana menurut Taliziduhu, salahsatu unsur penting dari otonomi desa adalah lembaga atau badan “perwakilan” atau musyawarah yang sepanjang penyelenggaraan urusan rumah tangga desa memegang fungsi ”mengatur”.¹⁰² Desa yang saat ini dikenal dengan otonomi asli dan otonomi desentralisasi akan berpengaruh produk hukum yang dihasilkan. Tak ubahnya dengan pemerintahan di tingkat daerah, desa juga menjalankan pemerintahannya yang otonom berlandaskan sendi-sendi permusyawaratan atau perwakilan. Maka, lembaga perwakilan desa hadir sebagai representasi masyarakat desa yang menjamin kedaulatan rakyat juga terwujud ditingkatan desa.

Produk hukum yang dihasilkan dari lembaga perwakilan di tingkat desa adalah peraturan desa. Peraturan desa inilah yang kemudian akan menjadi instrumen hukum bagi penyelenggaraan pemerintahan desa, baik itu sebagai legalitas pemberian kewenangan kepada aparat pemerintah desa, mengatur

¹⁰² Taliziduhu Ndraha, *Dimensi-Dimensi Pemerintahan Desa*, Cetakan Ketiga, Bumi Aksara, Jakarta, 1991, hlm. 8.

kehidupan masyarakat desa, maupun sebagai peraturan turunan dari peraturan yang lebih tinggi. Dalam hal ini pembentukan peraturan desa bagi penulis akan membuka peluang bagi partisipasi masyarakat sebagai bentuk penyelenggaraan negara yang demokratis dan konsekuensi dari dianutnya paham negara hukum.

Peraturan desa yang baru dikenal ketika pemerintahan desa diatur dalam Undang-Undang No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, sedangkan secara hierarki baru dikenal dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagai peraturan tingkat terendah setelah peraturan daerah kabupaten/kota.¹⁰³ Hal yang menjadi penting adalah materi muatan yang terkandung dalam peraturan desa tersebut. Materi muatan peraturan desa yang setingkat adalah seluruh materi dalam rangka penyelenggaraan urusan desa atau yang setingkat serta penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.¹⁰⁴

Untuk mengetahui lebih lanjut mengenai materi muatan peraturan desa dalam rangka penyelenggaraan urusan pemerintahan desa adalah dengan melihat kewenangan yang dimiliki oleh pemerintah desa dalam peraturan perundang-undangan. Dalam UU No. 22 Tahun 1999 menyebutkan bahwa kewenangan desa yaitu:¹⁰⁵ *pertama*, kewenangan yang sudah ada berdasarkan hak asal-usul desa; *kedua*, kewenangan yang oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku belum dilaksanakan oleh daerah dan pemerintah;

¹⁰³ Lihat Pasal 7 ayat (2) huruf c Undang-Undang 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

¹⁰⁴ Lihat Pasal 11 Undang-Undang 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

¹⁰⁵ Lihat Pasal 99 Undang-Undang 22 Tahun 1999 Tentang Pemerintahan Daerah.

ketiga, tugas pembantuan dari pemerintah, pemerintah provinsi dan/atau pemerintah kabupaten. Lebih rinci mengenai kewenangan desa ditetapkan melalui peraturan daerah.¹⁰⁶

Berlakunya Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah mengatur kewenangan pemerintahan desa bahwa urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan desa mencakup:¹⁰⁷

- a) urusan pemerintahan yang sudah ada berdasarkan hak asal-usul desa;
- b) urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan kabupaten/kota yang diserahkan pengaturannya kepada desa;
- c) tugas pembantuan dari Pemerintah, pemerintah provinsi, dan/atau pemerintah kabupaten/kota;
- d) urusan pemerintahan lainnya yang oleh peraturan perundang-undangan diserahkan kepada desa.

Kewenangan yang masih secara umum dijabarkan tersebut kemudian akan diatur lebih rinci melalui peraturan daerah.¹⁰⁸

Setidaknya, gambaran mengenai urusan rumah tangga yang menjadi kewenangan pemerintahan desa lebih jelasnya dijabarkan dalam penjelasan Pasal 14 ayat (1) Peraturan Pemerintah No. 72 Tahun 2005, yang membaginya dalam 3 (tiga) urusan, yaitu:¹⁰⁹ *pertama*, “urusan pemerintahan”, antara lain pengaturan kehidupan masyarakat sesuai dengan kewenangan desa seperti pembuatan peraturan desa, pembentukan lembaga kemasyarakatan, pembentukan Badan Usaha Milik Desa, kerjasama antar desa; *kedua*, “urusan

¹⁰⁶ Lihat Pasal 4 ayat (2) Peraturan Pemerintah No. 76 Tahun 2001 Tentang Pedoman Umum Pengaturan Mengenai Desa.

¹⁰⁷ Lihat Pasal 209 Undang-Undang 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah.

¹⁰⁸ Lihat Pasal 88 ayat (4) Peraturan Pemerintah No. 76 Tahun 2001 Tentang Pedoman Umum Pengaturan Mengenai Desa.

¹⁰⁹ Lihat Penjelasan Pasal 14 ayat (1) Peraturan Pemerintah No. 72 Tahun 2005 Tentang Desa.

pembangunan”, antara lain pemberdayaan masyarakat dalam penyediaan sarana prasarana fasilitas umum desa seperti jalan desa, jembatan desa, irigasi desa, pasar desa; *ketiga*, “urusan kemasyarakatan”, antara lain pemberdayaan masyarakat melalui pembinaan kehidupan sosial budaya masyarakat seperti bidang kesehatan, pendidikan, adat istiadat.

Perkembangan pengaturan desa dengan berlakunya Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa, menjelaskan kewenangan desa meliputi:¹¹⁰

- 1) Kewenangan berdasarkan hak asal usul;
- 2) Kewenangan lokal berskala Desa;
- 3) Kewenangan yang ditugaskan oleh Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, atau Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota; dan
- 4) Kewenangan lain yang ditugaskan oleh Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, atau Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

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 prakasa 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, dll.¹¹¹

Desa adat memiliki kewenangan desa adat meliputi:¹¹²

- 1) Pengaturan dan pelaksanaan pemerintahan berdasarkan susunan asli;
- 2) Pengaturan dan pengurusan ulayat atau wilayah adat;
- 3) Pelestarian nilai sosial budaya Desa Adat;

¹¹⁰ Lihat Pasal 19 Undang-Undang 6 Tahun 2014 Tentang Desa.

¹¹¹ Ni'matul Huda, *Pemerintahan....., Op.Cit.*, Slide ke 13.

¹¹² Lihat Pasal 103 Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 Tentang Desa.

- 4) Penyelesaian sengketa adat berdasarkan hukum adat yang berlaku di Desa Adat dalam wilayah yang selaras dengan prinsip hak asasi manusia dengan mengutamakan penyelesaian secara musyawarah;
- 5) Penyelenggaraan sidang perdamaian peradilan Desa Adat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- 6) Pemeliharaan ketenteraman dan ketertiban masyarakat Desa Adat berdasarkan hukum adat yang berlaku di Desa Adat; dan Pengembangan kehidupan hukum adat sesuai dengan kondisi sosial budaya masyarakat Desa Adat.

Hak asal usul bagi desa dimaknai dengan 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.¹¹³

Kewenangan yang diberikan kepada desa dalam beberapa pengaturan mengenai pemerintahan desa tersebut menggambarkan cakupan materi muatan yang akan diatur dalam peraturan desa. Disamping itu, terdapat batasan bagi peraturan desa yang secara materi muatan dan proses pembuatan tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan fungsi peraturan desa sendiri yang menjadi peraturan yang menjabarkan dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

D. Tinjauan Umum Tentang Pengawasan Peraturan Perundang-undangan

Produk hukum sebagai norma yang tersusun secara hierarkis dalam suatu sistem perundang-undangan harus selaras antara satu dan lainnya. Artinya tidak ada pertentangan satu dengan yang lainnya baik peraturan perundang-undangan yang setingkat, maupun peraturan perundang-undangan yang lebih rendah

¹¹³ Ni'matul Huda, *Pemerintahan....., Loc.Cit., Slide ke 13.*

tingkatannya terhadap peraturan yang lebih tinggi tingkatannya. Perlu adanya upaya penyelenggara negara dalam rangka penyesuaian norma hukum tersebut.

Pengawasan terhadap produk hukum merupakan salahsatu tindakan penyelenggara negara dalam rangka penyesuaian norma hukum dalam suatu sistem peraturan perundang-undangan. Pengawasan dapat diartikan sebagai suatu tindakan untuk mencegah agar suatu perbuatan/keputusan organisasi/pejabat pemerintah tidak merugikan masyarakat dan bertentangan dengan aturan yang ada. Pengawasan ini, sangat diperlukan agar perbuatan pejabat publik (pejabat pemerintah) benar-benar sesuai dengan kebutuhan, kemanfaatan, dan sesuai dengan hukum yang berlaku, sehingga bisa mengurangi tindakan otoriter dan penyalahgunaan wewenang dari pejabat pemerintah.¹¹⁴

Menurut Bagir Manan, pengawasan sebagai suatu kontrol sama halnya dengan pengendalian. Lazimnya disebut sebagai kontrol yang meliputi dimensi pengawasan yang bertalian dengan pembatasan dan pengendalian yang bertalian dengan arahan (*directive*).¹¹⁵ Konsep pengawasan sendiri dari segi tahapan pelaksanaannya dikenal dalam dua macam, yakni pengawasan secara preventif dan represif. Preventif dimaknai dengan tindakan yang dilakukan sebelum keputusan dikeluarkan dan represif merupakan tindakan yang dilakukan setelah keputusan dikeluarkan. Diana Halim Kuncoro kemudian menjelaskan,

¹¹⁴ Gusti Partana Mandala, *Wewenang DPR Dalam Penetapan dan Pengawasan APBN Menurut UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Tesis, Pascasarjana Hukum Universitas Udayana, Denpasar, 2011, hlm. 32-33. Dikutip dalam http://www.pps.unud.ac.id/thesis/pdf_thesis/unud-176-891703856-cover.pdf pada tanggal 7 Januari 2016.

¹¹⁵ Bagir Manan, *Peningkatan Fungsi Kontrol Masyarakat Terhadap Lembaga Legislatif, Eksekutif dan Yudikatif*, Makalah pada *Forum Orientasi dan Tatap Muka Tingkat Nasional Kosgoro*, Cipanas-Cianjur, 26 Juli 2000, hlm. 1-2. Dalam Ni'matul Huda, *Problematika.....*, *Op.Cit.*, hlm. 50.

pengawasan dalam perspektif hukum administrasi negara dimaksudkan untuk mencegah timbulnya segala bentuk penyimpangan tugas pemerintahan dari apa yang telah digariskan (preventif) dan menindak atau memperbaiki penyimpangan yang terjadi (represif).¹¹⁶

Menurut Paulus Efendi Lotulung, tujuan utama dilakukannya pengawasan (*controle*) terhadap pemerintah adalah untuk menghindar terjadinya kekeliruan, baik disengaja ataupun tidak disengaja, sebagai suatu usaha preventif, atau juga untuk memperbaikinya apabila sudah terjadi kekeliruan itu, sebagai usaha represif.¹¹⁷ Dalam negara yang bersendikan kedaulatan rakyat dan berdasarkan hukum sistem pengawasan preventif sedapat mungkin dihindari, karena pengawasan ini seolah-olah menghukum suatu perbuatan yang belum dilakukan, pengawasan yang utama adalah pengawasan represif.¹¹⁸

Kerangka otonomi yang diterapkan pada sistem pemerintahan di Indonesia dalam rangka menjalankan urusan rumah tangga daerahnya. Pemerintahan daerah hingga tingkatan terbawah yaitu desa, diberikan keleluasaan untuk membentuk suatu produk hukum atau peraturan pada tingkatan daerah dengan lingkup dan cakupan materi berdasarkan kewenangan yang telah diberikan kepada daerah. Pemberian otonomi tersebut menjadikan pengawasan adalah suatu tindakan yang penting, karena ditinjau dari hubungan pemerintah pusat, pemerintah daerah, dan pemerintah desa merupakan "pengikat" kesatuan, agar kebebasan berotonomi

¹¹⁶ SF. Marbun, dkk, *Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, 2004, hlm. 267.

¹¹⁷ Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah*, Edisi Kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. xv. Dalam Ni'matul Huda, *Problematika.....*, *Op.Cit.*, hlm. 53-54.

¹¹⁸ Bagir Manan, *Perjalanan Historis Pasal 18 UUD 1945*, UNISKA, Karawang: 1993, hlm. 3. Dalam Ni'matul Huda, *Problematika.....*, *Ibid.*, hlm. 53.

tidak bergerak terlalu jauh menjadi kedaulatan sehingga mengurangi, bahkan mengancam kesatuan (*unity*).¹¹⁹ Begitu pula halnya, bagi pemerintahan desa bahwa produk hukum yang dihasilkan oleh pemerintahan desa tidak luput dari pengawasan pemerintah yang lebih tinggi tingkatannya.

Pengawasan pada produk hukum dapat diartikan sebagai tindakan untuk mengevaluasi suatu peraturan. Pengawasan dilakukan oleh lembaga negara yang diberikan kewenangan melalui peraturan perundang-undangan baik dalam bentuk pencegahan atau pembatalan apabila terdapat pertentangan dengan peraturan lain maupun peraturan yang lebih tinggi.

Pada konteks peraturan, pengawasan secara preventif adalah upaya yang dilakukan sebelum suatu rancangan peraturan tersebut disahkan untuk menjadi peraturan perundang-undangan dan pengawasan secara represif adalah upaya yang dilakukan setelah pemberlakuan suatu rancangan peraturan menjadi peraturan perundang-undangan. Pengawasan preventif dikaitkan dengan wewenang mengesahkan (*goedkeuring*) dan pengawasan represif wewenang pembatalan (*vernietiging*) atau penangguhan (*schorsing*).¹²⁰

Norma hukum terbagi dalam tiga jenis yaitu: keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regeling*), keputusan normatif yang berisi dan bersifat penetapan administrasi (*beschikking*), keputusan normatif yang berisi dan bersifat penghakiman (*judgement*).¹²¹ Secara khusus, pengawasan produk hukum

¹¹⁹ Sir Wiliam O. Hart-J.F Garner, *Introduction To The Law of The Local Government and Administration*, Butterworths, London, 1973, hlm. 297. Dalam Bagir Manan, *Hubungan.....*, *Op.Cit.*, hlm. 181.

¹²⁰ Bagir Manan, *Menyongsong.....*, *Op.Cit.*, hlm. 154.

¹²¹ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Cetakan Kedua, Sekretariat, Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, hlm. 1. Dalam

terkhusus terhadap keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan, yaitu peraturan disebut dengan mekanisme kontrol norma hukum (*legal norm control mechanism*).¹²² Dalam istilah lain, pengawasan tersebut disebut dengan pengujian peraturan perundang-undangan, sedangkan wewenang pengujian peraturan perundang-undangan disebut dengan hak untuk menguji (*toetsingsrecht*).¹²³

Legal norm control mechanism menurut Jimly Asshidiqie kemudian dibagi kedalam 3 (tiga) golongan, yaitu:¹²⁴ *pertama*, kontrol terhadap norma hukum melalui pengawasan atau pengendalian politik (*legislative control/legislative review*); *kedua*; pengawasan atau pengendalian administratif (*administrative control/executive review*); *ketiga*: pengawasan secara hukum atau kontrol hukum (*judicial control/judicial review*). Ketiga mekanisme tersebut memiliki pola dan cara yang berbeda-beda dalam melaksanakan kewenangan melakukan pengawasan atau terhadap suatu peraturan perundang-undangan. Begitu pula dengan implikasi yang ditimbulkan dari pengawasan atau pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tersebut.

Pengawasan secara politik (*legislative review*) merupakan pengawasan yang dilakukan oleh suatu badan politik. Mauro Cappelletti menjelaskan, pengujian secara politik lebih bersifat preventif, yaitu pengujian dilakukan sebelum suatu undang-undang diundangkan (*promulgation*). Tindakan yang bersifat preventif ini mengandung segi positif, sebab kemungkinan timbulnya resiko atau dampak yang tidak diinginkan akan dapat dihindari, karena undang-

Ni'matul Huda, *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, FH UII Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 23.

¹²² Jimly Asshiddiqie, *Perihal....., Op.Cit.*, hlm. 6.

¹²³ Ni'matul Huda, *Dinamika....., Op.Cit.*, hlm. 25.

¹²⁴ Jimly Asshiddiqie, *Perihal....., Op.Cit.*, hlm. 5.

undang itu belum dilaksanakan (belum diundangkan), yang berarti belum mempunyai akibat hukum yang mengikat.¹²⁵

Sejatinya badan politik dalam *legislatie review* berada diluar pembentuk undang-undang. Apabila *legislative review* diberikan pada pembentuk undang-undang itu sendiri, maka hal tersebut bukan dalam rangka hak menguji materil, melainkan suatu proses legislasi biasa seperti membuat, mengubah, atau mencabut undang-undang.¹²⁶ Kekeliruan terhadap perundang-undangan sebagai produk hukum politis dimana kedaulatan berada ditangan rakyat dan dilaksanakan melalui parlemen baik ditingkat pusat maupun daerah, seharusnya diuji melalui *legislative review* oleh badan legislatif yang membuatnya atau badan legislatif yang lebih tinggi tingkatannya.¹²⁷

Penerapan *legislative review* di Indonesia tidak mengenal pengujian oleh badan politik yang berada diluar pembentuk undang-undang. Secara historis penegasan *legislative review* pernah dilakukan dengan dikeluarkannya Ketetapan MPRS No. XIX/MPRS/1966 tentang Peninjauan Kembali Produk Legislatif Negara Diluar Produk MPRS yang Tidak Sesuai Dengan UUD 1945. Tugas untuk peninjauan kembali tersebut diberikan kepada Pemerintah bersama-sama DPR-

¹²⁵ Maruo Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, The Bobbs-Merril Company Inc., 1979, hlm. 18. Dalam Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm. 91.

¹²⁶ Ni'matul Huda, *Negara....., Ibid.*, hlm. 91.

¹²⁷ Laporan Akhir "Analisis dan Evaluasi Hukum tentang Wewenang MA dalam Melaksanakan Hak Uji Materil (Judicial Review)", Disusun Oleh Paulus Effendi Lotulung, 1999/2000, hlm. 6-8. Dalam Ni'matul Huda, *Negara....., Ibid.*, hlm. 91.

GR, karena MPRS lebih mengutamakan *legislative review* daripada *judicial review*.¹²⁸

Pada prakteknya kewenangan *legislative review* diberikan kepada lembaga pembuat undang-undang itu sendiri. Tindakan yang kemudian dilakukan adalah mengevaluasi produk hukum yang telah ada untuk direvisi atau digantikan dengan undang-undang yang baru. Secara materil evaluasi tersebut dilakukan atas dasar terjadi pertentangan dengan undang-undang yang lebih tinggi dalam hal ini adalah konstitusi, sedangkan pada tingkatan peraturan di daerah jika terjadi pertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya. Selain itu, evaluasi tersebut juga dapat dilakukan ketika produk hukum yang telah ada tidak sesuai lagi dengan perkembangan kehidupan masyarakat dan tidak sesuai dengan kepentingan masyarakat yang tidak lain adalah kesejahteraan rakyat selaku pemegang kedaulatan.

Upaya kontrol terhadap norma hukum yang dilakukan oleh lembaga administratif dijalankan dalam rangka menjalankan fungsi *bestuur* dibidang eksekutif. Pemerintah sebagai pelaksana dari undang-undang tersebut dapat mengevaluasi suatu produk hukum yang akan dijalkannya dengan memprakarsai perubahan terhadap undang-undang yang bersangkutan apabila tidak dapat dijalankan, karena terdapat pertentangan dengan undang-undang lainnya atau bertentangan dengan konstitusi negara. Mekanisme kontrol yang

¹²⁸ Sri Soemantri M. dan Bintang R. Saragih (Penyunting), *Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia 30 Tahun Kembali Ke UUD 1945*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993, hlm. 149. Dalam Ni'matul Huda, *Negara....., Ibid.*, hlm. 92.

dilakukan oleh lembaga eksekutif inilah yang kemudian disebut dengan *administrative review*.¹²⁹

Pengawasan yang dilakukan oleh pejabat administratif sejatinya relevan dengan penerapan sistem pemerintahan dengan konsep otonomi daerah. Pada umumnya, sasaran pengawasan oleh pemerintah adalah pemeliharaan dan penjagaan agar negara hukum kesejahteraan dapat berjalan dengan baik dan dapat pula membawa kekuasaan pemerintah sebagai penyelenggara kesejahteraan masyarakat kepada pelaksanaan yang baik pula dan dalam batas kekuasaannya.¹³⁰ Dalam konteks otonomi, pemerintah pusat dengan kekuasaan yang dimiliki akan mengawasi pemerintahan yang lebih rendah berjalan sesuai dengan kewenangan yang diberikan kepadanya. Begitu pula produk hukum yang dihasilkan seperti peraturan daerah memuat materi yang sesuai dengan cakupan kewenangan yang dimiliki daerah.

Administrative review pada kecenderungannya merupakan tindakan preventif terhadap produk hukum yang bersifat mengatur, yaitu peraturan, sedangkan, menjadi represif terhadap produk hukum yang bersifat penetapan administratif seperti keputusan yang dikenal dengan adanya upaya banding administratif. Tindakan preventif dalam pengawasan produk hukum bersifat struktural dan spesifik dapat diwujudkan dalam bentuk seperti: *pertama*, meminta pertimbangan sebelum peraturan tersebut ditetapkan menjadi sebuah peraturan; *kedua*, penyampaian produk hukum yang telah ditetapkan tersebut kepada

¹²⁹ Jimly Asshiddiqie, *Perihal....., Op.Cit.*, hlm. 7.

¹³⁰ SF. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif Di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1997, hlm. 12.

pemerintah atasan yang lebih tinggi tingkatannya untuk memperoleh pengesahan agar dapat diberlakukan dengan pemberian masa waktu pengesahan.¹³¹

Poin kedua terlihat cenderung represif mengingat telah ada penetapan oleh pembentuk peraturan, namun tenggang waktu sebelum pemberlakuan sehingga menimbulkan akibat hukum pada peraturan tersebut yang menjadikannya sebagai tindakan preventif. Tidak menutup kemungkinan sebenarnya ada upaya represif yang dilakukan oleh pemerintah yang lebih tinggi dalam rangka pengawasan produk hukum. Namun, jika dibenturkan dengan konsep otonomi daerah agaknya terlihat akan mengekang dan mengaburkan esensi dari otonomi daerah itu sendiri. Maka, tindakan represif akan lebih baik jika dilimpahkan pada lembaga lain seperti pengadilan.

Pengawasan suatu produk hukum yang dilakukan oleh lembaga kekuasaan kehakiman atau pengadilan disebut dengan *judicial control*. Secara istilah terdapat perbedaan antara *toetsingrecht* dan *judicial review*. Keduanya dipengaruhi oleh sistem hukum yang diterapkan oleh suatu negara, dimana *toetsingrecht* (hak menguji) diterapkan melalui lembaga peradilan yang terpusat oleh negara dengan sistem hukum *civil law*, sedangkan *judicial review* diterapkan melalui setiap lembaga peradilan yang bertingkat oleh negara dengan sistem hukum *common law*.¹³²

Hak menguji (*toetsingrecht*) yang kemudian dianut oleh Indonesia meletakkan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan dibawah

¹³¹ Ni'matul Huda, *Negara....., Op.Cit.*, hlm.98-99.

¹³² Ni'matul Huda, *Negara....., Op.Cit.*, hlm.74.

undang-undang kepada Mahkamah Agung¹³³ dan secara khusus kewenangan pengujian undang-undang terhadap konstitusi kepada Mahkamah Konstitusi.¹³⁴ Kedua lembaga ini yang kemudian menjalankan kekuasaan untuk melakukan *judicial control* terhadap produk hukum peraturan perundang-undangan secara represif yang bentuk tindakannya adalah pembatalan terhadap produk hukum tersebut.

Penguajian peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh lembaga peradilan didasarkan pada syarat formil dan materil dari suatu peraturan. Menurut Sri Soemantri, jika pengujian itu dilakukan terhadap isi undang-undang atau peraturan perundang-undangan lainnya, dinamakan sebagai hak menguji material (*materiele toetsingrecht*). Sedangkan jika pengujian itu dilakukan terhadap prosedur pembentukannya, disebut dengan hak menguji formal (*formele toetsingrecht*).¹³⁵

Secara materil suatu peraturan perundang-undangan dapat dilihat dari materi muatan yang ada dalam peraturan tersebut. Materi muatan tentunya akan berkaitan erat dengan cakupan kewenangan dari pembentuk peraturan. Pemerintahan yang tersusun secara hierarki mulai dari pemerintahan pusat, pemerintahan daerah, dan pemerintahan desa memiliki cakupan kewenangan yang berbeda. Maka, dapat disimpulkan bahwa peraturan yang menjadi produk hukum pemerintahan secara materi muatan akan berbeda secara tingkatannya. Tingkatan

¹³³ Lihat Pasal 24A ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

¹³⁴ Lihat Pasal 24c ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

¹³⁵ Sri Soemantri M, *Hak Menguji Materil Di Indonesia*, Alumni, Bandung: 1982, hlm. 6-11. Dalam Ni'matul Huda dan R Nazriyah, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Nusa Media, Bandung, 2011, hlm.128

tersebut yang kemudian akan tersusun secara teratur, tertib, dan selaras untuk membentuk suatu sistem peraturan perundang-undangan.

Suatu peraturan, bagi Hans Kelsen dalam teorinya *The Hierarchy of Law* menjelaskan, bahwa kaidah hukum merupakan suatu susunan yang berjenjang dan setiap kaidah hukum yang lebih rendah bersumber kepada kaidah yang lebih tinggi.¹³⁶ Sejalan dengan itu, Adolf Merkl dengan teorinya tentang tahapan hukum (*die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung*) menjelaskan bahwa suatu norma hukum memiliki dua wajah (*das Doppelte Rechtsantlitz*). Suatu norma hukum akan bersumber dan berdasar dari norma yang di atasnya, sedangkan ke bawah menjadi sumber dan dasar bagi norma dibawahnya. Maka, keberlakuan suatu norma akan bergantung terus ke atas hingga Grundnorm untuk menjadi sistem norma hukum. Apabila norma tertinggi dinyatakan tidak berlaku, juga menegaskan ketidakberlakuan norma yang dibawahnya.¹³⁷

Secara formil suatu peraturan, Jimly Asshiddiqie menjelaskan, pengujian formil memiliki pemaknaan yang luas. Secara umum kriteria yang dapat dipakai untuk menilai konstiusionalitas suatu undang-undang dari segi formalnya (*formele toetsing*) adalah sejauhmana undang-undang itu ditetapkan dalam bentuk yang tepat (*appropriate form*), oleh instansi yang tepat (*appropriate institution*), dan menurut prosedur yang tepat (*appropriate procedure*).¹³⁸

Hak menguji yang diberikan kepada lembaga peradilan kemudia diukur dalam dua kategori, yaitu hak menguji materil dan hak menguji formil. Hak

¹³⁶ *Ibid.*, hlm. 24.

¹³⁷ *Ibid.*, hlm. 25.

¹³⁸ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Cetakan Kedua, Sekretariat, Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, hlm. 63.

menguji yang menjadi bagian dari pengawasan sekiranya menjadi penting mengingat suatu peraturan adalah dasar dalam negara hukum yang menunjukkan hukum sebagai suatu hal yang *supreme*. Maka, ketiga mekanisme pengawasan terhadap suatu norma hukum (peraturan) setidaknya harus tersusun, berikut dengan aturan yang mendasari kewenangan atas pengawasan tersebut bagi lembaga yang menjalankannya.

