

BAB III

KEDUDUKAN TAP MPR MENURUT UUD 1945

1. Teori Hens Kelsen

Sejak Reformasi bergulir tata urutan atau hirarki peraturan perundang-undangan yang lazimnya menjadi obyek perkara judicial review. Tanpa pengetahuan teori ini, khususnya bagi lembaga atau organ lembaga yang berkompoten dapat berkonsekwensi buruk terhadap pelaksanaannya.

Dalam kaitanya dengan hierarki Perundang-Undangan, Hans Kelsen mengemukakan teori mengenai jenjang norma hukum Hans Kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki artinya suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi (*Stufentheori*).¹

Hans Kelsen mengkualifikasikan hukum sebagai sesuatu yang murni formil. Jadi, tata hukum adalah suatu sistem norma, sistem norma merupakan suatu susunan berjenjang (hirarki) dan setiap norma bersumber pada norma yang berada di atasnya, yang membentuknya atau yang memberi dan menentukan validasinya dan menjadi sumber bagi norma yang ada dibawahnya. Puncak dari hirarki tersebut adalah suatu norma dasar yaitu konstitusi. Norma dasar tersebut merupakan menjadi dasar tertinggi validitas keseluruhan tata hukum. Konstitusi yang dimaksud disini adalah konstitusi dalam arti materil, bukan formil.

¹ Maria Farida Indrati S, Ilmu Per-Undang-Undangan, Yogyakarta, Kanisius, 2007, Hal, 41

Teori *stufenbau des recht* atau *the hierarchy of norms* yang diintrodusir Hans Kelsen di atas dapat dimaknai sebagai berikut : 1) peraturan perundang-undangan yang lebih rendah harus bersumber atau memiliki dasar hukum atau validasi dari suatu peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. 2) isi atau materi muatan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh minyimpangi atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Terkait dengan subtansi norma dasar, Hans Kelsen membedakan dua jenis norma atau sistem norma. Keduanya adalah sistem norma statis (*the static system of norm*) dan sistem norma dinamis (*the dinamic system of norm*)

Sistem norma statis adalah sistem yang melihat suatu norma dari segi isi atau materi muatan norma itu sendiri. Isinya menunjukkan kualitas yang terbukti secara lansung menjamin validitasnya. Sedangkan, sistem norma dinamis adalah sistem yang melihat suatu norma yang pembentukannya sesuai dengan prosedur oleh yang ditentukan konstitusi. Dengan perkataan lain norma dalam perspektif sistem norma dinamis adalah norma yang dilahirkan oleh pihak yang berwenang untuk membentuk norma tersebut yang tentu saja norma tersebut bersumber dari norma yang lebih tinggi. Kewenangan tersebut merupakan suatu delegasi. Norma yang membentuk kekuasaan didelegasikan dari suatu otoritas kepada otoritas yang lain. Otoritas yang pertama adalah otoritas yang lebih tinggi, otoritas yang kedua adalah otoritas yang lebih rendah.

Nampaknya dari konsep system norma dinamis yang dikonstruksi Hans Kelsen di atas menunjukkan bahwa organ-organ Negara yang mempunyai kewenangan membentuk hukum dapat ditelusuri validitasnya melalui suatu hubungan kelembagaan yang hirarkis. Konsep ini dapat dipahami sebagai suatu konsekuensi dari karakter pembentukan norma hukum yang hirarki. Hirarki tersebut menurut perspektif system norma dinamis tentu saja disesuaikan dengan struktur kelembagaan atau ketatanegaraan yang dianut oleh suatu Negara yang diatur dalam konstitusinya.

Selain itu, dua konsep norma hukum tersebut dalam perspektif system norma statis dan norma dinamis dapat menjadi penuntun untuk memahami bahwa suatu norma selain dapat dilihat atau dipahami segi validitas materi muatannya, juga dapat dilihat atau dipahami segi validitas dasar dan prosedur pembentukannya serta jika ada validitas materi muatan dan organ pembentuk norma selanjutnya- lebih rendah atau yang didelegasikan. Lebih tegasnya, baik aspek materi muatan maupun aspek organ yang membentuk suatu norma tidak boleh bertentangan dengan norma di atasnya yang menentukannya.

Pernyataan Hans Kelsen di atas menunjukkan bahwa tidak ada jaminan norma yang lebih rendah selalu sesuai dengan norma yang lebih tinggi yang menentukan dan materi muatan norma yang lebih rendah tersebut. Namun menurut konstruksi tata hukum – penentuan terhadap konflik norma tersebut diserahkan kepada lembaga yang berwenang--- Hans Kelsen menyebut organ yang berwenang tersebut adalah pengadilan. Organ pengadilan tersebut diberi

hak untuk memberikan keputusan akhir dari perkara tersebut dan keputusannya itu menjadikan perkara tersebut *res judicata*.

Dari paradikma yang dikonstruksi Hans Kelsen di atas dalam hal terjadinya konflik norma menunjukkan pula bahwa ia mensyaratkan terbentuknya suatu organ yang menentukan konstitsionalitas atau legalitas suatu norma dengan perkataan lain, harus diadakan institusionalisasi *judicial review*.

Jadi pada prinsipnya setiap norma hukum selalu valid, tidak batal (*null*), tetapi ia dapat dibatalkan oleh suatu lembaga atau organ yang berkompoten dengan alasan tertentu menurut tata hukum. Konsekwensinya, suatu norma hukum harus selalu dianggap valid sampai ia dibatalkan manakala lembaga yang berkompoten memutuskan demikian melalui *judicial review* atau jika norma hukum tersebut adalah undang-undang, maka ia pula lazimnya dibatalkan oleh undang-undang lain menurut asas *Lex posterior derogate priori* atau dengan *desuetude*.

2. Urgensi TAP MPR Sebagai Salah Satu Jenis Peraturan Perundang-Undangan Dalam UU Nomor 12 Tahun 2011

Setelah lebih dari enam tahun menjadi payung hukum dalam pembentukan peraturan perundang-undangan di Indonesia, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Undang-Undang Peraturan Perundang-undangan telah dinyatakan tidak berlaku dan digantikan oleh Undang-Undang Nonomor 12 Tahun 2011. Selain perubahan struktur kalimat dan sistematika, tidak banyak materi muatan

baru dalam Undang-Undang nomor 12 tahun 2011 ini. Satu yang paling menarik perhatian adalah pencantuman kembali Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat sebagai salah satu sumber hukum di Indonesia. Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 mengatur bahwa Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat memiliki hirarki satu tingkat di bawah Dasar dan di atas peraturan perundang-undangan lainnya, dengan susunan lengkapnya sebagai berikut:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
- c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
- d. Peraturan Pemerintah
- e. Peraturan Presiden
- f. Peraturan Daerah Provinsi
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

maka dengan demikian TAP MPR masih menjadi sesuatu yang sangat esensial dalam hal perturan perubahan perundang-undangan dalam Negara Republik Indonesia.

3. Perubahan Hirarki dari UU Nomor 10 Tahun 2004 Ke UU Nomor 12 Tahun 2011 Dan Eksistensi TAP MPR

Penghapusan TAP MPR dalam Undang-Undang nomor 10 tahun 2004, merupakan konsekuensi dari hilangnya kedudukan MPR sebagai lembaga tertinggi negara pasca Amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang menyebabkan tidak ada lagi produk hukum Ketetapan Majelis Permusyawaratan

Rakyat. Namun, jika melihat bahwa Majelis Permusyawaratan Rakyat masih memiliki eksistensi sebagai lembaga tinggi negara, maka sudah sewajarnya Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat merupakan salah satu peraturan perundangan yang diakui di Indonesia permasalahannya adalah, seperti apakah materi muatan yang dapat diaturoleh Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat. Majelis Permusyawaratan Rakyat tidak lagi memiliki kewenangan untuk membuat peraturan yang bersifat mengatur, tetapi sebatas yang bersifat *beschikking*. Jika disandingkan dengan kewenangan Majelis Permusyawaratan Rakyat sesuai dengan pasal 3 Undang-Undang Dasar 1945, maka Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat yang dapat timbul ke depannya adalah yang mengatur tentang pelantikan presiden dan wakil presiden serta perubahan dan penetapan Undang-Undang Dasar 1945. Majelis Permusyawaratan Rakyat tidak lagi berwenang untuk menetapkan Garis Besar Haluan Negara (GBHN).

Batasan yang diberikan oleh Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat terdapat dalam penjelasan Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat yang dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 adalah Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat yang masih berlaku sesuai dengan Pasal 2 dan Pasal 4 TAP MPR I/MPR/2003 yang mengatur tentang Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat mana saja yang tetap berlaku.

Secara hierarkis, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat berada di atas Undang-Undang. Namun, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tidak

mengatur mengenai pengujian Undang-Undang yang bertentangan dengan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat. Pasal 9 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 hanya mengatur pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar (constitutional review) dan pengujian peraturan perundangan di bawah Undang-Undang terhadap Undang-Undang (judicial review). Sehingga, jika terdapat materi muatan Undang-Undang yang bertentangan dengan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat, maka belum ada mekanisme yang dapat ditempuh. Kewenangan Majelis Permusyawaratan Rakyat dalam Undang-Undang Dasar 1945 telah dibatasi secara tegas, sehingga kewenangan pengujian tersebut tidak dapat diberikan kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat. Dengan kata lain, permasalahan pengujian ini masih menjadi polemik dan belum terjawab oleh Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011.

a. Tingkatan-Tingkatan Norma

Hans Kelsen menyatakan ada dua hal yang penting bagi seseorang yang mempelajari Teori Hukum : pertama untuk memahami unsur-unsur penting dari teori hukum (teori hukum murni), kedua untuk merumuskan teori tersebut agar dapat mencakup masalah-masalah dan institusi-institusi hukum terutama berkaitan dengan tradisi dan suasana hukum sipil, anglo saxon.² Teori hukum umum menurut Kelsen adalah berguna untuk menerangkan hukum positif sebagai bagian dari suatu masyarakat tertentu.³

Teori ini berusaha untuk menerangkan secara ilmiah tentang tata hukum tertentu yang menggambarkan komunitas hukum terkait (misalnya: hukum

² http://id.wikipedia.org/wiki/Teori_Hukum_Murni

³Hans Kelsen, Teori Umum tentang Hukum dan Negara, terjemahan Raisul Muttaqien, Nuansa dan Nusa Media, Bandung, 2006, hal 45

Perancis, hukum Amerika dll). Ini berarti teori hukum umum bekerja secara analisis komparatif dari sejumlah hukum positif yang berbeda-beda.

Kajian utama dari teori hukum umum adalah norma-norma hukum, unsur-unsur hukum (norma tersebut), interrelasinya (hubungan antara berbagai tata hukum), tata hukum sebagai satu kesatuan, strukturnya termasuk hukum dalam pluralitas tata hukum positif.

Hans Kelsen mengkualifikasikan hukum sebagai sesuatu yang murni formil. tata hukum adalah suatu system norma, sistem norma merupakan suatu susunan berjenjang (hirarki) dan setiap norma bersumber pada norma yang berada di atasnya, yang membentuknya atau yang member dan menentukan validasinya dan menjadi sumber bagi norma yang ada dibawahnya. Puncak dari hirarki tersebut adalah suatu norma dasar yaitu konstitusi. Norma dasar tersebut merupakan menjadi dasar tertinggi validitas keseluruhan tata hukum. Konstitusi yang dimaksud disini adalah konstitusi dalam arti materil, bukan formil.

Teori hierarki norma hukum dikemukakan oleh Hans Kelsen, bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki tata susunan, dimana suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotetis dan fiktif, yaitu norma dasar (*Grundnorm*).⁴

⁴Beberapa penulis menyatakan bahwa teori hirarki norma dipengaruhi oleh teori Adolf Merkl, atau paling tidak Merkl telah menulis teori terlebih dahulu yang disebut Juliae dengan *Stairwell structure of legal order*. Teori Merkl adalah tentang tahapan hukum, yaitu bahwa hukum adalah suatu sistem hirarkis, suatu sistem norma yang mengkondisikan dan dikondisikan dan tindakan

Dalam hal ini Hans Kelsen melihat bahwa norma dasar yang merupakan norma tertinggi dalam sistem norma tersebut, tidak lagi dibentuk oleh suatu norma yang lebih tinggi lagi tetapi norma itu ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat sebagai norma dasar yang merupakan gantungan bagi norma yang berada dibawahnya.

1) Norma Suferor dan Norma Inferior

Analisis hukum, yang menyingkap karakter dinamis dari sistem normatif dan fungsi norma dasar, juga menunjukkan kekhususan lebih lanjut dari hukum,⁵ yaitu: Hukum mengatur kriterianya sendiri sepanjang suatu norma hukum menentukan cara norma lain dibuat, dan juga isi dari norma tersebut. Sejak suatu norma hukum adalah valid karena dibuat dengan cara yang ditentukan oleh norma hukum lain, maka norma terakhir merupakan alasan validitas yang pertama.

Hubungan antara norma yang mengatur pembuatan norma lain dan norma lain tersebut dapat disebut sebagai hubungan super dan sub-ordinasi dalam konteks spasial. Norma yang menentukan pembuatan norma lain adalah superior, sedangkan norma yang dibuat adalah inferior. Tata Hukum, khususnya sebagai personifikasi negara bukan merupakan sistem

hukum. Norma yang mengkondisikan berisi kondisi untuk pembuatan norma yang lain atau tidak. Pembuatan hirarkis termanifestasi dalam bentuk regresi dari sistem ke sistem tata hukum yang lebih rendah. Proses ini selalu merupakan merupakan proses konkretisasi dan individualisasi. Lihat Jimly Assididqie & M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum* (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hlm. 109

⁵ Sri Soemantri Martosoewignjo, Lembaga Negara dan State Auxiliary Bodies dalam Sistem Ketatanegaraan menurut UUD 1945, dalam Siti Sundari Rangkuti "Dinamika Perkembangan Hukum Tata Negara dan Hukum Lingkungan, Kumpulan Tulisan dalam Rangka Purnabakti, Surabaya, Airlangga Press, 2008, hal. 197

norma yang dikoordinasikan satu dengan yang lainnya, tetapi suatu hirarki dari norma-norma yang memiliki level berbeda.

Menurut Hans Kelsen, Kesatuan norma ini disusun oleh fakta bahwa pembuatan norma, yang lebih rendah, ditentukan oleh norma lain, yang lebih tinggi. Pembuatan yang ditentukan oleh norma yang paling tinggi menjadi alasan utama validitas keseluruhan tata hukum yang membentuk kesatuan.⁶

2) Tingkatan Tata Hukum

Struktur hierarkis tata hukum suatu negara adalah sebagai berikut:

Diperposisikan sebagai norma dasar, konstitusi adalah level paling tinggi dalam hukum nasional.⁷ Konstitusi dalam arti formal adalah suatu dokumen nyata sebagai seperangkat norma hukum yang mungkin diubah hanya menurut ketentuan khusus yang dimaksudkan agar perubahan norma ini sulit dilakukan. Konstitusi dalam arti material terdiri dari aturan-aturan yang mengatur pembuatan norma hukum umum⁸

Dalam hal ini, materi konstitusi tidak hanya ditentukan oleh bagindari prosedur proses pembuatan undang-undang, terkadang pada tingkat tertentu mengikutkan hukum yang akan datang. Konstitusi dapat menetapkan secara negatif materi yang dilarang sebagai isi hukum,

⁶ Ibid., 199

⁷ Hal ini dilihat oleh Heinrich A. Rommen sebagai kritisi dari konsep kedaulatan absolut melalui pembatasan kekuasaan pemegang kedaulatan. Heinrich A. Rommen, *The Natural Law: A Study in Legal And Social History And Philosophy*, Judul Asli: *Die ewige des Naturrecht*, Penerjemah: Thomas R. Hanley, (Indianapolis: Liberty Fund, 1998), dalam Jimmy Asshidiqy, hal, 109

⁸ Konstitusi dalam arti material atau substantif adalah hukum yang hidup (*living law*), yaitu norma yang benar-benar berlaku dalam hukum konstitusi (meskipun tidak tertulis)), dalam Jimmy Asshidiqy, hal, 114

misalnya parlemen dilarang menyetujui setiap rancangan undang-undang yang memberikn peluang bagi terjadinya tindak pidana korupsi.

Konstitusi mungkin secara jelas mengatur kebiasaan sebagai institusi dan hubungannya dengan ketentuan undangundang. Bahkan konstitusi itu sendiri, baik secara keseluruhan maupun sebagian, dapat tidak tertulis atau kebiasaan.⁹ Hal ini Karena berdasarkan kebiasaan bahwa kebiasaan adalah suatu fakta pembuatan hukum. Jika suatu tata hukum memiliki suatu konstitusi tertulis yang tidak menginstitusikan kebiasaan sebagai suatu fakta pembuat hukum, namun tata hukum tersebut juga berisi hukum kebiasaan di samping hukum undang-undang, maka sebagai tambahan bagi konstitusi tertulis pasti ada norma konstitusi tidak tertulis, yaitu suatu kebiasaan pembentukan hukum di mana norma umum yang mengikat organ pelaksana hukum dapat dibuat melalui kebiasaan

a) Hukum Sebagai Sistem Norma

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem Norma yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das solen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan Kelsen meyakini David Hume yang membedakan antara apa yang ada (*das sein*) dan apa yang “seharusnya”, Hans Kelsen berpendapat, bahwa suatu norma dibuat menurut norma yang lebih tinggi, dan norma yang lebih tinggi ini pun, dibuat menurut norma yang lebih tinggi lagi, dan demikian seterusnya sampai kita berhenti

⁹ Kelsen, *Pure Theory*, dalam Jimmy Asshidiqy, hal, 120

pada norma yang tertinggi yang tidak dibuat oleh norma lagi, melainkan ditetapkan terlebih dahulu keberadaannya oleh masyarakat atau rakyat.

Untuk mengatakan bahwa hukum sebagai suatu sistem norma, maka Hans Kelsen menghendaki agar obyek hukum bersifat empiris dan dapat ditelaah secara logis, sedangkan sumber yang mengandung penilaian etis diletakkan di luar kajian hukum atau bersifat taceden terhadap hukum positif, dan oleh karenanya kajiannya bersifat meta-yuridis.¹⁰

Dengan adanya Grundnorm atau Basic Norm ini, maka Hans Kelsen mengatakan bahwa Melalui Grundnorm inilah semua peraturan hukum itu disusun dalam satu kesatuan secara hirarkhis, dan dengan demikian ia juga merupakan suatu sistem. Grundnorm merupakan sumber nilai bagi adanya sistem hukum, sehingga ia merupakan “bensin” yang menggerakkan seluruh sistem hukum.

Hans Kelsen mengatakan Perwujudan norma nampak sebagai suatu bangunan atau susunan yang berjenjang mulai dari norma positif tertinggi hingga perwujudan yang paling rendah yang disebut sebagai individual norm.

Teori Hans Kelsen ini, membentuk bangunan berjenjang tersebut disebut juga stufen theory. Norma-norma yang terkandung dalam hukum positif harus dapat ditelusuri kembali sampai pada norma yang paling dasar yaitu Grundnorm.¹¹

Oleh karena itu, dalam tata susunan norma hukum tidak dibenarkan adanya kontradiksi antara norma hukum yang lebih rendah dengan norma

¹⁰ Ibid.,111

¹¹ Ibid...119

hukum yang lebih tinggi, agar keberadaan hukum sebagai suatu sistem tetap dapat dipertahankan, maka ia harus mampu mewujudkan tingkat kegunaan (efficaces) secara minimum Efficacy suatu norma ini dapat terwujud apabila;

1) Ketaatan warga dipandang sebagai suatu kewajiban yang dipaksakan oleh norma

2) Perlu adanya persyaratan berupa sanksi yang diberikan oleh norma
 Sebagai oposisi dari norma moral yang merupakan deduksi dari norma moral lain dengan silogisme, norma hukum selalu diciptakan melalui kehendak (act of will). Sebagaimana sebuah tindakan hanya dapat menciptakan hukum, bagaimana pun, harus sesuai dengan norma hukum lain yang lebih tinggi dan memberikan otorisasi atas hukum baru tersebut. Kelsen berpendapat bahwa inilah yang dimaksud sebagai Basic Norm yang merupakan presupposition dari sebuah validitas hukum.

b) Norma Umum Dibuat Berdasarkan Konstitusi: Undang- Undang dan Kebiasaan

Norma umum yang ditetapkan dengan cara legislasi atau kebiasaan, membentuk suatu tingkatan di bawah konstitusi dalam hirarki hukum. Norma-norma umum ini diaplikasikan oleh organ yang kompeten, khususnya pengadilan dan otoritas administratif. Organ pelaksana hukum harus diinstitusikan sesuai dengan tata hukum, yang juga menentukan prosedur yang harus diikuti organ pada saat mengaplikasikan hukum.

Maka norma umum hukum undang-undang atau kebiasaan memiliki dua fungsi besar, yaitu: (1) menentukan organ pelaksana hukum

dan prosedur yang harus diikuti; dan (2) menentukan tindakan yudisial dan administratif organ tersebut. Tindakan inilah yang menciptakan norma individual, yaitu penerapan norma hukum pada kasus nyata.¹²

Hans Kelsen menilai bahwa, Hukum adalah tata aturan (*order*) sebagai suatu sistem aturan-aturan (*rules*) tentang perilaku manusia. Dengan demikian hukum tidak menunjuk pada satu aturan tunggal (*rule*), tetapi seperangkat aturan (*rules*) yang memiliki suatu kesatuan sehingga dapat dipahami sebagai suatu sistem.¹³ Konsekuensinya, adalah tidak mungkin memahami hukum jika hanya memperhatikan satu aturan saja

¹²*Ibid.*, hal. 128

¹³ Kelsen, *General Theory*, dalam Jimley Assidiky hal, 126