

BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Negara hukum merupakan istilah yang meskipun kelihatan sederhana, namun mengandung muatan sejarah pemikiran yang relatif panjang. Negara hukum adalah istilah Indonesia yang terbentuk dari dua suku kata, *negara* dan *hukum*. Padanan kata ini menunjukkan bentuk dan sifat yang saling isi mengisi antara negara di satu pihak dan hukum pada pihak yang lain.¹ Menurut Sudargo Gautama, tujuan negara adalah untuk memelihara ketertiban hukum. Oleh karena itu, Negara membutuhkan hukum dan sebaliknya pada hukum dijalankan dan ditegakkan melalui otoritas negara.² Gagasan dasar negara hukum menurut Franz Magnis-Suseno adalah merupakan paham negara hukum berdasarkan keyakinan bahwa kekuasaan negara harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil.³

Istilah “negara hukum” sudah sering digunakan, namun demikian masih tidak jelas apakah konsep negara hukum itu, seringkali dan kebanyakan atau bahkan menyamakan begitu saja dengan konsep *rechtsstaat* dan negara hukum adalah terjemahan langsung dari *rechtsstaat* sehingga dalam mempermasalahkan apakah Indonesia negara hukum sering mengkaitkannya pada kriteria *rechtsstaat*.⁴ Istilah “*rechtsstaat*” (negara hukum) baru muncul di abad ke-19. Menurut Soediman Kartohadiprojo, istilah itu pertama kali digunakan oleh Rudolf Van Gneist (1816-1895), seorang guru besar di Berlin, Jerman, dalam bukunya “*das Englische*

¹ Joko Sasmito, 2018, *Pengantar Negara Hukum dan HAM*, Malang: Setara Press, hal. 1. Sasmito mengutip Majda El-Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, Prenada Media Group, Jakarta, 2007, hal. 19-20.

² Joko Sasmito, *loc.cit.* Sasmito mengutip Majda El-Muhtaj, *ibid*, hal. 20.

³ Joko Sasmito, *ibid*, hal. 3.

⁴ Joko Sasmito, *ibid*, hal. 2.

Verwaltunngerechte” (1857). Rudolf menggunakan istilah “*rechtsstaat*” untuk Pemerintahan Negara Inggris.⁵

Di negara-negara Eropa Kontinental, konsep negara hukum ini selanjutnya dikembangkan oleh Immanuel Kant, Friederich Julius Stahl, Fichte, Laband, Buys dan lain-lainnya, serta terkenal dengan istilah konsep “*rechtsstaat*”. Sementara itu, di negara-negara Anglo Saxon, lahir konsep serupa yang terkenal dengan “*rule of law*” yang dipelopori oleh A.V. Dicey.⁶

Frederick Julius Stahl menyatakan bahwa suatu negara hukum ditandai oleh empat unsur pokok yaitu:

- 1) Pengakuan dan perlindungan terhadap HAM;
- 2) Negara didasarkan pada teori *trias politica*;
- 3) Pemerintahan didasarkan pada undang-undang (*wetmatig bestuur*);
- 4) Ada peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).⁷

Dalam perkembangannya, kemudian istilah negara hukum diganti dengan istilah *rule of law*.⁸ Menurut Philipus M. Hadjon,⁹ konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, sebaliknya konsep *the rule of law* berkembang secara evolusioner. Hal ini nampak dari isi atau kriteria *rechtsstaat* dan kriteria *the rule of law*.

⁵ A. Mukthie Fadjar, 2018, *Negara Hukum dan Perkembangan Teori Hukum: Sejarah dan Pergeseran Paradigma*, Malang: Intrans Publishing, hal. 103.

⁶ A. Mukthie Fadjar, *ibid*, hal.109. Fadjar mengutip Fakultas Hukum dan Ilmu Pengetahuan Kemasyarakatan Universitas Indonesia, *Indonesia Negara Hukum*, Seminar Ketatanegaraan, UUD 1945, Seruling Masa, Jakarta, 1966, hal, 24

⁷ Joko Sasmito, *op.cit.*, hal. 5. Sasmito mengutip Mien Rukmini, *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan dalam Hukum pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 2003, hal. 35-36.

⁸ Joko Sasmito, *ibid*, hal. 2.

⁹ Joko Sasmito, *ibid*, hal. 2-3. Sasmito mengutip Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, PT Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hal. 71.

Konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem hukum kontinental yang disebut *civil law*. Sedangkan konsep *the rule of law* bertumpu atas sistem hukum yang disebut *common law*. Karakteristik *civil law* adalah *administrative*, sedangkan karakteristik *common law* adalah “*judicial*”.¹⁰

Istilah *the rule of law* mulai populer dengan terbitnya sebuah buku dari Albert Venn Dicey tahun 1885 dengan judul “*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*”.¹¹ Dicey¹² menyebutkan tiga unsur atau tiga arti dari *Rule of Law*, yaitu:

- 1) HAM dijamin lewat undang-undang;
- 2) Persamaan kedudukan di muka hukum (*equality before the law*);
- 3) Supremasi aturan-aturan hukum (*supremacy of law*), dan tidak adanya kesewenangan tanpa aturan yang jelas.

Walaupun terdapat perbedaan antara konsep *rechtsstaat* dengan konsep *the rule of law*, namun dalam perkembangannya dewasa ini tidak dipermasalahkan lagi perbedaan antara keduanya karena pada dasarnya kedua konsep tersebut sama-sama mengutamakan pada pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia.¹³ Dilihat dari latar belakangnya, konsep *rechtsstaat* maupun konsep *the rule of law* adalah berbeda dengan latar belakang Negara Republik Indonesia. Sehubungan dengan hal tersebut, untuk memberi istilah yang tepat bagi “negara hukum” di Indonesia, perlu kiranya mengambil istilah yang diberikan oleh Philipus M. Hadjon, yaitu istilah negara hukum diberi atribut Pancasila juga, sehingga menjadi “negara hukum Pancasila”.¹⁴

¹⁰ Joko Sasmito, *ibid.*, hal. 3. Sasmito mengutip Philipus M. Hadjon, *ibid.*

¹¹ Joko Sasmito, *ibid.*, hal. 7. Sasmito mengutip Philipus M. Hadjon, *ibid.*, hal. 72

¹² Joko Sasmito, *loc.cit.* Sasmito mengutip R. Hestu Cipto Handoyo, *Hukum Tata Negara, Kewarganegaraan dan Hak Asasi Manusia (Memahami Proses Konsolidasi Sistem Demokrasi di Indonesia)*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 2003, hal. 12.

¹³ Joko Sasmito, *loc.cit.*

¹⁴ Joko Sasmito, *ibid.*, hal. 3.

Berkaitan dengan negara hukum di Indonesia, Padmo Wahjono¹⁵ mengemukakan pendapatnya bahwa negara hukum Indonesia adalah suatu konsepsi yang unsur-unsur utamanya pun dapat ditelusuri di dalam Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945). Apabila ditelusuri dalam UUD 1945 (sebelum perubahan), maka akan ditemukan lima unsur utama negara hukum Indonesia yaitu:

- 1) Pancasila adalah sumber hukum;
- 2) Negara berdasar atas hukum;
- 3) Pemerintahan berdasar atas sistem konstitusi;
- 4) Kesamaan kedudukan para warga negara dalam hukum dan pemerintahan, dan kewajiban mentaati tanpa kecuali (pola hak dan kewajiban asasi/manusia Indonesia);
- 5) Kekuasaan kehakiman yang merdeka dari pengaruh pemerintah.

Untuk mengualifikasikan apakah suatu negara termasuk tipe negara hukum atau bukan, perlu diselidiki apakah di dalam konstitusi/UUD negara tersebut tercantum penegasan, baik secara eksplisit maupun implisit, bahwa negara tersebut menyatakan dirinya sebagai suatu negara hukum atau bukan. Disamping itu, perlu diselidiki juga apakah di dalam konstitusi/UUD tersebut atau perundang-undangan lainnya termasuk ketentuan mengenai ciri-ciri atau unsur-unsur yang penting bagi sebuah tipe negara hukum.¹⁶

Negara hukum Pancasila mengandung lima unsur:¹⁷

- 1) Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum, yang berarti kita menghendaki satu sistem hukum nasional yang dibangun atas dasar wawasan kebangsaan, wawasan nusantara, dan wawasan *Bhinneka Tunggal Ika*;

¹⁵ Joko Sasmito, *ibid*, hal. 11. Sasmito mengutip Padmo Wahjono, *Membudayakan Undang-Undang Dasar 1945*, Ind. Hild. Co., Jakarta. 1991, hal. 76-78

¹⁶ A. Mukthie Fadjar, *ibid*, hal.150. Fadjar mengutip Joeniarto, *Negara Hukum*, Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta, 1968, hal. 8 dan Citasi Oemar Seno Adji, *FHIPKUI*, hal. 24-32.

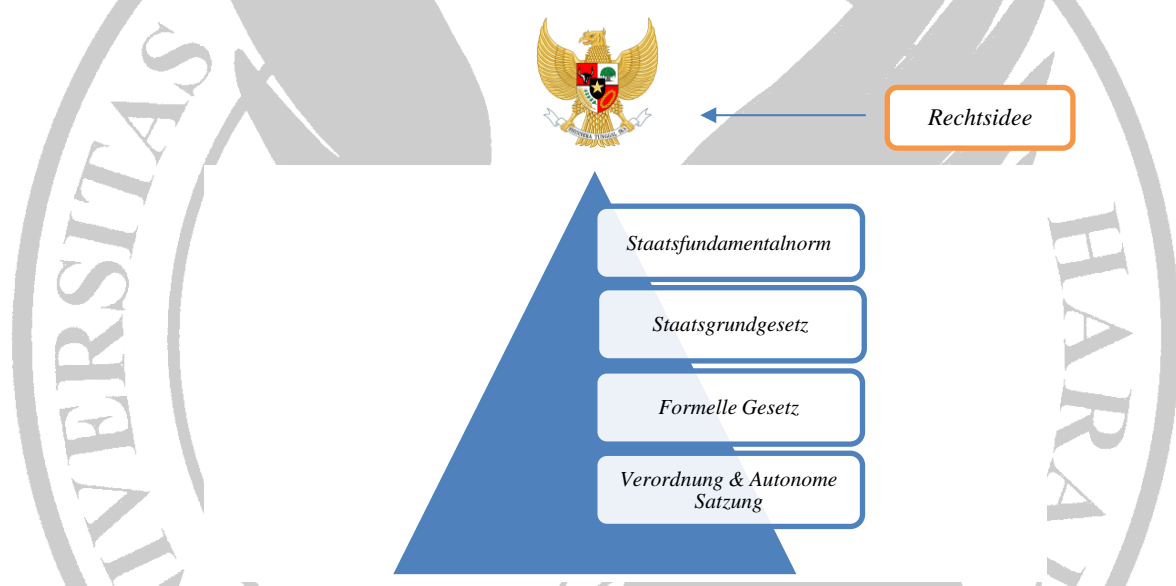
¹⁷ A. Mukthie Fadjar, *ibid*, hal.150. Fadjar mengutip Padmo Wahjono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Ind-Hill Co., Jakarta. 1989, hal. 153-155.

- 2) Majelis Permusyawaratan Rakyat adalah lembaga tinggi negara, yang berwenang mengubah dan menetapkan Undang-Undang Dasar yang melandasi segala peraturan perundang-undangan lainnya, dimana undang-undang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah bersama-sama presiden.
- 3) Pemerintah berdasarkan atas sistem konstitusi yaitu suatu sistem yang tertentu yang pasti dan yang jelas di mana hukum yang hendak ditegakkan oleh negara dan yang membatasi kekuasaan penguasa/pemerintahan agar pelaksanaannya teratur dan tidak simpang siur harus merupakan satu tertib dan satu kesatuan tujuan. Konstitusi merupakan suatu hukum dasar dalam bernegara di mana semua peraturan hukum (baik yang tertulis ataupun tidak tertulis) dapat dikembalikan. Rumusan ini berbeda dengan rumusan *rechtsstaat* atau *rule of law* yang lebih menekankan rumusan negara berdasarkan undang-undang atau negara berdasarkan atas hukum atau negara yang bermanfaat jadi lebih luas.
- 4) Segala warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tiada kecualinya (Pasal 27 ayat (1) UUD 1945). Prinsip ini lebih jelas dan lengkap daripada prinsip "*equality before the law*" dalam konsep *rule of law*, karena selain menyangkut pula persamaan dalam hak-hak politik, juga tidak hanya menekankan hak-hak politik saja tetapi juga termasuk persamaan dalam kewajiban.
- 5) Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka, artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah. Prinsip ini dimaksudkan terutama untuk menjamin adanya suatu peradilan yang benar-benar adil dan tidak memihak (*fair tribunal and independent judiciary*).

Dari unsur-unsur sebagaimana yang dikemukakan oleh Padmo Wahjono tersebut dapat disimpulkan bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum. Pancasila sebagai cita hukum.

Pancasila sebagai cita hukum digambarkan oleh Shidarta¹⁸ dengan mengambil konsep *Staatsfundamentalnorm* (norma fundamental negara) ini adalah modifikasi Hans Nawiasky terhadap konsep *Grundnorm* dari Hans Kelsen, sebagai berikut:

Bagan 1.1. *Theorie vom Stufenaufbau der Rechtsordnung* dari Hans Nawiasky



Sumber: Shidarta¹⁹

Dalam ragaan di atas tampak bahwa posisi *rechtsidee* (cita hukum) diwakili oleh Pancasila, sementara *staatsfundamentalnorm* oleh Pembukaan UUD 1945. Cita hukum Pancasila dalam konteks sistem hukum, belum masuk ke dalam kategori norma, namun ia merupakan bintang pemandu perjalanan sistem hukum negara. Norma tertinggi yang berada tepat di bawah cita hukum adalah norma fundamental negara (*staatsfundamentalnorm*), yang pada hakikatnya adalah Pancasila juga.²⁰

¹⁸ Shidarta, 2007, *Positivisme Hukum*, Jakarta: UPT Penerbitan Universitas Tarumanagara, hal. 36.
¹⁹ Shidarta, *ibid*, hal. 37.
²⁰ Shidarta, *loc.cit*.

Sekalipun cita hukum dan norma fundamental negara adalah sama-sama Pancasila, namun gradasi keduanya berbeda. Dalam Pembukaan UUD 1945, sudah terdapat rumusan Pancasila itu, sebagaimana terlihat dari empat pokok pikiran yang terkandung di dalamnya, yaitu: (1) persatuan, (2) keadilan sosial, (3) kedaulatan rakyat, (4) Ketuhanan Yang Maha Esa dan kemanusiaan yang adil dan beradab. Keempat pokok pikiran ini kemudian dituangkan secara filosofis ke dalam rumusan lima sila sebagaimana tercantum dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945. Kelima sila ini disebut sebagai Pancasila.²¹

Hans Nawiasky selanjutnya merinci tingkatan norma-norma di bawah *staatsfundamentalnorm* itu, yaitu *staatsgrundgesetz*, *formelle gesetz*, dan *verordnung & autonome satzung*. Rupanya Hans Nawiasky ingin konsisten dengan ajaran Kelsen yang juga membedakan beberapa tingkat norma. Satu tingkat lebih rendah dari *grundnorm* ditempati oleh norma-norma konstitusional. Selanjutnya, terdapat tingkat untuk norma undang-undang organik, demikian seterusnya ke peraturan perundang-undangan yang lebih rendah.²² Selanjutnya, tokoh filsafat hukum dari Indonesia yang pertama kali mempopulerkan kajian norma dasar dalam sistem hukum Indonesia adalah Notonagoro. Dialah yang pertama kali mendeklarasikan Pancasila sebagai pokok kaidah fundamental negara, suatu nama lain dari *staatsfundamentalnorm*. Notonagoro pula ilmuwan pertama yang secara ilmiah mengupas dan menyandingkan Pembukaan UUD 1945 dalam kedudukan sebagai pokok kaidah fundamental negara itu.²³

Teori *Staatsfundamentalnorm* dari Hans Nawiasky tersebut dapat juga dilihat dalam pembentukan perundang-undangan yakni UU Nomor 15 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-

²¹ Shidarta, *loc.cit.*

²² Shidarta, *ibid*, hal. 38

²³ Shidarta, *loc.cit.* Shidarta mengutip Notonagoro, *Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 (Pokok Kaidah Fundamental Negara Indonesia)* (Jogjakarta: Universitas Gadjah Mada, 1959).

undangan (UU Nomor 15 Tahun 2019). Dalam Pasal 2 UU Nomor 15 Tahun 2019 berbunyi “Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara.” Pengertian Pasal 2 ini diperjelas di dalam Penjelasan Pasal 2 yang berbunyi:

“Penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara adalah sesuai dengan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 alinea keempat yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara sehingga setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.”

Dari penjelasan Pasal 2 tersebut tampak bahwa Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee*) dan juga sebagai norma fundamental negara (*staatsfundamentalnorm*) yang tertuang di dalam Pembukaan UUD 1945.

Dalam Pasal 3 ayat (1) UU Nomor 15 Tahun 2019 secara khusus diatur bahwa UUD 1945 merupakan hukum dasar dalam peraturan perundang-undangan. Jika menyelaraskan dengan *Theorie vom Stufenaufbau der Rechtsordnung* dari Hans Nawiasky, maka tabel di bawah ini bisa memperlihatkan hubungan teori Hans Nawiasky dengan jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia sebagai berikut:

Tabel 1.1. Hubungan *Theorie vom Stufenaufbau der Rechtsordnung* dengan Jenis dan Hierarki Peraturan Perundang-undangan di Indonesia

<i>Theorie vom Stufenaufbau der Rechtsordnung</i>	<i>Jenis dan Hierarki Peraturan Perundang-undangan di Indonesia</i> sesuai UU 15/2019
<i>Rechtsidee</i> (Cita Hukum)	Pancasila
<i>Staatsfundamentalnorm</i> (<i>norma fundamental negara</i>)	Pembukaan UUD 1945
<i>Staatsgrundgesetz</i> (hukum dasar negara)	UUD 1945 dan Ketetapan MPR
<i>Formelle Gesetz</i> (hukum formal)	Undang-Undang (UU) dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu)
<i>Verordnung/Autonome Satzung</i> (peraturan atau statuta otonomi)	Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah Provinsi, dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

Sumber: Shidarta,²⁴ UU Nomor 15 Tahun 2019

²⁴ Shidarta, *ibid*, hal. 36.

Adapun berdirinya suatu negara mempunyai tujuan. Salah satu tujuan negara adalah untuk mewujudkan kesejahteraan bagi rakyatnya. Terdapat konsep yang disebut dengan negara sejahtera (*welfare state*). Konsep negara hukum mempunyai kaitan dengan konsep negara sejahtera. Prinsip-prinsip negara hukum diterapkan dalam rangka mewujudkan tujuan bernegara yaitu kesejahteraan bagi rakyatnya (*welfare state*).

Pengertian negara sejahtera bisa berbeda-beda dari perspektif negara masing-masing. David Garland²⁵ mengemukakan:

“Actual welfare states are as varied as the nations in which they exist. The expansive, egalitarian welfare state of social democratic Sweden stands in marked contrast to the more minimal, market-oriented version that exists in the USA. But Sweden’s welfare state also differs in important ways from the welfare states of other social democratic nations, including those of its Nordic neighbours with whom it is usually grouped. And America’s welfare institutions are quite different from those of Canada, Australia, or New Zealand, even though these nations are usually categorized together as ‘liberal’ welfare regimes. (The term ‘liberal’ is used in comparative social policy to mean market-oriented. Confusingly, this is almost the opposite of American political usage where ‘liberal’ has come to mean supportive of activist government.) America’s welfare state also varies within itself, with the fifty states and innumerable city governments establishing different policies and services for their residents.”

Dari yang dikemukakan David dapat disimpulkan bahwa pandangan tentang negara sejahtera berbeda antara satu negara dengan negara lainnya. Pemahaman negara sejahtera berbeda antara Amerika Serikat (AS), Canada, Australia, New Zealand, dan negara-negara Eropa yang berpaham demokrasi.

David Garland²⁶ mengemukakan tiga konsepsi negara sejahtera, yaitu:

- 1) Konsepsi pertama mencirikan negara kesejahteraan sebagai kesejahteraan bagi orang miskin. Konsep ini mengacu pada aspek yang paling bermasalah dan paling tidak populer dari sistem yaitu bantuan non-kontributif, seperti program di Amerika Serikat berupa

²⁵ David Garland, 2016, *The Welfare State: A Very Short Introduction*, United Kingdom: Oxford University Press.

²⁶ David Garland, *ibid.*

bantuan sementara untuk keluarga yang membutuhkan (*Temporary Assistance to Needy Families/TANF*) dan kupon makanan, dan program pemberian uang (*income support*) atau *Job Seeker's Allowance* (JSA) di Inggris.

- 2) Konsepsi kedua berfokus pada asuransi sosial, hak sosial, dan layanan sosial. Ini adalah pendekatan analitis dari sebagian besar penelitian kebijakan sosial komparatif dan mencakup institusi — Jaminan Sosial dan Kesehatan di AS; Asuransi Nasional dan Layanan Kesehatan Nasional (NHS) di Inggris yang dibiayai oleh sebagian besar pengeluaran sosial pemerintah.
- 3) Konsepsi ketiga menyoroti kebijakan pemerintah dibidang keuangan, seperti kebijakan peraturan, fiskal, moneter, peran pemerintah dalam membentuk pasar, mendorong pertumbuhan, menyediakan lapangan kerja, dan memastikan kesejahteraan perusahaan dan keluarga. Konsepsi/pendekatan ini adalah fitur fundamental dan berkelanjutan dari pemerintah negara kesejahteraan.

Ketiga konsepsi ini biasanya dilihat sebagai karakterisasi dari apa yang disebut negara kesejahteraan. Tetapi daripada memilih diantara ketiga konsepsi tersebut, yang penting adalah melihat sebagai lingkaran konsentris pemerintahan negara kesejahteraan, masing-masing membentuk elemen yang terintegrasi secara struktural dari keseluruhan. Inti dari kompleks negara kesejahteraan adalah institusi — 'mekanisme keamanan' seperti yang disebut oleh filsuf Michel Foucault — yang menjamin masyarakat dalam hal hilangnya pendapatan karena pengangguran, kesehatan yang buruk, usia tua, cacat tubuh, dan sebagainya.²⁷

Konsep negara sejahtera adalah beragam, kompleks, dan sulit untuk didefinisikan. Tidak ada teori yang memberikan penjelasan yang tegas mengenai arti dari negara sejahtera. Sebagaimana dikemukakan oleh David Garland yakni:

²⁷ David Garland, *ibid.*

“Welfare states are varied, complex, and difficult to define. There is no simple theory that clearly expresses what they do; no simple vision that neatly captures what they are for. This complexity and variability also creates difficulties for the welfare state’s advocates. Unlike its historic competitors—free-market capitalism on the one hand and state socialism on the other—the welfare state lacks utopian ideals and a pantheon of heroic proponents. It was a product not of revolutionary idealism but of piecemeal reform and cross-class coalitions. Its principles were created not by visionary philosophers but by civil servants, social scientists, and government committees that strove to forge compromises and work out practical arrangements. Arguments for the welfare state are more often phrased as technocratic recipes than as impassioned ideals—despite the efforts of thinkers such as John Rawls, Ronald Dworkin, Martha Nussbaum, and Amartya Sen and the powerful claims they have made on behalf of social justice, equality, solidarity, and the importance of developing capabilities to foster freedom.”²⁸

Bagir Manan mengatakan bahwa konsep negara hukum kesejahteraan adalah: “Negara atau pemerintah tidak semata-mata sebagai penjaga keamanan atau ketertiban masyarakat, tetapi pemikul utama tanggung jawab mewujudkan keadilan sosial, kesejahteraan umum, dan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”.²⁹

Lebih lanjut, Bagir Manan mengemukakan bahwa konsepsi negara hukum modern atau negara hukum kesejahteraan mengandung tiga aspek yaitu: aspek politik, hukum, dan sosial ekonomi. Aspek politik menghendaki adanya pembatasan kekuasaan negara dalam kehidupan politik. Aspek hukum mengharuskan negara adanya prinsip supremasi hukum dalam proses penegakan hukum, asas legalitas, dan *rule of law*, sedangkan aspek sosial menghendaki terciptanya keadilan sosial dan kesejahteraan umum.

Oleh karena itu, tugas negara *in case* pemerintah adalah merumuskan dalam setiap undang-undang agar tujuan tersebut yaitu kesejahteraan masyarakat dapat terwujud sehingga akan terlihat dan dapat dirasakan secara nyata bahwa hukum sangat berperan dalam

²⁸ David Garland, *ibid.*

²⁹ Elviandri, Khuzdaifah Dimiyati, dan Absori, *Quo Vadis Negara Kesejahteraan: Meneguhkan Ideologi Welfare State Negara Hukum Kesejahteraan Indonesia*, [File:///C:/Users/Diana.Ginting/Downloads/32986-143867-2-Pb%20\(2\).Pdf](File:///C:/Users/Diana.Ginting/Downloads/32986-143867-2-Pb%20(2).Pdf), diunduh tanggal 20 April 2021, *Mimbar Hukum* Volume 31, Nomor 2, Juni 2019, hal. 259. Elviandri *et.al.* mengutip Bagir Manan, 1996, *Politik Perundang-undangan dalam Rangka Mengantisipasi Liberalisme Perekonomian*, FH UNLA, Bandar Lampung, hal. 9.

mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Inilah yang oleh Satjipto Raharjo bahkan lebih jauh lagi mengatakan bahwa, “Hukum hendaknya membuat bahagia”.³⁰

Pada Pembukaan UUD 1945 tercantum tujuan dari berdirinya negara Republik Indonesia. Tujuan dari negara Republik Indonesia tercantum dalam alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945 yaitu:

“Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.”

Cita negara hukum kesejahteraan dimana negara berperan aktif dalam mengatur perekonomian termaktub dalam pembukaan UUD 1945. Banyak istilah yang digunakan dan semuanya mengarah kepada kesejahteraan masyarakat. Para “*founding fathers*” negara kita menggunakan istilah “adil dan makmur” sebagaimana tertuang dalam alinea kedua Pembukaan UUD 1945. Istilah lain adalah “kesejahteraan umum” dan keadilan sosial yang tertuang dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945.³¹ Dalam UUD 1945 konsepsi negara hukum kesejahteraan Indonesia juga diakomodir dalam Pasal 27 ayat (2), Pasal 31, Pasal 32, Pasal 33, dan Pasal 34 UUD 1945.³²

³⁰ Elviandri, Khuzdaifah Dimiyati, dan Absori, *ibid*, hal. 260. Elviandri *et.al.* mengutip Satjipto Raharjo, 2006, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, hal. 9-11

³¹ Elviandri, Khuzdaifah Dimiyati, dan Absori, *ibid*, hal. 260. Elviandri *et.al.* mengutip Yohanes Suhardin, *Peranan Hukum dalam Mewujudkan Kesejahteraan Masyarakat*, Jurnal Hukum Pro Justisia, Vol. 25, No. 3, 2007, hal. 272.

³² Elviandri, Khuzdaifah Dimiyati, dan Absori, *ibid*, hal. 261.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa dalam konsep *welfare state*, negara/pemerintah mempunyai peran penting dalam mewujudkan tujuan negara yaitu memberikan kesejahteraan bagi rakyatnya. Makna dari kesejahteraan rakyat sendiri mempunyai konsepsi yang berbeda antara satu negara dengan negara lain. Indonesia yang juga menerapkan konsep *welfare state* bertujuan untuk mewujudkan tujuan negara sebagaimana termaktub di dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945.

Dalam rangka mencapai tujuan sebagaimana dalam Pembukaan UUD 1945 tersebut, negara membutuhkan sumber dana untuk melaksanakan kegiatannya. Salah satu sumber dana adalah berasal dari pajak. Pengaturan tentang pajak diatur di dalam Pasal 23A UUD 1945 (setelah amandemen) yang berbunyi “Pajak dan pungutan lain yang bersifat memaksa untuk keperluan negara diatur dengan undang-undang.” Negara dalam mengenakan pajak terhadap hal tertentu haruslah dilandasi oleh peraturan perundang-undangan. Pengaturan pemajakan juga berkembang seiring dengan perubahan yang terjadi di dalam masyarakat, termasuk pengaturan pemajakan atas perubahan pola perdagangan yang ada selama ini.

Dalam rangka memenuhi kebutuhannya, masyarakat melakukan transaksi perdagangan. Transaksi perdagangan telah ada sejak manusia memerlukan barang dan/atau jasa yang tidak dimilikinya tetapi dimiliki oleh pihak lain. Agar kebutuhannya dapat terpenuhi, manusia melakukan perdagangan. Bentuk perdagangan yang paling sederhana dilakukan pada zaman dahulu kala adalah pertukaran/*barter*. Namun, setelah muncul alat tukar (uang) dan untuk memudahkan orang bertemu untuk memenuhi kebutuhannya yang beragam, kegiatan tersebut dilakukan di pasar. Sehingga, muncullah pasar sebagai tempat bertemunya calon pembeli dan penjual serta adanya barang dan/atau jasa yang diperdagangkan. Pada pasar tradisional, pertemuan fisik dilakukan antara para pihak (pembeli dan penjual).

Dengan kemajuan teknologi yang berkembang pesat, penggunaan internet yang telah menjadi kebutuhan bagi banyak orang, pemahaman pasar pun mengalami pergeseran. Yang

dimaksud dengan pasar tidak lagi menjadi tempat bertemunya pembeli dan penjual secara fisik, namun pasar pun dapat dilakukan di dalam alam maya (pasar secara virtual). Pertemuan fisik antara calon pembeli dengan penjual kini bergeser menjadi transaksi perdagangan melalui internet (*online*). Kegiatan perdagangan melalui transaksi internet/*online*/elektronik ini kemudian dikenal dengan perdagangan melalui sistem elektronik (PMSE) atau disebut juga *e-commerce*.

Per definisi, yang dimaksud dengan PMSE sesuai Pasal 1 angka 2 Peraturan Pemerintah Nomor 80 Tahun 2019 tentang Perdagangan Melalui Sistem Elektronik adalah “Perdagangan Melalui Sistem Elektronik yang selanjutnya disingkat PMSE adalah Perdagangan yang transaksinya dilakukan melalui serangkaian perangkat dan prosedur elektronik.” Dari definisi di atas dapat dikatakan bahwa perdagangan ini menggunakan serangkaian perangkat dan prosedur elektronik. Penggunaan perangkat dan prosedur elektronik ini menunjukkan bahwa kegiatan perdagangan yang dilakukan adalah secara virtual, pasar virtual. Jika selama ini kita mengenal *mall* ataupun pasar tradisional sebagai bentuk fisik dari pasar, pasar tempat terjadinya PMSE tersebut disediakan oleh pihak yang disebut dengan Penyelenggara PMSE (PPMSE). Pihak PPMSE menyediakan ‘wadah’ yang dianggap sebagai pasar dengan menampilkan barang dan/atau jasa yang akan diperjualbelikan. Contoh dari PPMSE ini dapat dijumpai seperti Traveloka, Gojek, Grab, Tokopedia, dan sebagainya.

Transaksi PMSE tidak hanya dilakukan oleh pihak dalam negeri saja, tapi kemudian juga dilakukan oleh pihak luar negeri. PPMSE tidak saja berkedudukan di Indonesia, namun juga berkedudukan di luar Indonesia, yang melakukan transaksi dengan konsumen yang berada di Indonesia. Contoh dari PPMSE diluar negeri adalah Amazon, Netflix, dan sebagainya.

Potensi pasar virtual ini telah mendatangkan transaksi perdagangan yang tidak sedikit. Mc Kinsey³³ melaporkan tentang transaksi *online* di Indonesia tumbuh dengan pesat dan menjadi pangsa pasar terbesar untuk wilayah Asia Tenggara:

“Indonesia is the largest online commerce market in Southeast Asia, generating roughly \$2.5 billion in new consumption revenue today and a likely \$20 billion by 2022. Looking at it from a different angle, 30 percent of online commerce is new consumption, or purchases that would not have occurred in the absence of online commerce, and are likely to increase as online commerce proliferates in regions with untapped consumer demand.”

Berdasarkan data dari Statistica³⁴, pembelian secara *online* (*online shopping*) merupakan aktivitas *online* yang paling populer di seluruh dunia. *Retail e-commerce sales worldwide from 2014 to 2019* meningkat cukup pesat dari 1,336 billion US dollars (2014) menjadi 3,535 billion US dollars (2019).

Besarnya transaksi yang dihasilkan dari kegiatan PMSE tersebut dan dari tahun ke tahun yang mengalami peningkatan merupakan sumber pendapatan melalui pajak bagi negara. Banyak negara telah mengenakan pajak atas kegiatan PMSE tersebut, diantaranya adalah Inggris dan Australia. Masing-masing negara tersebut telah membuat strategi pemajakan terhadap kegiatan PMSE tersebut. Inggris (United Kingdom/UK)³⁵ mengenai pajak pertambahan nilai (*value added tax/VAT*) atas transaksi *e-commerce* dilakukan berdasarkan prinsip pemanfaatan domestik, serta pelaku bisnis *e-commerce* luar negeri yang melakukan transaksi ke UK untuk tunduk terhadap aturan VAT di UK. Australia³⁶, terdapat peraturan

³³ McKinsey and Company, 2018, *The Digital Archipelago: How Online Commerce is Driving Indonesia's Economic Development*, [https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Featured%20Insights/Asia%20Pacific/The%20digital%20archipelago%20How%20online%20commerce%20is%20driving%](https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Featured%20Insights/Asia%20Pacific/The%20digital%20archipelago%20How%20online%20commerce%20is%20driving%20), diunduh tanggal 18 Oktober 2020

³⁴ Statista, *Retail e-commerce sales worldwide from 2014 to 2023 (in billion U.S. dollars)*, <https://www.statista.com/statistics/379046/worldwide-retail-e-commerce-sales/>, diunduh pada tanggal 19 Oktober 2020

³⁵ Hukumonline.com., *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Ketentuan Dan Fasilitas Perpajakan Untuk Penguatan Perekonomian*, <https://www.hukumonline.com/pusatdata/detail/lt5e46159c8349f/rancangan-undang-undang-fasilitas-pajak-tahun-2020#>, hal. 177, diunduh pada tanggal 19 Oktober 2020.

³⁶ Hukumonline.com., *loc.cit.*

bahwa terhitung mulai Juli 2017, atas penyerahan jasa secara elektronik (termasuk: *streaming video, musik, game, e-book, software, subscriptions to membership, apps*, dan *online education*) dari luar negeri ke pelanggan di Australia dikenakan pajak penjualan (*Goods and Services Tax/GST*) sebesar 10%.

Pemerintah Indonesia sebagai lembaga eksekutif yang mendapat wewenang dari undang-undang untuk mengumpulkan pajak untuk tujuan mensejahterakan rakyat, juga memberikan perhatian serius terhadap kegiatan PMSE tersebut. Pemajakan terhadap penyelenggara PMSE di dalam negeri telah dilakukan sebagaimana peraturan perundang-undangan perpajakan yang berlaku. Salah satu jenis pajak yang dikenakan atas transaksi PMSE ini adalah Pajak Pertambahan Nilai (PPN). PPN adalah pungutan yang dikenakan dalam setiap proses produksi maupun distribusi. Itulah alasannya kita sering menemukan PPN dalam transaksi sehari-hari. Sebab, dalam PPN, pihak yang menanggung beban pajak adalah konsumen akhir/pembeli. Sebagai bukti bahwa PPN adalah kewajiban pembeli, bisa ditemukan PPN pada lembaran struk belanja atau pembelian. Pada struk tersebut ditemukan tulisan PPN maupun terjemahannya dalam Bahasa Inggris yakni *Value Added Tax (VAT)*. Tarif PPN pun beragam ada yang 0%, 10%, atau tarif lainnya berdasarkan peraturan yang berlaku.³⁷

Peraturan pemajakan PPN atas kegiatan PMSE yang selama ini berjalan terbatas kepada kegiatan yang dilakukan oleh penyelenggara PMSE yang ada di dalam negeri (dalam daerah pabean). Peraturan yang ada belum mencakup kegiatan PMSE yang dilakukan oleh penyelenggara PMSE yang berkedudukan di luar negeri (diluar daerah pabean). Dengan terbitnya Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2020 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2020 Tentang Kebijakan Keuangan Negara Dan Stabilitas Sistem Keuangan Untuk Penanganan Pandemi *Corona Virus Disease 2019 (Covid-*

³⁷ Onlinepajak, *PPN: Pengertian, Tarif, dan Jenis Barang yang Dikenakan Pajak Pertambahan Nilai*, <https://www.online-pajak.com/pengertian-ppn-adalah>, diunduh pada tanggal 19 Oktober 2020

19) Dan/Atau Dalam Rangka Menghadapi Ancaman Yang Membahayakan Perekonomian Nasional Dan/Atau Stabilitas Sistem Keuangan Menjadi Undang-Undang (UU Nomor 2 Tahun 2020), kegiatan PMSE yang dilakukan oleh penyelenggara PMSE yang berkedudukan diluar negeri menjadi sumber penerimaan pajak.

Dalam UU Nomor 2 Tahun 2020 tersebut, PPN dikenakan atas pemanfaatan barang kena pajak tidak berwujud dan/atau jasa kena pajak dari luar daerah pabean di dalam daerah pabean melalui PMSE. Dengan demikian, negara telah mengenakan pajak (PPN) terhadap kegiatan PMSE atas barang dan/atau jasa baik yang diselenggarakan oleh pihak penyelenggara di dalam negeri maupun diluar negeri yang dimanfaatkan di dalam negeri (wilayah negara Republik Indonesia).

Meskipun telah terbit UU Nomor 2 Tahun 2020 yang dirasa adil karena tidak hanya membebani kegiatan PMSE yang berasal dari dalam negeri, namun juga telah mencakup kegiatan PMSE yang berasal dari luar negeri, pengenaan di lapangan adalah hal lain yang perlu diteliti lebih jauh. Peraturan tidak akan mencapai tujuannya apabila peraturan tersebut tidak dapat diterapkan secara efektif di dalam masyarakat. Pengenaan pajak terhadap penyelenggaraan PMSE yang ada di dalam negeri lebih mudah untuk dipantau daripada penyelenggaraan PMSE yang ada di luar negeri. Bukanlah hal yang mudah untuk menghitung potensi pajak dan mengawasi pemenuhan pajak atas kegiatan PMSE yang berasal dari luar negeri. Permasalahan tidak hanya terhadap penyelenggara PMSE yang berkedudukan diluar negeri, tetapi juga terhadap konsumen.

Penelitian ini ditujukan untuk mengetahui bagaimana pengenaan PPN atas kegiatan PMSE di Indonesia. Tujuan penelitian adalah untuk mendapat pemahaman atas pengenaan PPN terkait PMSE di Indonesia.

1.2. Rumusan Masalah

Rumusan masalah yang akan didalami melalui penelitian ini adalah:

- 1) Bagaimana pengaturan mengenai pengenaan PPN atas transaksi Perdagangan Melalui Sistem Elektronik?
- 2) Bagaimana pelaksanaan pengenaan PPN atas transaksi Perdagangan Melalui Sistem Elektronik di Indonesia?

1.3. Tujuan Penelitian

Dengan mempertimbangkan rumusan permasalahan di atas, tujuan penelitian adalah sebagai berikut:

- 1) Mendapatkan pengetahuan atas pengaturan PPN atas kegiatan PMSE di Indonesia.
- 2) Mendapatkan pemahaman tentang kendala terkait pengenaan PPN atas PMSE di Indonesia.
- 3) Memperoleh gagasan baru agar pengenaan PPN atas PMSE di Indonesia dapat diimplementasikan dalam rangka optimalisasi penerimaan negara.

1.4. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan akan memberikan manfaat kepada para pihak sebagai berikut:

- 1) Kegunaan Ilmiah, yaitu memberikan sumbangan melalui gagasan dalam pengenaan PPN atas PMSE di Indonesia.
- 2) Kegunaan Praktis, yaitu memberikan masukan bagi pihak-pihak antara lain pembuat kebijakan di bidang perpajakan dalam mengatur pemajakan (PPN) atas kegiatan PMSE.

1.5. Sistematika Penulisan

Sistematikan penulisan tesis berjudul “Pengenaan Pajak Pertambahan Nilai dalam Transaksi Perdagangan Melalui Sistem Elektronik di Indonesia” dibagi ke dalam lima bab dengan urutan bab dan penjelasan sebagai berikut:

Bab I memuat latar belakang pemilihan topik masalah yaitu dengan mengemukakan terlebih dahulu Indonesia sebagai negara hukum, penjelasan mengenai negara sejahtera (*welfare state*), perlunya pajak dalam rangka membiayai pembangunan untuk mewujudkan tujuan negara, perkembangan pola perdagangan yang berbasis sistem elektronik (pasar virtual), dan potensi pemajakan atas kegiatan perdagangan melalui sistem elektronik (*e-commerce*).

Bab II memuat landasan teori yaitu teori hukum publik dan teori kepastian hukum. Teori hukum publik dipilih mengingat otoritas pajak yang melakukan pemungutan pajak harus didasarkan kepada peraturan perundang-undangan sebagaimana diamanatkan di dalam UUD 1945. Teori kepastian hukum dipilih karena pemajakan (PPN) terhadap kegiatan PMSE ini tidak saja melibatkan perorangan dan/atau badan yang berkedudukan di dalam negeri, tetapi juga terkait dengan pihak-pihak yang berada diluar Indonesia yang melakukan perdagangan dengan pihak di Indonesia. Hal tersebut perlu dikaji lebih mendalam bagaimana kepastian hukum atas implementasi pemungutan PPN terhadap PMSE di Indonesia yang melibatkan pihak di dalam dan juga di luar negeri. Beberapa konsep yang mendukung penelitian juga dicantumkan pada sub bab landasan konseptual di Bab II seperti konsep hukum perdagangan, konsep perdagangan melalui sistem elektronik, dan konsep hukum pajak.

Bab III memuat penjelasan terkait metodologi penelitian yang meliputi pengertian metodologi penelitian hukum, perspektif normatif dalam penelitian hukum, pendekatan penelitian hukum normatif, bahan penelitian, dan teknik pengumpulan data.

Bab IV memuat analisis atas permasalahan yang telah dikemukakan. Hal-hal yang dimuat dalam bab ini meliputi penjelasan lengkap tentang PMSE antara lain pihak-pihak yang terlibat, pola-pola perdagangan, statistik volume PMSE pada beberapa negara, penjelasan PPN antara lain prinsip-prinsip PPN yang berlaku secara internasional, pengaturan PPN atas PMSE

baik terkait pihak domestik maupun dengan pihak diluar Indonesia. Dalam melakukan perbandingan pengenaan PPN atas PMSE, akan dicantumkan negara-negara yang mengenakan PPN atas PMSE, memilih pengaturan PPN oleh negara-negara tertentu sebagai bahan perbandingan, analisis atas perbandingan peraturan PPN atas PMSE pada negara-negara yang dipilih. Dalam analisis ini diharapkan diperoleh gambaran yang jelas dan lengkap mengenai pengenaan PPN atas PMSE di Indonesia, bagaimana kelebihan dan hal-hal yang perlu diperbaiki dalam mengoptimalkan penerimaan negara melalui pengenaan PPN atas PMSE.

Bab V memuat simpulan atas hasil analisis dan usulan dalam rangka perbaikan pengaturan PPN atas PMSE di Indonesia.

