

## **PENDEKATAN NEGARA HUKUM KRISIS EKONOMI: UPAYA MENDAMAIKAN PERTENTANGAN ANTARA PEMBATASAN DAN PELONGGARAN HUKUM DAN DISKRESI BAGI PRESIDEN (EKSEKUTIF)**

**Yafet Y. W. Rissy**

Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana

Jl. Diponegoro 52 –60 Salatiga, Jawa Tengah, 50711, Indonesia.

Email: [yafet.rissy@uksw.edu](mailto:yafet.rissy@uksw.edu)**ARTICLE INFO****Article history:***Received*

6 Agustus 2022

*Revised*

9 September 2022

*Accepted*

18 Desember 2022

**Kata-kata Kunci:**

Pendekatan;

Krisis Ekonomi;

Negara Hukum.

**Abstrak**

Pendekatan negara hukum dalam keadaan normal dan krisis sering kali dipertentangkan. Untuk mengurangi ketegangan ini, diperlukan pendekatan alternatif yang mendamaikan kedua kutub. Untuk itu, artikel ini menganalisis pendekatan negara hukum yang tepat untuk diterapkan dalam keadaan krisis ekonomi atau pendekatan negara hukum krisis ekonomi (*The Economic Crisis Rule of Law Approach*). Dalam pendekatan ini, diargumentasikan adanya dua pendekatan yang berdampingan (*coexist*) yakni mentaati prinsip negara hukum sekaligus memberi peluang fleksibel bagi Presiden (eksekutif) dalam memitigasi krisis ekonomi. Untuk itu, sekalipun dalam keadaan darurat ekonomi, ada kebutuhan untuk tetap mematuhi prinsip-prinsip dasar dalam negara hukum tetapi pada saat bersamaan ber-negara hukum dalam darurat ekonomi idealnya perlu tetap rasional, efisien, menciptakan kepastian, menjamin prediktabilitas, bersifat prospektif dan mencegah perilaku opportunistik dan moral hazard. Tujuan utama pendekatan negara hukum dalam krisis ekonomi ialah tercapainya pemulihan krisis dengan cepat tetapi juga sekaligus membantu pencapaian tujuan utama negara hukum substantif yakni perlindungan harkat dan martabat manusia, keadilan, kemakmuran dan kesejahteraan sosial.

**Abstract**

The rule of law approach in normal and crisis situations is often contested. To reduce this tension, an alternative approach that reconciles the two poles is needed. For this reason, this article tries to analyze an appropriate rule of law approach to be applied in an economic crisis so called The Economic Crisis Rule Of Law Approach. In this approach, it is argued that there are two coexist approaches, namely adhering to the basic principles of rule of law but at the same time providing flexible opportunities to mitigate the economic crisis. Thus, even in an economic emergency, there is still a need for the President (executive) to comply with the basic principles in rule of law but at the same time to implement rule of law in an economic crisis ideally needs to remain rational, efficient, create certainty, ensure predictability, prospective and prevent opportunistic behaviour and moral hazard. The main objective of the rule of law approach in an economic crisis is to achieve rapid

**Keywords:**  
Approach;  
Economic Crisis;  
Rule of Law.

recovery from the crisis as well as to achieve the main objectives of a substantive rule of law such as the protection of human dignity, justice, prosperity and social welfare.

## PENDAHULUAN

Pendekatan negara hukum (*rule of law approach*) dalam keadaan normal perlu dibedakan dengan pendekatan negara hukum dalam keadaan krisis (baik itu krisis politik, krisis ekonomi yang diakibatkan oleh fundamental ekonomi yang miskin maupun karena bencana alam atau pandemi penyakit tertentu seperti pandemi Covid-19). Sejauh yang Penulis cermati, khususnya di Indonesia, paham konstitusionalisme yang mengagungkan prosedur dan tata cara pembuatan undang-undang baik atas dasar inisiatif DPR maupun sebaliknya Presiden, valid ketika kondisi negara dalam keadaan normal. Proses pembuatan undang-undang dalam keadaan normal memakan waktu dan biaya serta tekanan politik. Dalam konteks normal, syarat dan tata cara pembuatan undang-undang tentu harus dipatuhi, termasuk pembatasan hukum dan konstitusi (*legal and constitutional constraints* ataupun *liberal legalism*)<sup>1</sup> atas kewenangan dan diskresi pemerintah (baca Presiden atau eksekutif). Tentu, dalam keadaan normal, karena tingkat kebutuhan atas undang-undang tersebut tidak mendesak, persoalan pembatasan di atas termasuk kepatuhan atas prinsip negara hukum bisa dipahami.

Persoalannya berbeda ketika negara dalam keadaan darurat, baik politik atau ekonomi. Proses normal pembentukan undang-undang tidak dapat diterapkan. Oleh karenanya, diperlukan pendekatan negara hukum yang tepat untuk memoderasi situasi krisis ekonomi tersebut sehingga hukum dan diskresi dapat memitigasi krisis dan dampaknya dengan efisien. Di banyak negara, termasuk Indonesia sesuai ketentuan Pasal 22 UUD 1945, konstitusi mengatribusi Presiden kewenangan untuk membentuk undang-undang jika negara dalam keadaan darurat, baik politik, keamanan maupun ekonomi. Isu yang menantang ialah apakah dalam mengkonstruksi hukum ekonomi darurat maupun dalam bertindak untuk mengatasi darurat ekonomi tersebut, kewenangan dan diskresi Presiden (eksekutif/pemerintah) dibatasi oleh hukum itu sendiri ataukah eksekutif/pemerintah memiliki kewenangan dan diskresi luas tanpa batas? Atau apakah kedua titik ekstrim ini bisa dipertemukan? Dengan kata lain, pendekatan negara hukum apakah yang tepat diterapkan dalam darurat atau krisis ekonomi?

Artikel ini hendak menjawab pertanyaan-pertanyaan di atas. Substansi pembahasan artikel ini sebagai berikut. Pertama, elaborasi terlebih dahulu konsep negara hukum dan tujuannya. Kedua, penjelasan prinsip dasar dan pendekatan negara hukum dan ekonomi dalam keadaan normal. Ketiga, pembahasan dilanjutkan dengan menguraikan pandangan konstitusionalisme kedaruratan yang memberi perhatian khusus pada *liberal legalism* atau *constitutional constraints vs unlimited discretionary power* yang diwakili oleh pandangan Eric Posner dan Adrian Vermeule di satu sisi dan dipertentangkan dengan pandangan Todd Swicky di sisi

---

<sup>1</sup> Todd J. Zywicki, 'The Rule of Law During Times of Economic Crisis' (George Mason Law & Economics Research Paper No. 15-27, 26 Agustus 2015) <<https://ssrn.com/abstract=2651893>> Diakses 7 Oktober 2020.

lainya. Keempat, Penulis memberi perhatian kepada pendekatan yang idealnya digunakan dalam negara hukum ketika negara dalam keadaan darurat/krisis ekonomi. Di sini Penulis mengusulkan sebuah pendekatan negara hukum untuk mendamaikan ketegangan di atas atau jalan tengah (*the middle way*) yakni *The Economic Crisis Rule of Law Approach*.

## PEMBAHASAN

### Konsep Dasar Negara hukum

Negara hukum (*rule of law*) merupakan konsep ideal dalam sebuah negara modern. Hampir semua negara di dunia, mendeklarasikan dirinya sebagai negara yang berdasarkan atas hukum atau negara hukum (*rule of law*). Konsepsi negara hukum, telah dibahas secara meluas oleh banyak ahli hukum di antaranya Sellers and Tomaszewski,<sup>2</sup> Licht, Glodsmith and Schwartz,<sup>3</sup> O'Donnell<sup>4</sup> dan Scaliat.<sup>5</sup> Setidaknya terdapat dua prinsip yang perlu digarisbawahi ketika berbicara mengenai negara hukum. Pertama, negara hukum sebenarnya tidak lebih dan tidak kurang dari sebuah fenomena umum yuridis yang harus dipenuhi dalam sebuah sistem hukum. Kedua, konsep negara hukum juga merujuk pada sebuah ekspresi komitmen moral terhadap penegakan martabat dan persamaan individu atau manusia.<sup>6</sup>

Terdapat banyak teori yang dapat menjelaskan bagaimana mewujudkan konsep negara hukum di atas, namun di kesempatan ini, Penulis ingin merujuk kepada konsep negara hukum dalam perspektif teori formal (*Formal Theories of Rule of Law*). Teori formal *rule of law*,<sup>7</sup> dari sisi tujuannya dan pembentukannya membagi negara hukum atas dua: negara hukum formil (*formal rule of law*) dan negara hukum substantif (*substantive rule of law*) (lihat Figure 1).

Dalam negara hukum substantif (*substantive rule of law*) (lihat Figure 1), hukum bertujuan untuk mencapai perlindungan atas hak-hak individu baik kekayaan, kontrak, privasi maupun otonominya, lalu meningkat ke perlindungan atas hak atas martabat dan/keadilan, dan puncaknya adalah untuk mencapai kesejahteraan sosial (*social welfare*) dimana hukum ingin mencapai persamaan substantif, kesejahteraan, dan perlindungan kepada masyarakat.<sup>8</sup>

Kebalikan dari konsep negara hukum substantif adalah konsep negara hukum formil (*formal rule of law*) (Lihat Figure 1). Di dalamnya, yang dikejar bergerak dari tingkatannya yang paling rendah *rule-by-law* dimana hukum diposisikan sebagai instrumen yang spesifik (khusus) yang mendasari tindakan pemerintah, lalu

<sup>2</sup> MNS Sellers and Tadeusz Tomaszewski (ed), *The Rule Of Law In Comparative Perspective* (Springer 2010) vii.

<sup>3</sup> Amir Licht, Chanan Goldschmidt, and Shalom H. Schwartz, 'Culture Rules: The foundations of the rule of law and other norms of governance' (2007) 35 (4) *Journal of Comparative Economics* 659, 659.

<sup>4</sup> Guillermo O'Donnell, 'The Quality of Democracy: Why the Rule of Law Matters' (2004) 15 (4) *Journal of Democracy* 32, 32.

<sup>5</sup> Antonin Scaliat, 'The Rule of Law as a Law of Rules' (1989) 56 (4) *The University of Chicago Law Review* 1175, 1175.

<sup>6</sup> Matthew H. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge University Press 2007) 101.

<sup>7</sup> Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law History, Politics, Theory* (Cambridge University Press 1994) 91.

<sup>8</sup> Ibid.

meningkat menjadi legalitas formal (*formal legality*) dimana hukum bersifat umum, fokus ke masa depan, pasti dan jelas, dan meningkat lagi menjadi demokrasi plus legalitas (*democracy + legality*) dimana persetujuan menentukan konten hukum melalui proses politik.<sup>9</sup> Dalam pandangan Tamanaha<sup>10</sup> negara hukum formal terdiri atas prinsip hukum yang mengarahkan dan membatasi pembuatan dan penerapan hukum substantif (materil) umumnya dan merupakan subyek terhadap konsensus yang lebih besar atas makna hukum.

Lebih lanjut MacCormick, Peerenboom, Fuller, dan Killer sebagaimana dirangkum Maxeiner,<sup>11</sup> menjelaskan bahwa elemen utama dari negara hukum formal adalah bahwa hukum harus dibuat secara absah dan diumumkan (diundangkan) ke publik mengenai penerapan, hukum harus stabil, memiliki arti yang jelas, konsisten dan bersifat masa depan. Dalam perspektif ini, hukum mengatur persyaratan penerapan hukum, dimana prinsipnya adalah hukum tidak boleh memihak (*impartial*), memberikan kepada pihak yang dihukum kesempatan untuk didengarkan dan hukum harus dapat diprediksi (*predictable*), dan hukum harus memberikan keputusan yang konsisten ketika terdapat kasus-kasus yang bersifat individual.

Figure 1: Alternative Rule of Law Formulations<sup>12</sup>

<b>ALTERNATIVE RULE OF LAW FORMULATIONS</b>			
Thinner -----> to -----> Thicker			
<b>FORMAL VERSIONS:</b>	<b>1. Rule-by-Law</b>  – law as instrument of government action	<b>2. Formal Legality</b>  – general, prospective, clear, certain	<b>3. Democracy+ Legality</b>  – consent determines content of law
<b>SUBSTANTIVE VERSIONS:</b>	<b>4. Individual Rights</b>  – property, contract, privacy, autonomy	<b>5. Right of Dignity and /or Justice</b>	<b>6. Social Welfare</b>  – substantive equality, welfare, preservation of community

Dari penjelasan di atas, dalam bahasa yang ringkas dapat disimpulkan bahwa *rule of law* bertujuan untuk menciptakan kepastian dan keadilan hukum (*legal certainty and justice*) baik keadilan hukum formil (*legal and formal justice*) maupun keadilan substantif (*legal and substantive justice*)<sup>13</sup> dan untuk mencapai perlindungan martabat manusia dan kemakmuran sosial.

<sup>9</sup> Ibid., 102-103.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> James Maxeiner, 'Legal Certainty and Legal Methods: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?' (2007) 15 (2) Tulane Journal of International & Comparative Law 541, 546.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Terkait konsep keadilan hukum atau legal justice (baca formal) dan keadilan substantif atau substantive justice, lihat Andrew Altman, *Arguing About Law* (Wadsworth Publishing 2001) 18.

## Perkembangan Teori Hukum dan Ekonomi Ketika Negara dalam Keadaan Normal

Bagaimana hukum berperan dalam pembangunan dan ekonomi serta kemajuan sosial umumnya? Ini bukan merupakan pertanyaan baru. Sejak semula, setidaknya para ahli hukum, filsuf, ekonom dan sosiolog telah memikirkan jawaban atas pertanyaan klasik di atas. Adam Smith, Bapak ekonomi modern, dalam kuliah mengenai yurisprudensi menyatakan bahwa hukum yang tidak sempurna dan tidak pasti dalam pelaksanaannya (*“the imperfection of the law and the uncertainty in its application”*) merupakan faktor yang menghambat kemajuan ekonomi.<sup>14</sup> Dengan kata lain, jika hukumnya tidak sempurna, ekonomi akan mengalami kemunduran. Max Weber, sosiolog, filsuf dan ekonom politik terkemuka Jerman, juga menegaskan adanya hubungan antara hukum yang rasional dengan perkembangan ekonomi dan kemajuan masyarakat. Bagi Webber hukum yang rasional adalah kunci kemajuan ekonomi.<sup>15</sup> Sedangkan Friedrich Hayek, filsuf dan ekonom Abad 20 menegaskan pentingnya perlindungan atas kebebasan individu sebagai ujung tombak kemakmuran dan pertumbuhan ekonomi.<sup>16</sup>

Sekalipun para pemikir di atas telah meletakkan dasar bagi hubungan hukum dan ekonomi, diskusi mengenai peran vital hukum dan ekonomi oleh para ahli baru mengkristal setelah berakhirnya Perang Dunia II, utamanya ketika kolonialisasi berakhir yang ditandai dengan deklarasi kemerdekaan banyak negara dunia, khususnya di Asia dan Afrika.

Diskusi tentang hubungan hukum dan ekonomi dan pembangunan pada tahapan awal dipicu oleh ide mengenai modernisasi di kalangan negara- negara yang baru merdeka tersebut yang dikenal sebagai *modernization theory of law and economy (development)* di tahun 1950an-1960an. Ahli pembangunan ekonomi Walt Rostow berpendapat bahwa modernisasi di negara berkembang dapat dicapai melalui penyatuan modal, lembaga dan nilai-nilai yang diimpor dari negara maju.<sup>17</sup> Dalam perspektif ini, hukum yang modern dilihat sebagai syarat fungsional bagi kemajuan industri dan ekonomi.<sup>18</sup> Hukum juga dipahami sebagai "Kekuatan yang dapat dibentuk dan dimanipulasi untuk mengubah perilaku manusia dan mencapai pembangunan."<sup>19</sup> Konsekuensi dari pemikiran di atas ialah bahwa hukum sebagai

---

<sup>14</sup> Lihat Adam Smith, *Lectures On Jurisprudence 528 (1978)* dalam Lee, Yong – Shik, 'General Theory of Law and Development' (2017) 50 (3) Cornell International Law Journal 415, 420. *Lectures on Jurisprudence* disampaikan oleh Adam Smith di University of Glasgow di tahun 1762-1763 dimana dalam kuliahnya Adam Smith mengemukakan pemikirannya yakni "Theory Of The Rules By Which Civil Government Ought To Be Directed." Ringkasan atas di Materi atas kuliah ini dapat diakses di Adam Smith Works, Lecture on Jurisprudence, <https://www.adamsmithworks.org/texts/part-i-of-justice>, diakses 5 Oktober 2020.

<sup>15</sup> Lihat Max Weber, *Law In Economy And Society* (Max Rheinstein ed., Edward Shils & Max Rheinstein trans 1976) 196-197.

<sup>16</sup> Lihat Friedrich Hayek, *The Constitution Of Liberty* (University of Chicago Press 1960) 118-124.

<sup>17</sup> David M. Trubek, 'The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future' dalam David M. Trubek & Alvaro Santos (ed), *The New Law And Economic Development The New Law And Economic Development: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2006) 95, 167.

<sup>18</sup> David M. Trubek, 'Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development' (1972) 82 (1) The Yale Law Journal 1, 1.

<sup>19</sup> Elliot M. Burg, 'Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of "Scholars in Self-Estrangement"' (1977) 25 (3) The American Journal of Comparative Law 492, 529.

alat rekayasa sosial (*law as a tool of social engineering*) yang dikemukakan oleh Roscoe Pound<sup>20</sup> mendapat tempatnya.

Namun *modernization theory of law and economy (development)* dalam banyak kasus mengalami kegagalan karena negara terlalu dominan dalam mengintroduksi hukum tetapi lupa melakukan reformasi dalam pendidikan hukum. Kesulitan terbesarnya, sebagaimana dikritisi oleh Trubek dan Galantar ialah gagalnya reformasi pendidikan hukum di negara-negara berkembang.<sup>21</sup>

Selanjutnya dalam diskursus hukum dan pembangunan (ekonomi), berkembang *Neoliberal theory of Law and Economy* (1980an-pertengahan 1990an). Ide dasar *neoliberal theory of law and economy* diambil dari teori ekonomi neoliberal yang intinya menyatakan bahwa negara tidak boleh mengintervensi pasar. Pasar diyakini merupakan sebuah mekanisme yang harus dibiarkan berkembang bebas (pasar bebas) dan karenanya semua intervensi negara, termasuk melalui hukum, hanya akan melahirkan distorsi ekonomi.<sup>22</sup>

Konsekuensi dari mazhab neoliberal di atas ialah ide dan praktek privatisasi dan deregulasi menjadi tujuan utama dan dipraktikkan utamanya di negara-negara maju dan dalam skala tertentu, berhasil.<sup>23</sup> Tetapi di negara berkembang, privatisasi lalu mengakibatkan monopoli pasar oleh swasta dan peran negara termarginalkan. Akibat fatalnya ialah kalangan kaya semakin memiliki akses kepada kekayaan dan kemakmuran, sedangkan kaum miskin semakin tersisihkan. Celaknya lagi, kaum kapitalis memiliki akses yang hebat atas kekuasaan lalu menggunakan hukum untuk memperkaya kelompok dan dirinya. Ketamakan berlebihan kaum kapitalis<sup>24</sup> inilah yang kemudian melahirkan berbagai skandal dan krisis ekonomi dan keuangan di berbagai Kawasan di dunia, seperti di Amerika,<sup>25</sup> Amerika Latin,<sup>26</sup> Eropa,<sup>27</sup> Afrika,<sup>28</sup> dan Asia<sup>29</sup> di tiga dekade terakhir.

<sup>20</sup> Lihat Trevino, 'Javier ,Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound' ( Routledge, Taylor and Francis Group 2017); lihat juga William L. Grossman, 'The Legal Philosophy of Roscoe Pound' (1935) 44 (4) *The Yale Law Journal* 605.

<sup>21</sup> David M. Trubek & Marc Galanter, 'Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States' (1974) 4 *Wisconsin Law Review* 1062.

<sup>22</sup> David M. Trubek & Alvaro Santos, 'Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice' dalam David M. Trubek & Alvaro Santos, (ed), *The New Law And Economic Development The New Law And Economic Development: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2006) 3.

<sup>23</sup> Terkait dinamika privatisasi dan deregulasi di sejumlah negara, lihat Jeffrey R. Henig, 'Privatization in the United States: Theory and Practice' (1990) 104 (4) *Political Science Quarterly* 649-670; Zinnia F. Godinez, 'Privatization and Deregulation in the Philippines: An Option Package Worth Pursuing?' (1989) 5 (3) *ASEAN Economic Bulletin* 259-289; Luigi Manzetti, 'The Politics of Privatization and Deregulation in Latin America' (1994) 34 (Special Issue, Summer) *The Quarterly Review of Economics and Finance* 43, 44.

<sup>24</sup> Levin Welch, 'Neoliberalism, Economic Crisis, And The 2008 Financial Meltdown In The United States' (2012) 38 (2) *International Review Of Modern Sociology* 212.

<sup>25</sup> David M. Kotz 'The Financial And Economic Crisis Of 2008: A Systemic Crisis Of Neoliberal Capitalism' (2009) 3 (4) *Review Of Radical Political Economics* 306-307.

<sup>26</sup> Ana Margheritis, and W. Anthony Pereira, 'The Neoliberal Turn In Latin America: The Cycle Of Ideas And The Search For An Alternative' (2007) 34 (3) *Latin American Perspectives* 25, 32.

<sup>27</sup> Christoph Hermann, 'Neoliberalism In European Union' (2007) 79 *Studies In Political Economy* 61, 77.

<sup>28</sup> George Caffentzis, 'Neoliberalism In Africa, Apocalyptic Failures And Business As Usual Practices' (2002) 1 (3) *Alternatives, Turkish Journal Of International Relation* 80, 104.

<sup>29</sup> Richard Pomfret, 'Central Asia And The Global Economic Crisis' (2009) 7 *EU Central Asia Monitoring* 1-6; Bang Nam Jeon, 'From The 1997-98 Asian Financial Crisis To The 2008-09 Global Economic Crisis: Lessons From Korea's Experience' (2012) 3 *East Asia Law Review* 103, 104.

Sejauh ini dapat diterangkan bahwa jika di gelombang pertama, hukum modern dan ekonomi gagal karena peran negara yang terlalu besar dan cenderung berujung pada monopoli negara dan hukum yang dipaksakan (otoriter), di gelombang kedua, hukum negara juga gagal karena membiarkan mekanisme pasar dan eksternalitasnya begitu saja. Swasta dan kapitalisme menguasai pasar, peran hukum negara terpinggirkan dan masyarakat golongan menengah dan bawah tersisihkan.

Berefleksi atas kegagalan *modernization theory of law and economy* dan *neoliberal theory of law and economy*, muncul pendekatan ketiga yakni *post-neoliberal theory of law and economy* atau *holistic theory of law and economy* (akhir 1990an).<sup>30</sup> Pendekatan ini mencoba membatasi ide hukum dan ekonomi neoliberal seperti pasar bebas dan lalu mengkombinasikan berbagai tujuan pembangunan dalam bidang sosial, ekonomi dan budaya, dan termasuk penerapan negara hukum itu sendiri menjadi obyek dari pembangunan. Jadi hukum tidak semata dilihat sebagai alat pendorong pembaharuan, kemakmuran dan ekonomi tetapi juga hukum merupakan tujuan pembangunan itu sendiri.<sup>31</sup> Pertumbuhan ekonomi dan stabilitas keuangan merupakan hasil dari pembangunan hukum dan politik bukan hasil dari bekerjanya mekanisme pasar.<sup>32</sup> Anthony Giddens menyatakan bahwa negara perlu melakukan intervensi atas pasar untuk mengatasi eksternalitasnya utamanya untuk melakukan investasi sosial bagi sektor-sektor yang merugikan dan tidak diminati swasta, serta memberikan jaminan kesejahteraan sosial bagi rakyatnya.<sup>33</sup> Dalam konteks seperti ini peran negara menjadi sentral dan negara dapat mengintrodusir hukum yang mampu memitigasi dampak negatif dari eksternalitas pasar.

Sekalipun demikian, ketiga pendekatan hukum dan ekonomi di atas tidak menjelaskan mengapa hukum atau negara hukum di negara-negara maju berhasil sementara di negara berkembang hukum atau negara hukum gagal mendorong kemajuan ekonomi. Atas dasar itu, Douglas North, mengajukan konsepnya mengenai *New Institutional Economy* (NIE) untuk mengatasi persoalan di atas pada tahun 1990. Tiga tahun kemudian, 1993, atas sumbangannya cerdasnya ini, Douglas North kemudian meraih hadiah Nobel dalam bidang ilmu ekonomi.

Inti pemikiran North dituangkan dalam bukunya yang fenomenal tahun 1990 yakni *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance* dimana North menjawab pertanyaan di atas dengan tegas bahwa '*Third World countries are poor because the institutional constraints define a set of payoffs to political/economic activity that do not encourage productive activity*'.<sup>34</sup> Jadi terdapat hambatan institutional seperti miskinnya dan tidak memadainya informasi dan sistem kepercayaan (*beliefs*) yang membelenggu masyarakat yang diwariskan oleh masyarakat dalam negara tersebut.

---

<sup>30</sup> Lihat Lee, Yong – Shik, 'General Theory of Law and Development' (2017) 50 (3) Cornell International Law Journal 422.

<sup>31</sup> Ibid 423.

<sup>32</sup> Elamr Altvater, 'Postneoliberalism or postcapitalism? The Failure Of Neoliberalism In The Financial Market Crisis, dalam Ulrich Brand & Nicola Sekler, Post Neoliberalisme: A Beginning Debate' (2009) 51 Development Dialogue 73, 78.

<sup>33</sup> Antony Giddens, *The Third Way The Renewal Of Social Democracy* (Polity Press 1998) 124-127.

<sup>34</sup> Douglas North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance* (Cambridge University Press 1990) 110.

Akibatnya, masyarakat terjebak dalam sistem kepercayaan yang membelenggu tersebut dan institusi gagal mengatasi kompleksitas masalah baru yang dihadapi. “Societies that get ‘stuck’ embody belief systems and institutions that fail to confront and solve new problems of societal complexity”.<sup>35</sup> Oleh karena itu North mengusulkan agar di negara berkembang, institusi (bisa juga dibaca sebagai hukum) harus direformasi terlebih dahulu. North menyatakan bahwa “they could do better by altering the existing institutional framework on some margin. But their perceptions crucially depend on both the information the entrepreneurs receive and how they process that information”.<sup>36</sup>

Dalam kaitannya dengan hukum, menurut North, institusi hukum dan norma yang diimpor dari negara maju gagal di negara berkembang karena institusi dan sistem kepercayaan yang miskin informasi dan karena sistem kepercayaan (institusi) termasuk mentalnya yang miskin sehingga diperlukan perubahan mendasar dalam sistem, institusi dan nilainya untuk mendorong kemajuan sosial dan pertumbuhan ekonomi.<sup>37</sup>

North sendiri sebenarnya tidak memberi penjelasan yang memadai tentang persoalan hukum dan institusi. Namun secara umum North mengulasnya dengan membandingkan situasi hukum di negara yang disebut sebagai ‘natural states’ dengan hukum di negara demokratis modern. Bagi North, di ‘natural states’ hukum tidak lebih sebagai alat yang digunakan para elit untuk mendapatkan keistimewaan dan akses politik. Akses non-elit tidak ditutup tapi hambatan non-elit untuk mengakses keistimewaan dan akses politik besar dan biaya transaksinya tinggi. Dengan kata lain dalam ‘natural states’ terdapat *limited access* bagi non-elit. Sebaliknya situasi hukum di negara demokrasi modern terdapat apa yang diistilahkan sebagai ‘open access society’ dimana tatanan hukum ditransformasikan menjadi ‘rule of law’ yang didukung oleh demokrasi liberal.<sup>38</sup>

Dalam ‘open access society’ terdapat *open access institutions*, yakni hukum itu sendiri, dimana terdapat persamaan, berbagi (*sharing*) dan inklusi universal. *Open access institutions* (hukum) memastikan bahwa sistem politik mengontrol penggunaan kekerasan dan hukum secara tidak memihak dan warga negara manapun memiliki akses terhadap organisasi ekonomi dan politik kompetitif dengan biaya transaksi yang relatif rendah. Bahkan tidak saja akses yang terbuka tetapi resiko partisipasi pasar dikurangi dan manfaat yang diperoleh dibagi melalui pendidikan, program jaminan sosial dan penyediaan infrastruktur dan barang publik yang meluas.<sup>39</sup>

NIE-nya North tidak terlepas dari kritik, antara lain bahwa pemikiran North tentang hukum sebagai institusi tidak mampu menjelaskan dinamika hukum itu sendiri dan tidak mampu membedakan mana institusi formal dan informal, dan pandangannya bahwa hukum semata sebagai sebuah ‘black box’ yang didesain untuk memproses input politik dan ekonomi. Namun demikian, pemikiran NIE-nya North di atas lalu menginspirasi para ahli hukum untuk melihat lagi bagaimana hukum sebagai institusi berperan dalam pembaharuan yang mendorong kemajuan

---

<sup>35</sup> Ibid., 6.

<sup>36</sup> Ibid., 8.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid., 111.

<sup>39</sup> Ibid.



ekonomi. NIEnya North juga memiliki sejumlah masukan positif bagi hukum antara lain mengakui peran sistem kepercayaan dalam memvalidasi pengaturan sosial dan peran individu dalam proses pembangunan institusi (hukum) dan reformasi institusional (hukum).<sup>40</sup>

Selanjutnya teori terbaru lainnya yang mencoba menganalisis hukum dan ekonomi ialah *economic analysis of law* yang dikembangkan sejak tahun 1960 oleh Ronald Coase ketika ia menerbitkan tulisannya yang berjudul *the problem of social cost* (Masalah Biaya Sosial).<sup>41</sup> Dalam Artikel ini Coase melakukan analisis ekonomi terhadap polusi yang ditimbulkan oleh sebuah pabrik bagi tetangganya dan masyarakat dan bagaimana solusi atas masalah ini. Coase menggunakan analisis ekonomi untuk melihat masalah sosial (polusi) ini. Setidaknya tiga alternatif pemecahan tersedia yakni apakah pengusaha tersebut mengganti rugi tetangganya, atau membayar pajak yang lebih tinggi atau pilihannya pabrik tersebut dipindahkan dari wilayah tersebut. Bagi Coase, pilihan atas solusi tersebut sangat bergantung pada analisis ekonominya, dimana solusi yang memberi manfaat tinggi dengan biaya yang paling rendah (rasional) yang harus diambil.<sup>42</sup>

Kemudian di tahun 1968, Gary Becker mempublikasi tulisannya tentang kejahatan dan hukuman: sebuah pendekatan ekonomi (*crime and punishment: an economic approach*).<sup>43</sup> Inti pemikiran Becker tentang kejahatan dan penegakan hukumnya adalah bahwa kejahatan menimbulkan biaya (*cost*) tetapi pada saat yang sama ketika memberantas kejahatan juga membutuhkan biaya. Oleh karenanya, dengan menggunakan analisis ekonomi terhadap hukum, Becker berpendapat bahwa semakin serius kejahatan maka makin optimal pula hukuman dan peluang untuk menahan dan menghukum. Karena itu, hukum pidana dan kebijakan penegakannya haruslah bertujuan untuk meminimalkan kerugiannya bagi masyarakat. Jadi hukum pidana dipahami sebagai upaya untuk menilai kerugian masyarakat yang ditimbulkan oleh kejahatan dan upaya untuk memberikan kompensasi yang optimal.<sup>44</sup>

Ide Coase dan Becker mengenai analisis ekonomi terhadap hukum ini kemudian dikembangkan lagi oleh Richard Posner di tahun 1972 yang menerbitkan buku berjudul *Economic Analysis of Law*<sup>45</sup> yang kemudian menjadi titik tolak perkembangan *law and economy*. Puncak perkembangan *law and economy* atau *economic analysis of law* terjadi di tahun 1991 dan 1992 dimana pengusung teori ini yakni Ronald Coase dan Gary Becker meraih hadiah Nobel ekonomi secara terpisah. Bruce Ackerman dari Yale Faculty of Law dengan yakin menyatakan bahwa *economic analysis of law* merupakan 'perkembangan paling penting dalam ilmu hukum di abad 20'.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> Julio Faundez 'Douglass North's Theory of Institutions: Lessons for Law and Development' (2016) 8 (2) Hague Journal on the Rule of Law 407, 412.

<sup>41</sup> Ronald H. Coase, 'The Problem Of Social Cost' (1960) 3 The Journal of Law and Economics 1, 44.

<sup>42</sup> Ibid., 1.

<sup>43</sup> Gary S. Becker, 'Crime and Punishment: An Economic Approach' (1968) 76 (2) Journal of Political Economy 169, 169. Versi makalah dari Artikel ini dapat dilihat di <https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Diakses 8 Oktober 2020.

<sup>44</sup> Ibid., 215.

<sup>45</sup> Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (University of Chicago Law School Little Brown 1972) 415.

<sup>46</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* (Addison Wesley: Longman Inc, Reading Massachutes 2000) 2.

Inti *economic analysis of law* digambarkan dengan baik oleh Cooter dan Ulen dimana keduanya menyatakan ‘ahli ekonomi menyediakan teori perilaku untuk memprediksi bagaimana orang memberi respons atas perubahan dalam hukum’. Untuk mengetahui respon orang terhadap perubahan hukum, ahli hukum dan hakim membutuh metode evaluasi atas hukum agar bisa melihat efek hukum atau kebijakan atas efisiensi. Efisiensi menjadi relevan karena melaluinya diketahui apakah hukum itu efisien atau tidak efisien yang dilihat dari apakah tujuan hukum itu dicapai dengan biaya rendah atau biaya tinggi.<sup>47</sup>

Menurut Kaplow dan Shavell *economic analysis of law* berupaya menjawab dua pertanyaan dasar tentang hukum yakni apakah efek hukum bagi perilaku dari aktor terkait? Dan Apakah dampak dari hukum tersebut secara sosial diinginkan? Dalam pandangan analisis ekonomi, jawabannya didasarkan pada asumsi bahwa perilaku individu dan perusahaan adalah selalu melihat ke depan dan rasional dan kerangka kesejahteraan ekonomi diadopsi untuk menilai keinginan sosial.<sup>48</sup>

Secara sederhana, Paul H. Rubin menyimpulkan bahwa dalam *economic analysis of law* terdapat dua pumpunan (fokus). Pertama, hukum yang efisien yakni hukum yang memberi manfaat maksimal bagi pengguna (negara dan rakyat) dengan biaya yang rendah dan rasional. Kedua, insentif yakni bagaimana orang beresponse terhadap insentif. Dalam perkara perbuatan melawan hukum, misalnya, orang yang dilanggar haknya diberikan kompensasi. Isunya disini ialah bukan kompensasi itu, tetapi bagaimana kompensasi ini lalu memberi dampak bagi orang lain untuk tidak melakukan perbuatan melawan hukum.<sup>49</sup>

Dengan demikian dalam konteks hukum dan ekonomi, Penulis berpendapat, analisis ekonomi terhadap hukum menolong negara (presiden dan DPR) untuk membuat hukum yang memiliki dampak ekonomi yang efisien, memberi manfaat maksimal bagi rakyat dan pemerintah, memiliki biaya transaksi yang rendah dan rasional, serta hukum yang memiliki pandangan prospektif secara ekonomis dan hukum itu haruslah rasional.

Dari semua uraian mengenai teori-teori yang menghubungkan hukum dan ekonomi di atas dapat disimpulkan bahwa hukum dan ekonomi merupakan dua lapangan yang saling berpengaruh. Hukum dapat dipakai secara rasional untuk mendorong efisiensi ekonomi yang berujung pada kemajuan sosial dan ekonomi, pertumbuhan, keadilan sosial dan kemakmuran. Tetapi dari semua teori di atas, Penulis memandang bahwa ada teori yang sudah tidak valid seperti *modernization theory of law and economy* dan ada teori yang sebagiannya masih valid (penad) *neoliberal theory of law and economy*. Selanjutnya, tiga teori lainnya yang masih valid (penad) adalah *post-neoliberal theory of law and economy* atau *holistic theory of law and economy*, *new institutional economy theory and law* dan *economic analysis of law*.

Tentunya pendekatan atau kombinasi teori hukum dan ekonomi sebagaimana diuraikan di atas dapat digunakan di masa negara dalam keadaan normal. Tetapi,

---

<sup>47</sup> Ibid., 3-4.

<sup>48</sup> Louis Kaplow and Steven Shavell, ‘Economic Analysis of Law’ (NBER Working Series Paper. Harvard Law School and National Bureau of Economic Research 1999) 1. Makalah dapat diakses dari [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/251.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/251.pdf). Diakses 7 Oktober 2020.

<sup>49</sup> Rubin, H. Paul. Law and Economics, ‘The Library of Economics and Liberty’ (econlib.org) <<https://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html>> Diakses 7 Oktober 2020.

bagaimana jika situasinya darurat ekonomi? Model ber-negara hukum seperti apa yang perlu diterapkan? Uraian berikut akan menjawab pertanyaan-pertanyaan ini.

### **Konstitusionalisme Kedaruratan: Dari Minimum Standar Hingga *Liberal Legalism vs Unlimited Discretionary Power***

Konstitusi dan yang kemudian diterjemahkan lebih lanjut dalam undang-undang di berbagai negara memberikan klausula bagi Eksekutif (Presiden, Perdana Menteri, Kanselor, atau kepala pemerintahan lainnya) untuk membentuk undang-undang dalam keadaan darurat, termasuk kewenangan bertindak untuk mengatasi keadaan darurat. Dalam hal keadaan darurat misalnya, di Jerman, Pasal 48 Konstitusi Weimar (1919-1933), Kanselor Jerman memiliki hak konstitusional untuk bertindak, termasuk membuat undang-undang, jika negara dalam keadaan darurat. Tentu rumusan Pasal 48 di atas merujuk pada darurat politik/perang/pertahanan.

Di Amerika, sebagai contoh, jika terjadi *major disasters and national emergencies*, Presiden, sesuai *Stafford Act 2008 concerning Disaster Relief and Emergency Assistance*,<sup>50</sup> memiliki kewenangan eksekutif tanpa persetujuan kongres untuk bertindak mengatasi bencana dan dampaknya.

Sementara itu, di Indonesia, Pasal 22 ayat (1), (2), dan (3) UUD 1945 memberikan landasan konstitusi bagi Presiden untuk mengeluarkan PERPU dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa. Ketentuan Pasal 22 UUD 1945 di atas ditegaskan lagi dalam Pasal 1 angka 4 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan menyatakan: 'Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa'. Terhadap makna '*hal ihwal kegentingan yang memaksa*', Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa frasa tersebut bermakna subyektif sehingga hanya Presiden yang bisa menilainya. Selengkapnya Jimly berpendapat sebagai berikut:

"Pasal 22 memberikan kewenangan kepada Presiden untuk secara subyektif menilai keadaan negara atau hal ihwal yang terkait dengan negara yang menyebabkan suatu undang-undang tidak dapat dibentuk segera, sedangkan kebutuhan akan pengaturan materil mengenai hal yang perlu diatur sudah sangat mendesak sehingga Pasal 22 UUD 1945 memberikan kewenangan kepada Presiden untuk menetapkan peraturan pemerintah pengganti undang-undang (PERPPU)".<sup>51</sup>

Namun demikian, untuk menghindari interpretasi yang subyektif di atas, Mahkamah Konstitusi dalam Putusan MK Nomor 138/PUU-VII/2009<sup>52</sup> memberikan tiga ukuran obyektif untuk menilai keadaan darurat atau hal ikwal kegentingan memaksa oleh Presiden dalam mengeluarkan PERPPU tersebut yakni:

- a. Kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan undang-undang;

---

<sup>50</sup> Robert T. Stafford, *Disaster Relief and Emergency Assistance Act 1998*, Public Law 93-288, as amended, 42 U.S.C. 5121 et seq., and Related Authorities. Lihat <[https://www.fema.gov/sites/default/files/2020-03/stafford-act\\_2019.pdf](https://www.fema.gov/sites/default/files/2020-03/stafford-act_2019.pdf)> Diakses 7 Oktober 2020.

<sup>51</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara Darurat* (Rajawali Press 2010) 209.

<sup>52</sup> Putusan MK Nomor 138/PUU-VII/2009, MK, 1 Februari 2020.

- b. Undang-undang yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, atau ada undang-undang tetapi tidak memadai;
- c. Kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat undang-undang secara prosedur biasa karena akan memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan yang mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan

Jika dicermati tiga ukuran obyektif dalam Putusan MK Nomor 138/PUU-VII/2009 di atas, terlihat bahwa ukuran tersebut sangat umum sekaligus minimum karena hanya mendefinisikan adanya keadaan berupa kebutuhan mendesak, adanya kekosongan hukum atau adanya undang-undang tetapi tidak memadai dan menghindari pembuatan undang-undang normal yang memerlukan waktu yang panjang. Jadi ini terkait cara pembuatan hukum yang dianggap lebih cepat untuk mengatasi krisis.

Persoalan yang kemudian muncul ialah apakah Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) bebas dan terlepas dari batasan-batasan dalam konstitusi (jika ada) dalam menentukan substansi hukum (PERPPU/UU) dalam keadaan darurat? Apakah Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) bebas juga mengambil tindakan diskresi? Atau jika tidak ada pembatasan tersebut lalu bagaimana seharusnya batasan tersebut dibuat? Dengan kata lain apakah Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) perlu mentaati hukum (*rule of law*) dalam membentuk hukum dalam keadaan darurat (PERPPU/UU) atau dalam mengambil tindakan diskresioner dalam keadaan darurat ekonomi?

Terdapat dua jawaban yang saling bertentangan atas pertanyaan di atas. Pertama, ada ahli hukum yang berpendapat bahwa dalam keadaan darurat Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) boleh melanggar hukum baik dalam pembentukan substansi hukum itu sendiri maupun tindakannya yang menyimpang dari hukum dalam bentuk diskresi. Kelompok ini diwakili oleh Erich Posner dan Adrian Vermeule. Keduanya berpendapat pembatasan hukum (*legal and constitutional constraints* atau *liberal legalism*) bagi Presiden (eksekutif) merupakan hal atau tindakan yang tidak bijaksana (*unwise*), tidak realistis (*unrealistic*) dan tidak perlu (*unnecessary*).<sup>53</sup>

Pembatasan hukum (*legal constraints*) bagi Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) tidak bijaksana (*unwise*) karena dalam keadaan krisis, baik keamanan nasional dan krisis ekonomi, pemerintah memerlukan tindakan cepat untuk mengatasi krisis dan hanya eksekutif yang memiliki kemauan dan fokus yang memadai untuk menstabilkan krisis tersebut.<sup>54</sup> Hakikat krisis itu adalah ketidakpastian sehingga keterlambatan dalam memberi respons yang cepat hanya akan memperburuk situasi. Bagi Posner dan Vermeule proses peninjauan kembali atau tindakan pengawasan lainnya tidak relevan karena hanya akan memperlambat penanganan krisis.<sup>55</sup>

Pembatasan hukum dan konstitusi (*legal and constitutional constraints*) bagi Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) juga tidak realistis (*unrealistic*) karena sekalipun dikenal pemisahan kekuasaan (legislatif, yudikatif dan eksekutif)

---

<sup>53</sup> Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Executive Unbound: After the Madisonian Republic* (Oxford University Press 2010) 4-6, 38-39.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 38-39.

<sup>55</sup> *Ibid.*

sistem pemerintahan saat ini merupakan pemerintahan yang berpusat pada eksekutif. Pembatasan hukum hanya akan menghambat pemerintah untuk bertindak dengan kecepatan dan kekuatan yang diperlukan untuk memenuhi tuntutan publik. Akibatnya, *liberal legalism*, misalnya pembatasan hukum bagi diskresi eksekutif tidak dapat berfungsi di negara modern dan tidak dapat membatasi pemerintah dalam keadaan krisis.<sup>56</sup>

Pembatasan hukum (*legal constraints*) bagi Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) juga tidak diperlukan (*unnecessary*) karena bagi keduanya, pembatasan informal (*informal restrain*) berupa opini politik dan opini politik lebih efektif dan lebih berguna dibandingkan dengan pembatasan oleh aturan hukum (*legal rules*) atau hukum (*laws*). Oleh karenanya kekuatiran pihak yang mendukung *legal liberalism* bahwa batasan informal saja dapat memicu tirani atau kediktatoran tidak beralasan, mengapa? Karena bagi Posner dan Vermeule, kekhawatiran tersebut tidak akan terjadi karena secara *de-facto* pembatasan melalui opini publik dan opini politik telah ada dan berkembang, dan pada tingkat tertentu telah menggantikan pembatasan hukum bagi eksekutif.<sup>57</sup>

Pendapat Posner dan Vermeule di atas ditentang keras oleh Todd Sywicky yang menyatakan bahwa pendapat Posner dan Vermeule secara normatif mengandung cacat.<sup>58</sup> Sywicky menyatakan dengan tegas bahwa sekalipun dalam keadaan krisis, kekuasaan presiden (eksekutif) tetap harus dibatasi oleh hukum (konstitusi) dan tindakan diskresi eksekutif juga harus dibatasi atau tidak sepenuhnya bebas. Sywicky memberikan empat alasan untuk mendukung pendapatnya. Pertama, kepatuhan pada hukum diperlukan untuk menopang pencapaian kemakmuran ekonomi secara umum, terlebih lagi selama krisis ekonomi. Kedua, kepatuhan terhadap supremasi hukum diperlukan untuk membendung oportuniste para politisi dan kepentingan khusus yang menggunakan kesempatan yang tercipta karena krisis untuk mendukung kepentingan sempit mereka sendiri, dan sering kali tanpa memiliki hubungan dengan masalah yang sebenarnya. Ketiga, ketika diskresi ditempuh selama krisis, berakhirnya krisis tidak serta merta tidak mendorong kembalinya supremasi hukum. Dan keempat, potensi tindakan diskresioner saja dapat meningkatkan *moral hazard*, sehingga menciptakan kondisi untuk intervensi lebih lanjut.<sup>59</sup>

Bagi Penulis, dalam kerangka pikir Sywicky di atas, sesungguhnya negara hukum bertujuan untuk memastikan bahwa tindakan diskresi Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) dibatasi tidak hanya secara prosedural (formal) tetapi juga materil (substansi). Oleh karenanya, sebagaimana disentil Barnett Randy, sekalipun dalam krisis, kepatuhan atas prinsip negara hukum penting karena justru dalam kepatuhan itulah masyarakat (tentu termasuk negara, ditambahkan Penulis) diperbolehkan mengkombinasikan kebebasan, keadilan dan mengupayakan tatanan ekonomi<sup>60</sup> yang lebih baik.

---

<sup>56</sup> Ibid., 4.

<sup>57</sup> Ibid., 4-5.

<sup>58</sup> Zywicki (n 1) 42.

<sup>59</sup> Ibid., 8.

<sup>60</sup> Randy E. Barnett, *The structure of liberty: justice and the Rule of law* (University Press 1998) i.

### **Pendekatan Negara Hukum dalam Krisis Ekonomi: Sebuah Upaya Pendamaian**

Dari penjelasan di atas tampak jelas adanya pertentangan antara Posner dan Vermeule di satu sisi yang menentang pembatasan hukum atas Presiden (eksekutif) dan pembatasan tindakan diskresi dalam keadaan krisis ekonomi, sementara di pihak lainnya terdapat Sywicky yang menyatakan sebaliknya, pembatasan hukum atas kekuasaan presiden (eksekutif) dan pembatasan diskresi tetap diperlukan.

Bagi Penulis, ketegangan di atas perlu dicarikan jalan keluarnya atau didamaikan. Thesis utama Penulis adalah di saat krisis ekonomi *legal constrain* atau *constitutional constraint* atas Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) dan diskresi dari Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) perlu dilonggarkan sehingga Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) memiliki ruang cukup (*flexible*) untuk menentukan substansi hukum maupun untuk mengambil tindakan konkrit dalam mengatasi krisis. Tetapi di saat bersamaan pembatasan hukum dan tindakan konkrit diskresioner yang dilonggarkan oleh hukum tersebut haruslah pula dipertanggungjawabkan secara hukum. Inilah yang Penulis sebut sebagai *The Economic Crisis Rule Of Law Approach*.

Persoalannya ialah bagaimana mengkonstruksi *The Economic Crisis Rule Of Law Approach* ini? Sebelum menjawab isu ini, perlu kiranya dijelaskan bahwa sejauh ini, dalam kajian Bernadette Meyler, pendekatan negara hukum dalam keadaan darurat politik atau yang oleh Penulis disebut sebagai *The Political Emergency Rule of Law Approach*<sup>61</sup> jauh lebih familiar dan lebih menunjukkan adanya keberhasilan dan dukungan global.<sup>62</sup>

Thesis utama dalam *The Political Emergency Rule of Law Approach* ialah *raison d'état* yakni sebuah doktrin yang menyatakan bahwa 'apapun yang dipersyaratkan untuk memastikan keselamatan sebuah negara harus dilakukan oleh individu yang bertanggungjawab untuk itu, sekalipun tindakan tersebut bahkan dalam kapasitas individu tersebut sendiri merupakan sesuatu yang tidak layak dan ditolak secara moral'.<sup>63</sup> Sudah barang tentu, dalam terang doktrin *raison d'état*, pendekatan-pendekatan konstitusionalisme, *legal liberalism* ataupun *legal constraints* lainnya, termasuk diskresi tidak bisa dibatasi (*unrestricted*). Segala cara dapat ditempuh untuk menstabilkan krisis politik. Tentu, stabilitas politik dan kepentingan politik menjadi lebih utama dibandingkan hak-hak sipil, politik dan ekonomi. Ini dua kutub yang sulit berdamai.

Persoalannya ialah bahwa *The Political Emergency Rule of Law Approach* tidak dapat diterapkan dalam kondisi darurat ekonomi. Oleh karenanya, dibutuhkan pendekatan lainnya yang disebut Penulis sebagai *The Economic Crisis Rule Of Law Approach*. Dalam pendekatan atau model ini, kepatuhan terhadap negara hukum tidak boleh meniadakan upaya untuk memulihkan darurat ekonomi karena rakyat juga memiliki hak konstitusional atas kehidupan yang nyaman, keadilan ekonomi

---

<sup>61</sup> Yafet Yosafet Wilben Rissy, 'The covid19nomic crisis rule of law approach: Identifikasi dan pencegahan skandal keuangan dan likuiditas dalam pemulihan ekonomi akibat pandemic covid19' (Webinar Diskursus Hukum Terkait Pandemi Covid19 dan Penanganan Hukumnya, NTT, 29 Mei 2020) 6.

<sup>62</sup> Bernadette Meyler, 'Economic Emergency and the Rule of Law' (2007) 56 (2) DePaul Law Review 545, 546.

<sup>63</sup> Friedrich Carl Joachim, *Constitutional Reason of State: The Survival of the Constitutional Order* (Brown University Press 1957) 4-5.

dan hukum, serta kemakmuran. Sebaliknya pendekatan yang memberi kelonggaran dan kebebasan dalam bertindak melalui diskresi tidak boleh juga meniadakan kepatuhan atas prinsip negara hukum atau tidak boleh tanpa batas hukum dan konstitusi bahkan moral dan etika. Dalam konteks ini, diperlukan pendekatan yang *coexist* yang memungkinkan keduanya; pembatasan maupun pelonggaran; berjalan bersamaan untuk mencari keseimbangan negara hukum dan ekonomi.

Dalam pendekatan Negara Hukum Dalam Krisis Ekonomi (*The Economic Crisis Rule Of Law Approach*) ini sesungguhnya pertentangan antara Posner dan Vermeule di satu sisi dan Sywicki di sisi lainnya sebagaimana dijelaskan di atas tidak seharusnya terjadi. Bagi Penulis, adalah benar di saat krisis (baik krisis politik maupun krisis ekonomi) *legal constrains* atas Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) perlu dilonggarkan sehingga Presiden, Perdana Menteri, dan Kanselor (eksekutif) memiliki ruang cukup (*flexible*) untuk membuat hukum maupun untuk mengambil tindakan diskresi konkrit dalam mengatasi krisis. Tetapi di saat bersamaan penggunaan kekuasaan yang dilonggarkan pembatasannya oleh hukum tersebut haruslah tetap bisa dipertanggungjawabkan secara konstitusi, hukum, moral dan itikad baik.<sup>64</sup>

Patut juga kiranya diingat bahwa ber-negara hukum dalam darurat ekonomi tidak lalu menjustifikasi perumusan hukum dan tindakan diskresi yang tidak rasional dan tanpa batas. Hukum yang dibentuk dan dilaksanakan dan diskresi yang ditempuh dalam darurat ekonomi sekalipun, sebagaimana diingatkan oleh Weber tetap harus rasional sehingga mendorong kemajuan sosial dan ekonomi.<sup>65</sup>

Ber-negara hukum dalam darurat ekonomi tidak lalu juga menjustifikasi perumusan hukum dan tindakan diskresi yang tidak efisien, tidak rasional, memakai sumber daya secara semberono dan menghilangkan kesempatan untuk menciptakan keadilan ekonomi dan keadilan hukum. Dalam konteks analisis ekonomi terhadap hukum (*economic analysis of law*) sebagaimana ditawarkan Coase dan Becker, hukum dalam darurat ekonomi sekalipun idealnya juga merupakan hukum yang menciptakan efisiensi, rasional, memberi kemanfaatan, dan bersifat prospektif.<sup>66</sup>

Dalam upaya untuk mengatasi krisis ekonomi tidak jarang negara juga menghabiskan sumber daya ekonomi dan hukum yang besar. Namun dalam konteks *The Economic Crisis Rule Of Law Approach*, pengorbanan maksimal ini perlu dibarengi dengan hadirnya keadilan ekonomi dan kemakmuran yang lebih baik bagi negara dan rakyatnya.

Ber-hukum dalam darurat ekonomi juga penting, sebagaimana ditegaskan Sywicki untuk memastikan adanya kepastian hukum (*legal certainty*) dan prediktabilitas (*predictability*). Dalam situasi krisis, sering kali koordinasi dihancurkan oleh mendadakunya ukuran ekonomi dan intervensi pemerintah yang arbiter, padahal stabilitas dapat diraih jika terdapat rejim hukum yang stabil. Pendekatan kepatuhan terhadap hukum merupakan satu-satunya cara untuk

---

<sup>64</sup> Tentang konsep itikad baik lihat, Yosafet Yosafet Wilben Rissy, *Corporate governance: kajian teori, konsep, dan praktek terbaik lintas yurisdiksi, perspektif internasional* (Griya Media 2020) 236-237.

<sup>65</sup> Pemikiran hukum rasional dan ekonominya Weber telah memberikan kontribusi besar bagi perkembangan kemakmuran di Eropa. Lihat, David Trubek, 'Max Weber On Law And The Rise Of Capitalism' (1972) 3 *Wisconsin Law Review* 723.

<sup>66</sup> Cooter and Ulen (n 46) 2.

meningkatkan kepercayaan para investor dan memulihkan keadaan ekonomi yang terpuruk.<sup>67</sup>

Hukum dalam keadaan krisis ekonomi, demikian lanjut Sywicki, harus pula mampu mencegah perilaku *rent-seeking* eksekutif (termasuk afiliasi ekonomi dan politiknya, ditambahkan Penulis). Dalam amatnya terhadap banyak kasus talangan keuangan (*financial bailouts*) terutama saat krisis keuangan di Amerika akibat bangkrutnya Lehman Brothers di tahun 2008, terjadi *moral hazard* yang menyumbang bagi ketidakpastian (*uncertainty*) dan menguntungkan kelompok kepentingan tertentu seperti institusi keuangan dan politisi. Celaknya semua keuntungan ini dibayar dengan menggunakan pajak rakyat.<sup>68</sup>

Situasi *moral hazard* di Amerika di atas sesungguhnya juga telah terjadi di Indonesia sebelumnya ketika terjadi skandal bantuan likuiditas Bank Indonesia (BLBI) tahun 1999. Saat itu terjadi upaya penyehatan perbankan di Indonesia oleh Badan Penyehatan Perbankan Nasional (BPPN) dalam krisis keuangan. BLBI yang diberikan kepada ke 48 bank yang direkapitalisasi saat itu menggunakan uang negara yang berasal dari pajak dalam jumlah fantastis yakni 144,5 triliun rupiah. Sementara asset yang dijamin bank-bank penerima BLBI hanya mencapai 12.3 triliun rupiah.<sup>69</sup> Syafrudin Tumenggung, mantan ketua BPPN, bahkan dengan tegas menyatakan bahwa BLBI dalam krisis ekonomi di Indonesia merupakan bencana.<sup>70</sup>

Dengan demikian sekalipun dalam *The Economic Crisis Rule Of Law Approach* dimungkinkan fleksibilitas yang cukup dalam penggunaan diskresi dan pembentukan PERPPU/UU dalam darurat ekonomi, pada saat yang sama kepatuhan atas prinsip negara hukum sepatutnya juga diindahkan. Jika ini skenarionya, maka keduanya, baik tujuan negara hukum dan tujuan mengatasi krisis ekonomi yakni keadilan hukum dan ekonomi, dan kemakmuran dapat berjalan bersamaan (*coexist*). Titik temu ini sesungguhnya mencerminkan tujuan tertinggi negara hukum substantif itu sendiri yakni perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia dan pencapaian keadilan hukum substantif, keadilan ekonomi, kesejahteraan sosial serta kemakmuran.

## **PENUTUP**

Negara hukum dan darurat ekonomi menghadirkan dua kutub pendekatan yang saling bertentangan. Di satu kutub, yang diwakili Posner dan Vermeule terdapat pandangan bahwa dalam darurat ekonomi, kepatuhan atas prinsip negara hukum tidak diperlukan. Kelonggaran atas kewenangan Presiden (eksekutif) perlu dijamin sehingga Presiden (eksekutif) memiliki kemampuan cepat untuk mengatasi krisis ekonomi. *Legal and constitutional constraints* tidak berlaku bagi Presiden (eksekutif). Sementara itu, di kutub lainnya, yang diwakili Sywicki terdapat perspektif bahwa justru dalam keadaan darurat ekonomi, kepatuhan atas negara hukum dan prinsipnya perlu semakin diperketat. *Legal and constitutional constraints* berlaku bagi Presiden (eksekutif).

---

<sup>67</sup> Todd J. Zywicki, 'Economic Uncertainty, The Courts And The Rule of law' (2010) 35 (1) Harvard Journal of Law and Public Policy 196, 218-220.

<sup>68</sup> Ibid., 210.

<sup>69</sup> Syafrudin A. Tumenggung, *Bencana BLBI dan Krisis Ekonomi Indonesia* (Press Depok 2019) 39-42.

<sup>70</sup> Ibid.



Pertentangan di atas, oleh Penulis didamaikan dengan menghadirkan pendekatan negara hukum dalam krisis ekonomi (*The Economic Crisis Rule Of Law Approach*) dimana keduanya, prinsip dan tujuan negara hukum dipatuhi tetapi pada saat bersamaan dalam upaya untuk mengatasi krisis ekonomi, Presiden (eksekutif) diberikan kewenangan dan diskresi yang cukup memadai tetapi penggunaan kewenangan dan diskresi dalam krisis ekonomi perlu dipertanggungjawabkan secara konstitusi, hukum dan moral (itikad baik) dan penggunaan diskresi harus pula menciptakan kepastian hukum dan prediktabilitas. Inilah hakikat negara hukum dalam darurat ekonomi atau *The Economic Crisis Rule Of Law Approach*.

Dalam *The Economic Crisis Rule Of Law Approach* dimungkinkan adanya dua pendekatan yang berdampingan (*coexist*) yakni mentaati prinsip negara hukum sekaligus memberi peluang fleksibel bagi upaya memitigasi krisis ekonomi. Untuk itu, hukum dalam darurat ekonomi idealnya tetap rasional, efisien, menciptakan kepastian, menjamin prediktabilitas, bersifat prospektif dan mencegah perilaku opportunistik dan *moral hazard*. Dalam karakteristik seperti itu, hukum dalam pendekatan negara hukum krisis ekonomi bertujuan untuk mendorong tidak saja memulihkan krisis dengan cepat tetapi juga sekaligus membantu pencapaian tujuan utama negara hukum substantif yakni perlindungan harkat dan martabat manusia, keadilan, kemakmuran dan kesejahteraan sosial.

## DAFTAR REFERENSI

### Buku

- Altman A, *Arguing About Law* (Wadsworth Publishing 2001).
- Asshiddiqie J, *Hukum Tata Negara Darurat* (Rajawali Press 2010).
- Barnett RE, *The structure of liberty: justice and the Rule of law* (University Press 1998).
- Cooter R and Ulen T, *Law and Economics* (Addison Wesley: Longman Inc, Reading Massachutes 2000).
- Douglas, North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance* (Cambridge University Press 1990).
- Giddens A, *The Third Way The Renewal Of Social Democracy* (Polity Press 1998).
- Hayek F, *The Constitution Of Liberty* (University of Chicago Press 1960).
- Javier T, *Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound* (Routledge, Taylor and Francis Group 2017);
- Joachim FC, *Constitutional Reason of State: The Survival of the Constitutional Order* (Brown University Press 1957).
- Kramer MH, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge University Press 2007).
- Posner EA and Vermeule A, *Executive Unbound: After the Madisonian Republic* (Oxford University Press 2010).
- Posner R, *Economic Analysis of Law* (University of Chicago Law School Little Brown 1972).

- Rissy YYW, *Corporate governance: kajian teori, konsep, dan praktek terbaik lintas yurisdiksi, perspektif internasional* (Griya Media 2020).
- Sellers MSN and Tomaszewski T, *The Rule Of Law In Comparative Perspective* (Springer 2010).
- Tamanaha BZ, *On the Rule of Law History, Politics, Theory* (Cambridge University Press 1994).
- Trubek DM & Santos A, 'Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice' dalam David M. Trubek & Alvaro Santos, (ed), *The New Law And Economic Development The New Law And Economic Development: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2006).
- Trubek DM, 'The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future' dalam David M. Trubek & Alvaro Santos (ed), *The New Law And Economic Development The New Law And Economic Development: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2006).
- Tumenggung SA, *Bencana BLBI dan Krisis Ekonomi Indonesia* (Press Depok 2019).
- Weber M, *Law In Economy And Society* (Max Rheinstein ed., Edward Shils & Max Rheinstein trans 1976).

### **Jurnal**

- Altvater E, 'Postneoliberalism or postcapitalism? The Failure Of Neoliberalism In The Financial Market Crisis, dalam Ulrich Brand & Nicola Sekler, Post Neoliberalisme: A Beginning Debate' (2009) 51 Development Dialogue.
- Becker GS, 'Crime and Punishment: An Economic Approach' (1968) 76 (2) Journal of Political Economy.
- Burg EM, 'Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of "Scholars in Self-Estrangement"' (1977) 25 (3) The American Journal of Comparative Law.
- Caffentzis G, 'Neoliberalism In Africa, Apocalyptic Failures And Business As Usual Practices' (2002) 1 (3) Alternatives, Turkish Journal Of International Relation.
- Coase RH, 'The Problem Of Social Cost' (1960) 3 The Journal of Law and Economics.
- Faundez J, 'Douglass North's Theory of Institutions: Lessons for Law and Development' (2016) 8 (2) Hague Journal on the Rule of Law.
- Grossman WL, 'The Legal Philosophy of Roscoe Pound' (1935) 44 (4) The Yale Law Journal.
- Hermann C, 'Neoliberalism In European Union' (2007) 79 Studies In Political Economy.
- Jeffrey R. Henig, 'Privatization in the United States: Theory and Practice' (1990) 104 (4) Political Science Quarterly
- Jeon BN, 'From The 1997-98 Asian Financial Crisis To The 2008-09 Global Economic Crisis: Lessons From Korea's Experience' (2012) 3 East Asia Law Review.

- Kotz DM, 'The Financial And Economic Crisis Of 2008: A Systemic Crisis Of Neoliberal Capitalism' (2009) 3 (4) *Review Of Radical Political Economics*.
- Licht A, Goldschmidt C, and Schwartz SH, 'Culture Rules: The foundations of the rule of law and other norms of governance' (2007) 35 (4) *Journal of Comparative Economics*.
- Manzetti L, 'The Politics of Privatization and Deregulation in Latin America' (1994) 34 (Special Issue, Summer) *The Quarterly Review of Economics and Finance*.
- Margheritis A and Pereira WA, 'The Neoliberal Turn In Latin America: The Cycle Of Ideas And The Search For An Alternative' (2007) 34 (3) *Latin American Perspectives*.
- Maxeiner J, 'Legal Certainty and Legal Methods: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?' (2007) 15 (2) *Tulane Journal of International & Comparative Law*.
- Meyler B, 'Economic Emergency and the Rule of Law' (2007) 56 (2) *DePaul Law Review*.
- O'Donnel G, 'The Quality of Democracy: Why the Rule of Law Matters' (2004) 15 (4) *Journal of Democracy*.
- Pomfret R, 'Central Asia And The Global Economic Crisis' (2009) 7 *EU Central Asia Monitoring*;
- Scaliat A, 'The Rule of Law as a Law of Rules' (1989) 56 (4) *The University of Chicago Law Review*.
- Shik LY, 'General Theory of Law and Development' (2017) 50 (3) *Cornell International Law Journal*.
- Smith A, *Lectures On Jurisprudence* 528 (1978) dalam Lee, Yong – Shik, 'General Theory of Law and Development' (2017) 50 (3) *Cornell International Law Journal*.
- Trubek D, 'Max Weber On Law And The Rise Of Capitalism' (1972) 3 *Wisconsin Law Review*.
- Trubek DM & Galanter M, 'Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States' (1974) 4 *Wisconsin Law Review*.
- Trubek DM, 'Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development' (1972) 82 (1) *The Yale Law Journal*.
- Welch L, 'Neoliberalism, Economic Crisis, And The 2008 Financial Meltdown In The United States' (2012) 38 (2) *International Review Of Modern Sociology*.
- Zinnia F. Godinez, 'Privatization and Deregulation in the Philippines: An Option Package Worth Pursuing?' (1989) 5 (3) *ASEAN Economic Bulletin*.
- Zywicki TJ, 'Economic Uncertainty, The Courts And The Rule of law' (2010) 35 (1) *Harvard Journal of Law and Public Policy*.

**Makalah**

Kaplow L and Shavell S, 'Economic Analysis of Law' (NBER Working Series Paper. Harvard Law School and National Bureau of Economic Research 1999).

Zywicki TJ, 'The Rule of Law During Times of Economic Crisis' (George Mason Law & Economics Research Paper.

**Website**

Rubin, H. Paul. Law and Economics, 'The Library of Economics and Liberty' (econlib.org) <<https://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html>> Diakses 7 Oktober 2020.

**Seminar**

Rissy YYW, 'The covid19nomic crisis rule of law approach: Identifikasi dan pencegahan skandal keuangan dan likuiditas dalam pemulihan ekonomi akibat pandemic covid19' (Webinar Diskursus Hukum Terkait Pandemi Covid19 dan Penanganan Hukumnya, NTT, 29 Mei 2020)

**Peraturan**

Robert T. Stafford, Disaster Relief and Emergency Assistance Act 1998, Public Law 93-288, as amended, 42 U.S.C. 5121 et seq., and Related Authorities.

**Putusan**

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Nomor 138/PUU-VII/2009, Mahkamah Konstitusi, 1 Februari 2020.