

BAB II

KAJIAN TEORI

A. Teori Peraturan Perundang-Undangan

Dalam buku Hans Kelsen “*General Theori of Law and State*” terjemahan dari teori umum tentang hukum dan negara yang diuraikan oleh Jimly Assihiddiqie dengan judul Teori Hans Kelsen tentang hukum antara lain bahwa. Analisis hukum, yang mengungkapkan karakter dinamis dari sistem norma dan fungsi norma dasar, juga mengungkapkan suatu kekhasan lebih lanjut dari hukum: hukum mengatur pembentukannya sendiri karena suatu norma hukum menentukan cara untuk membuat norma hukum yang lain, dan juga sampai derajat tertentu, menentukan isi dari norma yang lainnya itu. Karena, norma hukum yang satu valid lantaran dibuat dengan cara yang ditentukan oleh suatu norma hukum yang lain, dan norma hukum yang lain ini menjadi landasan validitas dari

norma hukum yang disebut pertama¹.

Menurut Hans Kelsen, norma itu berjenjang berlapis-lapis dalam suatu susunan hierarki. Pengertiannya, norma hukum yang dibawah berlaku dan bersumber, dan berdasar dari norm yang lebih tinggi, dan norma lebih tinggi juga bersumber dan berdasar dari norma yang lebih tinggi lagi begitu seterusnya sampai berhenti pada suatu norma tertinggi yang disebut sebagai Norma Dasar (*Grundnorm*) dan masih menurut Hans Kelsen termasuk dalam sistem norma yang dinamis. Oleh sebab itu, hukum selalu dibentuk dan dihapus oleh lembaga-lembaga otoritas-otoritasnya yang berwenang membentuknya, berdasarkan norma yang lebih tinggi, sehingga norma yang lebih rendah (*Inferior*) dapat dibentuk berdasarkan norma yang lebih tinggi (*superior*), pada akhirnya hukum menjadi berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis membentuk

¹Jimly Asshiddiqie, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, (Jakarta: Konstitusi Perss, 2009), h. 109.

suatu Hierarki².

Hubungan antara norma yang mengatur pembentukan norma lain dengan norma yang lain lagi dapat digambarkan sebagai hubungan antara “Superordinasi” dan “Subordinasi” yang special menurutnya yaitu.

1. Norma yang menentukan pembentukan norma lain adalah norma yang lebih tinggi.
2. Sedangkan norma yang dibentuk menurut peraturan ini adalah norma yang lebih rendah.
3. Tatanan hukum, terutama tatanan hukum yang dipersonifikasikan dalam bentuk Negara, bukanlah sistem norma yang satu sama lain hanya dikoordinasikan yang berdiri sejajar atau sederajat, melainkan suatu tatanan urutan norma-norma dari tingkatan-tingkatan yang berbeda.

² Aziz Syamsuddi, *Proses Dan teknik Penyusunan Undang-undang*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), h. 14-15.

Teori Hans Kelsen mengenai hierarki norma hukum ini diilhami oleh Adolf Merkl dengan menggunakan teori *das doppelte rech stanilitz*, yaitu norma hukum memiliki dua wajah, yang dengan pengertiannya: Norma hukum itu keatas ia bersumber dan berdasar pada norma yang ada diatasnya dan Norma hukum ke bawah, ia juga menjadi dasar dan menjadi sumber bagi norma yang dibawahnya. Sehingga norma tersebut mempunyai masa berlaku (*rechkracht*) yang relatif karena masa berlakunya suatu norma itu tergantung pada norma hukum yang diatasnya, sehingga apabila norma hukum yang berada diatasnya dicabut atau dihapus, maka norma-norma hukum yang berada dibawahnya tercabut atau terhapus pula³.

Staatsfundamentalnorm adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*staatsverfassung*) dari suatu negara. Posisi hukum dari

³ Farida, Maria, *Ilmu Perundang-Undangan*, (Kanisius: Yogyakarta. 1998), h. 25.

suatu *Staatsfundamentalnorm* adalah sebagai syarat bagi berlakunya suatu konstitusi. *Staatsfundamentalnorm* ada terlebih dahulu dari konstitusi suatu negara⁴.

Apabila kita merujuk pada teori jenjang norma dari Hans Kelsen dan Hans Nowiasky maka kita dapat melihat adanya pencerminan dari dua sistem norma tersebut dalam sistem norma hukum (hierarki), dimana dalam sistem norma hukum yang pernah diberlakukan seperti tersebut diatas berada dalam suatu sistem hierarki/susunan yang berjenjang, berlapis sekaligus berkelompok-kelompok. Dalam sistem hierarki norma hukum selalu berlaku dan bersumber serta berdasarkan pada norma hukum yang lebih tinggi demikian seterusnya sampai kepada norma yang paling fundamental dalam negara (*staatsfundamentalnorm*) yaitu Pancasila. Asas

⁴ Atamimi, A, Hamid S, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara; Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I–Pelita IV*, (Disertasi Ilmu Hukum Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 1990), h.287.

tersebut berarti Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan Peratran Perundang-undangan yang lebih tinggi.⁵

Berdasarkan teori Nawisky tersebut, A. Hamid S. Attamimi membandingkannya dengan teori Kelsen dan menerapkannya pada struktur tata hukum di Indonesia. Attamimi menunjukkan struktur hierarki tata hukum Indonesia dengan menggunakan teori Nawiasky. Berdasarkan teori tersebut, struktur tata hukum Indonesia adalah:

1. *Staatsfundamentalnorm*: Pancasila (Pembukaan UUD RI tahun 1945).
2. *Staatsgrundgesetz*: Batang Tubuh UUD 1945, Tap MPR, dan Konvensi Ketatanegaraan.
3. *Formell gesetz*: Undang-Undang.

⁵ John Kenedi, Penerapan Syariat Islam Dalam Lintasan Sejarah Dan Hukum Positif Di Indonesia, *Nuansa*, Vol. X, No. 1, Juni 2017, h. 8.

4. *Verordnung en Autonome Satzung*: Secara hierarkis mulai dari Peraturan Pemerintah hingga Keputusan Bupati atau Walikota

Menurut Maria Farida Indrati, istilah perundang-undangan (*legislation, wetgeving, atau gesetzgebung*) mempunyai dua pengertian yang berbeda, yaitu:⁶

1. Perundang-undangan merupakan proses pembentukan/proses membentuk peraturan-peraturan negara, baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah.
2. Perundang-undangan adalah segala peraturan negara, yang merupakan hasil pembentukan peraturan-peraturan, baik di tingkat Pusat maupun di Tingkat Daerah;

Berdasarkan dengan Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 sebagaimana telah diubah dalam Undang-

⁶ Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-Undangan, Dasar-Dasar dan Pembentukannya*, (Kanisius:Yogyakarta, 2006), h. 3.

Undang Nomor 15 Tahun 2019 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Pasal 7 ayat (1) dan ayat (2) disebutkan bahwa jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Peraturan Presiden;
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

B. Teori Kewenangan

Kata kewenangan berasal dari kata dasar wewenang yang diartikan sebagai hal berwenang, hak dan kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu. Kewenangan adalah kekuasaan formal, kekuasaan yang diberikan oleh

Undang-Undang atau dari kekuasaan eksekutif administrasi. Menurut Ateng Syafrudin ada perbedaan antara pengertian kewenangan dengan wewenang, kewenangan (*authority gezag*) adalah apa yang disebut kekuasaan formal, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh Undang-Undang, sedangkan wewenang (*competence bevoegheid*) hanya mengenai suatu "onderdeel" (bagian) tertentu saja dari kewenangan⁷.

Didalam kewenangan terdapat wewenang-wewenang (*rechtsbevoegdheden*)⁸. Wewenang merupakan lingkup tindakan hukum publik, lingkup wewenang pemerintahan, tidak hanya meliputi wewenang membuat keputusan pemerintah (*bestuur*), tetapi meliputi wewenang dalam rangka pelaksanaan tugas, dan memberikan

⁷Ateng Syafrudin, "Menuju Penyelenggaraan Pemerintahan Negara yang Bersih dan Bertanggungjawab", *Jurnal Pro Justisia Edisi IV*, Universitas Parahyangan, Bandung, 2000, h. 22.

⁸ Indrohato, *Asas-Asas Umum Pemerintahan yang baik, dalam Paulus Efendie Lotulung, Himpunan Makalah Asas-Asas Umum Pemerintahan yang baik, (Citra Aditya Bakti: Bandung, 1994), h. 65.*

wewenang serta distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Secara yuridis pengertian wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum. Sedangkan pengertian wewenang menurut H.D.Stoud adalah "*bevoegheid wet kan worden omscreven als het geheel van bestuurechtelijke bevoegheden door publiekrechtelijke rechtssubjecten in het bestuurechtelijke rechtsverkeer*" bahwa wewenang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintah oleh subjek hukum publik dalam hukum publik.⁹

Bagir Manan menyatakan wewenang mengandung arti hak dan kewajiban. Hak berisi kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu atau menuntut

⁹ Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*, (Alumni: Bandung, 2004), h.4

pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu. Kewajiban membuat keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu dalam hukum administrasi negara wewenang pemerintahan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan diperoleh melalui cara-cara yaitu atribusi, delegasi, dan mandat.

Menurut Philipus M. Hadjon, wewenang (*bevoegdheid*) di deskripsikan sebagai kekuasaan hukum (*rechtsmacht*). Jadi dalam konsep hukum publik wewenang berkaitan dengan kekuasaan.¹⁰

Menurut S.F. Marbun, kewenangan dan wewenang harus dibedakan. Kewenangan (*authority gezag*) adalah kekuasaan yang diformalkan baik terhadap golongan orang tertentu maupun terhadap sesuatu bidang pemerintahan tertentu secara bulat. Sedangkan wewenang (*Competence*,

¹⁰ Philipus M.Hadjon, "Tentang Wewenang", *Jurnal Pro Justisia, Yuridika*, No .5 dan 6 tahun XII, (September - Desember, 1997), h. 1.

bevoegdheid) hanya mengenal bidang tertentu saja. Dengan demikian, kewenangan berarti kumpulan dari wewenang-wewenang (*Rechtsbevoegdheden*). Jadi, wewenang adalah kemampuan untuk bertindak yang diberikan peraturan perundang-undangan untuk melakukan hubungan hukum.¹¹

Dalam literatur ilmu politik, ilmu pemerintahan, dan ilmu hukum sering ditemukan istilah kekuasaan, kewenangan, dan wewenang. Kekuasaan sering disamakan begitu saja dengan kewenangan, dan kekuasaan sering dipertukarkan dengan istilah kewenangan, demikian pula sebaliknya. Bahkan kewenangan sering disamakan juga dengan wewenang. Kekuasaan biasanya berbentuk hubungan dalam arti bahwa “ada satu pihak yang memerintah dan pihak lain

¹¹Kamal Hidjaz, *Efektifitas Penyelenggaraan Kewenangan Dalam Sistem Pemerintahan Daerah di Indonesia*, (Makassar: Pustaka refleksi, 2010), h. 35.

yang diperintah" (*the rule and the ruled*).¹²

Dalam hukum publik, wewenang berkaitan dengan kekuasaan. Kekuasaan memiliki makna yang sama dengan wewenang karena kekuasaan yang dimiliki oleh Eksekutif, Legislatif dan Yudikatif adalah kekuasaan formal. Kekuasaan merupakan unsur esensial dari suatu negara dalam proses penyelenggaraan pemerintahan di samping unsur-unsur lainnya, yaitu:

1. Hukum.
2. kewenangan (wewenang).
3. keadilan.
4. Kejujuran.
5. kebijakbestarian; dan
6. kebajikan.¹³

Didalam hukum dikenal asas legalitas yang menjadi pilar

¹² Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Gramedia Pustaka Utama: Jakarta, 1998), h. 35-36.

¹³ Rusadi Kantaprawira, *Hukum dan Kekuasaan*, Makalah, (Universitas Islam Indonesia, Jogjakarta, 1998), h. 37-38.

utamanya dan merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan dan kenegaraan di setiap negara hukum terutama bagi negara-negara hukum dan kontinental.¹⁴

Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/atau hanya untuk kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi. Karena hukum memang tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan segelintir orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan akan rasa adil bagi semua orang tanpa terkecuali.¹⁵

Dalam memperoleh kewenangan ada tiga cara untuk memperoleh kewenangan yaitu antara lain:

¹⁴Rusadi Kantaprawira, *Hukum dan Kekuasaan*, Makalah..., h. 39

¹⁵ John Kenedi, *Menghadang Prostitusi Kajian Yuridis - Sosiologis Perda Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Larangan Pelacuran Di Kota Bengkulu*, (IAIN Bengkulu Press: Bengkulu, 2016), h. 54.

1. Atribusi, yaitu pemberian kewenangan oleh pembuat undang-undang sendiri kepada suatu organ pemerintahan, baik yang sudah ada maupun yang baru sama sekali.¹⁶ Artinya kewenangan itu bersifat melekat terhadap organ pemerintahan tersebut yang dituju atas jabatan dan kewenangan yang diberikan kepada organ pemerintahan tersebut.

2. Delegasi adalah penyerahan wewenang yang dipunyai oleh organ pemerintahan kepada organ yang lain.¹⁷ Dalam delegasi mengandung suatu penyerahan, yaitu apa yang semula kewenangan orang pertama, untuk selanjutnya menjadi kewenangan orang kedua. Kewenangan yang telah diberikan oleh pemberi delegasi selanjutnya menjadi tanggung jawab penerima wewenang.

3. Mandat diartikan suatu pelimpahan wewenang kepada bawahan. Pelimpahan itu bermaksud memberi wewenang

¹⁶ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara...*,h. 104.

¹⁷ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara...*,h. 105.

kepada bawahan untuk membuat keputusan a/n (atas nama) pejabat Tata Usaha Negara yang memberi mandat.¹⁸ Pada kewenangan delegasi, harus ditegaskan suatu pelimpahan wewenang kepada organ pemerintahan yang lain. Pada mandat tidak terjadi pelimpahan apapun dalam arti pemberian wewenang, akan tetapi, yang diberi mandat bertindak atas nama pemberi mandat. Dalam pemberian mandat, pejabat yang diberi mandat menunjuk pejabat lain untuk bertindak atas nama mandator (pemberi mandat). J.G. Brouwer berpendapat bahwa atribusi merupakan kewenangan yang diberikan kepada suatu organ (institusi) pemerintahan atau lembaga negara oleh suatu badan legislatif yang independen. Kewenangan ini adalah asli, yang tidak diambil dari kewenangan yang ada sebelumnya. Badan legislatif menciptakan kewenangan mandiri dan bukan perluasan kewenangan sebelumnya dan memberikan kepada organ yang berkompeten.

¹⁸ Philipus M.Hadjon, "Tentang Wewenang", *Jurnal Pro Justisia, Yuridika*, No .5 dan 6 tahun XII, (September - Desember, 1997), h. 5.

Delegasi adalah kewenangan yang dialihkan dari kewenangan atribusi dari suatu organ (institusi) pemerintahan kepada organ lainnya sehingga delegator (organ yang telah memberi kewenangan) dapat menguji kewenangan tersebut atas namanya, sedangkan pada Mandat, tidak terdapat suatu pemindahan kewenangan tetapi pemberi mandat (mandator) memberikan kewenangan kepada organ lain (mandataris) untuk membuat keputusan atau mengambil suatu tindakan atas namanya.

Ada perbedaan mendasar antara kewenangan atribusi dan delegasi. Pada atribusi, kewenangan yang ada siap dilimpahkan, tetapi tidak demikian pada delegasi.

Berkaitan dengan asas legalitas, kewenangan tidak dapat didelegasikan secara besar-besaran, tetapi hanya mungkin dibawah kondisi bahwa peraturan hukum menentukan mengenai kemungkinan delegasi tersebut.

Delegasi harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. delegasi harus definitif, artinya delegasi tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang didelegasikan itu.
2. delegasi harus berdasarkan ketentuan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan jika ada ketentuan yang memungkinkan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;
3. delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi; wewenang yang telah dilimpahkan itu.¹⁹

C. **Siyasah Dusturiyah**

Dalam tata bahasa, siyasah dusturiyah terdiri dari dua suku kata yaitu kata siyasah dan kata dusturiyah. siyasah artinya pemerintahan, pengambilan keputusan, pembuatan kebijakan, pengurusan, dan pengawasan. Sedangkan dusturiyah adalah undang-undang atau peraturan. Secara umum pengertian siyasah dusturiyah adalah siyasah yang

¹⁹ Philipus M. Hadjon, "Tentang Wewenang", *Jurnal Pro Justitia, Yuridika*, No. 5 dan 6 tahun XII, (September - Desember, 1997), h. 5.

berhubungan dengan peraturan dasar tentang bentuk pemerintahan dan batasan kekuasaannya, cara pemilihan (kepala negara), batasan kekuasaan yang lazim bagi pelaksanaan urusan umat, dan ketetapan yang hak-hak yang wajib bagi individu dan masyarakat, serta hubungan antara penguasa dan rakyat.²⁰

Maka dari itu, siyasah dusturiyah merupakan kajian yang penting dalam suatu negara, karena melibatkan hal-hal dasar dari suatu negara yaitu keharmonisan hubungan antara warga negara dengan kepala negara dalam memenuhi kebutuhannya.

1. Kepala Negara

Bernard Lewis, menyebutkan delapan gelar yang sering digunakan kaum muslimin untuk menunjuk pemegang kedaulatan, yaitu, khalifah, imam, amir al-mu'minin, sulthan, malik (raja), khan/khaqan, rais, dan razim. Taqi al-Din al-Nabhani mengemukakan enam gelar bagi kepala

²⁰ J. Suyuti Pulungan, *Fiqh Siyasah: Ajaran, Sejarah dan Pemikiran*, (Jakarta: PT Raja GrafindoPersada, 1994), h 40.

negara Islam, yaitu, khalifah, imam, amir al-mu'minin, hakim al-mu'minin, rais al-mu'minin, dan sulthan al-mu'minin²¹.

Mengangkat kepala negara yang akan mengelola negara, memimpinya, dan mengurus segala permasalahan rakyatnya, menurut Ibn Abi Rabi', sangat urgen dilakukan. adalah tidak mungkin, suatu negara berdiri tanpa penguasa yang akan melindungi warga-warganya dari gangguan dan bahaya, baik yang timbul diantara mereka sendiri ataupun yang datang dari luar. Ibn Taimiyah juga berpendapat bahwa keberadaan kepala negara itu diperlukan tidak hanya sekedar menjamin keselamatan jiwa dan hak milik rakyat serta terpenuhinya kebutuhan materi mereka saja, tetapi lebih dari itu juga untuk menjamin berlakunya segala perintah dan hukum Allah.²²

²¹ Mujar Ibnu Syarif, Khamami Zada, *Fiqh Siyasaah...*, h. 254.226-227.

²² Mujar Ibnu Syarif, Khamami Zada, *Fiqh Siyasaah...*, h. 97.

Menurut Ibn Khaldun, kehadiran seorang raja atau kepala negara sebagai penengah, pemisah, sekaligus hakim merupakan suatu keharusan bagi kehidupan bersama manusia dalam suatu masyarakat atau negara.²³

Khalifah sebagai kepala negara adalah kepala negara “pengganti” Nabi dalam memelihara agama dan mengatur keduniawian. Kepala negara yang pandai menjaga amanah adalah kepala negara yang bertanggung jawab dan selalu berusaha dengan segenap kemampuannya yang dimilikinya untuk menunaikan dengan baik semua tugas dan kewajiban yang diemban kepadanya.

Ada sepuluh tugas yang harus dilakukan seorang imam (khalifah);

1. Melindungi keutuhan agama sesuai dengan prinsip-prinsipnya yang establish, dan ijma generasi salaf. jika muncul pembuat bid’ah, atau orang sesat yang membuat syubhat tentang agama, ia menjelaskan hujjah

²³ Sjadzali, *Islam dan Tata Negara Ajaran, Sejarah dan pemikiran*, (Jakarta: UI Press, 1993) hal 101

kepadanya, menerangkan yang benar kepadanya, dan menindaknya sesuai dengan hak-hak dan hukum yang berlaku, agar agama tetap terlindungi dari segala penyimpangan dan umat terlindungi dari usaha penyesatan.

2. Menerapkan hukum kepada dua pihak yang berperkara, dan mengehentikan perseteruan diantara dua pihak yang berselisih, agar keadilan menyebar secara merata, kemudian orang tidak sewenang-wenang, dan orang teraniayah tidan merasa lemah.

3. Melindungi wilayah negara dan tempat-tempat suci, agar manusia dapat leluasa bekerja, dan bepergian ketempat manapun dengan aman dari gangguan terhadap jiwa dan harta.

4. Menegakkan supremasi hukum (*hudud*) untuk melindungi larangan-larangan Allah Ta'ala dari upaya pelanggaran terhadapnya, dan melndungi hak-hak hamba-

hamba-Nya dari upaya pelanggaran dan perusakan terhadapnya.

5. Melindungi daerah-daerah perbatasan dengan benteng yang kokoh, dan kekuatan yang tangguh hingga musuh tidak mampu mendapatkan celah untuk menerobos masuk guna merusak kehormatan, atau menumpahkan darah orang Muslim, atau orang yang berdamai dengan orang Muslim (*mu'ahid*).

6. Memerangi orang yang menentang Islam setelah sebelumnya ia didakwahi hingga ia masuk Islam, atau masuk dalam perlindungan kaum Muslimi (*ahlu dzimmah*), agar hak Allah Ta'ala terealisasi yaitu kemenangan-Nya atas seluruh agama.

7. Mengambil *fai* (harta yang didapat kaum Muslimin tanpa pertempuran) dan sedekah sesuai dengan yang diwajibkan Syari'at secara tekstual atau ijtihad tanpa rasa takut dan paksa.

8. Menentukan gaji, dan apa saja yang diperlukan dalam *Baitul Mal* (kas negara) tanpa berlebih-lebihan, kemudian mengeluarkannya tepat pada waktunya; tidak mempercepat atau menunda mengeluarkannya.
9. Mengangkat orang-orang terlatih untuk menjalankan tugas-tugas, dan orang-orang yang jujur untuk mengurus masalah keuangan, agar tugas-tugas ini dikerjakan oleh orang-orang yang jujur.
10. Terjun langsung menangani segala persoalan, dan menginspeksi keadaan, agar ia sendiri yang memimpin ummat dan melindungi agama²⁴.

Rasulullah Shallallahu Alaihi wa Sallam
bersabda,

“Setiap dari kalian adalah pemimpin dan setiap dari kalian akan dimintai pertanggung jawaban tentang kepemimpinannya.” (HR Al-Bukhari, At-Tirmizi, dan

²⁴Imam Al-mawardi, *Al-Ahkam AS-Sulthaniyyah: Hukum-Hukum Penyelenggaraan Negara dalam Syariat Islam*, (Bekasi: PT Darul Falah, 2013) cetakan kelima, h 23.

Ahmad).

Prinsip-prinsip kenegaraan yang terdapat dalam Al-quran antara lain bahwa²⁵:

1. Kekuasaan sebagai amanah
2. Musyawarah sebagai dasar pengambilan keputusan
3. Keadilan harus ditegakkan
4. Pengakuan terhadap Hak asasi manusia
5. Perdamaian
6. Kesejahteraan
7. Ketaatan
8. Pengadilan bebas

Yusuf Musa menambahkan kewajiban lain, yaitu: “menyebarkan ilmu dan pengetahuan, karena kemajuan umat sangat tergantung kepada ilmu-ilmu agama dan ilmu-ilmu keduniawian”.²⁶ Yang penting ulil amri harus menjaga dan melindungi hak-hak rakyat dan

²⁵ Yusdani, *Fiqh Politik Muslim*, Yogyakarta: Amara Books, 2011, h. 63.

²⁶ Yusuf Musa, *Nidham al-Hukmi fi al-islami*, (Al-qahirah: Darul Kitabil Arabi, 1963) h. 12

mewujudkan hak asasi manusia, seperti hak milik, hak hidup, hak mengemukakan pendapat dengan baik dan benar, hak mendapatkan penghasilan yang layak melalui *kasb al-halal*, hak beragama, dan lain-lain.

Menurut Al-Baqillani tugas dan tujuan pemerintahan adalah untuk menegakkan hukum yang telah ditetapkan, membela umat dari gangguan musuh, melenyapkan penindasan dan menghilangkan keresahan masyarakat, pemeratakan penghasilan negara bagi rakyat dan mengatur perjalanan haji yang baik, dan melaksanakan syari'at yang dibebankan kepadanya. Singkatnya segala sesuatu yang berkaitan dengan kepentingan umum harus sesuai dengan syari'at.²⁷

2. Al-sulthah al-tasyri'iyah

Dalam kajian fiqh siyasah, legislasi atau kekuasaan legislasi disebut juga *al-sulthah al-tasyri'iyah*, yaitu kekuasaan pemerintah Islam dalam membuat dan menetapkan

²⁷ J. Suyuti Pulungan, *Fiqh Siyasah Ajaran, Sejarah, dan pemikiran*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1995), h. 260

hukum. Menurut Islam tidak seorangpun berhak menetapkan suatu hukum yang akan diberlakukan bagi umat Islam. Dalam wacana fiqh siyasah istilah *al-sulṭah al-tasyri'iyah* digunakan untuk menunjuk salah satu kewenangan atau kekuasaan pemerintah Islam dalam mengatur masalah kenegaraan, di samping kekuasaan eksekutif (*al-sulṭah al-tanfiziyyah*) dan kekuasaan yudikatif (*al-sulṭah al-qada'iyah*). Dalam konteks ini, Kekuasaan legislasi berarti kekuasaan atau kewenangan pemerintah Islam untuk menetapkan hukum yang akan diberlakukan dan dilaksanakan oleh masyarakatnya berdasarkan ketentuan yang telah diturunkan Allah swt dalam syariat Islam. Dengan kata lain dalam *al-sulṭah al-tasyri'iyah* pemerintah melakukan tugas *siyasah syar'iyah* untuk membentuk suatu hukum yang akan diberlakukan di dalam masyarakat Islam demi kemaslahatan umat Islam, sesuai dengan ajaran Islam.

Menurut Rahman dalam buku karangan Muhammad Iqbal,

Sebagai lembaga legislatif, ijtihad yang dihasilkannya menjadi undang-undang yang mengikat, tapi tidak terlepas dari kemungkinan benar atau salah. Namun sejauh undang-undang tersebut mencerminkan kehendak umat, ia tetap merupakan konsensus (*ijma*) yang bersifat Islami dan demokratis serta mengikat umat Islam dalam suatu negara. Walaupun demikian, konsensus ini selalu diubah sesuai dengan perkembangan masa dan tempat.²⁸

Di sinilah perlunya *al-sulṭah al-tasyri'iyah* itu diisi oleh para mujtahid dan para ahli fatwa sebagaimana dijelaskan diatas. Mereka melakukan ijtihad untuk menetapkan hukumnya dengan jalan qiyas (analogi). Ijtihad mereka juga perlu mempertimbangkan situasi dan kondisi sosial masyarakat, agar hasil peraturan yang akan diundangkan itu sesuai dengan aspirasi masyarakat dan tidak memberatkan mereka.

Pentingnya mempertimbangkan situasi dan kondisi sosial

²⁸ Fazlur Rahman, *Islam*, (Chicago: Chicago University Press, 1979) h. 262

masyarakat ini mengisyaratkan bahwa undang-undang atau peraturan yang akan dikeluarkan oleh lembaga legislatif tidak dimaksudkan untuk berlaku selamanya dan tidak kebal terhadap perubahan. Kalau terjadi perubahan dalam masyarakat dan undang-undang lama tidak bisa lagi menyahuti perkembangan tersebut, maka badan legislatif berwenang meninjaunya kembali dan menggantinya dengan undang-undang baru yang lebih relevan dengan perkembangan zaman dan antisipatif terhadap perkembangan masyarakat.

D. Pemerintah Daerah

Pemerintah atau *Government* dalam bahasa Indonesia berarti pengarah dan administrasi yang berwenang atas kegiatan orang-orang dalam sebuah negara, negara bagian, atau kota dan sebagainya. Bisa juga berarti lembaga atau badan yang menyelenggarakan pemerintahan negara, negara bagian, atau kota, dan sebagainya.

Menurut W.S Sayre (1960) pemerintah dalam definisi terbaiknya adalah sebagai organisasi dari negara yang memperlihatkan dan menjalankan kekuasaannya. Selanjutnya menurut David Apter (1977), pemerintah adalah satuan anggota yang paling umum yang memiliki tanggung jawab tertentu untuk mempertahankan sistem yang mecangkupnya dan monopoli praktis yang menyangkut kekuasaan paksaannya.²⁹

Selanjutnya, Daerah adalah lingkungan pemerintah : wilayah, daerah diartikan sebagai bagian permukaan bumi; lingkungan kerja pemerintah, wilayah; selingkup tempat yang dipakai untuk tujuan khusus, wilayah; tempat-tempat sekeliling atau yang dimaksud dalam lingkungan suatu kota; tempat yang terkena peristiwa sama; bagian permukaan tubuh.³⁰

Lain hal nya dengan C.F Strong yang menyebutkan bahwa

²⁹ Inu Kencana Syafiie, *Pengantar ilmu pemerintahan*, (Jakarta: Refika Aditama, 2010) h. 11.

³⁰ G. Setya Nugraha, R. Maulina f, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. (Surabaya, 2009) h.145

pemerintahan daerah adalah organisasi dimana diletakkan hak untuk melaksanakan kekuasaan berdaulat atau tertinggi. Pemerintahan dalam arti luas merupakan sesuatu yang lebih besar daripada suatu badan atau kelompok.³¹

Gerakan reformasi dan demokratisasi pada akhir dasawarsa 1990-an tepatnya 28 Mei tahun 1998 telah berhasil mengakhiri secara formal instrumen demokrasi semu (psido demokrasi) di era Orde Baru dan secara perlahan memasuki masa reformasi. Salah satu agenda besar yang harus ditegakkan dalam rangka memenuhi aspirasi rakyat yang digaungkan oleh reformasi adalah perubahan mendasar di bidang hukum.³²

Berdasarkan Pasal 18 Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Negara Kesatuan

³¹ Fahmi Amrusi dalam Ni'matull Huda, *Hukum Pemerintah Daerah*, (Nusamedia:Bandung, 2012), h. 28.

³² John Kenedi, Studi Analisis Terhadap Nilai-nilai Kesadaran Hukum Dalam Pendidikan Kewarganegaraan (Civic Education) Di Perguruan Tinggi Islam, *Madania*, Vol. 19, No. 2, Desember 2015, h. 205.

Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi dibagi atas kabupaten dan kota. Daerah provinsi, kabupaten dan kota mempunyai pemerintah daerah yang diatur dengan Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

Kemudian pada Pasal 1 Angka 2 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah, menyatakan bahwa Pemerintahan daerah adalah penyelenggaraan urusan pemerintahan oleh Pemerintah Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah menurut asas otonomi seluas-luasnya dalam sistem dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pemerintah daerah yang merupakan sub-sistem dari sistem penyelenggaraan pemerintahan nasional memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri. Kewenangan untuk mengatur dan mengurus rumah tangga ini mengandung tiga hal utama

didalamnya³³, yaitu: pertama, Pemberian tugas dan wewenang untuk menyelesaikan suatu kewenangan yang sudah diserahkan kepada Pemerintah Daerah; kedua, Pemberian kepercayaan dan wewenang untuk memikirkan, mengambil inisiatif dan menetapkan sendiri cara-cara penyelesaian tugas tersebut; dan *ketiga*, dalam upaya memikirkan, mengambil inisiatif dan mengambil keputusan tersebut mengikutsertakan masyarakat baik secara langsung maupun DPRD.

Pengertian Pemerintah Daerah menurut pasal 1 angka 3 Undang- Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah adalah Kepala daerah sebagai unsur penyelenggara Pemerintah Daerah yang memimpin pelaksanaan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah otonom³⁴.

³³ Setya Retnami. *Makalah Sistem Pemerintahan Daerah di Indonesia*, (Jakarta : Kantor Menteri Negara Otonomi Daerah Republik Indonesia, 2001), h.8

³⁴ Pasal 1 Angka 3 Undang- Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah

Secara historis eksistensi pemerintahan daerah telah dikenal sejak masa pemerintahan kerajaan-kerajaan nenek moyang dahulu sampai pada sistem pemerintahan yang diberlakukan oleh pemerintah jajahan. Demikian pula mengenai sistem kemasyarakatan dan susunan pemerintahannya mulai dari tingkat desa, kampung, nagari, atau dengan istilah lainnya sampai pada puncak pimpinan pemerintahan. Disamping itu upaya membuat perbandingan sistem pemerintahan yang berlaku di beberapa negara lain, juga amat penting untuk dijadikan pertimbangan bagi pembentukan pemerintahan daerah.

Berdasarkan latar belakang sejarah di atas, maka pemerintah Indonesia sejak proklamasi kemerdekaan Republik Indonesia pada tanggal 17 agustus 1945, merancang Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang didalamnya mengatur secara eksplisit tentang pemerintahan daerah. Hal-hal ini terlihat dalam pola pikir dan usulan-usulan yang terungkap sewaktu para

pendiri Republik (the founding fathers) ini mengadakan sidang-sidang dalam mempersiapkan Undang- Undang Dasar Negara Republik Indonesiannya.

Disahkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1945 merupakan awal mula peraturan tentang pemerintahan daerah di Indonesia sejak kemerdekaan. Ditetapkannya Undang-Undang tentang pemerintahan daerah tersebut merupakan resultant dari berbagai pertimbangan tentang sejarah pemerintahan kita dimasa kerajaan-kerajaan serta pada masa kolonialisme. Dengan demikian dikeluarkan produk hukum selanjutnya tentang Pemerintahan daerah hingga terakhir di tahun 2014 ialah Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.

Amandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun1945 memberikan landasan konstitusional bagi penyelenggaraan Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Negara Indonesia menganut paham

demokrasi dan nomokrasi dalam penyelenggaraan pemerintahan, termasuk pemerintahan daerah. Berdasarkan Pasal 18 Ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 disebutkan bahwa pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan³⁵.

Kemudian lebih lanjut didalam bagian penjelasan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 dijelaskan bahwa Penyelenggaraan pemerintahan daerah berbeda dengan penyelenggaraan pemerintahan di pusat yang terdiri atas lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif, penyelenggaraan pemerintahan daerah dilaksanakan oleh DPRD dan kepala daerah. DPRD dan kepala daerah berkedudukan sebagai unsur penyelenggara pemerintahan daerah yang diberi mandat rakyat untuk melaksanakan

³⁵ Pasal 18 Ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

urusan pemerintahan yang diserahkan kepada daerah. Dengan demikian maka DPRD dan kepala daerah berkedudukan sebagai mitra sejajar yang mempunyai fungsi yang berbeda. DPRD mempunyai fungsi pembentukan Perda, anggaran dan pengawasan, sedangkan kepala daerah melaksanakan fungsi pelaksanaan atas Perda dan kebijakan Daerah. Dalam mengatur dan mengurus Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah tersebut, DPRD dan kepala daerah dibantu oleh Perangkat Daerah. Provinsi adalah suatu satuan dari teritorial yang dijadikan sebagai nama dari sebuah wilayah administratif yang berada di bawah wilayah negara atau negara bagian. Dalam pembagian administratif, Indonesia terdiri atas provinsi, yang dikepalai oleh seorang Gubernur³⁶.

Gubernur dipilih bersama wakilnya dalam satu paket pasangan yang dipilih secara langsung oleh rakyat di

³⁶ Undang-Undang Nomor. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah

provinsi setempat untuk masa jabatan lima tahun, sehingga dalam hal ini gubernur bertanggung jawab kepada rakyat. Gubernur terpilih kemudian dilantik oleh Presiden, dan dapat juga dilantik oleh Mendagri atas nama Presiden. Selain itu, gubernur juga berkedudukan sebagai wakil pemerintah pusat di wilayah provinsi bersangkutan, sehingga gubernur bertanggung jawab kepada Presiden. Gubernur bukan atasan bupati atau walikota, melainkan hanya sebatas membina, mengawasi, dan mengoordinasikan penyelenggaraan pemerintahan daerah kabupaten/kota. Hubungan pemerintah provinsi dengan pemerintah kabupaten dan kota bukan subordinat, yaitu setiap pemerintahan daerah mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.

Daerah provinsi selain berstatus sebagai Daerah juga merupakan Wilayah Administratif yang menjadi wilayah kerja bagi gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat dan

wilayah kerja bagi gubernur dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan umum di wilayah Daerah provinsi. Daerah kabupaten/kota selain berstatus sebagai Daerah juga merupakan Wilayah Administratif yang menjadi wilayah kerja bagi bupati/wali kota dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan umum di wilayah Daerah kabupaten/kota.³⁷

Menurut Harson, pemerintahan daerah memiliki eksistensi sebagai³⁸ :

1. *Local Self Government* atau pemerintah lokal daerah dalam sistem pemerintah daerah di Indonesia adalah semua daerah dengan berbagai urusan otonom bagi local self government tentunya harus berada dalam kerangka sistem pemerintahan negara. Dalam mengurus rumah tangganya sendiri pemerintah lokal mempunyai hak

³⁷ Undang-Undang Nomor. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 13 ayat (3)

³⁸ Sarundajang, *Arus Balik Kekuasaan Pusat ke Daerah cetakan ke 3*, (Pustaka Sinar Harapan: Jakarta, 2010), h. 77.

inisiatif sendiri ,mempunyai wewenang untuk menyelenggarakan urusan rumah tangga sendiri atas kebijaksanaannya sendiri. Selain disertai urusan-urusan tertentu oleh pemerintah pusat, dapat juga disertai tugas-tugas pembantuan dalam lapangan pemerintahan (tugas medebewind). Tugas ini adalah untuk turut serta (made) melaksanakan peraturan perundang-undangan, bukan hanya yang ditetapkan oleh pemerintah pusat saja, melainkan juga yang ditentukan oleh pemerintah lokal yang mengurus rumah tangga sendiri tingkat di atasnya.

2. *Local State Government* atau pemerintah lokal administratif dibentuk karena penyelenggaraan seluruh urusan pemerintahan negara yang tidak dapat dilakukan sendiri oleh pemerintah pusat. Penyelenggaraan pemerintahan semacam ini disebabkan karena sangat luasnya wilayah dan banyaknya urusan pemerintahan. Pejabat-pejabat yang memimpin pemerintah lokal administratif itu diangkat dan diberhentikan oleh

pemerintah pusat, bekerja menurut aturan-aturan dan kehendak dari pemerintah pusat, berdasarkan hierarki kepegawaian, ditempatkan di wilayah-wilayah administratif yang bersangkutan dibantu oleh pegawai-pegawai yang juga diangkat dan diberhentikan oleh pemerintah pusat. Segala pembiayaan pemerintah lokal administratif dikeluarkan oleh pemerintah pusat.

Pemberian kewenangan pemerintah daerah untuk menyelenggarakan pemerintahannya, dilaksanakan melalui suatu proses yang disebut desentralisasi kepada daerah-daerah otonom atau dikenal dengan otonomi daerah. Desentralisasi memiliki dua bentuk yaitu politik dan administratif. Desentralisasi politik yaitu wewenang untuk membuat keputusan dan melakukan kontrol tertentu terhadap sumber daya yang diberikan kepada pemerintah lokal dan regional. Desentralisasi administratif adalah suatu delegasi wewenang pelaksanaan yang diberikan kepada pejabat pusat di tingkat lokal. Kewenangannya mulai dari

penetapan peraturan sampai keputusansubstansial.³⁹



³⁹ La Ode Bariun, *Hakikat Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Penyelesaian Sengketa Hasil Pemilihan Kepala Daerah Yang Berkeadilan*. (Disertasi. Program Pasca Sarjana. Universitas Hasanuddin. Makassar, 2015), h. 136