

BAB II

KAJIAN TEORI

A. Kajian Teori Negara Hukum

Negara hukum merupakan konsep yang berawal dari istilah *nomokrasi* yang berkembang dari pemikiran barat. Istilah *nomokrasi* tersebut berasal dari kata *nomos* yang artinya norma, dan *cratos* yang artinya kekuasaan. Negara hukum merupakan suatu konsep pemerintahan negara yang didasarkan atas hukum. Secara embrionik konsep gagasan tentang Negara hukum telah dikemukakan oleh Plato ketika ia menulis *nomoi*.¹²

Teori negara hukum (*Rechtsstaat*) digunakan untuk mengetahui prinsip-prinsip dasar suatu negara yang dideklarasikan dalam konstitusinya sebagai negara hukum kemudian diimplementasikan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, baik dalam tataran regulasi maupun dalam aplikasinya oleh lingkungan jabatan kenegaraan yang punya kompetensi.¹³

¹² Ridwan HR, *Hukum Administrasi...*, h. 2.

¹³ John Kenedi, *Kebijakan Hukum Pidana (Penal Policy) Dalam Sistem Penegakan Hukum Di Indonesia*, (Yogyakarta: PUSTAKA PELAJAR, 2017), h. 1.

Menurut Aritoteles yang dimaksud dengan Negara Hukum adalah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya. Keadilan merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik. Demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.¹⁴

Negara hukum ialah negara yang susunannya diatur dengan sebaik-baiknya dalam undang-undang sehingga segala kekuasaan dari alat-alat pemerintahannya didasarkan hukum. Rakyat tidak boleh bertindak sendiri-sendiri menurut semuanya yang bertentangan dengan hukum. Negara hukum itu ialah negara yang diperintahi bukan oleh orang-orang, tetapi oleh undang-undang (*state the not governed by men, but by laws*). Karena itu, di dalam negara hukum, hak-hak rakyat dijamin sepenuhnya oleh negara dan terhadap negara,

¹⁴ Moh. Kusnardi, Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, (Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Sinar Bakti, 1983), h. 153- 154.

sebaliknya dengan tunduk dan taat kepada segala peraturan pemerintah dan undang-undang negara.¹⁵

Ada dua macam Negara hukum diantaranya adalah *rule of law* dan *rechstaat*. Secara prinsipil tidak ada perbedaan yang signifikan, yang membedakannya adalah budaya hukum disuatu Negara maupun pandangan-pandangan para filsuf atau pemikir hukum. Adapun perbedaannya sebagai berikut.

Rule of law memuat 3 unsur diantaranya, yang pertama *Supremacy of Law*, yang mengandung arti yang kekuasaan tertinggi berada ditangan hukum. Baik raja maupun rakyatnya ia tunduk terhadap hukum. Kedua, *Equality before the Law*, unsur ini mengandung arti semua orang sama dimata hukum. Tidak ada orang yang istimewa dihadapan hukum. Ketiga, konstitusi yang berlandaskan hak asasi. Bagi kebanyakan Negara yang menganut budaya hukum *eropa continental*, undang- undang dasar lah yang primer sementara hak hak dasar diturunkan dari undang- undang dasar.¹⁶

¹⁵ Abdul Mukthie Fadjar, *Sejarah, Elemen dan Tipe Negara Hukum*, (Malang: Setara Press, 2016), h. 6.

¹⁶ CST Kansil, Christine ST Kansil, *pengantar ilmu hukum Indonesia*, (Jakarta: rineka cipta, 2018), h. 322.

Sedangkan *rechtsstaat* menurut Van Wijk memuat 4 unsur diantaranya, pertama, Perlindungan hak asasi manusia. Kedua, pembagian kekuasaan. Ketiga, pemerintahan berdasarkan undang-undang. Keempat, adanya fungsi pengawasan dari lembaga kehakiman terhadap pemerintahan.¹⁷ Salah satu ciri Negara hukum adalah Negara tersebut memiliki konstitusi. Konstitusi sendiri merupakan sebuah dokumen nasional, yang isinya menyangkut kehidupan nasional suatu Negara.¹⁸ Konstitusi adalah hukum tertinggi atau hukum dasar disebuah Negara. Semua aturan atau semua hukum didalam Negara hukum ia merujuk atau merupakan turunan dari konstitusi.

1. Kepastian Hukum

Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif bukan sosiologi. Kepastian Hukum secara Normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara

¹⁷ Nurul Qamar, *Hak asasi manusia dalam Negara hukum demokrasi*, (Jakarta: sinar Grafika, 2014), h. 31.

¹⁸ Sri Soemantri, *Hukum Tata Negara Indonesia: Pemikiran dan Pandangan*, (Bandung: PT Remaja Rosdakarya, 2014), h. 40.

pasti karena mengatur secara pasti dan Logis.¹⁹ Kepastian Hukum sebagai salah satu tujuan hukum dan dapat dikatakan upaya mewujudkan keadilan. Bentuk nyata dari kepastian hukum adalah pelaksanaan dan penegakan hukum terhadap suatu tindakan tanpa memandang siapa yang melakukan. Adanya kepastian hukum setiap orang dapat memperkirakan apa yang akan terjadi jika melakukan tindakan hukum itu, kepastian sangat diperlukan untuk mewujudkan keadilan. Kepastian salah satu ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat di gunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang.²⁰

Jelas dalam artian tidak menimbulkan keraguan (multi-tafsir) dan logis dalam artian menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik Norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tepat, konsisten dan

¹⁹ Cst Kansil, *Kamus istilah Hukum*, (Jakarta: Gramedia Pustaka, 2009), h. 385.

²⁰ Cst Kansil, *Kamus istilah...*, h. 270.

konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Hukum adalah kumpulan peraturan-peraturan atau kaidah-kaidah dalam suatu kehidupan bersama, keseluruhan peraturan tentang tingkah laku yang berlaku dalam suatu kehidupan bersama yang dapat dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi. Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum terutama untuk norma hukum tertulis.

B. Kajian Teori Pembagian Kekuasaan

Moh. Mahfud MD berpendapat bahwa pada dasarnya konstitusi mengandung hal-hal sebagai berikut ; Pertama, *public authority* hanya dapat dilegitimasi menurut ketentuan konstitusi; Kedua, pelaksanaan kedaulatan rakyat (melalui perwakilan) harus dilakukan dengan menggunakan prinsip *universal and equal suffrage* dan pengangkatan eksekutif harus melalui pemilihan yang demokratis; Ketiga, adanya pemisahan atau pembagian kekuasaan serta pembatasan wewenang; Keempat, adanya kekuasaan kehakiman yang mandiri yang dapat

menegakkan hukum dan keadilan baik terhadap rakyat maupun terhadap penguasa; Kelima, adanya sistem kontrol terhadap militer dan kepolisian untuk menegakkan hukum dan menghormati hak-hak rakyat; Keenam, adanya jaminan perlindungan atas HAM.²¹

Salah satu fungsi kontitusi adalah membatasi kekuasaan²² dengan cara membagi kekuasaan tersebut menjadi beberapa elemen. Kekuasaan yang berada di tangan satu kelompok sudah barang tentu sangat tirani. Karena pihak yang membuat peraturan itu mereka sendiri yang menjalankan aturannya dan apabila ada pelanggaran terhadap peraturan itu mereka sendiri pula yang akan mengadilinya. Tentu peraturan akan sangat mudah untuk diproduksi untuk memenuhi keinginan penguasa dan tentu peraturan itupun akan sangat mudah untuk diubah-ubah untuk kepentingan kekuasaan. Oleh sebab itu pembagian kekuasaan menjadi hal yang cukup *fundamental* didalam sebuah

²¹ Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi Indonesia :Studi Tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2000), h. 421.

²² Tundjung Herning Sitabuana, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2020), h. 11.

Negara. Salah satu tipe pembagian kekuasaan adalah *Trias Politica*.

Trias politica adalah konsep pembagian atau pendistribusian kekuasaan Negara, yang paling populer. Kekuasaan dibagi menjadi 3 jenis, eksekutif, legislative, dan yudikatif. Adapun tujuannya adalah untuk mencegah keabsolutan kekuasaan Negara.²³ Konsep *Trias Politica* pertama kali dikemukakan oleh John Locke, seorang filsuf Inggris yang kemudian *Trias Politica* dikembangkan oleh Montesquieu dalam bukunya yang berjudul "*L'Esprit des Lois*".²⁴

Eksekutif merupakan kekuasaan yang memegang jalannya administrative pemerintahan diplomatik dan militer. Secara sederhana dalam konteks teori *trias politica* eksekutif merupakan lembaga yang menjalankan peraturan yang dibentuk oleh legislative salah satunya adalah kepresidenan. Sementara legislatif adalah lembaga yang mempunyai fungsi untuk memproduksi peraturan. Salah satu nya adalah Dewan

²³ Miriam Budiardjo. *Dasar-dasar Ilmu Politik*. (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2005), h. 152.

²⁴ W.E.Nugroho, "Implementasi Trias Politica dalam Sistem Pemerintahan di Indonesia", *Gema Keadilan*, Vol. 1, Oktober, 2014, h. 66.

Perwakilan rakyat (DPR). Yudikatif adalah lembaga yang berwenang untuk melakukan pengawasan dan mengadili apabila ada lembaga yang beraktifitas tidak mengikuti aturan. Salah satunya adalah Mahkamah Konstitusi (MK).

C. Kajian Teori Perundang-Undangan

Karena penelitian berkaitan dengan pengujian perundang-undangan sudah barang tentu teori perundang-undangan menjadi landasan pokok dalam hal ini. Teori Perundang-Undangan atau disebut juga teori legislasi ini merupakan turunan atau kelanjutan dari Teori Pemisahan Kekuasaan. Dimana menurut Teori Pemisahan Kekuasaan sebagaimana telah diuraikan di atas, salah satu cirinya adalah adanya pemisahan kekuasaan antara pembentuk undang-undang, pelaksana undang-undang, dan penegak undang-undang seperti yang digagas oleh Montesquieu.²⁵ Di dalam teori perundang-undangan memuat asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, diantaranya :

²⁵ M. Jeffri Arlinandes Chandra, et. Al., *Teori dan Konsep Pembentukan Perundang-Undangan Di Indonesia*, (Bengkulu: CV. Zigie Utama. 2019) h. 21.

“Asas-asas yang bersifat formil yang memuat tentang asas tujuan yang jelas, yaitu mengukur sampai sejauh mana suatu peraturan perundang-undangan ini dibentuk. Asas organ atau lembaga yang tepat, yaitu suatu organ dapat memberi penjelasan bahwa pembuatan suatu peraturan tertentu memang merupakan kewenangannya, hal ini membuat organ tersebut untuk tidak melimpahkan pembuatan peraturan kepada organ lain. Asas perlunya pengaturan, yaitu apabila tujuannya sudah jelas maka yang berikutnya harus dijawab adalah apakah harus dibuat dengan peraturan perundang-undangan tertentu. Asas dapat dilaksanakan, asas ini untuk menjamin keinginan masyarakat bahwa suatu peraturan dapat mencapai hasil yang telah dirumuskan. Asas konsensus, secara sederhana asas ini berkaitan dengan kesepakatan masyarakat.²⁶

Berikutnya selain asas-asas formil suatu peraturan perundang-undangan yang baik harus melalui pembentukan dengan tidak menyampingkan asas-asas materielnya. Asas-asas materiel diantaranya, asas terminologi dan sistematika yang jelas,

²⁶ Backy Krisnayudha, *Pancasila dan Undang-undang*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016) h. 185-195.

asas ini dimaksudkan untuk masyarakat luas bisa mengerti apa yang dimaksudkan suatu peraturan tersebut. Asas dapat dikenali, yaitu apabila suatu peraturan tidak dapat dikenali oleh setiap orang maka ia kehilangan tujuannya sebagai suatu peraturan. Asas perlakuan yang sama dalam hukum, artinya suatu peraturan hanya untuk kepentingan bersama, oleh sebab itu harus dibentuk bersama-sama dengan mekanisme perwakilan. Berikutnya asas kepastian hukum dan asas pelaksanaan hukum sesuai dengan keadaan individual.²⁷

1. Pengujian Undang-undang

konsep pengujian atau *review* muncul dikarenakan adanya ketidakpuasan masyarakat terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku, sehingga dikehendaki adanya perubahan. Selain itu, terdapat kewenangan melakukan *review* yang harus dijalankan berdasarkan UUD 1945. Kewenangan pengujian tersebut dibagi menjadi hak pengujian materil dan hak pengujian formil.²⁸ Di Indonesia,

²⁷ Yuliani, *Asas-asas...*, h. 137-151.

²⁸ Henry P. Panggabean, *Fungsi Mahkamah Agung dalam Praktik Sehari-hari, Upaya Penanggulangan Tunggal Perkara dan Pemberdayaan Fungsi Pengawasan Mahkamah Agung*, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2001), h. 127.

kewenangan melakukan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan dimiliki oleh lembaga yudikatif dan lembaga legislatif. Kewenangan tersebut disebut *legislative review* dan *judicial review*.

Apa yang dimaksud dengan *legislative review*? Dapat diartikan *legislative review* adalah mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan oleh lembaga legislatif. Lalu, apa itu *judicial review*? Singkatnya *judicial review* adalah mekanisme pengujian terhadap peraturan perundang-undangan oleh pengadilan dengan objek pengujiannya adalah peraturan yang lebih rendah terhadap peraturan yang lebih tinggi.²⁹

Perbedaan *legislative review* dengan *judicial review* terletak pada subjek yang melakukan *review* dengan kewenangan yang melekat kepada lembaga negara tersebut. Pada praktiknya, siapa yang berwenang melakukan *legislative review* adalah Dewan Perwakilan Rakyat (“DPR”) yaitu terkait undang-undang

²⁹ Nurul Qamar, “Kewenangan Judicial Review Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Konstitusi*, Vol. I, No. 1, November, 2012, h. 2.

berdasarkan Pasal 20 ayat (1) dan (2) UUD 1945 dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (“perppu”) berdasarkan Pasal 22 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa perppu harus mendapatkan persetujuan DPR dalam persidangan yang berikutnya. Artinya, DPR dapat menyatakan persetujuan atau penolakan terhadap perppu. Selanjutnya, jika DPR setuju maka perppu tersebut ditetapkan sebagai undang-undang.

Sementara, *judicial review* dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi (MK) dan Mahkamah Agung (MA) sebagai lembaga peradilan. Pengujian itu melingkupi pengujian secara materil dan formil. Kewenangan MK melakukan pengujian undang-undang terhadap konstitusi. Sedangkan untuk pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dilakukan *judicial review* Mahkamah Agung dengan kewenangan hak uji

materil. Kewenangan MK dan MA melakukan *judicial review* dilakukan berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945.³⁰

2. Hirarki Perundang- undangan di Indonesia

Adapun hirarki perundang- undang di Indonesia yang tercantum dalam undang- undang no 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang- undang sebagai berikut:

- a. Undang- Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945)
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (TAP MPR)
- c. Undang- Undang (UU)/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang- Undang (PERPPU)
- d. Peraturan Pemerintah (PP)
- e. Peraturan Presiden (PERPRES)
- f. Peraturan daerah Provinsi
- g. Peraturan Daerah kota/kabupaten

³⁰ Utang Rosidin & A. Rusdiana, *Pengantar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Bandung: CV Pustaka Setia, 2018), h. 117.

D.Kajian Teori Siyasah Dusturiyah

Siyasah dusturiyah merupakan bagian dari *fiqh siyasah* yang membahas masalah perundang-undangan negara. Dalam hal ini juga dibahas antara lain konsep-konsep konstitusi (undang-undang dasar negara dan sejarah lahirnya perundang-undangan dalam suatu negara), legislasi (bagaimana cara perumusan undang-undang), lembaga demokrasi dan syura yang merupakan pilar penting dalam perundang-undangan tersebut. Di samping itu, kajian ini juga membahas konsep negara hukum dalam siyasah dan hubungan timbal balik antara pemerintah dan warga negara serta hak-hak warga negara yang wajib dilindungi.³¹

Pembahasan utama dari siyasah dusturiyah berkaitan dengan hal-hal berikut. Satu, kajian tentang konsep *imamah*, *khilafah*, *imarah*. Dua, kajian tentang rakyat, kedudukan, hak dan kewajibannya. Tiga, *baiah* dari zaman ke zaman. Empat, kajian

³¹ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasah Konstektualisasi Doktrin Politik Islam*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014) h. 177.

tentang *waliyul ahdi, ahlul halli wal aqdi*, sistem pemerintahan dan pemilu.³²

Sedangkan *siyasa* menurut Bahasa adalah mengandung beberapa arti yaitu, mengatur, mengurus, memerintah, memimpin, membuat kebijaksanaan, pemerintahan dan politik. *Siyasa* secara terminologis dalam lisan *Al-Arab*, *siyasa* adalah mengatur atau memimpin sesuatu dengan cara membawa kepada kepada kemaslahatan. *Siyasa* adalah ilmu pemerintahan untuk mengendalikan tugas dalam negeri dan luar negeri, yaitu politik dalam negeri dan politik dalam negeri serta kemasyarakatan, yakni mengatur kehidupan umum atas dasar keadilan dan istiqomah.

Sedangkan penggunaan makna *as-siyasa* dalam zaman modern saat ini, adalah sebagai berikut:

1. Pengetahuan tentang ilmu yang berkaitan dengan hukum dan peraturan *dulah* (negara), serta hubungan dengan dunia luar .
2. *As-siyasa* adalah ilmu tentang negara, yang meliputi kajian akan aturan-aturan negara, undang-undang dasar, aturan

³² Jubair Situmorang, *Politik Ketatanegaraan Dalam Islam*, (Bandung: Pustaka Setia, 2012) h. 23.

hukum, serta aturan sumber hukum. Termasuk didalamnya, kajian tentang aturan interen negara serta segala perangkat yang digunakan dalam aturan-aturan.

Kasus di dalam *fiqh siyasah dusturiyah* merupakan hubungan antara pemimpin di satu pihak serta rakyatnya di pihak lain serta kelembagaan- kelembagaan yang terdapat di dalam masyarakatnya. Oleh karena itu, di dalam *fiqh siyasah dusturiyah* umumnya dibatasi cuma membahas pengaturan serta perundang- undangan yang dituntut oleh perihal ihwal kenegaraan dari segi persesuaian dengan prinsip- prinsip agama dan ialah realisasi kemaslahatan manusia dan penuhi kebutuhannya.³³

Istilah *Fiqh Dusturi*, merupakan ilmu yang membahas masalah-masalah pemerintahan dalam arti luas, karena di dalam dustur tercantum sekumpulan prinsip-prinsip pengaturan kekuasaan di dalam pemerintahan suatu negara, sebagai *dustur* dalam satu negara sudah tentu perundangan-undangan dan

³³ H.A.Djazuli, *Fiqh Siyasah Implementasi Kemaslahatan Umat dalam Rambu-Rambu Syari'ah*, (Jakarta: Kencana, 2003), h. 47.

aturan-aturan lainnya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan dustur.

Selain itu dalam *fiqh siyasah*, konstitusi disebut juga dengan “*dusturi*”. Kata ini berasal dari Bahasa Persia. Semula artinya adalah “seseorang yang memiliki otoritas, baik dalam bidang politik maupun agama”. Dalam perkembangan selanjutnya, kata ini digunakan untuk menunjukkan anggota kependetaan (pemuka agama) *Zoroaster* (Majusi). Setelah mengalami penyerapan ke dalam bahasa Arab, kata dustur berkembang pengertiannya menjadi asas, dasar, atau pembinaan. Menurut istilah, *dustur* berarti kumpulan kaidah yang mengatur dasar dan hubungan kerja sama antara sesama anggota masyarakat dalam sebuah negara, baik yang tidak tertulis (*konvensi*) maupun tertulis (konstitusi). Kata dustur juga sudah diserap ke dalam bahasa Indonesia yang salah satu artinya adalah undang-undang dasar suatu negara.

Menurut Abdul Wahhab Khallaf, prinsip-prinsip yang diletakkan Islam dalam perumusan undang-undang dasar ini adalah jaminan atas hak asasi manusia, setiap anggota

masyarakat dan persamaan kedudukan semua orang di mata hukum, tanpa membeda-bedakan stratifikasi sosial, kekayaan, pendidikan, dan agama.³⁴

Pembahasan tentang konstitusi ini juga berkaitan dengan sumber-sumber dan kaidah perundang-undangan di suatu negara, baik sumber material, sumber sejarah, sumber perundangan, maupun sumber penafsirannya. Sumber material adalah hal-hal yang berkenaan dengan materi pokok undang-undang dasar. Inti persoalan dalam sumber konstitusi ini adalah peraturan tentang hubungan antara pemerintah dan rakyat yang diperintah. Perumusan konstitusi tersebut tidak dapat dilepaskan dari latar belakang sejarah negara yang bersangkutan, baik masyarakatnya, politik maupun kebudayaannya. Dengan demikian, materi dalam konstitusi itu sejalan dengan aspirasi dan jiwa masyarakat dalam negara tersebut.

konsep negara hukum dalam siyasah dan hubungan timbal balik antara pemerintah dan warga negara serta hak-hak

³⁴ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasah...*, h. 177.

warga negara yang wajib dilindungi.²² Sementara menurut H. A. Djazuli, *fiqh siyasah dusturiyah* mencakup bidang kehidupan yang sangat luas dan kompleks. Sekalipun demikian, secara umum disiplin ini meliputi hal-hal sebagai berikut:

1. Persoalan dan ruang lingkup (pembahasan)
2. Persoalan *imamah*, hak dan kewajibannya.
3. Persoalan rakyat, statusnya dan hak-haknya
4. Persoalan *bai'at*
5. Persoalan *waliyul ahdi*
6. Persoalan perwakilan
7. Persoalan *ahlul halli wal aqdi*
8. Persoalan *wizaroh* dan perbandingannya³⁵

Keputusan hukum yang dibuat oleh pemimpin atau penguasa dapat dikategorikan sebagai *tasyri'* karena secara definitif, *tasyri'* adalah kata yang diambil dari *lafadz syari'ah* yang artinya jalan yang lurus.

Secara terminologis, *tasyri'* diartikan oleh para *fuqaha* sebagai hukum-hukum yang ditetapkan oleh Allah bagi hamba-

³⁵ Muhammad Iqbal, *Fiqh siyasah...*, h. 178.

hamba-Nya yang diungkapkan melalui perantaran Rasulullah *Saw* agar manusia melaksanakan hukum-hukum tersebut atas dasar keimanan, baik hukum yang berkaitan dengan masalah akidah, ahlak, dan budi pekerti.

Dari syariah dalam pengertian itu, dipetik kata *tasyri'* yang artinya menciptakan undang-undang dan membuat kaidah- kaidah. *Tasyri'* dalam pengertian tersebut adalah membuat undang-undang, baik undang-undang yang dibuat bersumber dari ajaran agama yang disebut dengan *tasyri' samawiy* maupun dari perbuatan manusia dan hasil pikirannya yang dinamakan dengan istilah *tasyri' wad'iiy*.³⁶

Prinsip-prinsip yang diletakkan dalam perumusan undang-undang dasar adalah jaminan atas hak asasi manusia setiap anggota masyarakat dan persamaan kedudukan semua orang di mata hukum, tanpa membedakan stratifikasi sosial, kekayaan, pendidikan dan agama sehingga tujuan dibuatnya peraturan perundang-undangan untuk merealisasikan kemaslahatan manusia dan untuk memenuhi

³⁶ Beni Ahmad Saebani, *Fiqh Siyasah Terminologi dan Lintasan Sejarah Politik Islam Sejak Muhammad SAW hingga Al-Khulafa Ar-Rasyidin*, (Bandung: Pustaka Setia, 2015), h. 36.

kebutuhan manusia yang merupakan prinsip *fiqh siyasa* akan tercapai

Untuk merealisasikan kemaslahatan umum, pemerintah dibenarkan dan bahkan diharuskan merumuskan, membuat, dan menetapkan hukum, peraturan perundangan, dan kebijaksanaan dalam berbagai bentuk dan tingkatannya. Hukum, peraturan, dan sebagainya itu dipandang sebagai hukum Islam, atau paling tidak sebagai hukum yang islami, yang bersifat mengikat dan wajib dipatuhi umat islam, jika terpenuhi hal-hal sebagai berikut:

1. Ditetapkan melalui musyawarah (*wa syawirhum bi al-amri*)
2. Tidak memperberat dan mempersulit umat (*nafy al-haraj*)
3. Menutup akibat negatif (*sad al-dzari'ah*)
4. Mewujudkan kemaslahatan umum (*jalb al-mashalih al-ammah*)
5. Tidak bertentangan dengan jiwa dan semangat (*nash qath'i*).³⁷

Allah mensyari'atkan hukum Islam untuk memelihara kemaslahatan manusia, sekaligus untuk menghindari *mafsadat* baik di dunia maupun di akhirat. Dalam rangka mewujudkan

³⁷ Akmaludin Sya'bani, "Maqashid al-Syari'ah sebagai Metode Ijtihad", *Jurnal El-Hikam IAIN Mataram*, Vol. 8 No. 1, Juli, 2015, h. 128.

kemaslahatan di dunia maupun di akhirat, menurut para ulama *ushul fiqh*, ada lima unsur pokok yang harus dipelihara dan diwujudkan. Kelima unsur pokok tersebut adalah agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Seorang hamba akan memperoleh kemaslahatan, manakala ia dapat memelihara kelima unsur pokok tersebut, sebaliknya ia akan memperoleh kemafsadatan manakala ia tidak dapat memelihara kelima unsur pokok tersebut dengan baik.³⁸

Jika terdapat suatu kejadian yang tidak ada ketentuan syariat dan tidak ada 'illat yang keluar dari *syara'* yang menentukan kejelasan hukum kejadian tersebut, kemudian ditemukan sesuatu yang sesuai dengan hukum *syara'*, yakni suatu ketentuan yang berdasarkan pemeliharaan *kemadaratan* atau menyatakan suatu manfaat, maka kejadian tersebut dinamakan *al-mashlahhah al-mursalah*.

Sehingga *mashlahhah al-mursalah* adalah suatu kemaslahatan yang tidak mempunyai dasar dalil, tetapi juga tidak ada pembatalnya. Tujuan utama dari *mashlahhah al-*

³⁸ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasah...*, h. 3.

mursalah adalah kemaslahatan, yakni memelihara dari *kemadaratan* dan menjaga kemanfaatannya.

Al-sulthah al-qadhaiyyah merupakan kekuasaan yudikatif yang mempunyai hubungan dengan tugas dan wewenang peradilan untuk menyelesaikan perkara-perkara baik permasalahan perdata maupun pidana dan juga terkait dengan sengketa keadministrasian yang berhubungan dengan negara yakni persoalan-persoalan yang menentukan sah tidaknya undang-undang untuk diundangkan yang sebelumnya sudah diuji dalam pokok materi konstitusi suatu negara.³⁹

Tujuan kekuasaan kehakiman adalah untuk menegakkan kebenaran dan menjamin terlaksananya keadilan serta tujuan menguatkan negara dan menstabilkan kedudukan hukum kepala negara serta menjamin kepastian hukum demi kemaslahatan umat manusia di setiap negara tersebut. Penetapan syariat Islam bertujuan untuk menciptakan kemaslahatan. Dalam penerapan syariat Islam diperlukan lembaga untuk penegakannya. Karena tanpa lembaga tersebut, hukum-hukum

³⁹ Suyuti Pulungan, *Fiqh Siyash: Ajaran, Sejarah, dan pemikiran*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), h. 21-23.

itu tidak dapat diterapkan. Lembaga tersebut juga harus paham terkait dengan konstitusi negara tersebut.

Tugas *al-sulthah al-qadha*⁴⁰ adalah untuk mempertahankan hukum dan perundang-undangan yang telah dibuat oleh lembaga legislatif.⁴⁰ Dalam sejarah Islam, kekuasaan lembaga ini biasanya meliputi wilayah *al-hisbah* lembaga peradilan untuk menyelesaikan perkara-perkara pelanggaran ringan seperti kecurangan dan penipuan dalam bisnis), wilayah *al-qadha* (lembaga peradilan yang memutuskan perkara-perkara sesama warganya, baik perdata maupun pidana), dan wilayah *al-mazalim* (lembaga peradilan yang menyelesaikan perkara penyelewengan pejabat negara dalam melaksanakan tugasnya seperti pembuatan keputusan politik yang merugikan dan melanggar kepentingan atau hak-hak rakyat serta perbuatan pejabat negara yang melanggar hak rakyat salah satunya adalah pembuatan kebijakan pemerintah dan peraturan perundang-undangan

⁴⁰ Ridwan, *Fiqh Politik Gagasan, Harapan Dan Kenyataan*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2007), h.273.

Permasalahan dalam *siyasaḥ dusturiyah* adalah hubungan antara pemimpin di suatu pihak dan rakyatnya di pihak lain serta kelembagaan- kelembagaan yang ada di dalam masyarakatnya. Oleh karena itu, di dalam *siyasaḥ dusturiyah* biasanya dibatasi hanya membahas pengaturan dan perundang-undangan yang dituntut oleh hal ihwal kenegaraan dari segi persesuaian dengan prinsip-prinsip agama dan merupakan realisasi kemaslahatan manusia serta memenuhi kebutuhannya⁴¹

Inti dari persoalan dalam sumber konstitusi ini adalah suatu aturan yang berhubungan antara pemerintah dan rakyat. Konstitusi ini juga membahas suatu yang berkaitan dengan sumber-sumber dan kaidah perundang-undangan di suatu negara, baik sumber material, sumber sejarah, sumber perundangan, maupun sumber penafsirannya. Perumusan konstitusi tersebut tidak dapat dilepaskan dari latar belakang sejarah negara yang bersangkutan, baik masyarakat, politik maupun kebudayaan. Dengan demikian, materi dalam

⁴¹ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasaḥ...*, h. 3.

konstitusi itu sejalan dengan aspirasi dan jiwa masyarakat dalam negara tersebut.

1. Sistem peradilan Islam

1.1. Defenisi Hakim menurut Islam

Syar'a Hakim yaitu orang yang diangkat oleh kepala Negara untuk menjadi hakim dalam menyelesaikan gugatan, perselisihan-perselisihan dalam bidang hukum perdata oleh karena penguasa sendiri tidak dapat menyelesaikan tugas peradilan.⁴² Sebagaimana Nabi Muhammad SAW telah mengangkat qadhi untuk bertugas menyelesaikan sengketa di antara manusia di tempat-tempat yang jauh, sebagaimana ia telah melimpahkan wewenang ini pada sahabatnya.

Hakim sendiri adalah pejabat peradilan Negara yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili. Dasar pembentukan peradilan Islam paling tidak atas dasar prinsip bahwa penerapan hukum-hukum Islam dalam setiap kondisi adalah wajib,

⁴² Muhammad Salam Madkur, *Peradilan Dalam Islam*, (Surabaya: PT. Bina Ilmu, 1993), h. 29.

pelarangan apabila mengikuti ajaran lain selain syariah Islam, dan stetmen dalam Islam bahwa ajaran selain Islam adalah kafir (orang yang mengingkari Allah SWT).

Peradilan tidak hanya diperlukan dalam rangka penegakan keadilan dan pemeliharaan hak-hak individu dalam kehidupan bermasyarakat, tetapi juga diperlukan untuk menjaga stabilitas kehidupan manusia dalam bingkai *amar ma'ruf nahi munkar* (mencegah kejahatan dan mengedepankan kebaikan).⁴³

Orang-orang yang menjalankan peradilan disebut *qadli* (hakim) karena diambil dari *wazan isim fa'ilnya* yang *lafadz qadla* yang berarti orang yang menetapkan hukum, sedangkan disebut hakim karena *qadli* adalah orang yang menjalankan hukum Allah SWT terhadap orang yang berperkara Dengan demikian, peradilan dimaksudkan untuk menetapkan suatu perkara secara

⁴³Hendra Gunawan, "Sistem Peradilan Islam", *Jurnal El-Qanuny*, Vol. 5, Januari – Juni, 2019, h.90.

adil sesuai dengan ketentuan hukum yang bersumber dari al-Qur'an dan *sunnah*.⁴⁴

Pada dasarnya tugas Hakim adalah memberi keputusan dalam perkara atau konflik yang dihadapkan kepadanya, menetapkan hal-hal seperti hubungan hukum, nilai hukum dari perilaku, serta kedudukan hukum pihak-pihak yang terlibat dalam suatu perkara, sehingga untuk dapat menyelesaikan perselisihan atau konflik berdasarkan hukum yang berlaku, maka Hakim harus selalu mandiri dan bebas dari pengaruh pihak manapun, terutama dalam mengambil suatu keputusan.

Lembaga peradilan dalam *fiqh siyasah* dikenal dengan *Qadha''iyah* yang berasal dari kata *al-qadha* yaitu lembaga peradilan yang dibentuk untuk menangani kasus-kasus yang membutuhkan putusan berdasarkan hukum Islam. Menurut ilmu bahasa arti *qada* antara lain menyelesaikan, menunaikan, dan memutuskan hukum atau membuat suatu ketetapan.

⁴⁴Hendra Gunawan, "Sistem Peradilan Islam", *Jurnal El-Qanuny*, Vol. 5, Januari – Juni 2019 h.91.

Makna yang terakhir inilah yang digunakan dalam konteks ini. Sedangkan dari segi istilah ahli *fiqih*, *qada* berarti lembaga hukum dan perkataan yang harus dituruti yang diucapkan oleh seseorang yang mempunyai wilayah umum atau menerangkan hukum agama atas dasar mengharuskan orang mengikutinya.⁴⁵

Menurut Muhammad Salam Madkur, *qada* disebut hakim karena dia melarang pelaku dari perbuatan tidak adil karena adanya berbagai pengertian dari kata *qadâ`* itu, maka ia bisa digunakan dalam arti memutuskan perselisihan oleh hakim. Orang yang melakukannya disebut *qadhi*. Menurut para ahli *fiqih*, terminologi syariat dari kata *qada* adalah memutuskan perselisihan dan menghindarkan perbedaan serta konflik-konflik. Dengan definisi tersebut di atas dapat dikatakan bahwa tugas *qada* (lembaga peradilan) adalah menampakkan hukum agama, bukan menetapkan suatu hukum, karena hukum telah ada dalam hal yang

⁴⁵ Saiful Aziz, "Posisi Lembaga Peradilan Dalam Sistem Pengembangan Hukum Islam", (Tesis, Universitas Wahid Hasyim, Semarang, 2016), h.47.

dihadapi oleh hakim. Hakim hanya menerapkannya ke alam nyata, bukan menetapkan sesuatu yang belum ada.⁴⁶

Jabatan hakim merupakan kedudukan yang berada dibawah *khalifah*.Yaitu suatu lembaga yang tersedia untuk tujuan menyelesaikan gugatan serta memutuskan perselisihan dan pertikaian. Oleh karena itulah, jabatan hakim pada hakikatnya merupakan bagian dari tugas kekhalfahan tetapi, untuk meringankan tugasnya yang sangat banyak, maka seorang *khalifah* boleh atau berwenang mengangkat seorang qadhi yang secara khusus menangani tugas peradilan. karena itulah, jabatan *qadhi* berada langsung di bawah *khalifah* Sedangkan tugas dan wewenang *al-qadha* adalah:

- a. Menyelesaikan persengketaan baik secara damai maupun secara paksa

⁴⁶Saiful Aziz, “Posisi Lembaga Peradilan Dalam Sistem Pengembangan Hukum Islam”, (Tesis, Universitas Wahid Hasyim, Semarang, 2016), h.45.

- b. Membebaskan orang-orang yang tidak bersalah dari sanksi dan hukuman, memberatkan sanksi kepada orang yang bersalah baik dengan pengakuan maupun sumpah
- c. Menetapkan penguasaan harta benda orang-orang yang tidak bisa menguasai diri sendiri karena gila, anak-anak atau idiot
- d. Mengawasi waktu dengan memelihara prinsip-prinsipnya dan mengembangkan cabang-cabangnya
- e. Menikahkan janda dengan orang yang sederajat jika tidak ada wali dan menghendaki menikah
- f. Melaksanakan hukuman bagi para terhukum
- g. Mengawasi pegawai demi kemaslahatan mereka
- h. Meneliti para sanksi dan sekretarisnya serta menentukan penggantinya
- i. Menegakkan persamaan di depan hukum antara yang kuat dan lemah, bangsawan maupun rakyat biasa.⁴⁷

⁴⁷ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyash...*, h.183.