

BAB II

KAJIAN TEORI

A. 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

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

¹² Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Edisi Revisi, (Jakarta: Rajawali Press, Cet. VII, 2011), hlm. 2.

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

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, 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

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

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

Dasar lah yang primer sementara hak hak dasar diturunkan dari Undang-Undang Dasar.¹⁶

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.

a. 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 pasti karena mengatur secara pasti dan Logis.¹⁹ Kepastian Hukum sebagai salah satu tujuan hukum dan dapat dikatakan upaya

¹⁶ CST Kansil, Christine ST Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum Indonesia*, (Jakarta: Nineka Cipta, 2018), hlm. 322.

¹⁷ Nurul Qamar, *Hak Asasi Manusia Dalam Negara Hukum Demokrasi*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), hlm. 31.

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

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

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 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. Teori Perundang- Undangan

²⁰ Cst Kansil, *Kamus istilah Hukum*, (Jakarta: Gramedia Pustaka, 2009), hlm. 270.

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, salah satu cirinya adalah adanya pemisahan kekuasaan antara pembentuk Undang-Undang, pelaksana Undang-Undang, dan penegak Undang-Undang seperti yang digagas oleh Montesquieu.²¹

Istilah Perundang-Undangan dan Peraturan Perundang-Undangan berasal dari kata Undang-Undang, yang merujuk kepada jenis atau bentuk peraturan yang dibuat oleh Negara. Dalam literature Belanda di kenal istilah *wet* yang mempunyai dua macam arti yaitu *wet in formele zin* dan *wet in materiele zin* yaitu pengertian Undang-Undang yang didasarkan kepada isi atau substansinya. Pemakaian istilah Perundangan asal katanya adalah Undang dengan dibubuhi awalan *per* dan akhiran *an*. Kata Undangan bernotasi lain dari kata Undang-Undang. Yang dimaksud dalam konteks penggunaan istilah ini adalah yang

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

berkaitan dengan Undang-Undang bukan kata Undang yang mempunyai konotasi lain.²²

Dalam membentuk peraturan Perundang-Undangan, ada beberapa teori yang perlu dipahami oleh perancang yakni teori jenjang norma. Hans Nawiasky, salah satu murid Hans Kelsen, mengembangkan teori gurunya tentang teori jenjang norma dalam kaitannya dengan suatu negara. Hans Nawiasky dalam bukunya "Allgemeine Rechtslehre" mengemukakan bahwa sesuai dengan teori Hans Kelsen, suatu norma hukum negara selalu berlapis-lapis dan berjenjang yakni norma yang di bawah berlaku, berdasar, dan bersumber pada norma yang lebih tinggi dan begitu seterusnya sampai pada suatu norma yang tertinggi yang disebut norma dasar. Dari teori tersebut, Hans Nawiasky menambahkan bahwa selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang, norma hukum juga berkelompok-kelompok. Nawiasky mengelompokkan menjadi 4 kelompok besar yakni :²³

1. Staatsfundamentalnorm (norma fundamental negara)
2. Staatsgrundgezets (aturan dasar negara)
3. Formell Gezetz (undang-undang formal)
4. Verordnung dan Autonome Satzung (aturan pelaksana dan aturan otonom).

²² Ni'matul Huda, R. Nazriyah, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-Undangan*, (Bandung: Nusa Media, 2011), hlm. 4.

²³ Michael Frans Berry, "PEMBENTUKAN TEORI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN", (*Muhammadiyah Law Review*, Vol. 2, No. 2, Juli 2018), hlm. 89.

Staats fundamental norm (Norma Fundamental Negara). Staats fundamental norm adalah norma tertinggi dalam suatu negara. Oleh karena itu, norma ini tidak dibentuk oleh norma yang lebih tinggi lagi. Norma tertinggi ini bersifat pre-supposed atau tidak dapat lagi ditelusuri lebih lanjut dasar berlakunya dan merupakan norma yang menjadi dasar bagi norma-norma yang ada di bawahnya Menurut Hans Nawiasky, staats fundamental norm merupakan prasyarat bagi adanya konstitusi atau Undang-Undang Dasar, karena isi staats fundamental norma adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar tersebut.²⁴

Kelompok II adalah Staats grund gesetz (Aturan Dasar Negara/ Aturan Pokok Negara). Norma yang termasuk dalam kelompok ini adalah kelompok norma yang berada langsung di bawah staatsfundamentalnorm. Norma-norma dari kelompok staatsgrundgesetz ini merupakan aturan-aturan yang masih bersifat pokok dan merupakan aturan-aturan umum yang masih bersifat garis besar, sehingga merupakan norma hukum tunggal. Norma-norma inilah yang nantinya dapat dituangkan dalam suatu dokumen negara yang disebut *staatsverfassung*, atau dapat juga dituangkan dalam beberapa dokumen negara yang tersebar-sebar yang disebut dengan istilah *staatsgrundgesetz*. *Staatsgrundgesetz* meliputi hal-hal

²⁴ Agus Rasyid Candra Wijaya, "PENGUJIAN NORMA HUKUM KETETAPAN MPR NO. XI/MPR/1998 DALAM HIERARKI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN", (Legality, Vol. 24, No. 1, 2016), hlm. 3.

mengenai pembagian kekuasaan negara di puncak pemerintahan, dan selain itu mengatur juga hubungan antar lembaga- lembaga Negara, serta mengatur hubungan antara negara dengan warga negaranya.²⁵

Kelompok III adalah Formell Gesetz (Undang-Undang “formal”). Norma-norma hukum didalam kelompok formell gesetz adalah kelompok norma-norma hukum yang berada di bawah *staatsgrundgesetz*. Dikatakan formell gesetz (secara harfiah: Undang-Undang “formal”) dikarenakan pembentukan norma ini yang menekankan aspek formal terbentuknya Undang-Undang. Yaitu dibentuk oleh lembaga legislatif. Kekuasaan legislatif di Indonesia dilakukan oleh DPR (Dewan Perwakilan Rakyat) bersama Presiden. Setiap produk hukum yang dibentuk oleh dua lembaga yang mempunyai kekuasaan legislatif tersebut dalam Undang-Undang Dasar 1945 dinamakan Undang-Undang. Selain Undang-Undang “formal” sebagaimana diuraikan diatas, juga dijumpai Undang-Undang “material”. Di Indonesia, memang tidak Lazim membedakan peristilahan antara Undang-Undang “formal” dan Undang-Undang “material”, disamping perbedaan tersebut akan dapat menimbulkan kesalah pahaman. Oleh karena itu, lebih

²⁵ Agus Rasyid Candra Wijaya, “PENGUJIAN NORMA HUKUM KETETAPAN MPR NO. XI/MPR/1998 DALAM HIERARKI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN”,(Legality, Vol. 24, No. 1, 2016), hlm. 3.

baik digunakan istilah “Undang-Undang” saja tanpa penambahan atribut “formal”.²⁶

Kelompok IV adalah Verordnung & Autonome Satzung (Aturan Pelaksana & Aturan Otonom). Peraturan-peraturan ini berhierarki dibawah Undang-Undang. Perbedaannya adalah peraturan pelaksanaan bersumber dari kewenangan delegasi, sedangkan peraturan otonom bersumber dari kewenangan atribusi.

Di dalam teori Perundang-Undangan memuat asas-asas pembentukan peraturan Perundang-Undangan yang baik, diantaranya :

“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

²⁶ Agus Rasyid Candra Wijaya, “PENGUJIAN NORMA HUKUM KETETAPAN MPR NO. XI/MPR/1998 DALAM HIERARKI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN”,(Legality, Vol. 24, No. 1, 2016), hlm. 4.

masyarakat bahwa suatu peraturan dapat mencapai hasil yang telah dirumuskan. Asas konsensus, secara sederhana asas ini berkaitan dengan kesepakatan masyarakat.²⁷

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, 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.²⁸

1. Hirarki Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan

Adapun hirarki Perundang-Undang di Indonesia yang tercantum dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang sebagai berikut:

²⁷ Backy Krisnayudha, *Pancasila dan Undang-undang*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016), hlm. 185-195.

²⁸ Yuliandri, *Asas-asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang Baik: Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan*, (Jakarta: Rajawali Pers, Cet. II, 2010), hlm. 137-151.

- 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

C. Konsepsi Diskresi

Diskresi merupakan kebijakan yang dilakukan penegak hukum dalam menjalankan kewenangan yang diberikan hukum kepadanya. Secara bahasa, diskresi berasal dari bangsa Inggris, yakni *discretion*, yang berarti kebijaksanaan, keleluasaan.

Lebih lanjut, pengertian diskresi adalah penggunaan wewenang yang tidak selalu sesuai dengan undang-undang yang mengatur kewenangan tersebut. Diskresi dapat diartikan sebagai pelaksanaan wewenang yang lebih mengutamakan moral daripada hukum. Pada prinsipnya, kewenangan diskresi dimiliki oleh semua unsur yang terlibat dalam penegakan hukum, seperti kepolisian, kejaksaan, kehakiman dan lembaga penegak hukum lain. Penggunaan diskresi dalam penegakan hukum dapat dibenarkan selama tidak bertentangan dengan keadilan masyarakat.

Penggunaan diskresi dalam penegakan hukum sebenarnya bukanlah persoalan yang sederhana. Konflik kepentingan rentan terjadi antara sesama unsur penegak hukum atau antara penegak hukum dan masyarakat. Konflik yang terjadi dapat menimbulkan masalah ketidak pastian hukum atau ketidakadilan. Oleh karena itu, penggunaan diskresi harus didukung dengan kemampuan intelektual dan profesionalisme aparat penegak hukum.²⁹

Umumnya, diskresi diterapkan pada kasus-kasus ringan, seperti pelanggaran, kejahatan ringan yang pelakunya anak dibawah umur atau jika masyarakat hendak menggunakan tata cara adat untuk menghukum kesalahan pelaku.

Beberapa contoh diskresi dalam penegakan hukum, yaitu:

- a) Tindakan pengecualian oleh polisi dalam menciptakan kelancaran lalu lintas, seperti mengubah sistem lalu lintas, mengatur arus kendaraan, maupun mengalihkan arus.
- b) Penyelesaian kasus perkelahian remaja melalui mediasi dan tidak dilanjutkan ke persidangan.
- c) Tindakan mengesampingkan perkara (deponeering) oleh Jaksa Agung HM Prasetyo terhadap perkara mantan ketua dan wakil ketua Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) Abraham Samad dan Bambang Widjojanto, demi

²⁹ Husin, Kadri dan Budi Rizki Husin, *Sistem Peradilan di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2016), hlm. 34.

kepentingan umum, yakni pemberantasan korupsi di Indonesia.

- d) Diskresi hakim dalam memutuskan perkara dispensasi nikah bagi anak dibawah umur.

Adapun menurut S. Prajudi Atmosudirdjo mendefinisika diskresi, *discretion* (Inggris), *discretionair* (Prancis), *freies ermessen* (Jerman) sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri.³⁰

Laica Marzuki, berpendapat bahwa *freies ermessen* atau diskresi adalah kebebasan yang diberikan kepada tata usaha negara dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan, sejalan dengan meningkatnya tuntutan pelayanan publik yang harus diberikan tata usaha negara terhadap kehidupan sosial ekonomi masyarakat yang kian kompleks.³¹

Menurut Philipus M. Hadjon, kebebasan bertindak (*freies ermessen*) atau diskresi adalah kebebasan untuk menerapkan peraturan dalam situasi konkret, kebebasan untuk mengukur situasi konkret tersebut dan kebebasan untuk bertindak

³⁰ Kurniawaty Yuniar, *Penggunaan Diskresi dalam Pembentukan Produk Hukum*, (Jurnal Legislasi Indonesia, Vol. 13 No. 01, 2016), hlm.55.

³¹ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Edisi Revisi, (Jakarta: Rajawali Press, Cet. VII, 2011), hlm. 171.

meskipun tidak ada atau belum ada pengaturan secara tegas (sifat aktifnya pemerintah).³²

Secara yuridis, arti diskresi adalah keputusan atau tindakan yang ditetapkan dan dilakukan oleh pejabat pemerintah untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan Perundang-Undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas dan adanya stagnasi pemerintahan.³³

a. Pejabat Pemerintah Yang Berwenang Menggunakan Diskresi

Secara teoritis, pemerintah dapat diartikan dalam arti luas dan dalam arti sempit. Dalam arti luas, mencakup semua alat kelengkapan negara yang pada pokoknya terdiri dari cabang-cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudisial, atau kelengkapan negara yang bertindak untuk dan atas nama negara. Sedangkan pemerintah dalam arti sempit adalah cabang

³² Ridwan, *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2014), hlm.128.

³³ Peraturan Pemerintahan Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja (Perppu Cipta Kerja) Pasal 175 angka (1) yang mengubah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU Administrasi Pemerintahan) Pasal 1 angka (9)

kekuasaan eksekutif, baik di tingkat pusat maupun daerah.³⁴

Pemerintah dalam arti sempit ini disebut sebagai administrasi, yang memiliki dua pengertian, yaitu administrasi dalam arti fungsional dan dalam arti institusional. Administrasi dalam arti fungsional adalah penyelenggaraan semua tugas-tugas kenegaraan selain bidang pembuatan Undang-Undang dan peradilan. Sementara administrasi dalam arti institusional adalah kumpulan jabatan pemerintahan.³⁵ Contoh pejabat pemerintahan adalah Presiden/Wakil Presiden, Gubernur dan perangkatnya, Bupati/Wali kota dan perangkatnya.

Secara yuridis, Undang-Undang Administrasi Pemerintahan mendefenisikan badan atau pejabat pemerintahan adalah unsur yang melaksanakan fungsi pemerintah, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya.³⁶

Dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan pejabat pemerintahan tersebut termasuk

³⁴ Ridwan, *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2014), hlm. 91.

³⁵ Ridwan, *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2014), hlm. 93.

³⁶ Perppu Cipta Kerja Pasal 175 angka 1 yang mengubah UU Administrasi Pemerintahan Pasal 1 angka 3

yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan dalam lingkup lembaga eksekutif, yudikatif, legislatif dan pejabat pemerintahan lain yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan yang disebutkan dalam Undang-Undang Dasar 1945 atau Undang-Undang.³⁷

Adapun yang dimaksud dengan fungsi pemerintahan adalah fungsi dalam melaksanakan administrasi pemerintahan yang meliputi fungsi pengaturan, pelayanan, pembangunan, pemberdayaan, dan perlindungan.³⁸ Administrasi pemerintahan sendiri adalah tata laksana dalam pengambilan keputusan dan tindakan oleh badan atau pejabat pemerintahan.³⁹ Pejabat pemerintahan dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan adalah badan dalam lingkup eksekutif, yudikatif dan legislatif yang menyelenggarakan urusan pemerintahan, di luar wewenang pembuatan Undang-Undang dan peradilan. Misalnya, dalam lingkup lembaga yudikatif, fungsi pemerintahan berkaitan dengan kebijakan kepegawaian, bukan berkenaan dengan wewenang hakim dalam memberikan putusan.

³⁷ UU Administrasi Pemerintahan Pasal 4 ayat (1)

³⁸ Perppu Cipta Kerja Pasal 175 angka 1 yang mengubah UU Administrasi Pemerintahan Pasal 1 angka 2

³⁹ Perppu Cipta Kerja Pasal 175 angka 1 yang mengubah Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Pasal 1 angka 1

b. Ruang Lingkup Diskresi

Diskresi pejabat pemerintahan meliputi pengambilan keputusan atau tindakan pemerintahan karena kondisi tertentu, yaitu:⁴⁰

- 1) Ketentuan peraturan perundang-undangan memberikan suatu pilihan keputusan atau tindakan. Biasanya dicirikan dengan kata dapat, boleh, atau diberikan kewenangan, berhak, seharusnya, diharapkan, dan kata-kata lain yang sejenis.
- 2) Peraturan perundang-undangan tidak mengatur, yaitu ketiadaan atau kekosongan hukum yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dalam suatu kondisi tertentu atau di luar kelaziman.
- 3) Peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas, yakni apabila dalam peraturan perundang-undangan masih membutuhkan penjelasan lebih lanjut, peraturan yang tumpang tindih (tidak harmonis dan tidak sinkron) dan peraturan yang membutuhkan peraturan pelaksanaan, tetapi belum dibuat.
- 4) Adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas, adalah kepentingan yang menyangkut hajat hidup orang banyak,

⁴⁰ Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dan penjelasannya
Pasal 23

penyelamatan kemanusiaan dan keutuhan negara, antara lain bencana alam, wabah penyakit, konflik sosial, kerusuhan, pertahanan dan kesatuan bangsa.

c. Tujuan Diskresi

Setiap penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan tentu memiliki tujuan tersendiri. Tujuan diskresi tersebut adalah:⁴¹

- 1) Melancarkan penyelenggaraan pemerintahan
- 2) Mengisi kekosongan hukum
- 3) Memberikan kepastian hukum
- 4) Mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum. Adapun yang dimaksud dengan stagnasi pemerintahan adalah tidak dapat dilaksanakannya aktivitas pemerintahan sebagai akibat kebuntuan atau disfungsi dalam penyelenggaraan pemerintahan, contohnya seperti keadaan bencana alam atau gejolak politik.

d. Syarat Diskresi

Adapun syarat yang harus dipenuhi pejabat pemerintahan dalam menggunakan diskresi adalah:⁴²

- 1) Sesuai dengan tujuan diskresi

⁴¹ Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Pasal 22 ayat (2)

⁴² Perppu Cipta Kerja Pasal 175 angka 2 yang mengubah Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Pasal 24

- 2) Sesuai dengan [Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik](#) (AUPB)
- 3) Berdasarkan alasan-alasan yang objektif, yaitu alasan-alasan yang diambil berdasarkan fakta dan kondisi faktual, tidak memihak, dan rasional berdasarkan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB)
- 4) Tidak menimbulkan konflik kepentingan
- 5) Dilakukan dengan iktikad baik, yaitu keputusan atau tindakan yang ditetapkan dan dilakukan didasarkan atas motif kejujuran dan berdasarkan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB).

Kemudian, ada ketentuan atau syarat tambahan yang wajib dipenuhi dalam penggunaan diskresi, yakni terkait dengan persetujuan, pelaporan, atau pemberitahuan kepada atasan pejabat. Atasan pejabat yang dimaksud adalah atasan langsung pejabat yang berwenang menetapkan atau melakukan keputusan dan tindakan. Contoh: bagi bupati/wali kota, atasan langsungnya adalah gubernur.⁴³ Penggunaan diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran wajib memperoleh persetujuan dari atasan pejabat sesuai dengan ketentuan Perundang-Undangan. Persetujuan tersebut

⁴³ Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Pasal 25 ayat (1)

dilakukan apabila penggunaan diskresi menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara.⁴⁴

Jika diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak atau terjadi bencana alam wajib memberitahukan atasan pejabat sebelum penggunaan diskresi dan melaporkan kepada atasan pejabat setelah penggunaan diskresi.⁴⁵ Pemberitahuan sebelum penggunaan diskresi kepada atasan pejabat tersebut dilakukan jika penggunaan diskresi untuk mengatasi stagnasi pemerintahan berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat. Sementara pelaporan setelah penggunaan diskresi dilakukan jika penggunaan diskresi untuk mengatasi stagnasi pemerintahan dilakukan dalam keadaan darurat, keadaan mendesak atau terjadi bencana alam.⁴⁶

Diskresi pada awalnya muncul di Belanda. Pada awal kemunculannya sempat menimbulkan kekhawatiran bahwa akibat dari diskresi tersebut akan menimbulkan kerugian bagi masyarakat. Oleh karena itu untuk meningkatkan perlindungan hukum bagi warga masyarakat, tahun 1950 Panitia de Monchy di Netherland membuat laporan tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik atau *algemene beginselen van behoorlijk bestuur*. Pada mulanya timbul keberatan dari pejabat-pejabat dan pegawai-pegawai pemerintah di Netherland karena

⁴⁴ Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Pasal 25 ayat (1) dan (2)

⁴⁵ Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Pasal 25 ayat (3)

⁴⁶ Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Pasal 25 ayat (4) dan (5)

ada kekhawatiran bahwa Hakim atau Pengadilan Administrasi kelak akan mempergunakan istilah itu untuk memberikan penilaian terhadap kebijaksanaan-kebijaksanaan yang diambil pemerintah. Namun, keberatan demikian sekarang ini telah lenyap ditelan masa karena telah hilang relevansinya.⁴⁷

Dalam konsepsi negara hukum modern, diskresi, discretion (Inggris), discretionair (Perancis), freies ermessen (Jerman) mutlak dibutuhkan oleh pemerintah dan kepadanya melekat wewenang itu (inherent aan het bestuur), sejalan dengan meningkatnya tuntutan pelayanan publik yang harus diberikan pemerintah terhadap kehidupan sosial ekonomi para warga yang kian kompleks. Diskresi sendiri diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang, atau tindakan yang dilakukan dengan mengutamakan pencapaian tujuan (doelmatigheid) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (rechtmatigheid).⁴⁸

Pengertian diskresi menurut Kamus Hukum, diskresi berarti kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri.⁴⁹ Sedangkan

⁴⁷ SF Marbun, et. All., *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: UII Press, 2001), hlm. 105.

⁴⁸ Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm. 80- 81.

⁴⁹ JCT Simorangkir, et. all., *Kamus Hukum*, (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika, 2008), hlm. 38.

menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi mengartikan diskresi sebagai keputusan atau tindakan yang ditetapkan atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, atau adanya stagnasi pemerintahan.⁵⁰ Ada beberapa pakar hukum yang memberikan definisi diskresi diantaranya S. Prajudi Atmosudirjo yang mendefinisikan diskresi sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang menurut pendapat sendiri.⁵¹ Selanjutnya dijelaskannya bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan Undang-Undang. Akan tetapi tidak mungkin bagi Undang-Undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu, perlu adanya kebebasan atau diskresi dari administrasi negara.

Sedangkan Sjachran Basah mengatakan bahwa *freies ermessen* adalah kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri, akan tetapi dalam pelaksanaannya haruslah tindakan-

⁵⁰ Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Pasal 1 ayat (9)

⁵¹ S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994), hlm. 82.

tindakan administrasi negara itu sesuai dengan hukum, sebagaimana telah ditetapkan dalam negara hukum berdasarkan Pancasila.⁵² Sedangkan Diana Halim Koentjoro mengartikan *freies ermessen* sebagai kemerdekaan bertindak administrasi negara atau pemerintah (eksekutif) untuk menyelesaikan masalah yang timbul dalam keadaan kegentingan yang memaksa, dimana peraturan penyelesaian untuk masalah itu belum ada.⁵³

Freies ermessen ini digunakan terutama karena pertama, kondisi darurat yang tidak memungkinkan untuk menerapkan ketentuan tertulis kedua, tidak ada atau belum ada peraturan yang mengaturnya ketiga, sudah ada peraturannya namun redaksinya samar atau multitafsir. Kebebasan diskresi tersebut adalah kebebasan administrasi yang mencakup kebebasan administrasi (*interpretatievrijheid*), kebebasan mempertimbangkan (*beoordelingsvrijheid*), dan kebebasan mengambil kebijakan (*beleidsvrijheid*). Kebebasan interpretasi mengimplikasikan kebebasan yang dimiliki organ pemerintah untuk menginterpretasikan suatu Undang-Undang. Kebebasan mempertimbangkan muncul ketika Undang-Undang menampilkan dua pilihan (*alternatif*) kewenangan terhadap persyaratan tertentu yang pelaksanaannya dapat dipilih oleh organ pemerintahan. Sedangkan kebebasan mengambil

⁵² Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolok Ukur Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1997), hlm.3.

⁵³ Diana Halim Koentjoro, *Hukum Administrasi Negara*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2004), hlm 4.

kebijakan lahir ketika pembuat Undang-Undang memberikan kewenangan kepada organ pemerintahan dalam melaksanakan kekuasaannya untuk melakukan inventarisasi dan mempertimbangkan berbagai kepentingan.⁵⁴

Kebebasan mempertimbangkan ini ada yang bersifat subjektif dan bersifat objektif. Kebebasan mempertimbangkan yang bersifat subjektif (*subjectieve beordelingsruimte*), yaitu kebebasan untuk menentukan sendiri dengan cara bagaimana dan kapan wewenang yang dimiliki itu dilaksanakan. Sedangkan kebebasan mempertimbangkan yang bersifat objektif (*objectieve beordelingsruimte*) yaitu kebebasan menafsirkan mengenai ruang lingkup wewenang yang dirumuskan dalam peraturan dasar wewenangnya. Ketika kebebasan pemerintah atau *freies ermessen* ini dituangkan dalam bentuk tertulis, ia akan menjadi peraturan kebijakan.

Konsekuensi logis dari adanya kewenangan *freies ermessen* ini, pemerintah diberi kewenangan *droit function*, yaitu kekuasaan untuk menafsirkan terhadap suatu peraturan Perundang-Undangan, namun bukan berarti pemerintah boleh berbuat sewenang-wenang. Pemerintah dilarang melakukan tindakan-tindakan yang bersifat *detournement de pouvoir* (melakukan sesuatu diluar tujuan kewenangan yang diberikan) atau *onrechtmatige overheidsdaad* (perbuatan melawan hukum oleh penguasa). Sebab setiap perbuatan pemerintah yang

⁵⁴ Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, (Yogyakarta: UII Press, 2001), hlm. 81- 82.

merugikan warganya karena *detournement de pouvoir* atau *onrechtmatige overheidsdaad* dapat dituntut baik melalui peradilan administrasi negara maupun melalui peradilan umum.⁵⁵

Berdasarkan doktrin-doktrin hukum tersebut diatas, maka dapat disimpulkan bahwa pada hakekatnya diskresi merupakan kebebasan bertindak atau kebebasan mengambil keputusan dari badan atau pejabat administrasi pemerintahan menurut pendapatnya sendiri sebagai pelengkap dari asas legalitas manakala hukum yang berlaku tidak mampu menyelesaikan permasalahan tertentu yang muncul secara tiba-tiba, bisa karena peraturannya memang tidak ada atau karena peraturan yang ada yang mengatur tentang sesuatu hal tidak jelas.

D. Kepolisian

1. Pengertian Kepolisian

Polisi adalah sebuah lembaga negara yang beroperasi di bawah otoritas nasional dan didalam kedaulatan nasional.⁵⁶ Kepolisian merupakan salah satu pilar pertahanan Negara, yang khusus menangani ketertiban dan keamanan masyarakat. Sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD RI 1945) keamanan dalam negeri dirumuskan sebagai format tujuan Kepolisian

⁵⁵ SF. Marbun, Moh Mahfud MD, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 2006), hlm. 47.

⁵⁶ Anneke Osse, *Memahami Pemolisian*, (Jakarta Selatan: Rinam Antartika CV. Graha Buana Blok D3, 2007), hlm. 4.

Negara Republik Indonesia dan secara konsisten dinyatakan dalam perincian tugas pokok, yaitu memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta melindungi, mengayomi, dan melayani masyarakat.⁵⁷

Dalam buku "*polizeirecht*" yang diterjemahkan Momo Kelana, bahwa istilah polisi mempunyai dua arti yaitu:

- 1) Polisi dalam arti formal adalah mencakup penjelasan tentang organisasi dan kedudukan suatu instansi kepolisian
- 2) Polisi dalam arti materil adalah memberikan jawaban terhadap persoalan-persoalan tugas dan wewenang dalam rangka menghadapi bahaya atau gangguan keamanan dan ketertiban baik dalam rangka kewenangan kepolisian umum melalui ketentuan-ketentuan yang diatur dalam peraturan atau Undang-Undang.⁵⁸

Sedangkan Polisi merupakan aparat negara yang mempunyai tugas utama menjaga keamanan dan ketertiban masyarakat. Di Indonesia, keberadaan kepolisian secara konstitusi diatur dalam pasal 30 ayat 4 Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945). Di sana dinyatakan: "Kepolisian Negara Republik Indonesia sebagai alat negara yang menjaga keamanan dan

⁵⁷ Supriadi, *Etika Dan Tanggung Jawab Profesi Hukum Di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hlm. 133.

⁵⁸ Yoyok Ucock Suyono, *Hukum Kepolisian* (Yogyakarta: Lasbag Grafika, 2013), hlm. 1-2.

ketertiban masyarakat bertugas melindungi, mengayomi, melayani masyarakat serta menegakkan hukum”.⁵⁹

Pengertian kepolisian berdasarkan Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2022 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia menyatakan bahwa: “Kepolisian adalah segala hal-ilwah yang berkaitan dengan fungsi dan lembaga polisi sesuai dengan peraturan perundang-undangan”.

2. Tugas dan Wewenang Kepolisian Negara Republik Indonesia

a) Tugas Kepolisian Negara Republik Indonesia

Tugas kepolisian dapat dibagi dalam 2 golongan, yaitu tugas represif dan tugas preventif. Tugas represif ini adalah mirip dengan tugas kekuasaan executive, yaitu menjalankan peraturan atau perintah dari yang berkuasa apabila terjadi peristiwa pelanggaran hukum. Sedangkan tugas preventif dari kepolisian ialah menjaga dan mengawasi agar peraturan hukum tidak dilanggar oleh siapapun.

Tugas utama dari kepolisian adalah memelihara keamanan di dalam negeri. Dengan ini nampak perbedaan dari tugas tentara yang terutama menjaga pertahanan Negara yang pada hakikatnya menunjuk pada kemungkinan ada serangan dari luar negeri.

⁵⁹ Undang-Undang Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 30 ayat (4)

Dalam Pasal 13 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, menjelaskan bahwa:

- a) Memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat
- b) Menegakkan hukum
- c) Memberikan perlindungan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat

Selain tugas-tugas pokok sebagaimana diatur dalam Pasal 13 diatas, polisi juga mempunyai tugas-tugas pendukung seperti yang diatur dalam Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia menjelaskan bahwa:

- (1) Dalam melaksanakan tugas pokok sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13, Kepolisian Negara Republik Indonesia bertugas:
 - a. Melaksanakan pengaturan, penjagaan, pengawalan dan patroli terhadap kegiatan masyarakat dan pemerintah sesuai kebutuhan
 - b. Menyelenggarakan segala kegiatan dan menjamin keamanan, ketertiban dan kelancaran lalu lintas di jalan
 - c. Membina masyarakat untuk meningkatkan partisipasi masyarakat, kesadaran hukum masyarakat serta ketaatan warga masyarakat

terhadap hukum dan peraturan perundang-undangan.

b) Wewenang Kepolisian Negara Republik Indonesia

Disamping memiliki tugas-tugas, Kepolisian Negara Republik Indonesia juga memiliki wewenang secara umum sebagaimana diatur dalam Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, menjelaskan bahwa:

- (1) Dalam rangka menyelenggarakan tugas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 dan 14 Kepolisian Negara Republik Indonesia secara umum berwenang:
 - a. Menerima laporan atau pengaduan
 - b. Membantu menyelesaikan perselisihan warga masyarakat yang dapat mengganggu ketertiban umum
 - c. Mencegah dan menanggulangi timbulnya penyakit masyarakat
 - d. Mengawasi aliran yang dapat menimbulkan perpecahan dan mengancam persatuan dan kesatuan bangsa
 - e. Mengeluarkan peraturan kepolisian dalam lingkup kewenangan administratif kepolisian

- f. Melaksanakan pemeriksaan khusus sebagai bagian dari tindakan kepolisian dalam rangka pencegahan
- g. Melakukan tindakan pertama di tempat kejadian
- h. Mengambil sidik jari dan identitas lainnya serta memotret seseorang
- i. Mencari keterangan dan alat bukti
- j. Menyelenggarakan pusat informasi kriminal Nasional
- k. Mengeluarkan surat izin atau surat keterangan yang diperlukan dalam rangka pelayanan masyarakat
- l. Pemberian bantuan pengamanan dalam sidang dan pelaksanaan putusan pengadilan, kegiatan instansi lain, serta kegiatan masyarakat
- m. Menerima dan menyimpan barang temuan untuk sementara waktu.

Kepolisian dalam menjalankan tugas dan wewenangnya harus berlandaskan pada etika moral dan hukum, bahkan menjadi komitmen dalam batin dan nurani bagi setiap insan polisi, sehingga penyelenggaraan fungsi, tugas dan wewenang kepolisian bisa bersih dan baik. Dengan demikian akan terwujud konsep *good police* sebagai prasyarat menuju *good governance*.

c) Fungsi Kepolisian Negara Republik Indonesia

Fungsi Kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat. Kepolisian Negara Republik Indonesia bertujuan untuk mewujudkan keamanan dalam negeri yang meliputi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib dan tegaknya hukum, terselenggaranya perlindungan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat, serta terbinanya ketentraman masyarakat dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia.⁶⁰

Dalam ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia menyatakan bahwa:

“fungsi Kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat”.

Pengemban fungsi kepolisian adalah kepolisian republik Indonesia yang dibantu oleh:

a) Kepolisian Khusus

⁶⁰ Abdi. M, *Bahan Ajar Sistem Peradilan Pidana*, (Fakultas Hukum Universitas Bengkulu, 2015), hlm. 14.

- b) Penyidik pegawai negeri sipil
- c) Bentuk-bentuk pengawanan swakarsa

Dalam menerapkan tugas dan perlindungan terhadap warga masyarakat, setiap anggota Polri (Kepolisian Negara Republik Indonesia) wajib memperhatikan:

a) Asas Legalitas

Setiap tindakan petugas atau anggota Polri (Kepolisian Negara Republik Indonesia) sesuai dengan prosedur dan hukum yang berlaku, baik di dalam perundang-undangan nasional ataupun internasional.

b) Asas Nesesitas

Setiap tindakan petugas atau anggota Polri (Kepolisian Negara Republik Indonesia) didasari oleh suatu kebutuhan untuk mencapai tujuan penegak hukum, yang mengharuskan anggota Polri (Kepolisian Negara Republik Indonesia) untuk melakukan suatu tindakan yang membatasi kebebasan seseorang ketika menghadapi kejadian yang tidak dapat dihindarkan.

c) Asas Proporsionalitas

Tindakan petugas atau anggota Polri (Kepolisian Negara Republik Indonesia) yang seimbang antara tindakan yang dilakukan dengan ancaman yang dihadapi dalam penegakan hukum.

d) Anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia

Anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia yang disebut anggota Polri adalah pegawai negeri pada Kepolisian Negara Republik Indonesia yang mempunyai kewenangan umum kepolisian.⁶¹

Pegawai Negeri pada Kepolisian Negara Republik Indonesia terdiri atas:

1. Anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia
2. Pegawai Negeri Sipil (berlaku ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang kepegawaian)

Untuk diangkat menjadi anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia seorang calon harus memenuhi syarat sekurang-kurangnya sebagai berikut:

1. Warga Negara Indonesia (WNI)
2. Beriman dan bertaqwa kepada Tuhan Yang Maha Esa
3. Setia kepada NKRI berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Republik Indonesia Tahun 1945
4. Berpendidikan paling rendah Sekolah Menengah Atas (SMA) atau yang sederajat
5. Berumur paling rendah 18 (delapan belas) tahun
6. Sehat jasmani dan rohani

⁶¹ Sustrisno, Yulianingsih Wiwin, *Etika Profesi Hukum*, (Surabaya: C.V. Andi Offset, 2016), hlm. 240.

7. Tidak pernah dipidana karena melakukan suatu kejahatan
8. Berwibawa, jujur, adil dan berkelakuan tidak tercela dan
9. Lulus pendidikan dan pelatihan pembentukan anggota kepolisian.⁶²

3. Diskresi Kepolisian

Diskresi Kepolisian pada dasarnya merupakan kewenangan Kepolisian yang bersumber pada asas Kewajiban umum Kepolisian (*Plichtmatigheids beginsel*) yaitu suatu asas yang memberikan kewenangan kepada pejabat kepolisian untuk bertindak atau tidak bertindak menurut penilaiannya sendiri, dalam rangka kewajiban umumnya menjaga, memelihara ketertiban dan menjamin keamanan umum.⁶³

Diskresi Kepolisian di Indonesia secara yuridis diatur pada Pasal 18 UU No 2 2002 yaitu "*Untuk kepentingannya umum, pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri*", hal tersebut mengandung maksud bahwa seorang anggota Polri yang melaksanakan tugasnya di tengah-tengah masyarakat seorang diri, harus mampu mengambil keputusan berdasarkan penilaiannya sendiri apabila terjadi gangguan terhadap ketertiban dan keamanan umum atau bila timbul

⁶² Kansil, *Pokok-Pokok Etika Profesi Hukum*, (Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2003), hlm. 146-147.

⁶³ Sadjijono, *Memahami Hukum Kepolisian*, (Yogyakarta: LaksBang, 2010), hlm. 86.

bahaya bagi ketertiban dan keamanan umum. Menurut Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 tahun 2014 “Diskresi adalah keputusan dan atau tindakan yang ditetapkan dan atau dilakukan oleh pejabat pemerintah untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan atau adanya stagnasi pemerintahan”.⁶⁴

Diskresi merupakan kewenangan polisi untuk mengambil keputusan atau memilih berbagai tindakan dalam menyelesaikan masalah pelanggaran hukum atau perkara pidana yang ditanganinya. Menurut Davis (1969) *“Police discretion is maybe defined as the capacity of police officers to select from among a number of legal and ilegal courses of action or inaction while performing their duties”* (Diskresi kepolisian dapat diartikan sebagai wewenang pejabat polisi untuk memilih bertindak atau tidak bertindak secara legal atau ilegal dalam menjalankan tugasnya). Walker (1992) menjelaskan bahwa *“discretion is free to make choice among possible courses of action or inaction*

E. Kementerian Dalam Negeri

Kementerian Dalam Negeri Republik Indonesia (Kemendagri RI) adalah kementerian dalam Pemerintah

⁶⁴ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014

Indonesia yang membidangi urusan dalam negeri. Kementerian Dalam Negeri berada di bawah dan bertanggung jawab kepada presiden. Kementerian Dalam Negeri dipimpin oleh seorang Menteri Dalam Negeri (Mendagri) yang sejak 23 Oktober 2019 dijabat oleh Tito Karnavian.

Kementerian Dalam Negeri merupakan salah satu dari tiga kementerian (bersama Kementerian Luar Negeri dan Kementerian Pertahanan) yang disebutkan secara eksplisit dalam UUD 1945. Kementerian Dalam Negeri tidak dapat diubah atau dibubarkan oleh presiden.

Menteri Dalam Negeri secara bersama-sama dengan Menteri Luar Negeri dan Menteri Pertahanan bertindak sebagai pelaksana tugas kepresidenan jika Presiden dan Wakil Presiden mangkat, berhenti, diberhentikan atau tidak dapat melakukan kewajibannya dalam masa jabatannya secara bersamaan.⁶⁵

a. Tugas dan Fungsi

Berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 114 Tahun 2021, Kementerian Dalam Negeri mempunyai tugas menyelenggarakan urusan di bidang pemerintahan dalam negeri untuk membantu Presiden dalam menyelenggarakan

⁶⁵ Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 8 ayat (3)

pemerintahan negara. Dalam melaksanakan tugas tersebut, Kementerian Dalam Negeri menyelenggarakan fungsi:⁶⁶

- 1) Perumusan, penetapan, dan pelaksanaan kebijakan di bidang politik dan pemerintahan umum, otonomi daerah, pembinaan administrasi kewilayahan, pembinaan pemerintahan desa, pembinaan urusan pemerintahan dan pembangunan daerah, pembinaan keuangan daerah, serta kependudukan dan pencatatan sipil, sesuai dengan ketentuan peraturan Perundang-Undangan
- 2) Koordinasi pelaksanaan tugas, pembinaan, dan pemberian dukungan administrasi kepada seluruh unsur organisasi di lingkungan Kementerian Dalam Negeri;
- 3) Pengelolaan barang milik atau kekayaan negara yang menjadi tanggung jawab Kementerian Dalam Negeri
- 4) Pengawasan atas pelaksanaan tugas di lingkungan Kementerian Dalam Negeri
- 5) Pelaksanaan bimbingan teknis dan supervisi atas pelaksanaan urusan Kementerian Dalam Negeri di daerah
- 6) Pengoordinasian, pembinaan dan pengawasan umum, fasilitasi, dan evaluasi atas penyelenggaraan

⁶⁶ Peraturan Presiden Nomor 114 Tahun 2021 tentang Kementerian Dalam Negeri

pemerintahan daerah sesuai dengan ketentuan peraturan Perundang-Undangan

- 7) Perumusan, penyusunan, dan pemberian rekomendasi strategi kebijakan di bidang penyelenggaraan pemerintahan dalam negeri
- 8) Pelaksanaan pengembangan sumber daya manusia di bidang pemerintahan dalam negeri
- 9) Pelaksanaan kegiatan teknis dari pusat sampai ke daerah
- 10) Pelaksanaan dukungan yang bersifat substantif kepada seluruh unsur organisasi di lingkungan Kementerian Dalam Negeri

F. Gubernur

a. Pengertian Gubernur

Gubernur adalah Kepala Daerah Untuk Wilayah Provinsi dan juga secara langsung dipilih oleh rakyat atau bisa juga disebut perpanjangan tangan pemerintah pusat yang berada di tingkat provinsi (ibu kota provinsi). Dalam rangka melaksanakan urusan pusat yang ada di daerah dilaksanakan oleh Kepala Pemerintahan Provinsi atau Kepala Daerah Provinsi yang disebut Gubernur sebagai wakil Pusat di Daerah dan instansi vertikal yang menangani urusan Pusat yang tidak diserahkan kepada Daerah.⁶⁷

Pasal 59 ayat 1 & 2 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah menjelaskan bahwa:

⁶⁷ Hadiwidjoyo, *Gubernur Kedudukan Peran Dan Kewenangannya*, (Salatiga: Graha Ilmu, 2011), hlm. 191.

- a) Setiap Daerah dipimpin oleh kepala pemerintah daerah yang disebut kepala daerah
 - b) Kepala Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) untuk Daerah Provinsi disebut gubernur untuk daerah Kabupaten disebut bupati, daerah Kota disebut walikota.⁶⁸
- b. Tugas Dan Wewenang Gubernur

Dalam kedudukan sebagai unsur pemerintah daerah yang melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan kepala daerah tugas dan wewenang:

Pasal 65 ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah menyebutkan Kepala Daerah mempunyai tugas:

- a) Memimpin pelaksana urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan kebijakan yang ditetapkan bersama DPRD (Dewan Perwakilan Rakyat Daerah)
- b) Memelihara ketentraman dan ketertiban masyarakat
- c) Menyusun dan mengajukan rancangan Perda tentang RPJPD dan rancangan Perda tentang RPJMD kepada DPRD (Dewan Perwakilan Rakyat Daerah) untuk dibahas bersama DPRD (Dewan Perwakilan Rakyat Daerah), serta menyusun dan menetapkan RKPD

⁶⁸ Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah Pasal 59 ayat (1) & (2)

- d) Menyusun dan mengajukan rancangan Perda tentang APBD, rancangan Perda tentang perubahan APBD dan rancangan Perda tentang pertanggung jawaban pelaksanaan APBD kepada DPRD (Dewan Perwakilan Rakyat Daerah) untuk dibahas bersama
- e) Mewakili daerahnya didalam dan diluar pengadilan dan dapat menunjuk kuasa hukum untuk mewakilinya sesuai dengan ketentuan peraturan Perundang-Undangan
- f) Mengusulkan pengangkatan wakil kepala daerah
- g) Melaksanakan tugas lain sesuai dengan ketentuan peraturan Perundang-Undangan.

Pasal 65 ayat (2) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah juga menyebutkan bahwa dalam melaksanakan tugas kepala daerah berwenang:

- a) Mengajukan rancangan Perda
- b) Menetapkan Perda yang telah mendapatkan persetujuan bersama DPRD (Dewan Perwakilan Rakyat Daerah)
- c) Menetapkan Perkara dan Keputusan Kepala Daerah
- d) Mengambil tindakan ketentuan dalam keadaan medesak yang sangat dibutuhkan oleh Daerah atau masyarakat
- e) Melaksanakan wewenang lain sesuai dengan ketentuan Perundang-Undangan.

c. Gubernur Sebagai Wakil Pemerintah Pusat

Kepala Daerah baik sebagai Kepala Daerah Otonomo maupun sebagai Kepala Wilayah tidak bertanggung jawab kepada Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) yang bersangkutan dalam arti Kepala Daerah tidak dapat dijatuhkan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) karena suatu mosi tidak percaya. Sistem ini sejalan dengan hubungan antara Presiden dengan DPR (Dewan Perwakilan Rakyat). Presiden tidak bertanggung jawab kepada DPR (Dewan Perwakilan Rakyat), dalam arti DPR (Dewan Perwakilan Rakyat) tidak dapat menjatuhkan Presiden karena suatu mosi tidak percaya. Kepala Daerah hanya memberikan keterangan pertanggung jawaban (bukan tanggung jawab) kepada DPRD (Dewan Perwakilan Rakyat Daerah). Karena Kepala Daerah secara hirarki bertanggung jawab Presiden (melalui menteri dalam negeri).⁶⁹ Penyelenggaraan Otonomi Daerah dalam rangka Desentralisasi merupakan suatu pekerjaan yang kompleks dan berkesinambungan. Pada tahap awal Desentralisasi, dilakukan transfer berbagai jenis kewenangan dari Pemerintah Pusat ke berbagai institusi terutama institusi pemerintah subnasional. Setelah transfer kewenangan

⁶⁹ Hadjon Philipus M, dkk, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, (Surabaya: Gadjah Mada University Press, 1994), hlm. 115.

kemudian akan diikuti dengan transfer pembiayaan, dokumen-dokumen serta sarana dan prasarana.⁷⁰

G. Teori Kewenangan Pemerintah

Berdasarkan kamus besar bahasa Indonesia, kata “kewenangan” merupakan kata yang berasal dari kata dasar “wewenang” yang berarti hak untuk bertindak. Dalam perspektif penyelenggaraan pemerintahan, wewenang merupakan hak seorang pejabat atau lembaga untuk mengambil tindakan yang diperlukan agar tugas serta tanggung jawabnya dapat dilaksanakan dengan baik. Dalam membicarakan bagaimana kedudukan wewenang pemerintahan terhadap penyelenggaraan pemerintahan tidak bisa dilepaskan kaitannya dengan penerapan *asas legalitas* dalam sebuah konsepsi negara hukum yang demokratis.⁷¹

Menurut Bagir Manan, wewenang dalam bahasa hukum tidak sama dengan kekuasaan (*match*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat.⁷² Dalam hukum, wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten plichten*). Dalam kaitan dengan otonomi daerah, hak mengandung pengertian untuk mengatur sendiri (*zelfregelen*) dan mengelola sendiri (*zelfbestuuren*).

⁷⁰ Wasistiono Sadu, *Kapita Selekta Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah*, (Jatinangor: Fokusmedia, 2002), hlm. 39.

⁷¹ Aminuddin Ilmar, *Hukum Tata Pemerintahan*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014), hlm. 93.

⁷² Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, (Depok: Rajawali Pers, 2018), hlm. 99.

Secara teoritik, kewenangan berumber dari peraturan perundang-undangan yang diperoleh melalui tiga cara yaitu *atribusi, delegasi, dan mandat*.

Mengenai *atribusi, delegasi, dan mandat* ini H.D. Van Wijk/Willem Konijnenbelt mendefinisikan sebagai berikut:⁷³

1. *Attributie: toekenning van een bestuursbevoegheid door een wetgever aan een bestuursorgaan*, (atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan).
2. *Delegatie: overdracht van een bevoegheid van het ene bestuursorgaan aan een ander*, (delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya).
3. *Mandaat: een bestuursorgaan laat zijn bevoegheid namens hemuitoefenen door een ander*, (mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas nama dirinya).

Didalam suatu negara permasalahan yang banyak dibahas adalah kekuasaan. Dalam pelaksanaan hukum persoalan kekuasaan merupakan hal yang sangat penting karena tanpa adanya kekuasaan/kewenangan maka hukum pun akan tidak dapat dilaksanakan. Kekuasaan merupakan representasi dari kedaulatan. Jadi, kekuasaan sebenarnya terkait dengan teori

⁷³ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, (Depok: Rajawali Pers, 2018), hlm. 102

kedaulatan walaupun tidak sama. Kekuasaan adalah kekuasaan, sedangkan kedaulatan adalah kekuasaan tertinggi.⁷⁴

Talcott Parsons berpendapat bahwa kekuasaan/kewenangan adalah kemampuan untuk menjamin terlaksananya kewajiban-kewajiban yang mengikat, oleh kesatuan-kesatuan dalam suatu sistem organisasi kolektif. Kewajiban adalah sah jika menyangkut tujuan-tujuan kolektif.⁷⁵

Kewenangan adalah:

“keseluruhan aturan-aturan yang berkenan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintahan oleh subjek hukum publik didalam hubungan hukum publik”.⁷⁶ Unsur-unsur yang tercantum dalam teori kewenangan, meliputi : Adanya kekuasaan, Adanya organ pemerintah, dan Sifat hubungan hukumnya.

Dari ketiga unsur itu, maka yang dijelaskan hanya pengertian organ pemerintah dan sifat hubungan hukum. Organ pemerintah adalah alat-alat pemerintah yang mempunyai tugas untuk menjalankan roda pemerintahan. Hubungan hukum merupakan hubungan yang menimbulkan akibat hukum. Akibat hukum adalah timbulnya hak dan kewajiban.

⁷⁴ Isrok dan Dhia Al Uyun, *Ilmu Negara*, (Malang: UB Press, 2012), hlm. 121

⁷⁵ Ni'matul Huda, *Ilmu Negara*, (Jakarta: P.T. RajaGrafindo Persada, 2010), hlm. 107.

⁷⁶ Salim, Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis Dan Disertasi*, (Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2013), hlm. 183

H. Konflik Kepentingan

Teori konflik muncul dalam sosiologi Amerika Serikat pada tahun 1960-an yang merupakan kebangkitan kembali gagasan yang pernah diungkapkan oleh Karl Marx dan Weber. Kedua tokoh tersebut merupakan teoritis konflik. Kedua teoritis konflik ini, menolak tegas terhadap gagasan bahwa masyarakat cenderung kepada konsensus dasar atau harmoni, yang bekerja untuk kebaikan setiap orang. Mereka memandang konflik dan pertentangan kepentingan serta concern dari berbagai individu dan kelompok yang saling bertentangan adalah determinan utama dalam pengorganisasian kehidupan sosial.⁷⁷

Konflik kepentingan adalah teori struktural konflik Ralf Dahrendorf. Menurut teori konflik memandang ada keterkaitan antara konflik dengan struktur sosial tertentu, bukan berkaitan dengan variabel- variabel psikologis atau variabel historis deskriptif. Pengertian tersebut menunjukkan bahwa terjadinya konflik berdasarkan adanya proses- proses sosial, bukan berdasarkan sifat- sifat pada aspek psikologi individu tertentu atau peristiwa sejarah yang butuh adanya penjelasan. Faktor demikian yang menjadi dasar pemikiran Ralf Dahrendorf tentang teori konflik yaitu penolakan dan penerimaan serta

⁷⁷ Nasir, M.S., *Teori-teori sosiologi*, (Bandung: Widya Padjajaran), hlm. 17.

merumuskan kembali teori konflik Karl Marx kapitalisme, kepemilikan dan kontrol atas sarana- sarana produksi.⁷⁸

I. Teori Siyasa Dusturiyah

Siyasa dusturiyah merupakan bagian fiqh siyasa 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 siyasa dan hubungan timbal balik antara pemerintah dan warga negara serta hak-hak warga negara yang wajib dilindungi.⁷⁹

Secara bahasa *siyasa* berasal dari kata ساس -يسوس - سياسة (sasa, yasusu, siyasatan) yang berarti mengatur, mengurus, memerintah atau pemerintahan, politik dan pembuatan kebijaksanaan. Pengertian secara kebahasaan ini mengisyaratkan bahwa tujuan siyasa adalah mengatur dan membuat kebijaksanaan atas sesuatu yang bersifat politis untuk mencapai sesuatu. Secara terminologis, Abdul Wahhab Khallaf mendefinisikan bahwa siyasa adalah pengaturan perundang-

⁷⁸ Margaret M, Poloma, *Sosiologi Kontemporer*, (Jakarta: Rajawali, 1987), hlm. 73.

⁷⁹ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasa, Konsektualisasi Doktrin Politik Islam*, (Jakarta: Prenadamedia Group, Cet. I, 2014), hlm.177.

undangan yang diciptakan untuk memelihara ketertiban dan kemaslahatan.

Secara bahasa Dusturiyah berasal dari bahasa Persia dusturi. Semula artinya adalah seorang 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 dusturiyah berkembang pengertiannya menjadi asas dasar atau pembinaan. Menurut istilah, dusturiyah berarti kumpulan kaidah yang mengatur dasar dan hubungan kerja sama antara sesama anggota masyarakat dalam sebuah negara baik yang tidak tertulis (konvensi) maupun yang tertulis (konstitusi).

Dapat disimpulkan bahwa kata dusturiyah itu adalah suatu norma aturan perundang-undangan yang mendasar sehingga dijadikan landasan utama dalam rujukan semua tata aturan dalam hal bernegara agar sejalan dengan nilai-nilai syariat. Dengan demikian semua peraturan perundang-undangan haruslah mengacu pada konstitusinya masing-masing setiap negara yang tercermin dalam nilai-nilai Islam dalam hukum-hukum syariat yang telah dijelaskan oleh Al-Quran dan Sunnah Nabi, baik mengenai akidah, akhlak, ibadah, muamalah, ataupun lainnya. Dengan demikian, siyasah dusturiyah adalah bagian fiqh siyasah yang membahas masalah perundang-undangan negara agar sejalan dengan nilai-nilai syariat.

Pembahasan dalam *siyasah dusturiyah* adalah hubungan antara pemimpin di satu pihak dan rakyatnya di pihak lain, serta kelembagaan-kelembagaan yang ada di dalam masyarakatnya. Oleh karena itu, dalam *siyasah 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 kebutuhannya.⁸⁰

1. Ruang Lingkup Siyasah Dusturiyah

Siyasah dusturiyah mencakup bidang kehidupan yang sangat luas dan kompleks. Keseluruhan persoalan tersebut, dan persoalan *siyasah dusturiyah* umumnya tidak lepas dari dua hal pokok: pertama, dalil-dalil *kulliy*, baik ayat-ayat Al-Quran maupun hadis, *maqosidusy syar'iyah*, dan semangat ajaran Islam di dalam mengatur masyarakat, yang akan tidak akan berubah bagaimanapun perubahan masyarakat. Karena dalil-dalil *kulliy* tersebut menjadi unsur dinamisator dalam mengubah masyarakat. Kedua, aturan-aturan yang dapat berubah karena perubahan situasi dan kondisi, termasuk di dalamnya hasil ijtihad para ulama, meskipun tidak seluruhnya. Adapun ruang lingkup kajian *siyasah dusturiyah* adalah:

⁸⁰ A.Djazuli, *Fiqh Siyasah, Implementasi Kemaslahatan Umat Dalam Rambu-rambu Syari'ah*, (Jakarta: Kencana, Cet. V, 2013), hlm. 47.

a. *Al-sulthah al-tasyriiyah*

Al-sulthah al-tasyriiyah merupakan kekuasaan legislatif, yaitu kekuasaan pemerintah Islam dalam membuat dan menetapkan hukum. istilah *al-sulthah al-tasyriiyah* digunakan untuk menunjukkan salah satu kewenangan atau kekuasaan pemerintah Islam dalam mengatur masalah kenegaraan yang meliputi persolan *ahlul halli wa al-aqdi*, Hubungan muslimin dan non muslim dalam satu negara, undang-undang dasar, peraturan perundang-undangan, peraturan pelaksanaan, serta peraturan daerah. Unsur-unsur dalam *al-sulthah al-tasyri'iyah* adalah: Pemerintah sebagai pemegang kekuasaan untuk menetapkan hukum yang akan diberlakukan dalam masyarakat Islam, Masyarakat Islam yang akan melaksanakannya, Isi peraturan atau hukum yang sesuai dengan nilai-nilai dasar syariat Islam.

Adapun fungsi lembaga legislatif yakni yang Pertama dalam mengatur hal-hal yang ketentuannya sudah terdapat di dalam nash Al-Quran dan Sunnah.

Kedua, melakukan penalaran kreatif (*ijtihad*) terhadap permasalahan yang secara tegas tidak dijelaskan oleh nash. Mereka melakukan ijtihad untuk menetapkan hukum dengan jalan qiyas (analogi). Mereka berusaha mencari illat atau sebab hukum yang ada dalam permasalahan yang timbul dan menyesuaikan dengan

ketentuan yang terdapat dalam nash. *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.

Peraturan yang dikeluarkan oleh badan legislatif yakni undang-undang yang merupakan peraturan yang tidak kebal oleh perkembangan zaman yang terus berjalan. Suatu saat peraturan yang dibuat oleh badan legislatif apabila terdapat permasalahan baru yang mengharuskan harus merevisi peraturan yang lama atau bahkan menggantinya dengan peraturan perundang-undangan yang baru. Badan legislatif harus serta merta intens meninjau kembali atau bahkan mengganti undang-undang sesuai dengan kondisi masyarakat yang terus berkembang.

Ketiga, dalam bidang keuangan negara lembaga legislatif berhak mengadakan pengawasan dan mempertanyakan pembendaharaan negara, sumber devisa dan anggaran pendapat dan belanja yang dikeluarkan negara kepada kepala negara selaku pelaksana pemerintahan.

b. *Al-sulthah al-tanfidziyyah*

Al-sulthah al-tanfidziyyah merupakan kekuasaan eksekutif yang meliputi persoalan *imamah*, *bai'ah*, *wizarah*, dan *waliy al-ahdi*. Menurut al-Maududi, lembaga eksekutif

dalam Islam dinyatakan dengan istilah *ulil amri* dan dikepalai oleh seorang *amir* atau *khalifah*. Dalam ketatanegaraan negara mayoritas Islam dan menganut sistem presidensial seperti Indonesia hanya menonjolkan kepala negara dan kepala pemerintahan sebagai puncak roda untuk menjalankan urusan pemerintahan dan kenegaraan dalam menjalankan peraturan perundang-undangan dan sekaligus membuat kebijakan apabila dianggap perlu untuk mendatangkan manfaat demi kemaslahatan umat. Berdasarkan Al-Qur'an dan Sunnah, umat Islam diperintahkan untuk mentaati *ulil amri* atau pemimpin suatu negara dengan syarat bahwa lembaga eksekutif ini mentaati Allah dan Rasul-Nya serta menghindari dosa dan pelanggaran.

Tugas *al-sulthah al-tanfidziyyah* adalah melaksanakan undang-undang. Negara memiliki kewenangan untuk menjabarkan dan mengaktualisasikan perundang-undangan yang telah dirumuskan tersebut. Dalam hal ini negara melakukan kebijaksanaan baik yang berhubungan dengan urusan dalam negeri maupun yang menyangkut dengan hubungan antar negara (hubungan internasional).⁸¹

c. *Al-sulthah al-qadha'iyyah*

⁸¹ Ibid, hlm. 163

Al-sulthah al-qadha'iyah 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 undangundang untuk diundangkan yang sebelumnya sudah diuji dalam pokok materi konstitusi suatu negara.

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 kemaslahatn umat manusia di setiap negara tersebut. Penetapan syariat Islam bertujuan untuk menciptakan kemaslahatan. Dalam penerapan syari,,at Islam diperlukan lembaga untuk penegakannya. Karena tanpa lembaga tersebut, hukum-hukum itu tidak dapat diterapkan. Lembaga tersebut juga harus paham terkait dengan konstitusi negara tersebut, sehingga dalam melakukan keputusan terhadap suatu

perkara tidak bertentangan dengan konstitusi negara tersebut.

Tugas *al-sulthah al-qadha'iyyah* adalah untuk mempertahankan hukum dan perundang-undangan yang telah dibuat oleh lembaga legislatif. 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.⁸²



⁸² Ridwan HR, *Fiqh Politik Gagasan, Harapan Dan Kenyataan*, (Yogyakarta: FH UII Press, Cet. I, 2007), hlm.273.