

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*.¹⁰

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.¹¹

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

¹⁰ Ridwan HR, *Hukum Administrasi...*, h. 2.

¹¹ John Kenedi, *Kebijakan Hukum Pidana (Penal Policy) Dalam Sistem Penegakan Hukum Di Indonesia*, (Yogyakarta: PUSTAKA PELAJAR, 2017), h. 1.

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.¹²

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.¹³

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

¹² 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.

¹³ Abdul Mukthie Fadjar, *Sejarah, Elemen dan Tipe Negara Hukum*, (Malang: Setara Press, 2016), h. 6.

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.¹⁴

Untuk mempertajam analisis penulis maka dilihat dari para ahli yang berpendapat tentang *rechtsstaat*, ahli pertama Menurut A. Hamid S. Attamimi, *rechtsstaat* secara sederhana adalah negara yang menempatkan hukum sebagai dasar dari kekuasaan negara, dan penyelenggaraan kekuasaan dilakukan dengan tunduk pada kekuasaan hukum.

Kemudian Van Wijk memuat 4 unsur diantaranya, pertama, Perlindungan hak asasi manusia. Kedua, pembagian kekuasaan. Ketiga, pemerintahan berdasarkan undang- undang. Keempat, adanya fungsi pengawasan dari

¹⁴ CST Kansil, Christine ST Kansil, *pengantar ilmu hukum Indonesia*, (Jakarta: rineka cipta, 2018), h. 322.

lembaga kehakiman terhadap pemerintahan.¹⁵ Salah satu ciri Negara hukum adalah Negara tersebut memiliki konstitusi. Konstitusi sendiri merupakan sebuah dokumen nasional, yang isinya menyangkut kehidupan nasional suatu Negara. Rechtsstaat mensyaratkan bahwa setiap tindakan dari negara haruslah bertujuan untuk menegakkan kepastian hukum, dilakukan secara setara, menjadi unsur yang mengesahkan demokrasi, dan memenuhi tuntutan akal budi. Alat-alat negara mempergunakan kekuasaannya hanya sejauh berdasarkan hukum yang berlaku dan dengan cara yang ditentukan dalam hukum itu. Dalam Rechtsstaat, tujuan suatu perkara adalah agar dijatuhkan putusan sesuai dengan kebenaran. Tujuan suatu perkara adalah untuk memastikan kebenaran, maka semua pihak berhak atas pembelaan atau bantuan hukum.¹⁶ Konstitusi adalah hukum tertinggi atau hukum dasar disebuah Negara. Semua aturan atau hukum didalam Negara hukum ia merujuk atau merupakan turunan dari konstitusi.

Sebagaimana lazim diketahui, rechtsstaat dianut oleh banyak negara Eropa Kontinental yang menganut sistem civil law. Sedangkan the rule of law, lebih banyak dianut oleh negara-negara dengan tradisi hukum Anglo Saxon yang berbasis pada sistem common law. Dalam

¹⁵ Nurul Qamar, *Hak asasi manusia dalam Negara hukum demokrasi*, (Jakarta: sinar Grafika, 2014), h. 31.

¹⁶ Sri Soemantri, *Hukum Tata Negara Indonesia: Pemikiran dan Pandangan*, (Bandung: PT Remaja Rosdakarya, 2014), h. 40.

operasionalisasinya, civil law lebih menitikberatkan pada administrasi dan sistem norma, sedangkan common law lebih kepada aktivitas yudisial. Lebih lanjut, konsep rechtsstaat mengutamakan prinsip wetmatigheid (hukum tertulis) yang kemudian menjadi rechtmatigheid (tindakan berdasarkan hukum). Sedangkan rule of law mengutamakan prinsip equality before the law yang memberi kebebasan kepada hakim untuk menciptakan hukum demi keadilan. Pada konteks Indonesia, sebelum dilakukannya Perubahan UUD 1945 pada tahun 1999-2002, Penjelasan UUD 1945 menyebut istilah rechtsstaats secara eksplisit. Hal inilah yang membuat Indonesia seolah-olah menganut konsep negara hukum rechtsstaat sebagaimana negara-negara civil law. Namun, pasca Perubahan UUD 1945, Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menyatakan bahwa “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Dengan rumusan ketentuan ini, konsepsi negara hukum yang dulu identik dengan rechtsstaat, dinetralkan menjadi negara hukum saja. Konsepsi negara hukum yang dianut UUD 1945 diperoleh baik dari rechtsstaats maupun the rule of law. Bahkan juga diperoleh dari sistem hukum lainnya yang integratif dan implementasinya disesuaikan dengan tuntutan kebutuhan dan perkembangan.¹⁷

¹⁷ Oksidelfa Yanto, *Negara Hukum: Kepastian, Keadilan Dan Kemanfaatan Hukum (Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia)*, (Bandung: Pustaka Reka Cipta, 2020), h. 2.

Secara konseptual, negara hukum dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 adalah konsepsi negara hukum mutakhir. Kepastian mengenai konsepsi (asas) negara hukum kesejahteraan yang dianut sistem ketatanegaraan Indonesia diketahui dari anak kalimat Alinea Keempat pembukaan UUD 1945 yang berkaitan dengan tujuan negara Republik Indonesia yakni “untuk memajukan kesejahteraan umum”. Jika bertitik tolak dari Alinea Keempat pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 dapat dipastikan bahwa tujuan negara Republik Indonesia adalah menyelenggarakan kesejahteraan bagi segenap bangsa Indonesia (kesejahteraan umum).¹⁸

Paham negara hukum Indonesia berangkat dari prinsip dasar bahwa ciri khas suatu negara hukum memberikan perlindungan kepada warganya dengan cara berbeda-beda. Negara hukum adalah suatu pengertian yang berkembang dan terwujud sebagai reaksi masa lampau, karena itu unsur negara hukum berakar pada sejarah dan perkembangan suatu bangsa. Setiap bangsa atau negara memiliki sejarah yang tidak sama, oleh karenanya pengertian dan isi negara hukum dari berbagai bangsa akan berbeda pula.¹⁹

¹⁸ Hotma P. Sibuea, *Ilmu Negara*, (Jakarta: Penerbit Erlangga, 2014), h. 143.

¹⁹ Marwan Effendy, *Teori Hukum dari Perspektif Kebijakan, Perbandingan dan Harmonisasi Hukum Pidana*, (Ciputat: Gaung Persada Press Group, 2014), h. 54-55.

“Perkembangan negara hukum merupakan produk dari perkembangan sejarah yang terus mengikuti kehidupan manusia. Akar terjauh awal pemikiran negara hukum adalah pada masa Yunani kuno yang mendapat perhatian dari kalangan intelektual dan para pemikir terutama yang dikembangkan oleh para filsuf besar seperti Scorates, Plato dan Aristoteles.²⁰ ”Ide negara hukum klasik sudah dikenal sejak 2.500 tahun yang lalu atau sekitar 500 tahun sebelum masehi. Kelahiran ide negara hukum dimulai pada zaman Yunani Kuno oleh Scorates yang mengemukakan bahwa tugas negara adalah menciptakan hukum yang dilakukan oleh pemimpin atau penguasa yang dipilih secara seksama dan demokratis oleh rakyat. Hukum yang telah dibuat oleh penguasa wajib untuk ditaati oleh setiap warga negara dan penguasa dalam negara (polis).²¹

Menurut Abdul Latief negara hukum pada prinsipnya mengandung unsur-unsur:

1. Pemerintahan dilakukan berdasarkan undangundang (asas legalitas) di mana kekuasaan dan wewenang yang dimiliki pemerintah hanya semata-mata ditentukan oleh Undang-Undang Dasar atau undang-undang;
2. dalam negara itu hak-hak dasar manusia diakui dan dihormati oleh penguasa yang bersangkutan;

²⁰ Bahder Johan Nasution, *Negara Hukum Dan Hak Asasi Manusia*, (Bandung : Mandar Maju, 2012), h. 2.

²¹ Soehino, *Ilmu Negara*, (Yogyakarta : Liberty, 2008), h. 14.

3. kekuasaan pemerintah dalam negara itu tidak dipusatkan dalam satu tangan, tetapi harus diberi kepada lembaga-lembaga kenegaraan di mana yang satu melakukan pengawasan terhadap yang lain sehingga tercipta suatu keseimbangan kekuasaan antara lembaga-lembaga kenegaraan tersebut;
4. perbuatan pemerintah yang dilakukan oleh aparatur kekuasaan pemerintah dimungkinkan untuk dapat diajukan kepada pengadilan yang tidak memihak yang diberi wewenang menilai apakah perbuatan pemerintahan tersebut bersifat melawan hukum atau tidak.²²

Perkembangannya konsep negara hukum mengalami penyempurnaan, yang secara umum dapat dilihat di antaranya:

1. Pertama, Sistem pemerintah negara yang didasarkan atas kedaulatan rakyat;
2. Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau Peraturan Perundang-undangan;
3. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara);
4. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara

²² Abdul Latief, *Hukum dan Peraturan Kebijakan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*, (Yogyakarta: UII Press, 2005), h. 20.

5. Adanya pengawasan dari badanbadan peradilan (rechterlijke controle) yang bebas dan mandiri, dalam arti lembaga peradilan tersebut benar-benar tidak memihak dan tidak berada di bawah pangaruh eksekutif;
6. Adanya peran yang nyata dari anggota-anggota masyarakat atau warga negara untuk turut serta mengawasi perbuatan dan pelaksanaan kebijaksanaan yang dilakukan oleh pemerintah;
7. Adanya sistem perekonomian yang dapat menjamin pembagian yang merata sumber daya yang diperlukan bagi kemakmuran warga negara.²³

B. 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, salah satu cirinya adalah adanya pemisahan kekuasaan antara pembentuk undang-undang, pelaksana undang-undang, dan penegak undang-undang seperti yang digagas oleh Montesquieu.²⁴

²³ Ridwan HR, *Hukum Administrasi.....*, h. 4.

²⁴ M. Jeffri Arlinandes Chandra, et. Al., *Teori dan Konsep Pembentukan Perundang-Undangan Di Indonesia*, (Bengkulu: CV. Zigie Utama. 2019) h. 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 Undang-an bernotasi lain dari kata undang-undang. Yang dimaksud dalam konteks penggunaan istilah ini adalah yang berkaitan dengan Undang- undang bukan kata Undang yang mempunyai konotasi lain.²⁵

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

²⁵ Ni'matul Huda, R. Nazriyah, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-Undangan*, (Bandung: Nusa Media, 2011), h. 4.

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:²⁶

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).

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 norm

²⁶ Michael Frans Berry, "PEMBENTUKAN TEORI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN", *Muhammadiyah Law Review*, Vol. 2, No. 2, Juli 2018, h. 89.

adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau undang-undang dasar tersebut.²⁷

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 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.²⁸

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.

²⁷ Agus Rasyid Candra Wijaya, "PENGUJIAN NORMA HUKUM KETETAPAN MPR NO. XI/MPR/1998 DALAM HIERARKI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN", *Legality*, Vol. 24, No. 1, 2016, h. 3.

²⁸ Agus Rasyid Candra Wijaya, "PENGUJIAN NORMA.....", h. 3.

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 bersama Presiden. Setiap produk hukum yang dibentuk oleh dua lembaga yang mempunyai kekuasaan legislatif tersebut dalam UUD 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 kesalahpahaman. Oleh karena itu, lebih baik digunakan istilah "undang-undang" saja tanpa penambahan atribut "formal".²⁹

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.

²⁹ Agus Rasyid Candra Wijaya, "PENGUJIAN NORMA.....", h. 4.

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 masyarakat bahwa suatu peraturan dapat mencapai hasil yang telah dirumuskan. Asas konsensus, secara sederhana asas ini berkaitan dengan kesepakatan masyarakat.³⁰

Berikutnya selain asas-asas formil suatu peraturan perundang-undangan yang baik harus melalui pembentukan dengan tidak menyampingkan asas-asas materilnya. Asas-asas materil diantaranya, asas terminologi dan sistematika yang jelas, asas ini dimaksudkan untuk masyarakat luas bisa mengerti apa yang dimaksudkan suatu

³⁰ Backy Krisnayudha, *Pancasila dan Undang-undang*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016) h. 185-195.

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.³¹

1. **Judicial Review**

Dalam perspektif teori konstitusi, dianutnya sistem judicial review adalah merupakan suatu bentuk dan upaya penguatan konsep negara hukum yang menempatkan konstitusi sebagai hukum tertinggi. Hal ini sejalan dengan teori stufenbau yang dikemukakan oleh Hans Kelsen yang menjelaskan bahwa tatanan hukum itu merupakan sistem norma yang hierarkis atau bertingkat dan di atas konstitusi sebagai hukum dasar, terdapat kaidah dasar hipotesis yang lebih tinggi yang bukan merupakan kaidah positif yang dikenal dengan istilah groundnorm. Dalam hierarki tatanan hukum, kaidah-kaidah hukum dari tingkatan yang lebih rendah memperoleh kekuatan dari kaidah hukum yang lebih tinggi tingkatannya.³²

³¹ Yuliandri, *Asas-asas...*, h. 137-151.

³² Abdul Latif, et al., *Buku Ajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Yogyakarta: Total Media, 2009), h. 9.

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.³³ Di Indonesia, 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.³⁴

Perbedaan *legislative review* dengan *judicial review* terletak pada subjek yang

³³ Henry P. Panggabean, *Fungsi Mahkamah Agung dalam Praktik Sehari-hari, Upaya Penanggulangan Tunggakan Perkara dan Pemberdayaan Fungsi Pengawasan Mahkamah Agung*, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2001), h. 127.

³⁴ Nurul Qamar, "Kewenangan Judicial Review Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Vol. I, No. 1, November, 2012, h. 2.

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 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 1945.³⁵

2. 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:

- 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. 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),

³⁵ Utang Rosidin & A. Rusdiana, *Pengantar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Bandung: CV Pustaka Setia, 2018), h. 117.

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.³⁶

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 tentang *waliyul ahdi, ahlul halli wal aqdi*, sistem pemerintahan dan pemilu.³⁷

Sedangkan siyasah menurut Bahasa adalah mengandung beberapa arti yaitu, mengatur, mengurus, memerintah, memimpin, membuat kebijaksanaan, pemerintahan dan politik. *Siyasah* secara terminologis dalam lisan *Al-Arab*, *siyasah* adalah mengatur atau memimpin sesuatu dengan cara membawa kepada kepada kemaslahatan. *Siyasah* 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.

³⁶ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasah Konstektualisasi Doktrin Politik Islam*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014) h. 177.

³⁷ Jubair Situmorang, *Politik Ketatanegaraan Dalam Islam*, (Bandung: Pustaka Setia, 2012) h. 23.

Sedangkan penggunaan makna *as-siyasah* 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-siyasah* adalah ilmu tentang negara, yang meliputi kajian akan aturan-aturan negara, undang-undang dasar, aturan hukum, serta aturan sumber hukum. Termasuk didalamnya, kajian tentang aturan intern 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.³⁸

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,

³⁸ H.A.Djazuli, *Fiqh Siyasah Implementasi Kemaslahatan Umat dalam Rambu-Rambu Syari'ah*, (Jakarta: Kencana, 2003), h. 47.

sebagai *dustur* dalam satu negara sudah tentu perundangan-undangan dan aturan-aturan lainnya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan *dustur*.

Selain itu dalam *fiqh siyasa*, 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.³⁹

³⁹ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasa*..., h. 177.

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 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 perbandingannya⁴⁰

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-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'iyy*.⁴¹

Prinsip-prinsip yang diletakkan dalam perumusan undang-undang dasar adalah jaminan atas hak asasi manusia setiap anggota masyarakat dan persamaan

⁴⁰ Muhammad Iqbal, *Fiqh siyasah...*, h. 178.

⁴¹ 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.

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 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.*).⁴²

⁴² Akmaludin Sya'bani, "Maqashid al-Syari'ah sebagai Metode Ijtihad", *Jurnal El-Hikam IAIN Mataram*, Vol. 8 No. 1, Juli, 2015, h. 128.

Allah mensyari'atkan hukum Islam untuk memelihara kemaslahatan manusia, sekaligus untuk menghindari *mafsadat* baik di dunia maupun di akhirat. Dalam rangka mewujudkan 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.⁴³

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

⁴³ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasa...*, h. 3.

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.⁴⁴

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

Tugas *al-sulthah al-qadha'iyyah* adalah untuk mempertahankan hukum dan perundang-undangan yang

⁴⁴ Suyuti Pulungan, *Fiqh Siyasa: Ajaran, Sejarah, dan pemikiran*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), h. 21-23.

telah dibuat oleh lembaga legislatif.⁴⁵ 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

Permasalahan dalam *siyasah 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 *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 kebutuhannya⁴⁶

⁴⁵ Ridwan, *Fiqh Politik Gagasan, Harapan Dan Kenyataan*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2007), h.273.

⁴⁶ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasah...*, h. 3.

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 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.⁴⁷ 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.

⁴⁷ Muhammad Salam Madkur, *Peradilan Dalam Islam*, (Surabaya: PT. Bina Ilmu, 1993), h. 29.

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, 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).⁴⁸

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

⁴⁸Hendra Gunawan, "Sistem Peradilan Islam", *Jurnal El-Qanuny*, Vol. 5, Januari – Juni, 2019, h.90.

karena *qadli* adalah orang yang menjalankan hukum Allah SWT terhadap orang yang berperkara. Dengan demikian, peradilan dimaksudkan untuk menetapkan suatu perkara secara adil sesuai dengan ketentuan hukum yang bersumber dari al-Qur'an dan *sunnah*.⁴⁹

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 siyasyah* dikenal dengan *Qadha*'iyyah yang berasal dari kata *al-qadha*

⁴⁹Hendra Gunawan, "Sistem Peradilan Islam", *Jurnal El-Qanuny*, Vol. 5, Januari – Juni 2019 h.91.

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. 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.⁵⁰

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*.

⁵⁰ Saiful Aziz, "Posisi Lembaga Peradilan Dalam Sistem Pengembangan Hukum Islam", (Tesis, Universitas Wahid Hasyim, Semarang, 2016), h.47.

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 dihadapi oleh hakim. Hakim hanya menerapkannya ke alam nyata, bukan menetapkan sesuatu yang belum ada.⁵¹

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 kekhalfahaan tetapi, untuk meringankan tugasnya yang sangat banyak, maka seorang *khalifah* boleh atau berwenang

⁵¹Saiful Aziz, "Posisi Lembaga Peradilan Dalam Sistem Pengembangan Hukum Islam", (Tesis, Universitas Wahid Hasyim, Semarang, 2016), h.45.

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
- 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.⁵²



⁵² Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasa*..., h.183.