

BAB II

KAJIAN TEORI

A. Teori Peraturan Perundang-Undangan

Peraturan Perundang-undangan sebagai produk hukum, bukan merupakan produk politik semestinya ditempatkan sebagai norma yang digali bersumber pada kemajemukan bangsa Indonesia, kaya akan budaya, nilai dan pluralisme hukum. Legislatif yang merupakan representasi dari rakyat bukan lagi mempertimbangkan untung rugi atau kepentingan elite penguasa dalam menjalankan fungsinya, apakah dalam setiap fungsi pengawasan, budgeting atau legislasi.¹ Karakteristik tersebut merupakan wujud dari negara hukum pancasila dimana pembentuk peraturan perundang-undangan memahami spirit atau filosofi yang terkandung didalamnya. Bingkai Indonesia sebagai negara hukum mensyaratkan adanya partisipasi masyarakat dalam mengawal proses pembuatan peraturan perundang-undangan setiap sidangnya di ranah legislatif menghendaki para wakil rakyat

¹ John Kenedi, Profesi Hukum dan Kode etik profesi, *Jurnal El-Afkar*, Vol. 5, No.1 Tahun 2016

di parlemen untuk berdialog, berkomunikasi dengan rakyatnya sebagai bahan pertimbangan dalam keputusan pembuatan hukum, sehingga mencapai suatu konsensus bersama, bukan keputusan politik dan kepentingan penguasa, tanpa membuka ruang-ruang publik yang merupakan tipologi hukum responsif.² Kegagalan legislasi dalam menciptakan produk hukum yang responsif dan partisipatif akan mengakibatkan pula hilangnya makna filosofi dari cita hukum Pancasila yang sebenarnya sumbernya dari akar budaya Indonesia asli. Norma hukum yang dikristalkan menjadi peraturan perundang-undangan pada akhirnya memiliki tujuan hukum yang membahagiakan rakyatnya, sehingga mampu menghadirkan produk hukum yang mengandung nilai keadilan sosial (*social justice/substantial justice*).³

Maria Farida Indrati Soeprapto mengatakan bahwa: secara teoritik, istilah “perundang-undangan” (*legislation*),

² John Kenedi, Analisis Pemidanaan Terhadap Perzinahan dalam Perspektif Hukum Positif dan Hukum Islam, *Jurnal Nuansa: Jurnal Studi Islam dan Kemasyarakatan*, Vol 12, No.1 Tahun 2019

³ Wahyu Nugroho, Menyusun Undang-Undang yang Responsif dan Partisipatif Berdasarkan Cita Hukum Pancasila, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 10, No. 3

wetgeving atau *gesetgebung* mempunyai dua pengertian yaitu: pertama, perundang-undangan merupakan proses pembentukan atau proses membentuk peraturan-peraturan negara baik di tingkat pusat maupun di tingkat Daerah; kedua, perundang-undangan adalah segala peraturan negara yang merupakan hasil pembentukan peraturan-peraturan baik di tingkat pusat maupun ditingkat Daerah. Pengertian perundang-undangan dalam konstruksi UU No 12 Tahun 2011, merupakan sebuah aturan tertulis yang mengikat secara umum dan dibuat oleh pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan pula.⁴

Menurut Bagir Manan, pengertian peraturan-perundang-undangan sebagai berikut:

- a. Setiap keputusan yang tertulis yang dikeluarkan pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang berisi aturan tingkah laku yang bersifat atau mengikat umum.

⁴ Maria Farida Indrati Soepapto, *Ilmu Perundang-undangan: Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan, Cet. 13*, (Yogyakarta: Kansius, 2012), h. 3

- b. Merupakan aturan-aturan tingkah laku yang berisi ketentuan-ketentuan mengenai hak, kewajiban, fungsi, status atau suatu tatanan.
- c. Merupakan peraturan yang mempunyai ciri-ciri umum dan abstrak yang berarti tidak mengatur atau tidak ditujukan pada objek/peristiwa/gejala konkret tertentu.
- d. Dengan mengambil pemahaman dalam kepustakaan Belanda, peraturan perundang-undangan lazim disebut dengan *wet in materiele zin*, atau sering juga disebut *algemeen verbindende voorschrift* yang meliputi antara lain: *de supra nationale algemeen verbindende voorschriften, wet, A MvB, de Ministeriele verordening, de gemeentelijke raadsverordeningen, de provinciale stater verordebingen*.⁵

Peraturan perundang-undangan itu sendiri merupakan salah satu dari bentuk norma hukum. Dalam literatur hukum dan perundang-undangan, secara umum

⁵ Maria Farida Indrati Soepapto, *Ilmu Perundang-undangan ...*, h. 11

terdapat tiga (3) macam norma hukum yang merupakan hasil dari proses pengambilan keputusan hukum, yaitu:

1. keputusan normatif yang bersifat mengatur (*regeling*);
2. keputusan normatif yang bersifat penetapan administrasi (*beschikking*);
3. keputusan normatif yang disebut vonnis. Selain ketiga bentuk produk hukum diatas, juga ada bentuk peraturan yang dinamakan “*beleids regels*” (*policy rules*) ini biasanya diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia menjadi peraturan kebijaksanaan, yang sering disebut sebagai quasi peraturan.⁶

Kemudian menurut Sajipto Raharjo, peraturan perundang-undangan memiliki ciri-ciri sebagai berikut.⁷

- 1) Bersifat umum dan komprehensif yang merupakan kebalikan dari sifat-sifat khusus dan terbatas.
- 2) Bersifat universal. Artinya, dibentuk untuk menghadapi peristiwa-peristiwa yang akan datang yang belum jelas

⁶ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, (Jakarta: Konstitusi Press dan PT Syaami Cipta Media, 2006), h. 1

⁷ Sajipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: PT Citra Aditya, 2004), h. 25

bentuk konkretnya. Oleh karena itu, tidak dapat dirumuskan untuk menghadapi peristiwa-peristiwa tertentu saja.

- 3) Lazimnya bagi suatu peraturan perundang-undangan mencantumkan klausul yang memuat kemungkinan dilakukannya peninjauan kembali.

Menurut Burkhardt Krems, bahwa salah satu bagian besar dari ilmu perundang-undangan yaitu adalah teori perundang-undangan (*Gestzgebungstheorie*) yang berorientasi pada mencari kejelasan dan kejernihan makna atau pengertian yang bersifat kognitif.⁸ Proses kejelasan dan kejernihan makna dari suatu peraturan perundang-undangan dipengaruhi oleh proses pembentukan peraturan perundang-undangan pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan salah satu proses pembangunan hukum, di samping penerapan, penegakan hukum, dan pemahaman mengenai hukum.⁹ Sebagaimana diketahui bersama bahwa

⁸ Maria Farida Indrati Soepapto, *Ilmu Perundang-undangan ...*, h. 8

⁹ John Kenedi, Urgensi Penegakan Hukum Dalam Hidup Berbangsa Dan Bernegara, *Jurnal El-Afkar*, Vol. 5 No.2 Tahun 2016

pembangunan hukum yang dilaksanakan secara komprehensif mencakup substansi hukum atau disebut isi dari peraturan perundang-undangan.¹⁰ Oleh karena itu, agar perundang-undangan yang dihasilkan dapat mencerminkan kualitas yang baik sebagai produk hukum, maka perlu memahami beberapa dasar landasan dari pembentukan peraturan perundang-undangan antara lain sebagai berikut.

1) Landasan Filosofis

Landasan filosofis menggambarkan bahwa peraturan yang dibentuk mempertimbangkan pandangan hidup, kesadaran dan cita hukum yang meliputi suasana kebatinan serta falsafah bangsa Indonesia yang bersumber dari Pancasila dan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dalam kedudukannya sebagai dasar dan ideologi Negara Indonesia, Pancasila harus dijadikan paradigma (kerangka berfikir, sumber nilai, dan orientasi arah) dalam

¹⁰ John Kenedi, Profesi Hukum dan Kode etik profesi, *Jurnal El-Afkar*, Vol. 5, No.1 Tahun 2016

pembangunan hukum termasuk semua upaya pembaruannya.¹¹

Menurut Notonegoro, nilai-nilai Pancasila merupakan nilai dasar yang harus selalu ada dan melekat dalam kehidupan manusia. Dengan demikian, nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila tersebut merupakan nilai moral dasar yang selalu aktual yang selalu melingkupi antara satu dengan yang lainnya dalam tindakan manusia. Sebagai cita-cita hukum bangsa dan paradigma pembangunan hukum Pancasila memiliki sekurang-kurangnya empat kaidah penuntun yang harus dijadikan pedoman dalam pembentukan dan penegakan hukum di Indonesia. Pertama, hukum harus melindungi segenap bangsa dan menjamin keutuhan bangsa dan karenanya tidak diperbolehkan ada produk hukum yang menanam benih disintegrasi.

Kedua, hukum harus mampu menjamin keadilan sosial dengan memberikan proteksi khusus bagi golongan

¹¹ M. Khozim, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu sosial*, (Bandung: Nusa Media, 2009), h. 12-19

lemah agar tidak tereksplorasi dalam persaingan bebas melawan golongan kuat. Ketiga, hukum harus dibangun secara demokratis sekaligus membangun demokrasi sejalan dengan nomokrasi (negara hukum). Keempat, hukum tidak boleh diskriminatif berdasarkan ikatan primordial apa pun dan harus mendorong terciptanya toleransi beragama berdasarkan kemanusiaan dan keberadaan.¹² Suatu peraturan perundang-undangan dikatakan mempunyai landasan filosofis (*filosofische grondslag, filosofische gelding*), apabila rumusannya atau norma-normanya mendapatkan pembedaan (*rechtsvaardiging*) apabila dikaji secara filosofis.

2) Landasan Yuridis

Landasan Yuridis menggambarkan bahwa peraturan yang dibentuk untuk mengatasi permasalahan hukum atau mengisi kekosongan hukum dengan mempertimbangkan aturan yang telah ada, yang akan diubah, atau yang akan dicabut guna menjamin kepastian

¹² Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakan Konstitusi*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010), h. 55

hukum dan rasa keadilan masyarakat.¹³ Secara formal landasan yuridis yang memberikan kewenangan bagi lembaga untuk membuat peraturan tertentu, secara material, landasan yuridis segi isi atau materi sebagai dasar hukum untuk mengatur hal-hal tertentu. Sedangkan dari segi teknis, landasan yuridis yang memberikan kewenangan bagi lembaga untuk membentuk peraturan tertentu mengenai tata cara pembentukan undang-undang.¹⁴ Suatu peraturan perundang-undangan dapat dikatakan memiliki landasan yuridis (*jurdische gronslag*, *juridische gelding*), apabila ia mempunyai dasar hukum (*rechtsgrond*) atau legalitas terutama pada peraturan perundang-undangan lebih tinggi sehingga peraturan perundang-undangan itu lahir.

3) Landasan sosiologis

Landasan sosiologis menggambarkan bahwa peraturan yang dibentuk untuk memenuhi kebutuhan

¹³ King Faisal Sulaiman, *Teori Peraturan Perundang-undangan dan Aspek Pengujiannya*, (Yogyakarta: Thafa Media, 2017), h. 24

¹⁴ Putera Astomo, *Ilmu Perundang-undangan*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2018), h. 78

masyarakat dalam berbagai aspek. Suatu peraturan perundang-undangan dikatakan mempunyai landasan sosiologis (*sosiologische gronslag, sosiologische gelding*) apabila ketentuan-ketentuan sesuai dengan keyakinan umum atau kesadaran masyarakat. Hal ini penting agar peraturan perundang-undangan yang dibuat ditaati oleh masyarakat dan tidak menjadi huruf-huruf mati belaka. Atas dasar sosiologis inilah diharapkan suatu peraturan perundang-undangan yang dibuat dapat diterima dalam masyarakat secara wajar bahkan spontan. Peraturan perundang-undangan yang diterima secara wajar akan menerima daya berlaku efektif dan tidak begitu banyak memerlukan pengerahan institusional untuk melaksanakannya. Dalam teori pengakuan (*annerken nungstheorie*) di tegaskan bahwa kaidah hukum berlaku berdasarkan penerimaan masyarakat tempat hukum itu berlaku. Tegasnya bahwa dimensi sosial ini mencerminkan kenyataan yang hidup dalam masyarakat.¹⁵

¹⁵ King Faisal Sulaiman, *Teori Peraturan Perundang-undangan ...*, h.

Dalam pembentukan undang-undang, organ atau lembaga pembentuk undang-undang adalah lembaga yang diberi kewenangan legislatif oleh konstitusi. Pada prinsipnya dengan kewenangan tersebut lembaga legislatif mempunyai kewenangan untuk membuat undang-undang sesuai keinginannya. Namun demikian, dalam pembentukan tersebut disamping harus berlandaskan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan, baik asas formal maupun asas material, harus juga dilakukan melalui prosedur yang telah ditetapkan oleh konstitusi dan peraturan perundang-undangan lainnya.¹⁶

Keberadaan undang-undang di suatu negara mempunyai kedudukan strategis dan penting, baik di lihat dari konsepsi negara hukum, hierarki norma hukum, maupun dilihat dari fungsi undang-undang pada umumnya. Dalam konsepsi negara hukum, undang-undang merupakan salah satu bentuk formulasi norma

hukum dalam kehidupan bernegara. Sesuai dengan yang dikemukakan oleh Paul Scholten, bahwa hukum itu ada di dalam perundang-undangan, sehingga orang harus memberikan tempat yang tinggi kepadanya. Bagir Mananpun mengatakan bahwa keberadaan peraturan perundang-undangan dan kegiatan pembentukan undang-undang (*legislasi*) mempunyai peranan yang sangat penting dan strategis sebagai pendukung utama dalam penyelenggaraan pemerintahan.¹⁷

Mengingat strategis dan pentingnya undang-undang dalam kehidupan bernegara, maka setiap negara akan berusaha membuat undang-undang ideal melalui proses pembentukan mulai dari proses pengusulan, pembahasan, persetujuan, hingga penetapan dan pengesahan yang dilakukan dengan prinsip check and balances sesuai dengan kedudukan dan kewenangan yang dimiliki.

¹⁷ Maria Farida Indrati Soeparto, *Ilmu Perundang-undangan ...*, h.

Berdasarkan teori peraturan perundang-undang di atas, penulis akan menggunakannya dalam penelitian, digunakan untuk menilai sejauh mana Tinjauan Yuridis Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2017 Tentang Perlindungan Pekerja Migran Indonesia Dalam Perspektif Siyasah Dusturiyah, serta teori peraturan perundang-undangan ini mempunyai peranan yang sangat penting dan strategis sebagai pendukung utama dalam menganalisa tentang berjalan atau tidaknya pertauran perundang-undangan tersebut.

B. Teori Penegakan Hukum

1. Pengertian Hukum

Hukum sebagai padanan kata dari istilah Jerman *Recht*, istilah Perancis *Droit*, dan istilah Italia *Diritto* diartikan sebagai tata perilaku yang mengatur manusia, dan merupakan tatanan pemaksa. Ini berarti bahwa semua tatanan itu bereaksi terhadap kejadian-kejadian tertentu, yang dianggap sebagai sesuatu yang tidak dikehendaki karena merugikan masyarakat. Reaksi tersebut terutama

ditujukan terhadap perilaku manusia yang merugikan ini, dengan menggunakan tindakan paksa. Pengertian ini dikemukakan oleh Hans Kelsen.¹⁸ Van Doorn, sosiolog hukum Belanda seperti yang dikutip Satjipto Raharjo.¹⁹ mengutarakan bahwa:

Hukum adalah skema yang dibuat untuk menata (perilaku) manusia, tetapi manusia itu sendiri cenderung terjatuh diluar skema yang diperuntukkan baginya. Ini disebabkan faktor pengalaman, pendidikan, tradisi, dan lain-lain yang mempengaruhi dan membentuk perilakunya.

John Austin, seorang ahli filsafat dari Inggris yang dikutip Soerjono Soekanto.²⁰ mengemukakan bahwa hukum merupakan perintah dari mereka yang memegang kekuasaan tertinggi atau dari yang memegang kedaulatan. Menurut Austin, hukum adalah yang dibebankan untuk mengatur makhluk berpikir, perintah mana dilakukan oleh

¹⁸ Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*, Cetakan II, Diterjemahkan dari Buku Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley: University California Press, 1978), (Bandung: Penerbit Nusamedia dan Penerbit Nuansa2007), h. 34-37

¹⁹ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Kompas, 2008), h. 4

²⁰ Soerjono Soekanto, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2006), h. 34

mahluk berpikir yang memegang dan mempunyai kekuasaan. Jadi hukum didasarkan pada kekuasaan dari penguasa. Austin beranggapan bahwa hukum yang sebenarnya yaitu hukum yang dibuat oleh penguasa bagi pengikut-pengikutnya mengandung 4 (empat) unsur, yaitu perintah, sanksi, kewajiban dan kedaulatan.

Pendapat Friedrich Karl Von Savigny, seorang pemuka ilmu sejarah hukum dari Jerman mengemukakan bahwa hukum merupakan perwujudan dari kesadaran hukum masyarakat (*Volkgeist*). Menurutnya semua hukum berasal dari adat istiadat dan kepercayaan, bukan dari pembentuk undang-undang. Pendapat ini dikutip oleh Soerjono Soekanto.²¹

Pendapat Rudolph Von Ihering yang juga dikutip Soerjono Soekanto mengemukakan bahwa hukum merupakan suatu alat bagi masyarakat untuk mencapai tujuannya. Von Ihering menganggap hukum sebagai sarana untuk mengendalikan individu-individu, agar

²¹ Soerjono Soekanto, *Pokok-Pokok*,... h. 38-39

tujuannya sesuai dengan tujuan masyarakat dimana mereka menjadi warganya. Menurutnya hukum juga merupakan suatu alat yang dapat dipergunakan untuk melakukan perubahan-perubahan sosial.²²

Hestu Cipto Handoyo mengungkapkan bahwa hukum bila ditinjau dari sudut kefilosofan adalah mempelajari sebagian dari tingkah laku manusia, yaitu tingkah laku (atau perbuatan manusia) dalam kehidupan antar pribadi yang akibatnya diatur oleh hukum dengan menitikberatkan pada tujuan keserasian antara ketertiban dengan kebebasan/ketenteraman dan dalam pergaulan hidup itu tercakup pula dalam aspek pemenuhan kedamaian.²³

2. Pengertian Penegakan Hukum

Hukum sebagai social engineering atau social planning berarti bahwa hukum sebagai alat yang digunakan oleh agent of change atau pelopor perubahan

²² Soerjono Soekanto, *Pokok-Pokok*,... h. 41

²³ B. Hestu Cipto Handoyo, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Yogyakarta: Univ. Atma Jaya Yogyakarta, 2008), h. 8

yang diberi kepercayaan oleh masyarakat sebagai pemimpin untuk mengubah masyarakat seperti yang dikehendaki atau direncanakan. Hukum sebagai tatanan perilaku yang mengatur manusia dan merupakan tatanan pemaksa, maka agar hukum dapat berfungsi efektif mengubah perilaku dan memaksa manusia untuk melaksanakan nilai-nilai yang ada dalam kaedah hukum, maka hukum tersebut harus disebarluaskan sehingga dapat melembaga dalam masyarakat.

Di samping pelebagaan hukum dalam masyarakat, perlu dilakukan penegakan hukum (*law enforcement*) sebagai bagian dari rangkaian proses hukum yang meliputi pembuatan hukum, penegakan hukum, peradilan serta administrasi keadilan. Satjipto Raharjo menyampaikan pendapatnya mengenai penegakan hukum (*law enforcement*) adalah pelaksanaan hukum secara konkrit dalam kehidupan masyarakat. Setelah pembuatan hukum dilakukan, maka harus dilakukan pelaksanaan konkrit dalam kehidupan masyarakat sehari-hari, hal

tersebut merupakan penegakan hukum. Namun dalam istilah lain sering disebut penerapan hukum, atau dalam istilah bahasa asing sering disebut *rechistoepassing* dan *rechtshandhaving* (Belanda), *law enforcement* dan *application* (Amerika).²⁴

Penegakan hukum merupakan tugas eksekutif dalam struktur kelembagaan negara modern, dan dilaksanakan oleh birokrasi dari eksekutif dimaksud, atau yang disebut birokrasi penegakan hukum. Eksekutif dengan birokrasinya merupakan bagian dari mata rantai untuk mewujudkan rencana yang tercantum dalam peraturan (hukum) sesuai dengan bidang-bidang yang ditangani (*welfare state*).

Penegakan hukum menurut pendapat Soerjono Soekanto adalah kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan dalam kaidah-kaidah, pandangan-pandangan yang mantap dan mengejawantahkannya dalam sikap, tindak sebagai serangkaian penjabaran nilai

²⁴ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum*,... h. 175-183

tahap akhir untuk menciptakan kedamaian pergaulan hidup.²⁵ Dalam hal penegakan hukum di Indonesia khususnya dalam pemberantasan korupsi, Satjipto Raharjo berpandangan bahwa pada umumnya kita masih terpaku cara penegakan hukum yang konvensional, termasuk kultur. Hukum yang dijalankan berwatak liberal dan memiliki kultur liberal yang hanya menguntungkan sejumlah kecil orang (*privileged few*) di atas “penderitaan” banyak orang.²⁶ Untuk mengatasi ketidakseimbangan dan ketidakadilan itu, kita bisa melakukan langkah tegas (*affirmative action*). Langkah tegas itu dengan menciptakan suatu kultur penegakan hukum yang beda, sebutlah kultur kolektif. Mengubah kultur individual menjadi kolektif dalam penegakan hukum memang bukan hal yang mudah.

Sudikno Mertokusumo, mengatakan bahwa hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia, sehingga hukum harus dilaksanakan secara normal,

²⁵ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum*,... h. 3

²⁶ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum*,... h. 142-143

damai, tetapi dapat terjadi pula pelanggaran hukum, sehingga hukum harus ditegakkan agar hukum menjadi kenyataan.²⁷ Dalam penegakan hukum mengandung tiga unsur, pertama kepastian hukum (*rechtssicherheit*), yang berarti bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku dan tidak boleh menyimpang, atau dalam pepatah meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan (*fiat justitia et perezat mundus*). Hukum harus dapat menciptakan kepastian hukum karena hukum bertujuan untuk ketertiban masyarakat. Kedua kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), karena hukum untuk manusia maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat, jangan sampai justru karena hukumnya diterapkan menimbulkan keresahan masyarakat. Ketiga keadilan (*gerechtigheit*), bahwa dalam pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus adil karena hukum bersifat umum dan berlaku bagi setiap orang dan bersifat menyamaratakan. Tetapi hukum

²⁷ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum (Sebuah Pengantar)*, (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2005), h. 160-161

tidak identik dengan keadilan karena keadilan bersifat subyektif, individualistic dan tidak menyamaratakan.

Penegakan hukum menurut A. Hamid S. Attamimi seperti yang dikutip Siswanto Sunarno pada hakikatnya adalah penegakan norma-norma hukum, baik yang berfungsi suruhan (*gebot, command*) atau berfungsi lain seperti memberi kuasa (*ermachtigen, to empower*), membolehkan (*erlauben, to permit*), dan menyimpangi (*derogieren, to derogate*). Lebih lanjut Siswanto Sunarno mengatakan bahwa dalam suatu negara berdasarkan atas hukum materiil atau sosial yang bertekad memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa maka penegakan hukum peraturan perundang-undangan tidak dapat dicegah.²⁸

Andi Hamzah mengemukakan penegakan hukum disebut dalam bahasa Inggris Law Enforcement, bahasa Belanda rechtshandhaving. Beliau mengutip Handhaving Milieurecht, *Handhaving* adalah pengawasan dan

²⁸ Siswanto Sunarno, *Hukum Pemerintahan Daerah di Indonesia*, (Jakarta: PT. Sinar Grafika, 2008), h. 42

penerapan (atau dengan ancaman) penggunaan instrumen administratif, kepidanaan atau keperdataan dicapai penataan ketentuan hukum dan peraturan yang berlaku umum dan individual. *Handhaving meliputi fase law enforcement* yang berarti penegakan hukum secara *represif dan fase compliance* yang berarti preventif.²⁹

Koesnadi Hardjasoemantri mengemukakan: Perlu diperhatikan bahwa penegakan hukum dilaksanakan melalui berbagai jalur dengan berbagai sanksinya, seperti sanksi administrasi, sanksi perdata, dan sanksi pidana”.³⁰ Lebih lanjut Koesnadi Hardjasoemantri mengatakan bahwa:³¹

Penegakan hukum adalah kewajiban dari seluruh masyarakat dan untuk ini pemahaman tentang hak dan kewajiban menjadi syarat mutlak, masyarakat bukan penonton bagaimana hukum ditegakkan, akan tetapi masyarakat aktif berperan dalam penegakan hukum.

²⁹ Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), h. 48-49

³⁰ Koesnadi Hardjasoemantri, *Hukum Tata Lingkungan*, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2000), h. 375

³¹ Koesnadi Hardjasoemantri, *Hukum Tata*,... h. 375-376

Keith Hawkins mengemukakan seperti yang dikutip Koesnadi Hardjasoemantri bahwa: Penegakan hukum dapat dilihat dari dua sistem atau strategi, yang disebut *compliance* dengan *conciliatory style* sebagai karakteristiknya dan *sanctioning* dengan *penal style* sebagai karakteristiknya.³² Pendapat lain dari Milieurecht yang juga dikutip Koesnadi Hardjasoemantri mengatakan bahwa:

Penyidikan serta pelaksanaan sanksi administrasi atau sanksi pidana merupakan bagian akhir (Sluit stuk) dari penegakan hukum. Yang perlu ada terlebih dahulu adalah penegakan preventif, yaitu pengawasan atas pelaksanaan peraturan. Pengawasan preventif ini ditujukan kepada pemberian penerangan dan saran serta upaya meyakinkan seseorang dengan bijaksana agar beralih dari suasana pelanggaran ke tahap pemenuhan ketentuan peraturan.³³

C. Teori *Siyasah Dusturiyah*

1. Pengertian *Siyasah Dusturiyah*

Siyasah dusturiyah merupakan bagian *fiqh siyasah* yang membahas masalah perundang-undangan negara. Dalam bagian ini dibahas antara lain konsep-konsep

³² Koesnadi Hardjasoemantri, *Hukum Tata*,... h. 376

³³ Koesnadi Hardjasoemantri, *Hukum Tata*,... h.376

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.³⁴ Tujuan dibuatnya peraturan perundang-undangan adalah untuk mewujudkan kemaslahatan manusia dan untuk memenuhi kebutuhan manusia.

Permasalahan di dalam *fiqh 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, di dalam *fiqh 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.³⁵

³⁴ Muhammad Iqbal, *Kontekstualisasi Doktrin Politik Islam*, (Jakarta: Kencana, 2014), h 47

³⁵ H.A.Djazuli, *Fiqh Siyasah Implementasi Kemaslahatan Umat dalam Rambu-Rambu Syari'ah*, (Jakarta: Kencana, 2003), h 51

Abul A'la al-Maududi mendefenisikan dustur dengan: “Suatu dokumen yang memuat prinsip-prinsip pokok yang menjadi landasan pengaturan suatu negara”.³⁶

Dari pengertian di atas dapat disimpulkan bahwa kata-kata dustur sama dengan *constitution* dalam bahasa Inggris, atau Undang-Undang Dasar dalam bahasa Indonesia, kata-kata “dasar” dalam bahasa Indonesia tersebut tidaklah mustahil berasal dari kata dustur tersebut di atas.

Bila dipahami penggunaan istilah *fiqh dusturi*, untuk nama satu ilmu yang membahas masalah-masalah pemerintahan dalam arti luas, karena di dalam *dustur* itulah tercantum sekumpulan prinsip-prinsip pengaturan kekuasaan di dalam pemerintahan suatu negara, sebagai dustur dalam satu negara sudah tentu perundang-undangan dan aturan-aturan lainnya yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan dustur tersebut.³⁷

52 ³⁶ H.A.Djazuli, *Fiqh Siyasah Implementasi Kemaslahatan Umat ...*, h

53 ³⁷ H.A.Djazuli, *Fiqh Siyasah Implementasi Kemaslahatan Umat ...*, h

Dalam fiqh siyasah, konstitusi disebut juga dengan “*dusturi*”. Kata ini berasal dari bahasa Persia. Semula artinya adalah “seseorang yang memiliki otoritas, baik dalam bidang politik maupun agama.” Dalam perkembangan selanjutnya, kata ini digunakan untuk menunjukkan anggota kependetaan (pemuka agama) *Zoroaster (Majusi)*. Setelah mengalami penyerapan ke dalam bahasa Arab, kata *dustur* berkembang pengertiannya menjadi asas, dasar, atau pembinaan. Menurut istilah, *dustur* berarti kumpulan kaidah yang mengatur dasar dan hubungan kerja sama antara sesama anggota masyarakat dalam sebuah negara, baik yang tidak tertulis (*konyensi*) maupun tertulis (konstitusi). Kata *dustur* juga sudah diserap ke dalam bahasa Indonesia yang salah satu artinya adalah undang-undang dasar suatu negara.³⁸

Menurut Abdul Wahhab Khallaf, prinsip-prinsip yang diletakkan Islam dalam perumusan undang-undang

³⁸ Muhammad Iqbal, *Kontekstualisasi Doktrin ...*, h 177-178

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

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.

³⁹ Muhammad Iqbal, *Kontekstualisasi Doktrin ...*, h 177-178

2. Ruang Lingkup dan Kajian *Siyasah Dusturiyah*

Fiqh siyasah dusturiyah mencakup bidang kehidupan yang sangat luas dan kompleks. Sekalipun demikian, secara umum disiplin ini meliputi hal-hal sebagai berikut:⁴⁰

- (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 *wizarah* dan perbandingannya

Persoalan *fiqh siyasah dusturiyah* umumnya tidak dapat dilepaskan dari dua hal pokok: pertama, dalil-dalil kulliy, baik ayat-ayat Al-Qur'an maupun Hadis, maqosidu syariah, dan semangat ajaran Islam di dalam mengatur masyarakat, yang tidak akan berubah bagaimanapun perubahan masyarakat. Karena dalil-dalil kulliy tersebut menjadi unsur dinamisator di dalam mengubah masyarakat. Kedua, aturan-aturan yang dapat berubah karena perubahan situasi dan kondisi, termasuk di

⁴⁰ H.A.Djazuli, *Fiqh Siyasah Implementasi ...*, h 47

dalamnya hasil ijtihad ulama, meskipun tidak seluruhnya.⁴¹

Apabila dilihat dari sisi lain *fiqh siyasah dusturiyah* dapat dibagi kepada:⁴²

- (1) Bidang *siyasah tasyri'iyah*, termasuk di dalamnya persoalan *ahl al-hall wa al 'aqd*, perwakilan persoalan rakyat. Hubungan muslimin dan non-muslim di dalam suatu negara, seperti Undang-Undang Dasar, undang-undang, peraturan pelaksanaan, peraturan daerah dan sebagainya.
- (2) Bidang *siyasah tanfidhiyah*, termasuk di dalamnya persoalan *imamah*, persoalan *bai'ah*, *wuzarah*, *waliy al-ahdi*, dan lain-lain.
- (3) Bidang *siyasah qadha'iyah*, termasuk di dalamnya masalah-masalah peradilan.
- (4) Bidang *siyasah idariyah*, termasuk di dalamnya masalah-masalah administratif dan kepegawaian.

Sesuai dengan tujuan negara menciptakan kemaslahatan bagi seluruh manusia, maka negara mempunyai tugas-tugas penting untuk merealisasikan tujuan tersebut. Ada tiga tugas utama yang dimainkan oleh negara dalam hal ini.

Pertama, tugas menciptakan perundang-undangan yang sesuai dengan ajaran Islam. Untuk melaksanakan

⁴¹ H.A.Djazuli, *Fiqh Siyasah Implementasi ...*, h 47-48

⁴² H.A.Djazuli, *Fiqh Siyasah Implementasi ...*, h 48

tugas ini, maka negara memiliki kekuasaan legislatif (*al-sulthah al-tasyri'iyah*). Dalam hal ini, negara memiliki kewenangan untuk melakukan interpretasi, analogi dan inferensi atas nash-nash Al-Qur'an dan Hadis. Interpretasi adalah usaha negara untuk memahami dan mencari maksud sebenarnya tuntutan hukum yang dijelaskan nash. Adapun analogi adalah melakukan metode Qiyas suatu hukum yang ada nash-nya, terhadap masalah yang berkembang berdasarkan persamaan sebab hukum. Sementara inferensi adalah metode membuat perundang-undangan dengan memahami prinsip-prinsip *syari'ah* dan kehendak *syar'i* (Allah). Bila tidak ada nash sama sekali, maka wilayah kekuasaan legislatif lebih luas dan besar, sejauh tidak menyimpang dari prinsip-prinsip ajaran Islam tersebut.

Dalam realitas sejarah, kekuasaan legislatif ini pernah dilaksanakan oleh lembaga *ahl al-hall wa al 'aqd*. Kemudian dalam bahasa modern sekarang, lembaga ini biasanya mengambil bentuk sebagai majelis syura

(parlemen). Kedua, tugas melaksanakan undang-undang. Untuk melaksanakannya, negara memiliki kekuasaan eksekutif (*al-sulthah al-tanfidziyah*). Di sini negara memiliki kewenangan untuk menjabarkan dan mengaktualisasikan perundang-undangan yang telah dirumuskan tersebut. Dalam hal ini, negara melakukan kebijakan baik yang berhubungan dengan dalam negeri, maupun yang menyangkut dengan hubungan dengan negara lain (hubungan internasional). Pelaksana tertinggi kekuasaan ini adalah pemerintah (kepala negara) dibantu oleh para pembantunya (kabinet atau dewan menteri) yang dibentuk sesuai kebutuhan dan tuntutan situasi yang berbeda antara satu negara dengan negara Islam lainnya. Sebagaimana halnya kebijaksanaan legislatif yang tidak boleh menyimpang dari semangat nilai-nilai ajaran Islam, kebijaksanaan politik kekuasaan eksekutif juga harus sesuai dengan semangat nash dan kemaslahatan.

Ketiga, tugas mempertahankan hukum dan perundang-undangan yang telah diciptakan oleh lembaga

legislatif. Tugas ini dilakukan oleh lembaga yudikatif (*al-sulthah al-qadha'iyah*). 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 antara sesama warganya, baik perdata maupun pidana) dan wilayah *al-mazhalim* (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 HAM rakyat).⁴³

Berdasarkan teori *siyash duturiyah* di atas, penulis ingin menilai Tinjauan Yuridis Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2017 Tentang Perlindungan Pekerja Migran Indonesia Dalam

⁴³ Muhammad Iqbal, *Kontekstualisasi Doktrin ...*, h 157-158

Perspektif Siyasah Dusturiyah, serta dapat diajukan sebagai solusi yang baik mengenai tugas, fungsi dan wewenang dalam menjalankan tugas-tugas yang telah diamanahkan.

