

BAB II KAJIAN TEORI

A. Teori Kewenangan

Kewenangan atau wewenang memiliki kedudukan penting dalam kajian hukum tata Negara dan hukum administrasi. Sebegitu pentingnya kewenangan ini sehingga F.A.M. Stroink dan J.G Steenbeek menyatakan :*“Het Begrip bevoegdheid is dan ook een kembegrip in he staatsen administratief recht”*. Dari pernyataan ini dapat ditarik suatu pengertian bahwa wewenang merupakan konsep inti dari hukum tata Negara dan hukum administrasi. Istilah wewenang atau kewenangan disejajarkan dengan *“authority”* dalam bahasa Inggris dan *“bevoegdheid”* dalam bahasa Belanda. *Authority* dalam *Black’s Law Dictionary* diartikan sebagai *Legal Power a right to command or to act; the right and power of public officers to require obedience to their orders lawfully issued in scope of their public duties*. (kewenangan atau wewenang adalah kekuasaan hukum, hak untuk memerintah atau bertindak; hak atau kekuasaan pejabat publik untuk mematuhi aturan hukum dalam lingkup melaksanakan kewajiban publik). Wewenang sebagai konsep hukum publik sekurang-kurangnya terdiri dari tiga komponen, yaitu; pengaruh, dasar hukum dan konformitas hukum.²⁵

- 1) Komponen pengaruh adalah bahwa penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subjek hukum.
- 2) Komponen dasar hukum bahwa wewenang itu selalu dapat ditunjukkan dasar hukumnya.

²⁵ Nur Basuki Winarnro, *Penyalahgunaan Wewenang dan Tindak Pidana Korupsi*, (Yogyakarta: laksbang mediatama, 2008), h 65

- 3) Komponen konformitas mengandung makna adanya standar wewenang yaitu standar umum (semua jenis wewenang) dan standar khusus (untuk jenis wewenang tertentu).

Pada hukum publik, wewenang berkaitan dengan kekuasaan.²⁶ Kekuasaan memiliki makna yang sama dengan wewenang karena kekuasaan yang dimiliki oleh Eksekutif, Legislatif, dan Yudikatif adalah kekuasaan formal. Kekuasaan merupakan unsur esensial dari suatu negara dalam proses penyelenggaraan pemerintahan di samping unsur-unsur lainnya, yaitu:²⁷

1. Hukum;
2. Kewenangan (wewenang);
3. Keadilan;
4. Kejujuran;
5. Kebijakbestarian; dan
6. Kebajikan.

Robert M. Mac Iver melihat kekuasaan itu dari sumbernya. Kekuasaan dapat bersumber dari kekerasan fisik, kekayaan, dan kepercayaan. Agar kekuasaan dapat dijalankan maka dibutuhkan penguasa atau organ sehingga negara itu dikonsepsikan sebagai himpunan jabatan-jabatan (*een ambten complex*) dimana jabatan-jabatan itu diisi oleh sejumlah pejabat yang mendukung hak dan kewajiban tertentu berdasarkan konstruksi subjek-kewajiban. Dengan demikian, lahirlah teori yang menyatakan bahwa negara merupakan subjek hukum buatan atau tidak asli atau yang disebut teori organ atau organis.²⁸

²⁶ Philipus M. Hadjon, *Tentang Wewenang...*, h. 1.

²⁷ Rusadi Kantaprawira, *Hukum dan Kekuasaan*, (Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia, 1998) h. 37-38.

²⁸ Abdul Rasyid Thalib, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Aplikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006), h. 209.

Kekuasaan mempunyai dua aspek, yaitu aspek politik dan aspek hukum, sedangkan kewenangan hanya beraspek hukum semata. Artinya, kekuasaan itu dapat bersumber dari konstitusi, juga dapat bersumber dari inkonstitusional, misalnya melalui kudeta ataupun perang. Sedangkan kewenangan jelas bersumber dari konstitusi.²⁹

Pada Kamus Besar Bahasa Indonesia memberi pengertian kewenangan sebagai hak dan kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu.³⁰ Wewenang artinya hak dan kekuasaan untuk bertindak atau kekuasaan untuk membuat keputusan, memerintah dan melimpahkan kepada orang lain. Sedangkan arti kewenangan itu sendiri adalah hak dan kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu.

Menurut Philipus M. Hadjon (disebut juga dengan istilah kompetensi) terdiri dari atribusi, delegasi, dan mandat. Atribusi adalah wewenang yang melekat pada suatu jabatan. Delegasi wewenang adalah pemindahan atau pengalihan suatu kewenangan yang ada. Dalam hal mandat, tidak ada sama sekali pengakuan kewenangan atau pengalih tangan kewenangan, artinya orang yang diberi mandat menjalankan kewenangan untuk dan atas nama pemberi mandat atau orang yang mempunyai kewenangan.³¹

M. Solly Lubis berpendapat bahwa tugas adalah kekuasaan dalam rangka pelaksanaan pemerintahan Negara sesuai dengan tujuan-tujuan yang telah diterapkan dalam konstitusi ataupun peraturan-peraturan pelaksanaannya. Sedangkan arti wewenang adalah

²⁹ Abdul Rasyid Thalib, *Wewenang Mahkamah...*, h. 209.

³⁰ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka Jakarta, 1991), h. 170.

³¹ Philipus M. Hadjon, et.all, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1997), h. 130.

pelaksanaan teknis urusan yang dimaksud (tugas). Dengan kata lain, tugas lebih prinsipil dari pada wewenang yang sifatnya lebih teknis.³²

“Kewenangan” adalah apa yang disebut “kekuasaan formal”, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh Undang-undang atau legislatif dari kekuasaan eksekutif atau administratif.³³ Karenanya, merupakan kekuasaan dari segolongan prang tertentu atau kekuasaan terhadap suatu bidang pemerintahan atau urusan pemerintahan tertentu yang bulat. Sedangkan “wewenang” hanya mengenai suatu “*onderdeel*” (bagian) tertentu saja dari kewenangan. Kewenangan bidang kekuasaan kehakiman atau kekuasaan mengadili sebaiknya sebut kompetensi atau yuridiksi walaupun dalam praktik perbedaannya tidak selalu dirasakan perlu.³⁴

Berdasarkan beberapa definisi diatas, untuk membatasi pengertian kewenangan dalam tulisan ini, penulis menyimpulkan bahwa kewenangan pada hakekatnya adalah kekuasaan dalam melaksanakan kewajiban ataupun tugas-tugas yang diemban pada seseorang atau suatu organ negara.

Berdasarkan sumbernya, wewenang dibedakan menjadi dua yaitu wewenang personal dan wewenang ofisial. Wewenang personal yaitu wewenang yang bersumber pada intelegensi, pengalaman, nilai atau norma, dan kesanggupan untuk memimpin. Sedangkan wewenang ofisial merupakan

³² M. Solly Lubis, *Hukum Tata Negara*, (Bandung: Mandar Maju, 2001), h. 55.

³³ John Kenedi, *Kebijakan Hukum Pidana (Penal Policy) Dalam Sistem Penegakan Hukum di Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2017), h. 22

³⁴ Abdul Rasyid Thalib, *Wewenang Mahkamah...*, h. 210.

wewenang resmi yang diterima dari wewenang yang berada di atasnya.³⁵

Kewenangan diperoleh melalui 2 (dua) cara yaitu:

1. Atribusi

Atribusi adalah wewenang yang melekat pada suatu jabatan. Dalam tinjauan hukum tata negara, atribusi ini ditunjukkan dalam wewenang yang dimiliki oleh organ Pemerintah dalam menjalankan pemerintahannya berdasarkan kewenangan yang dibentuk oleh pembuat undang-undang. Atribusi ini menunjuk pada kewenangan asli atas dasar konstitusi (UUD) atau peraturan perundang-undangan.³⁶

2. Pelimpahan Wewenang

Pelimpahan wewenang adalah penyerahan sebagian dari wewenang pejabat atasan kepada bawahan tersebut membantu dalam melaksanakan tugas-tugas kewajibannya untuk bertindak sendiri. Pelimpahan wewenang ini dimaksudkan untuk menunjang kelancaran tugas dan ketertiban alur komunikasi yang bertanggung jawab, dan sepanjang tidak ditentukan secara khusus oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku.³⁷

Selain secara atribusi, wewenang juga dapat diperoleh melalui proses pelimpahan yang disebut:³⁸

a. Delegasi

Delegasi dalam istilah hukum adalah penyerahan wewenang dari pejabat yang lebih tinggi. H.D. Van Wijk berpendapat bahwapengertian dari delegasi adalah penyerahan wewenang pemerintah dari suatu badan atau

³⁵ M. Jeffri Arlinandes Chandra dan JT. Pareke, *Kewenangan Bank Indonesia dalam Pengaturan dan Pengawasan Perbankan di Indonesia setelah Terbitnya UU Nomor 21 Tahun 2011 tentang OJK*, (Bengkulu: Zigie Utama, 2018), h. 60.

³⁶ M. Jeffri Arlinandes Chandra dan JT. Pareke, *Kewenangan Bank...*, h. 61.

³⁷ M. Jeffri Arlinandes Chandra dan JT. Pareke, *Kewenangan Bank...*, h. 61.

³⁸ M. Jeffri Arlinandes Chandra dan JT. Pareke, *Kewenangan Bank...*, h. 62.

pejabat pemerintahan kepada pejabat pemerintahan lainnya.³⁹

Pada delegasi tidak ada penciptaan wewenang, yang ada hanya pelimpahan wewenang dari pejabat yang satu ke pejabat lainnya. Tanggung jawab yuridis tidak lagi berada pada pemberi delegasi (delegan) tapi beralih pada penerima delegasi (delegataris).⁴⁰

Delegasi harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:⁴¹

- 1) Delegasi harus definitif, artinya delegasi tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;
- 2) Delegasi harus berdasarkan ketentuan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan jika ada ketentuan yang memungkinkan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;
- 3) Delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;
- 4) Kewajiban memberi keterangan (penjelasan), artinya delegans berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut;
- 5) Peraturan kebijakan (*beleidsregel*), artinya delegans memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.

b. Mandat

Pada Mandat, tidak terdapat suatu pemindahan kewenangan tetapi pemberi mandat (mandator) memberikan kewenangan kepada orang lain (mandataris)

³⁹ Asmaeny Azis Izlindawati, *Constitutional Complaint & Constitutional Question dalam Negara Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2018), h. 51.

⁴⁰ Asmaeny Azis Izlindawati, *Constitutional Complaint...*, h. 51.

⁴¹ Asmaeny Azis Izlindawati, *Constitutional Complaint...*, h. 51

untuk membuat keputusan atau mengambil suatu tindakan atas namanya. Umumnya mandat diberikan dalam hubungan kerja internal antara atasan dan bawahan.⁴²

Ada perbedaan mendasar antara kewenangan atribusi dan delegasi. Pada atribusi, kewenangan yang ada siap dilimpahkan, tetapi tidak demikian pada delegasi. Berkaitan dengan asas legalitas, kewenangan tidak dapat didelegasikan secara besar-besaran, tetapi hanya mungkin dibawah kondisi bahwa peraturan hukum menentukan mengenai kemungkinan delegasi tersebut.⁴³

Kewenangan harus dilandasi oleh ketentuan hukum yang ada (konstitusi), sehingga kewenangan tersebut merupakan kewenangan yang sah. Dengan demikian, pejabat (organ) dalam mengeluarkan keputusan didukung oleh sumber kewenangan tersebut. Stroink menjelaskan bahwa sumber kewenangan dapat diperoleh bagi pejabat atau organ (institusi) pemerintahan dengan cara atribusi, delegasi, dan mandat.⁴⁴ Kewenangan organ (institusi) Pemerintah adalah suatu kewenangan yang dikuatkan oleh hukum positif guna mengatur dan mempertahankannya tanpa kewenangan tidak dapat dikeluarkan suatu keputusan yuridis yang benar.⁴⁵

Berdasarkan paparan teori diatas penulis menggunakan teori kewenangan karena terkait dengan skripsi ini membahas tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia Oleh Kantor Wilayah Kementerian Hukum Dan Hak Asasi Manusia Bengkulu Perspektif Siyasah Dusturiyah, untuk itu teori ini digunakan untuk mengetahui apa-apa saja

⁴² M. Jeffri Arlinandes Chandra dan JT. Pareke, *Kewenangan Bank...*, h. 64

⁴³ M. Jeffri Arlinandes Chandra dan JT. Pareke, *Kewenangan Bank...*, h. 64

⁴⁴ John Kenedi, Urgensi Penegakan Hukum Dalam Hidup Berbangsa Dan Bernegara, *Jurnal El-Afkar*, Vol. 5 No.2 Tahun 2016, h. 5

⁴⁵ Abdul Rasyid Thalib, *Wewenang Mahkamah...*, h. 219

yang menjadi kewenangan Mahkamah Agung dan kewenangan Komisi Yudisial dalam mengawasi etika hakim dan tata cara masing-masing lembaga dalam menangani setiap laporan.

B. Konsep Tentang Hak Asasi Manusia

Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia menyentuh setiap aspek kehidupan semua orang. Dengan demikian untuk melindungi dan memajukan rencana aksi nasional hak asasi manusia maka kewajiban pemerintah Indonesia adalah memastikan bahwa hak-hak yang di tetapkan dalam undang-undang nomor 39 tahun 1999 tentang hak asasi manusia serta beberapa ratifikasi konvenan yang telah dijadikan peraturan perundang-undangan telah terpenuhi bagi masyarakat. Pemberian hak formal atau hukum hanyalah satu langkah dalam proses tersebut. Negara wajib menjamin bahwa hak benar-benar dinikmati oleh orang-orang yang layak menerimanya.⁴⁶

Untuk mencapai tujuan ini, juga perlu dilakukan adopsi terhadap implementasi kebijakan dan praktek baru untuk memberlakukan setiap perundang-undangan. Mungkin diperlukan pendidikan dan pelatihan baik untuk para pejabat maupun masyarakat umum, dan juga alokasi sumber daya yang memadai bagi pelayanan yang relevan.⁴⁷

Marsuki menyebutkan bahwa bagian penting dari prinsip partisipasi dalam konsepsi responsif bidang HAM adalah sifat afirmatif yang dilegalisasi melalui peraturan perundang-undangan sebagai respon atas kebutuhan riil masyarakat. Jika pada aspek hak sipil dan hak politik (HSP) prinsip kebebasan dikerangka sebagai ruang pemenuhan hak-hak, maka hak bidang ekonomi sosial dan budaya dikonstruksikan sebagai aksi

⁴⁶ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan Presiden Nomor 75 Tahun 2015 Tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia Dalam Kebijakan Hukum Pemerintah Daerah Provinsi Sumatera Utara*, Tesis Universitas Sumatera Utara Medan Fakultas Hukum Program Studi Magister Ilmu Hukum 2019, h. 65

⁴⁷ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan,...* h. 66

afirmatif untuk tujuan Equal Opportunity agar kelompok atau golongan tertentu yang rentan, memperoleh peluang yang setara dengan kelompok atau golongan lain yang kuat.⁴⁸ Maka kebijakan yang diambil adalah kebijakan yang memberi posisi hukum sebagai hak yang bisa dikomplain pemenuhannya secara hukum (*justiciabel*).⁴⁹

Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia merupakan salah satu wujud kongkrit dalam rangka menjamin terlaksanannya kewajiban-kewajiban yang tercantum dalam hak asasi manusia. Rencana aksi nasional hak asasi manusia, ini juga menunjukkan bahwa pemerintah Indonesia konsen terhadap bagaimana melaksanakan kewajibannya guna memastikan bahwa semua orang benar-benar menikmati hak-hak mereka. Pemerintah tidak ingin dinilai oleh dunia internasional lagi sebagai negara yang paling sering melakukan pelanggaran hak asasi manusia.⁵⁰

RANHAM juga merupakan usaha untuk membangun masyarakat desa melalui program-program yang bersentuhan langsung oleh masyarakat desa yang akan dilakukan oleh panitia RANHAM Kabupaten. Menurut pembangunan pedesaan juga tidak hanya mencakup implementasi program-program peningkatan kesejahteraan sosial melalui distribusi uang dan jasa untuk mencukupi kebutuhan dasar.⁵¹

Lebih dari itu adalah sebuah upaya dengan spektrum kegiatan yang menyentuh pemenuhan berbagai macam kebutuhan sehingga segenap anggota masyarakat dapat mandiri, percaya diri, tidak bergantung dan dapat lepas dari belenggu struktural yang membuat hidup sengsara.

⁴⁸ John Kenedi, Profesi Hukum dan Kode etik profesi, *Jurnal El-Afkar*, Vol. 5, No.1 Tahun 2016, h. 6

⁴⁹ Marzuki, *Tragedi Politik Hukum HAM*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011), h 433

⁵⁰ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 66

⁵¹ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 67

Proses RANHAM tersebut merupakan pendekatan pada aksi hak asasi manusia, persuasip dan kerjasama teknis, bukan pendekatan yang memberlakukan sanksi akan tetapi tidak menutup kemungkinan apabila tindakan pelanggaran terhadap kemanusiaan itu akan di rekomendasikan oleh panitia RANHAM untuk di proses berdasarkan aturan hukum yang berlaku.⁵²

Patut memanjatkan puji dan syukur kepada Allah SWT/Tuhan YME karena suatu Rencana Aksi Nasional Yang merupakan salah satu agenda kongkrit bagi semua pihak terkait untuk mengedepankan nilai-nilai keadilan, keterbukaan, inklusifme, pemerataan akses dan penegakan sistem melalui supremasi hukum, telah tertuang dalam Keputusan Presiden No. 40 tahun 2004 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia, untuk priode tahun 2004-2009 KEPRES ini telah dipertegas lagi dalam peraturan Presiden No. 7/2005 yang dikeluarkan pada 19 januari 2005 bahwa RANHAM sebagai Gerakan Nasional yang mengatur implementasi rencana aksi nasional bagi pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia bagi semua warga negara.⁵³

Saat ini pemerintah telah mengeluarkan regulasi terbaru terkait RANHAM yaitu: Peraturan Presiden No. 23 tahun 2011 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia untuk priode tahun 2011-2014. Dalam pasal 1 angka 2 Peraturan Presiden ini yang dimaksud dengan Rencana Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia yang selanjutnya disingkat RANHAM adalah: Rencana aksi yang disusun sebagai pedoman pelaksanaan penghormatan, pemajuan, pemenuhan, perlindungan, dan penegakan HAM di Indonesia.

Lebih lanjut dalam Peraturan Presiden No. 23 tahun 2011 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia untuk

⁵² Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 67

⁵³ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 68

periode tahun 2011-2014 pasal 1 angka 4 menyebutkan: Panitia RANHAM Nasional adalah panitia yang dibentuk oleh Presiden untuk melaksanakan RANHAM.

Sedangkan dalam pasal 1 angka 5 menyebutkan: Panitia RANHAM Provinsi adalah panitia yang dibentuk oleh Gubernur sebagai penanggungjawab pelaksanaan RANHAM di provinsi yang bersangkutan. dalam pasal 1 angka 6 menyebutkan: Panitia RANHAM Kabupaten/Kota adalah panitia yang dibentuk oleh Bupati/Walikota sebagai penanggungjawab pelaksanaan RANHAM di kabupaten/kota yang bersangkutan.⁵⁴

Pembentukan RANHAM menurut pasal 2 menyatakan bahwa: RANHAM bertujuan untuk meningkatkan penghormatan, pemajuan, pemenuhan, perlindungan, dan penegakan HAM di Indonesia dengan mempertimbangkan nilai-nilai agama, moral, adat istiadat, budaya, dan keamanan, serta ketertiban bangsa Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

RANHAM merupakan salah satu solusi untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan besar bangsa dan negara ini terkait masalah hukum, politik, budaya, sosial, ekonomi dan lainnya jika kita melaksanakan RANHAM betul-betul seperti apa yang diamanahkan oleh Peraturan Presiden No. 23 tahun 2011 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia untuk periode tahun 2011-2014 ini.⁵⁵

Secara tipikal menurut Wahab pembuatan kebijaksanaan dikenal ada 3 (tiga) teori pengambilan keputusan yang paling dianggap sering dibicarakan dalam pelbagai keputusan kebijaksanaan negara. Teori dimaksud adalah:⁵⁶

1. Teori Rasional Konprehensif

⁵⁴ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 69

⁵⁵ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 70

⁵⁶ Wahab, *Analisi Kebijakan*, (Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2010), h. 65

Unsur-unsur utama dari teori ini dapat dikemukakan sebagai berikut:

- a. Pembautan keputusan dihadapkan pada suatu masalah tertentu yang dapat dibedakan dari masalah-masalah yang dapat diperbandingkan satu sama lain.
 - b. Tujuan-tujuan nilai-nilai, atau sasaran yang mempedomani pembuat keputusan amat jelas dan dapat ditetapkan rangkingnya sesuai dengan urutan kepentingannya.
 - c. Pelbagai alternatif untuk memecahkan masalah tersebut diteliti secara saksama.
 - d. Akibat-akibat (biaya dan manfaat) yang ditimbulkan oleh setiap alternatif yang dipilih diteliti.
 - e. Setiap alternatif dan masing-masing akibat yang menyertainya, dapat diperbandingkan dengan alternatif-alternatif lainnya.
 - f. Pembuatan keputusan akan memilih alternatif, dan akibat-akibatnya yang dapat memaksimasi tercapainya tujuan, nilai atau sasaran yang telah digariskan.
2. Teori Inkremental

Teori inkremental ini merupakan ciri khas proses pembuatan keputusan dalam masyarakat yang strukturnya majemuk, seperti Amerika Serikat. Pokok-pokok inkremental dapat diuraikan sebagai berikut:⁵⁷

- a. Pemilihan tujuan atau sasaran dan analisis tindakan empiris yang diperlukan untuk mencapainya dipandang sebagai sesuatu hal yang saling terkait daripada sebagai sesuatuh yang saling terpisah.
- b. Pembuatan keputusan dianggap hanya mempertimbangkan beberapa alternatif yang langsung berhubungan dengan pokok masalah, dan alternatif-alternatif ini hanya dipandang berbeda secara inkremental

⁵⁷ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 71

atau marginal bila dibandingkan dengan kebijaksanaan yang ada sekarang.

- c. Bagi tiap alternatif hanya sejumlah kecil akibat-akibat yang mendasar saja yang akan dievaluasi.
 - d. Masalah yang dihadapi oleh pembuat keputusan akan diredefinisikan secara teratur. Pandangan inkrementalisme memberikan kemungkinan untuk mempertimbangkan dan menyesuaikan tujuan dan sarana serta sarana dan tujuan sehingga menjadikan dampak dari masalah itu lebih dapat ditanggulangi.
 - e. Bahwa tidak ada keputusan atau cara pemecahan yang tepat bagi tiap masalah. Batu uji bagi keputusan yang baik terletak pada keyakinan bahwa berbagai analisis pada akhirnya akan sepakat pada keputusan tertentu, meskipun tanpa menyepakati bahwa keputusan itu adalah yang paling tepat sebagai sarana untuk mencapai tujuan.
 - f. Pembuatan keputusan yang inkremental pada hakikatnya bersifat perbaikan-perbaikan kecil dan hal ini lebih diarahkan untuk memperbaiki ketidaksempurnaan dari upaya-upaya konkret dalam mengatasi masalah sosial yang ada sekarang daripada sebagai upaya untuk menyodorkan tujuan-tujuan sosial yang sama sekali baru di masa yang akan datang.
3. Teori Pengamatan Terpadu

Teori ini merupakan teori yang dikembangkan oleh ahli sosiologi organisasi yaitu Amita Etzioni. Etzioni setuju terhadap kritik-kritik para teoritis inkremental yang diarahkan pada teori rasional komprehensif, akan tetapi ia juga menunjukkan adanya beberapa kelemahan yang terdapat pada teori inkremental.⁵⁸

Pembangunan bidang hukum dan HAM di Indonesia mencapai berbagai kemajuan yang dapat diukur melalui

⁵⁸ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 74

penerapan prinsip-prinsip tata kelola pemerintahan yang baik dan pengharmonisasian rancangan peraturan perundang-undangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi/ sederajat, kepentingan umum, prinsip-prinsip gender, keberpihakan pada kelompok miskin dan hak asasi manusia.⁵⁹ Dalam rangka meningkatkan pelayanan kepada masyarakat telah dilakukan penerapan teknologi informasi dan komunikasi serta perbaikan kerangka regulasi pelayanan badan hukum melalui sistem administrasi badan hukum, pelayanan dan pengawasan keimigrasian melalui pembangunan dan pengembangan sistem informasi manajemen keimigrasian (SIMKIN), yang meliputi pembangunan dan pengembangan E-Office, enhanced cekal, sistem penerbitan Surat Perjalanan Republik Indonesia (SPRI) untuk mendukung penerbitan E-Passport pada tahun 2010, pembangunan Border Control Management (BCM) yang terintegrasi serta didukung oleh pembangunan Disaster Recovery Centre (DRC) dan pelayanan hak kekayaan intelektual melalui pengembangan sistem otomasi. Pelaksanaan hak asasi manusia selama kurun waktu awal reformasi dapat dilihat dari perkembangan pemajuan hak asasi manusia di Indonesia dengan mulai dilaksanakannya Kovenan Internasional tentang hak ekonomi, sosial dan budaya 1966 serta Kovenan Internasional tentang hak sipil dan politik 1966 yang merupakan instrumen hak asasi manusia Internasional utama bagi pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia di dunia, yang telah diratifikasi melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan Internasional Covenant on Economic,

⁵⁹ Ade Kosasih, John Kenedi, Imam Mahdi, *DINAMIKA HUKUM ADMINISTRASI INDONESIA Mengenal Konstruksi Baru Hukum Administrasi Pasca Terbitnya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan*, (Bengkulu: Vanda, 2017), h. 67

Social and Cultural Rights dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Internasional Covenant on Civil and Political Right, serta banyak lagi capaian-capaian yang telah di peroleh.⁶⁰

Namun demikian penegakan hukum dan HAM di Indonesia masih banyak hal lagi yang harus perlu perbaikan dan pembinaan khususnya dalam bidang penegakan hukum. Penulis membaginya dala 3 (tiga) golongan Sebagai contoh:⁶¹

- a. Dalam bidang yudikatif: Masih banyak penegak hukum (hakim, jaksa dan polisi) “nakal” yang suka “menjual hukum” kepada para “markus” (makelar kasus) sehingga penegakan hukum secara baik dan benar tidak terlaksana.
- b. Dalam bidang legislatif: perencanaan pembuatan regulasi melalui PROLEGNAS (program legislasi nasional) lebih cenderung mengarah kepada pembuatan perundang-undangan yang malah melemahkan lembaga-lembaga yang di nilai sudah mulai berjalan dengan baik, contoh: DPR merencanakan merefisi undang-undang tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dimana draf dari rancangan undang-undang, oleh sebagian pakar hukum adalah dalam rangka melemahkan kewenangan yang di miliki oleh KPK.
- c. Dalam bidang eksekutif: buruknya penegakan hukum di Indonesia tidak di respon cepat oleh pemerintah, pemerintah tidak mampu membaca kabinet mana yang para menteriya tidak mampu bekerja dengan baik dan benar malah melakukan resufel dan memposisikan menteri-menteri baru pada posisi yang sebenarnya menurut kapasitas dan kemampuan menteri itu bukan pada bidangnya. Pemerintah hanya terkesan

⁶⁰ Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-Undangan Kementerian Hukum dan HAM RI, 2006

⁶¹ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 75

mengamankan posisi kabinet sampai akhir periode pemerintahannya saja.⁶²

Maka perubahan yang “ekstrim” memang di butuhkan oleh bangsa ini sehingga kita tidak semakin terpuruk pada penegakan hukum yang terkesan ‘tebang pilih’. Kehadiran Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia mulai periode tahun 1998 sampai dengan periode tahun 2011 ini tidak mampu di laksanakan dan di jabarkan oleh seluruh stakeholder sebagai upaya yang sistematis dalam rangka penegakan bukan hanya hak asasi manusia saja akan tetapi penegakan hukum.

Namun hal ini juga tidak bisa dikatakan bahwa eksistensi RANHAM itu sendiri di Indonesia tidak terlaksana akan tetapi belum terlaksana secara optimal. Eksistensi RANHAM secara mendasar telah merubah paradigma masyarakat yang dulunya memandang bahwa hak asasi manusia adalah konsep penjajahan baru oleh bangsa-bangsa luar terhadap bangsa Indonesia melalui Embargo yang pernah di terima oleh bangsa Indonesia, sekarang masyarakat merasa hak asasi manusia bagian dari kebutuhan masyarakat yang tidak bisa terlepas. Yang menjadi masalah saat ini adalah masyarakat lebih mengenal kebutuhan hak asasi manusianya saja yang harus di penuhi oleh pemerintah tanpa memahami kewajiban hak asasi manusianya yang telah di berikan kepada pemerintah.⁶³

Selain daripada itu eksistensi RANHAM terhadap dunia internasional menunjukkan bahwa politik hukum Indonesia terhadap dunia internasional telah merubah cara pandang anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) terhadap bangsa Indonesia yang dulunya memandang Indonesia

⁶² John Kenedi, Profesi Hukum dan Kode etik profesi, *Jurnal El-Afkar*, Vol. 5, No.1 Tahun 2016, h. 12

⁶³ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 76

sebagai negara yang melakukan kejahatan kemanusiaan dengan tingkat kasus yang cukup menonjol, saat ini Indonesia dipandang sebagai negara yang tergolong mampu melakukan penegakan hak asasi manusia dengan baik, ini dapat dilihat dengan telah di bentuknya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Peradilan Hak Hsasi Manusia, telah di buatnya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, telah dibentuknya Komisi Hak Asasi Manusia, telah diratifikasinya beberapa konvensi maupun konvenan hak asasi manusia kedalam undang-undang telah mengadili beberapa kasus-kasus besar hak asasi manusia seperti kasus tanjung priok, kasus Timur Leste walaupun di nilai oleh sebagian masyarakat bahwa pelaku kejahatan hak asasi manusia tidak mampu menggiring tokoh-tokoh utama dari kasus-kasus dimaksud.⁶⁴

C. Teori Siyasa Dusturiyah

1. Pengertian Siyasa Dusturiyah

Dalam islam, terdapat sumber utama hukum Islam yaitu Al-Qur'an, Al-Quran, sebagai sumber pertama dan Utama Hukum Islam, disampi mengandung hukum-hukum yang terinci dan menurut Sifatnya Tidak Berkembang Juga Mengandung hukum-hukum yang masih memerlukan penafsiran-penafsiran Dan Mempunyai potensi untuk berkembang. Memahami Hukum Pada dasarnya juga Tidak Sederhana Yang dibayangkan. Dalam khazanah keislaman Pemaknaan Tentang Hukum Juga Sangat beragam berikut Ini hanya Dideskripsikan beberapa dari khazanah dimaksud.⁶⁵

Siyasa dusturiyah adalah bagian fiqh siyasa yang membahas masalah perundang-undangan negara. Dalam hal

⁶⁴ Edo Maranata Tambunan, *Analisis Penerapan Peraturan*,... h. 78

⁶⁵ Zaky Ismail, *Penegakan Supremasi Hukum Dalam Al-Qur'an, AL-RISALAH, Jurnal Hukum Islam dan Sosial Kemasyarakatan I*, Vol. 11, No.1, Juni 2011

ini juga dibahas antara lain konsep-konsep konstitusi (undang-undang dasar Negara dan sejarah lahirnya perundang-undangan dalam suatu negara), legislasi (bagaimana cara perumusan undang-undang), lembaga demokrasi dan syura yang merupakan pilar penting dalam perundang-undangan tersebut. Di samping itu, kajian ini juga membahas konsep negara hukum dalam siyasah dan hubungan timbal balik antara pemerintah dan warga negara serta hak-hak warga negara yang wajib dilindungi.⁶⁶

Permasalahan di dalam fiqh siyasah dusturiyah adalah hubungan antara pemimpin disatu 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.⁶⁷

Siyasah dusturiyah mencakup bidang kehidupan yang sangat luas dan kompleks. Keseluruhan persoalan tersebut, dan persoalan fiqh siyasah dusturiyah umumnya tidak lepas dari dua hal pokok: pertama, dalil-dalil kulliy, baik ayat-ayat Al-Quran maupun hadis, maqosid syariah, dan semangat ajaran Islam di dalam mengatur masyarakat, yang akan 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

⁶⁶ Muhammad Iqbal, *Konstektualisasi Doktrin Politik Islam*, (Jakarta:Prenadamedia Group, 2014), hl. 177

⁶⁷ A. Djazuli, *Implimentasi kemaslahatan Umat dalam Rambu-rambu Syariah*, (Jakarta: Kencana, 2004), h. 47

dalamnya hasil ijtihad para ulama, meskipun tidak seluruhnya.

Fiqh siyasah dusturiyah dapat dibagi menjadi beberapa bagian yaitu:⁶⁸

- a. Bidang siyasah tasyri'iyah, termasuk dalam persolan ahlu hali wal aqdi, perwakilan persoaln rakyat. Hubungan muslimin dan non muslim di dalam satu negara, seperti Undang-Undang Dasar, Undangundang, Peraturan Pelaksanaan, Peraturan daerah, dan sebagainya.
 - b. Bidang siyasah tanfidiyah, termasuk di dalamnya persoalan imamah, persoalan bai'ah, wizarah, waliy al-ahadi, dan lain-lain
 - c. Bidang siyasah qadlailiyah, termasuk di dalamnya masalah-masalah peradilan
 - d. Bidang siyasah idariyah, termasuk di dalamnya masalah-masalah administratif dan kepegawaian.
2. Ruang Lingkup Siyasah Dusturiyah

Fiqh siyasah dusturiyah mencakup bidang kehidupan yang sangat luas dan kompleks. Keseluruhan persoalan tersebut, dan persoalan fiqh siayasah dusturiyah umumnya tidak lepas dari dua hal pokok: pertama, dalil- dalil kulliy, baik ayat-ayat Al-Quran maupun hadis, maqosidu syariah, dan semangat ajaran Islam di dalam mengatur masyarakat, yang akan 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 dalamnya hasil ijtihad para ulama, meskipun tidak seluruhnya.

Fiqh siyasah dusturiyah dapat terbagi kepada:⁶⁹

⁶⁸ A. Djazuli, *Implimentasi kemaslahatan Umat ...*, h. 47

⁶⁹ A. Djazuli, *Implimentasi kemaslahatan Umat ...*, h. 48

- 1) Bidang siyasah tasyri'iyah, termasuk dalam persolan ahlu hali wal aqdi, perwakilan persoaln rakyat. Hubungan muslimin dan non muslim di dalam satu negara, seperti Undang-Undang Dasar, Undang-undang, Peraturan Pelaksanaan, Peraturan daerah, dan sebagainya.
- 2) Bidang siyasah tanfidiyah, termasuk di dalamnya persoalan imamah, persoalan bai'ah, wizarah, waliy al-ahadi, dan lain-lain.
- 3) Bidang siyasah qadlaiyah, termasuk di dalamnya masalah-masalah peradilan
- 4) Bidang siyasah idariyah, termasuk di dalamnya masalah-masalah administratif dan kepegawaian.

Ulama-ulama terdahulu umumnya lebih banyak berbicara tentang pemerintahan dari pada negara, hal ini disebabkan antara lain oleh:⁷⁰

- 1) Perbedaan antara negara dan pemerintah, hanya mempunyai arti yang teoritis dan tidaak mempunyai arti yang praktis sebab setiap perbuatan negara di dalam kenyataanya adalah perbuatan pemerintah, bahkan lebih konkret lagi orang-orang yang disertai tugas untuk menjalankan pemerintah, sedangkan para fuqaha/ulama menitikberatkan perhatian dan menyelidikannya kepada hal-hal praktis.
- 2) Karena sangat eratnya hubungan antara pemerintah dan negara, negara tidak dapat berpisah dari pemerintah, demikian pula pemerintah hanya mungkin ada sebagai organisasi yang disusun dan digunakan sebagai alat negara.
- 3) Kalau fuqaha lebih tercurah perhatiannya kepada kepala negara (imam), karena yang konkret adalah orang-orang yang menjalankan pemerintahan, yang dalam hal ini dipimpin oleh kepala negara (imam).

⁷⁰ A. Djazuli, *Implimentasi kemaslahatan Umat ...*, h. 49

- 4) Fakta sejarah Islam menunjukkan bahwa masalah yang pertama yang dipersoalkan oleh umat Islam setelah rasulullah wafat adalah masalah kepala negara, oleh karena itu logis sekali apabila para fuqaha memberikan perhatian yang khusus kepada masalah kepala negara dan pemerintahan ketimbang masalah kenegaraan lainnya.
- 5) Masalah timbul dan tenggelamnya suatu negara adalah lebih banyak mengenai timbul tenggelamnya pemerintahan daripada unsur-unsur negara yang lainnya.

Apabila dipahami penggunaan kata dustur sama dengan constitution dalam Bahasa Inggris, atau Undang-undang Dasar dalam Bahasa Indonesia, kata-kata “dasar” dalam Bahasa Indonesia tidaklah mustahil berasal dari kata dustur. Sedangkan penggunaan istilah fiqh dusturi, merupakan 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 suatu negara sudah tentu suatu perundang-undangan dan aturan-aturan lainnya yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan dustur tersebut.

Sumber fiqh dusturi pertama adalah Al-Quran al-Karim yaitu ayat-ayat yang berhubungan dengan prinsip-prinsip kehidupan kemasyarakatan, dalil-dalil kulliy dan semangat ajaran Al-Quran. Kemudian kedua adalah hadis-hadis yang berhubungan dengan imamah, dan kebijaksanaan-kebijaksanaan Rasulullah SAW di dalam menerapkan hukum di negeri Arab. Ketiga, adalah kebijakan-kebijaksanaan khulafa al-Rasyidin di dalam mengendalikan pemerintahan. Meskipun mereka mempunyai perbedaan dalam gaya pemerintahannya sesuai dengan pembawaan masing-masing, tetapi ada kesamaan alur

kebijakan yaitu, berorientasi kepada sebesar-besarnya kepada kemaslahatan rakyat. Keempat, adalah hasil ijtihad para ulama, di dalam masalah fiqh dusturi hasil ijtihad ulama sangat membantu dalam memahami semangat dan prinsip fiqh dusturi. Dalam mencari mencapai kemaslahatan umat misalnya haruslah terjamin dan terpelihara dengan baik. Dan sumber kelima, adalah adat kebiasaan suatu bangsa yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip Al-Quran dan hadis. Adat kebiasaan semacam ini tidak tertulis yang sering di istilahkan dengan konvensi. Dan ada pula dari adat kebiasaan itu diangkat menjadi suatu ketentuan yang tertulis, yang persyaratan adat untuk dapat diterima sebagai hukum yang harus di perhatikan.⁷¹

3. Konsep Negara Hukum Dalam Siyasa Dusturiyah

1) Konstitusi

a. Pengertian Konstitusi

Dalam fiqh siyasah, konstitusi disebut juga dengan dustûri. 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 kedalam 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 disergap

⁷¹ A. Djazuli, *Implimentasi kemaslahatan Umat ...*, h. 53-54

kedalam bahasa Indonesia, yang salah satu artinya adalah undang-undang dasar suatu negara.⁷²

Pembahasan tentang konstitusi ini juga berkaitan dengan sumber-sumber dan kaedah perundang-undangan disuatu negara, baik sumber material, sumber sejarah, sumber perundangan maupun sumber penafsirannya. Sumber material adalah hal-hal yang berkenaan dengan materi pokok perundang-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 konspirasi dan jiwa masyarakat dalam negara tersebut.

Sebagai contoh, perumusan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 diusahakan sesuai semangat masyarakat Indonesia yang majemuk sehingga dapat menampung aspirasi semua pihak dan menjasmin persatuan dan keutuhan bangsa. Oleh karena itu, umat Islam bersedia menerima keberatan pihak Kristen dibagian Timur Indonesia agar mencabut beberapa klausul dalam perumusan undang-undang tersebut.

Kemudian agar mempunyai kekuatan hukum, sebuah undang-undang dasar yang akan dirumuskan

⁷² Departemen Pendidikan Nasional, Kamus Besar Indonesia, Jakarta:Balai Pustaka 2003, h 281

harus mempunyai landasan atau pengundangannya. Dengan landasan yang kuat undang-undang tersebut akan memiliki kekuatan pula untuk mengikat dan mengatur masyarakat dalam negara yang bersangkutan. Sementara sumber penafsiran adalah otoritas para ahli hukum untuk menafsirkan atau menjelaskan hal-hal yang perlu pada saat undang-undang tersebut diterapkan.

2) Legislasi

a. Pengertian Legislasi

Dalam kajian fiqh siyasah, legislasi atau kekuasaan legislatif disebut juga dengan al-sulthah al-tasyri'iyah, yaitu kekuasaan pemerintah Islam dalam membuat dan menetapkan hukum. Menurut Islam, tidak seorangpun berhak menetapkan hukum yang akan diberlakukan bagi umat Islam. Akan tetapi, dalam wacana fiqh siyasah, istilah al-sulthah al-tasyri'iyah digunakan untuk menunjukkan salah satu kewenangan atau kekuasaan pemerintah Islam dalam mengatur masalah kenegaraan. Dalam konteks ini, kekuasaan legislatif berarti kekuasaan atau kewenangan pemerintah Islam untuk menetapkan hukum yang akan diberlakukan dan dilaksanakan oleh masyarakatnya berdasarkan ketentuan yang telah

diturunkan Allah SWT dalam syariat Islam. Dengan demikian unsur-unsur legislasi dalam Islam meliputi:⁷³

- 1) Pemerintah sebagai pemegang kekuasaan untuk menetapkan hukum yang akan diberlakukan dalam masyarakat Islam;
- 2) Masyarakat Islam yang akan melaksanakannya;
- 3) Isi peraturan atau hukum harus sesuai dengan nilai-nilai dasar syariat Islam

b. Wewenang dan tugasnya

Kekuasaan legislatif adalah kekuasaan yang terpenting dalam pemerintahan Islam, karena ketentuan dan ketetapan yang dikeluarkan lembaga legislatif ini akan dilaksanakan secara efektif oleh lembaga eksekutif dan dipertahankan oleh lembaga yudikatif atau peradilan. Orang-orang yang duduk di lembaga legislaif ini terdiri dari para mujtahid dan ahli fatwa (mufti) serta pakar dalam berbagai bidang. Karena menetapkan syariat sebenarnya hanyalah wewenang Allah, maka wewenang dan tugas lembaga legislatif hanya sebatas menggali dan memahami sumber-sumber syariat Islam, yaitu Al-Quran dan sunnah Nabi, dan menjelaskan hukum- hukum yang terkandung didalamnya. Undang-undang dan peraturan yang akan dikeluarkan oleh lembaga legislatif harus mengikuti

⁷³ A. Djazuli, *Implimentasi kemaslahatan Umat ...*, h. 187

ketentuan-ketentuan kedua sumber syariat Islam tersebut. Oleh karena itu, dalam hal ini terdapat dua fungsi lembaga legislatif. Pertama, dalam hal-hal yang ketentuannya sudah terdapat dalam nashsh Al-Quran dan sunnah, undang-undang yang dikeluarkan oleh al-sulthah al-tasyri'iyah adalah undang-undang Ilahiyah yang diisyariatkan-Nya dalam Al-Quran dan dijelaskan oleh Nabi SAW dalam hadis. Kedua, yaitu melakukan penalaran kreatif (ijtihad) terhadap permasalahan-permasalahan yang secara tegas tidak dijelaskan oleh nash. Di sinilah perlunya al-sulthah al-tasyri'iyah tersebut diisi oleh para mujtahid dan ahli fatwa. Mereka melakukan ijtihad untuk menetapkan hukumnya dengan jalan qiyas (analogi). Mereka berusaha mencari illat atau sebab hukum yang ada dalam permasalahan yang timbul dan menyesuaikan dengan ketentuan yang terdapat dalam nashsh. 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.⁷⁴

⁷⁴ A. Djazuli, *Implimentasi kemaslahatan Umat ...*, h. 188