

FATWA MUI DITINJAU DARI PERSPEKTIF TEORI POSITIVISME HUKUM

Oleh: Muannif Ridwan¹

Abstract

This research discusses about the Fatwa of the Indonesian Council of Ulama (MUI) viewed from the perspective of the theory of legal positivism. The Fatwa of MUI be reviewed from the viewpoint of the constitution and positive law are not binding and can not be imposed through law enforcement. Because the fatwa of MUI not Positive Law and not binding. Given that the law is not yet formalized the State is not binding and can not be coerced into effect. In the theory of legal positivism, it should be explicitly separating between law and morality (between the applicable law and the law should be, between das sein das sollen) which according to the positivist view, there is no other law except the command authorities and the law was identical to the law. Indonesia is a democratic country that should be able to formulate a law to raise awareness of community law into positive law corresponding legal needs of society. But if it is not or has not been done, then the state must respect the laws of life, as reflected in the authoritative fatwas and facilitate it so that living law that can be implemented properly in society.

Keywords: The Fatwa Of MUI, Theory Of Legal Positivism

I. PENDAHULUAN

Majelis Ulama Indonesia (MUI) dibentuk pada 26 Juli 1975 bertepatan dengan 07 Rajab 1395 H di Jakarta. Di dalam diri MUI ada berbagai sifat badan hukum, seperti ciri lembaga negara, organisasi masyarakat, bahkan ada pula yang berpandangan berciri lembaga swadaya masyarakat. MUI memiliki Komisi Fatwa, dari sekian banyak fatwa yang sudah dikeluarkan, dua Fatwa MUI yang lebih menyita perhatian akhir-akhir ini adalah terkait “Pernyataan Basuki Tjahaja Purnama” tanggal 11 Oktober 2016 tentang videonya di Kepulauan Seribu; dan “Hukum Menggunakan Atribut Keagamaan Non-Muslim” tanggal 14 Desember 2016. Salah satu isu yang mengemuka dengan Fatwa MUI adalah kaitannya dengan hukum positif. Penulis memahami hukum positif sebagai hukum yang berlaku saat ini. Maka, hukum positif Indonesia artinya adalah hukum yang saat ini berlaku di Indonesia. Hukum positif di sini mencakup aturan perundangan yang berlaku umum (*regelling*), ataupun keputusan yang berlaku khusus

¹ Muannif Ridwan adalah Mahasiswa Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Islam As-syafi'iyah Jakarta.

(*beschikking*), yang pelaksanaannya dikawal oleh aparaturnegara dan dunia peradilan.

Meskipun penulis berbeda pandangan, ada yang menganggap bahwa makna hukum positif juga mencakup aturan yang pernah berlaku dan sekarang tidak lagi. Yang pasti, hukum positif bukanlah aturan hukum yang belum berlaku, atau diinginkan berlaku pada masa yang akan datang. Sebagai hukum yang berlaku di suatu negara, yang pelaksanaannya dikawal oleh aparaturnegara dan dunia peradilan, maka tidak sembarang lembaga dapat menghasilkan hukum positif. Singkatnya, hukum positif hanya dapat dihasilkan oleh organ negara yang memang diberikan kewenangan untuk itu. Perlu dicatat bahwa tumbuhnya berbagai aliran dalam filsafat hukum menunjukkan pergulatan pemikiran yang tidak henti-hentinya dalam lapangan ilmu hukum. Apabila pada masa lalu, filsafat merupakan produk sampingan dari para filsuf, dewasa ini kedudukannya tidak lagi demikian, karena masalah-masalah filsafat hukum telah menjadi bahan kajian tersendiri dari para ahli hukum.

Teori ilmu hukum itu pada hakekatnya juga bertujuan untuk menjelaskan kejadian-kejadian dalam bidang hukum dan mencoba untuk memberikan penilaian. Pada sisi yang demikian itu, maka sebenarnya teori ilmu hukum merupakan kelanjutan dari usaha untuk mempelajari hukum positif. Teori hukum menggunakan hukum positif sebagai bahan kajian dengan telaah filosofis sebagai salah satu sarana bantuan untuk menjelaskan tentang hukum. Faktanya bahwa teori hukum dipelajari sudah sejak zaman dahulu, para ahli hukum Yunani maupun Romawi telah membuat pelbagai pemikiran tentang hukum sampai kepada akar-akar filsafatnya. Sebelum abad kesembilan belas, teori hukum merupakan produk sampingan yang terpenting dari filsafat agama, etika atau politik. Mengingat para ahli fikir hukum terbesar pada awalnya adalah ahli-ahli filsafat, ahli-ahli agama, ahli-ahli politik. Perubahan terpenting filsafat hukum dari para pakar filsafat atau ahli politik ke filsafat hukum dari para ahli hukum, barulah terjadi pada akhir-akhir ini. Yaitu setelah adanya perkembangan yang hebat dalam penelitian, studi teknik dan penelitian hukum.

Munculnya gerakan positivisme mempengaruhi banyak pemikiran di berbagai bidang ilmu tentang kehidupan manusia. Positivisme sebagai suatu aliran filsafat yang menyatakan ilmu alam sebagai satu-satunya sumber pengetahuan yang benar dan menolak aktifitas yang berkenaan dengan metafisik. Tidak mengenal adanya spekulasi, semua didasarkan pada data empiris. Sesungguhnya aliran ini menolak adanya spekulasi teoritis sebagai suatu sarana untuk memperoleh pengetahuan. Dengan demikian, dapat dipahami, bahwa Positivisme adalah suatu aliran dalam filsafat hukum yang beranggapan bahwa teori hukum itu hanya bersangkutan paut dengan hukum positif saja. Ilmu hukum tidak membahas apakah hukum positif itu baik atau buruk, dan tidak pula membahas soal efektivitas hukum dalam masyarakat. Sejarah mencatat, bahwa pemikir positivisme hukum yang terkemuka adalah John Austin (1790-1859) yang berpendirian bahwa hukum adalah perintah dari penguasa. Hakikat hukum sendiri menurut Austin terletak pada unsur “perintah” (*command*).

II. Rumusan Masalah

Berdasarkan penjelasan dan uraian di atas untuk lebih detailnya, maka penulis akan mengemukakan beberapa pertanyaan sebagai rumusan masalah yang diharapkan mampu mengantarkan pada pemahaman yang sistematis dan mendalam, yaitu:

1. Apa yang dimaksud dengan Fatwa dan MUI?
2. Apa yang dimaksud dengan teori Positivisme dalam aliran filsafat hukum?
3. Bagaimana Fatwa MUI ditinjau dari perspektif teori positivisme hukum?

III. Tujuan Penulisan Makalah

Tujuan penulisan makalah ini ialah untuk mengetahui lebih dalam mengenai apa yang dimaksud dengan Fatwa dan MUI itu sendiri, kemudian mengenai apa yang dimaksud dengan teori Positivisme dalam aliran filsafat hukum dan bagaimana Fatwa MUI ditinjau dari perspektif teori positivisme hukum.

IV. Pembahasan

a. Pengertian Fatwa

Fatwa menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah Jawaban

(keputusan, pendapat) yang diberikan oleh mufti tentang sesuatu masalah.² Fatwa adalah Nasihat Ulama, petuah orang agung.³ *Al-Fatwa* atau *Istifta* secara etimologi (bahasa) adalah menyelesaikan setiap problem.⁴ Sedangkan secara terminologi (istilah) ialah menyampaikan hukum-hukum Allah berdasarkan dalil-dalil syariah yang mencakup segala persoalan.⁵ Fatwa merupakan bagian produk hukum Islam yang sudah ada semenjak masa Nabi Muhammad SAW, yang kemudian menjadi produk hukum Islam yang berkembang hingga sekarang. Amir Syarifudin menjelaskan pengertian *Ifta'* atau fatwa adalah usaha memberikan penjelasan tentang hukum syara'.⁶

Dalam *Mu'jam Lughat Al-Fuqaha* sebagaimana dikutip oleh Badri Kearuman, fatwa didefinisikan sebagai berikut:

الحكم الشرعي الذي يبين الفقيه لمن سأل عنه

“Fatwa adalah hukum syar’i (keagamaan) yang dijelaskan oleh seorang faqih untuk orang yang bertanya kepadanya”. Dalam ilmu ushul fiqh, berarti pendapat yang dikemukakan seorang mujtahid atau faqih sebagai jawaban yang diajukan peminta fatwa dalam suatu kasus yang sifatnya tidak mengikat. Pihak yang meminta fatwa tersebut bisa pribadi, lembaga, maupun kelompok masyarakat. Fatwa yang dikemukakan *mujtahid* atau *faqih* tersebut tidak mesti diikuti oleh orang yang meminta fatwa, dan karenanya fatwa tersebut tidak mempunyai daya ikat. Pihak yang member fatwa dalam istilah fiqh dan ushul fiqh disebut *mufti*, sedangkan pihak yang meminta fatwa disebut *al-mustafti*.⁷

Di kalangan ulama mazhab, fatwa diberikan pengertian yang beragam, namun tetap mempunyai kesamaan sebagai jawaban terhadap suatu

² *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi ke 3, cetakan I, Jakarta, Balai Pustaka 2001, h. 314.

³ Amran YS Caniago, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia (Dilengkapi dengan singkatan-singkatan)*, Bandung, CV PustakaSetia 1997, h. 190.

⁴ Khairul Umandan A. Ahyar Aminudin, *Ushul Fiqh II*, Bandung: PustakaSetia, 1998, h. 173.

⁵ *Ibid*, h. 175.

⁶ Amir Syarifudin, *UshulFiqhJilid 2*, Jakarta: Kencana, 2009, h. 45

⁷ Badri Kaerumam, *Hukum Islam.*, hlm. 105.

persoalan yang ditanyakan. Menurut ulama Hanafi, *ifta'* adalah menjelaskan hukum terhadap suatu permasalahan. Dalam pandangan ulama Maliki, *ifta'* adalah menginformasikan tentang suatu hukum syariat dengan cara yang tidak mengikat.⁸

Sedangkan menurut Prof. Quraish Shihab sebagaimana dikutip oleh Badri Kaeruman, fatwa berasal dari bahasa arab *al-ifta*, *al-aftwa* yang secara sederhana dimengerti sebagai “pemberian keputusan”. Fatwa bukanlah keputusan hukum yang dibuat dengan mudah dan sekehendak hati, yang disebut membuat-buat hukum tanpa dasar (*al-tahakkum*). Fatwa senantiasa terikat dengan siapa yang berwenang memberi fatwa (*Ijazah al-ifta*), kode etik fatwa (*adab al-ifta*) dan metode pembuatan fatwa (*al-istimbath*).⁹ Sementara itu menurut as-Syatibi, fatwa dalam arti *al-ifta* berarti keterangan-keterangan tentang hukum syara' yang tidak mengikat untuk diikuti.¹⁰ Dari pemaparan di atas dapat dipahami bahwa fatwa merupakan salah satu produk hukum Islam yang mempunyai fungsi menjawab sebuah pertanyaan yang terjadi dan belum pernah ada di zaman Rasulullah SAW.

b. Kedudukan MUI dalam Perspektif Ketatanegaraan

Di dalam bangunan besar ketatanegaraan Indonesia, terdapat dua macam struktur kenegaraan. Yang pertama adalah Infrastruktur (*the socio political sphere*) adalah suatu kehidupan politik yang tidak nampak dari luar namun nyata dan ada dinamikanya, karena infrastruktur lebih berada di ruang-ruang pemberdayaan masyarakat, sehingga actionnya hanya dapat dilihat dengan cara mendalami masyarakat tersebut. Pada sektor ini terdapat berbagai kekuatan dan persekutuan politik rakyat (masyarakat). Dari sekian banyak kekuatan politik rakyat, yang terpenting adalah: Partai Politik, Golongan Penekan, Golongan Kepentingan, Tokoh Politik, Alat Komunikasi Politik, dan Organisasi Non Pemerintah, termasuk didalam

⁸ Rusli, *Tipologi Fatwa.*, hlm. 266.

⁹ BadriKaerumam, *Hukum Islam.*, hlm. 106

¹⁰ Ibid, *Kedudukan fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia dalam Mendorong Perkembangan Bisnis Perbankan syariah (perspektif Hukum Perbankan Syariah)*, hlm. 261.

Organisasi Non Pemerintah ini adalah : LSM, NGO, Ormas dan sebagainya.¹¹

c. Rakyat

Penulis berpendapat bahwa kedudukan MUI dalam ketatanegaraan Indonesia sebenarnya adalah berada dalam elemen infrastruktur ketatanegaraan, sebab MUI adalah organisasi alim ulama umat Islam yang mempunyai tugas dan fungsi untuk pemberdayaan masyarakat/umat Islam, artinya MUI adalah organisasi yang ada dalam masyarakat, dan bukan merupakan institusi milik negara atau mempresentasikan negara. Sehingga fatwa MUI bukanlah hukum negara yang mempunyai kedaulatan yang bisa dipaksakan bagi seluruh rakyat, fatwa MUI juga tidak mempunyai sanksi dan tidak harus ditaati oleh seluruh warga negara. Sebagai sebuah kekuatan sosial politik yang ada dalam infrastruktur ketatanegaraan, Fatwa MUI hanya mengikat dan ditaati oleh komunitas umat Islam yang merasa mempunyai ikatan terhadap MUI itu sendiri. Legalitas fatwa MUI pun tidak bisa dan mampu memaksa harus ditaati oleh seluruh umat Islam.

Pada hakikatnya fatwa itu sendiri tak lebih dari sebuah pendapat dan pemikiran dari individu ulama atau institusi keulamaan, yang boleh diikuti atau justru diabaikan sama sekali. Dalam membuat fatwa, harus ada beberapa metodologi yang harus dilalui, yaitu:

1. Fatwa tidak boleh *taklid* (mengikuti secara buta). Seorang ahli fatwa harus memenuhi syarat mujtahid dan syarat mujtahid dilarang mengikuti secara bulat mujtahid lain.
2. Fatwa tidak boleh melantur dari sikap hak asasi manusia yang diusung dalam Islam sejak awal. Hak tersebut yaitu antara lain hak untuk memeluk suatu agama dan mengikuti tafsir kelompok penafsir tertentu.
3. Kebenaran fatwa bersifat relative sehingga selalu dimungkinkan untuk

¹¹ Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*, (Jogjakarta: UUI Pers, 2004), hlm. 72. Lihat juga B Hestu Cipto Handoyo, *Hukum Tata Negara, Kewarganegaraan dan Hak Asasi Manusia*, Universitas Atmajaya, (Jogjakarta: 2003), hlm. 178.

diubah seiring dengan perubahan ruang, waktu dan tradisi.

4. Fatwa harus didahului dengan riset dan pendeskripsian yang memadai tentang satu pokok soal termasuk mengajak berdiskusi pihak-pihak terkait tentang apa yang akan difatwakan.¹²

MUI sendiri dalam infrastruktur ada dalam kelompok kepentingan, lebih tepatnya kelompok kepentingan institusional (*interest group institutional*). MUI bukanlah Ormas, jika kemudian ada yang berpendapat bahwa MUI adalah Ormas (Organisasi Masyarakat), maka menurut penulis itu adalah kesalahan besar dalam meletakkan pondasi bernegara. Yang dimaksud dengan Golongan Kepentingan adalah sekelompok manusia yang bersatu dan mengadakan persekutuan karena adanya kepentingan-kepentingan tertentu, baik itu merupakan kepentingan umum atau masyarakat luas, maupun kepentingan untuk kelompok tertentu saja. Golongan Kepentingan ini dapat dibedakan ke dalam bentuk-bentuk sebagai berikut:

- a. *Interest group organisation*, yakni suatu golongan kepentingan yang didirikan secara khusus untuk memperjuangkan kepentingan-kepentingan tertentu, namun masih mencakup beberapa bidang yang luas. Pendek kata *issue* yang digunakan sebagai visi dan misi pendirian golongan ini, masih terlalu luas. Yang termasuk dalam golongan kepentingan misalnya: Organisasi Masyarakat (ORMAS).¹³
- b. *Interest group institutional*, yakni pada umumnya terdiri atas berbagai kelompok manusia yang berasal dari lembaga yang ada. Tujuan yang hendak dicapai adalah memperjuangkan kepentingan-kepentingan kelompok atau sebagian masyarakat yang menjadi anggota. Contohnya adalah kelompok-kelompok profesi, misalnya: MUI, IKADIN, IDI, IKAHI, dan lain-lain.¹⁴
- c. *Interest group assosiation*, Golongan kepentingan semacam ini tidak

¹² Abdul Moqsith Ghazali, "Metodologi Berfatwa dalam Islam", Koran Tempo, 20 September 2005, hlm. 5.

¹³ Ibid, hlm. 179.

¹⁴ Lihat Zaini Hasan, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Bandung: Alumni, 1985, hlm. 23.

didirikan secara khusus. Kegiatannya tidak dijalankan secara teratur dan berkesinambungan. Aktivitasnya hanya terlihat keluar bila kepentingan masyarakat memerlukan dan dalam keadaan mendesak. Yang termasuk dalam kelompok ini adalah:¹⁵

- 1) Masyarakat setempat tinggal,
- 2) Masyarakat seketurunan (trah),
- 3) Masyarakat seasal pendidikan,
- 4) Masyarakat paguyuban (Gemeinschaft)
- 5) Masyarakat patembayan (Gesellschaft)

d. *Interest group anomik*, yaitu suatu golongan kepentingan yang bersifat mendadak atau spontan dan tidak bernama. Aksi-aksinya berupa aksi demonstrasi, aksi-aksi bersama. Apabila kegiatan-kegiatan yang dilakukan tidak terkendali dapat menimbulkan keresahan, kerusakan dan keonaran yang dapat mengakibatkan terganggunya keamanan dan ketertiban serta mengganggu stabilitas politik nasional.¹⁶

V. Hukum Responsif

Saat ini hukum yang berkembang di beberapa kalangan adalah hukum responsif. Hukum responsif sebenarnya merupakan tujuan dari realism hukum (*legal realism*), adapun hukum responsif merupakan hukum yang bisa memenuhi kebutuhan-kebutuhan sosial. Dalam pandangan hukum ini, hukum yang baik adalah hukum yang memberikan sesuatu yang lebih dari sekedar hukum formal atau prosedur hukum, lebih jauh hukum responsif ini meghendaki hukum yang bisa mengakomodir kebutuhan masyarakat dan bisa menanggapi fenomena yang ada dalam masyarakat serta memenuhi kebutuhan masyarakat, dan yang paling penting adalah hukum tersebut bisa memberikan keadilan kepada masyarakat. Sesuai dengan apa yang dikemukakan oleh Philip Nonet dan Philip Selznick ” Bahwa dalam perspektif hukum responsif, hukum yang baik adalah hukum yang memberikan sesuatu yang lebih daripada sekedar prosedur hukum. Hukum tersebut harus berkompeten dan juga adil; ia seharusnya mampu mengenali

¹⁵ Abdul Moqsith Ghazali, *Metodologi, Op.cit*, hlm 25.

¹⁶ Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan, Loc.cit*, hlm. 12.

keinginan publik dan mempunyai keinginan publik dan punya komitmen terhadap tercapainya keadilan substansif”.¹⁷

Hukum responsif ini sangat dipengaruhi oleh kaum realis dan sosiologis yang mempunyai tema membuka sekat-sekat dari pengetahuan hukum. Kaum realis dan sosiologis ini mengharapkan adanya penghargaan yang tinggi kepada semua hal yang mempengaruhi hukum dan yang menjadi persyaratan efektifitasnya. Kemudian kaum tersebut menghendaki hukum menjadi suatu yang tidak otonom dan mengharapkan hukum menjadi sesuatu yang dinamis bagi penataan dan perubahan sosial. Penerapan hukum sebagai instrumen yang dinamis menjadi perubahan dan penataan sosial mengalami pertentangan-pertentangan yang kuat, beberapa sarjana ada ketakutan jika hukum digunakan sebagai sesuatu yang dinamis, dikhawatirkan hukum prosuderal akan melemah dan pada akhirnya masyarakat akan bertindak sekehendak hatinya. Menurut argumen para kritikus hukum responsif dengan melemahnya prosuderal hukum maka hukum kehilangan kemampuannya untuk mendisiplinkan aparat dan memaksakan pelaksanaannya.

Akan tetapi para ahli hukum responsif menganggap itu takkan terjadi, ini dikarenakan suatu yang responsif mempertahankan secara kuat hal-hal yang esensial bagi integrasinya sembari tetap memperhatikan atau memperhitungkan keberadaan kekuatan-kekuatan baru di dalam lingkungannya, dan menganggap tekanan-tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan mengoreksi. Prof. Mahfud MD juga memberikan indikator untuk menilai apakah suatu produk hukum responsif atau konservatif, yaitu dilihat dari proses pembuatan hukum, sifat fungsi hukum, dan kemungkinan penafsiran atas sebuah produk hukum. Produk hukum yang berkarakter responsif, proses pembuatannya partisipatif, yaitu mengundang partisipasi/keikutsertaan masyarakat melalui kelompok-kelompok sosial dan individu dalam masyarakat. Sedangkan proses pembuatan hukum yang berkarakter ortodoks, bersifat sentralistik, dalam arti lebih didominasi oleh lembaga negara terutama pemegang kekuasaan eksekutif.¹⁸

¹⁷ Philip Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif, Perkumpulan untuk pembaharuan hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologi (HU Ma)*, Jakarta: 2003, hlm. 60.

¹⁸ Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: LP3ES, 1998, hlm. 26.

Jika dilihat dari fungsinya, produk hukum yang berkarakter responsif bersifat aspiratif. Artinya memuat materi-materi yang secara umum sesuai dengan penafsiran, maka produk hukum yang berkarakter responsif/populistik biasanya memberi sedikit peluang bagi pemerintah untuk membuat penafsiran sendiri melalui berbagai peraturan pelaksanaan dan peluang yang sempit itupun hanya berlaku untuk hal-hal yang bersifat teknis. Sedangkan produk hukum yang berkarakter ortodoks/konservatif/elitis memberi peluang luas kepada pemerintah untuk membuat berbagai interpretasi dengan berbagai peraturan lanjutan yang berdasarkan visi sepihak dari pemerintah dan tidak sekedar hanya masalah teknis. Oleh sebab itu, produk hukum yang berkarakter responsif biasanya memuat hal-hal penting secara cukup rinci, sehingga sulit bagi pemerintah untuk membuat penafsiran tersendiri secara sepihak. Sedangkan produk hukum yang konservatif/ortodoks/elitis biasanya cenderung memuat materi yang singkat dan garis besar saja, sehingga sangat membuka peluang bagi pemerintah untuk membuat penafsiran dan mengatur berdasarkan visi dan kekuatan politiknya.¹⁹

Setidaknya ada dua macam strategi pembangunan hukum yang akhirnya sekaligus berimplikasi pada karakter produk hukumnya, yaitu pembangunan hukum ortodoks dan pembangunan hukum responsif. Pada strategi pembangunan hukum ortodoks, peranan lembaga-lembaga Negara (pemerintah dan parlemen) sangat dominan dalam menentukan arah perkembangan hukum. Sebaliknya pada strategi pembangunan hukum responsif, peranan terbesar terletak pada lembaga peradilan yang disertai partisipasi luas kelompok sosial atau individu-individu didalam masyarakat. Kedua strategi tersebut memberi implikasi berbeda pada produk hukumnya. Strategi pembangunan hukum yang ortodoks bersifat positivis-instrumentalis, yaitu menjadi alat yang ampuh bagi pelaksanaan ideologi dan program negara. Hukum merupakan perwujudan nyata visi sosial pemegang kekuasaan negara. Sedangkan strategi pembangunan hukum responsif, akan menghasilkan hukum yang bersifat responsif terhadap tuntutan-tuntutan berbagai

¹⁹ Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan*, hlm. 45.

kelompok sosial dan individu dalam masyarakat.²⁰

VI. Hukum Represif

Dalam mewujudkan penegakan hukum demi terciptanya negara hukum, kedaulatan rakyat, ataupun negara berdasarkan hukum salah satunya harus bersifat represif, bukan dalam arti pemerintahan yang menggunakan kekuasaannya tidak memperhatikan kepentingan orang-orang yang diperintah, yaitu ketika kekuasaan dilaksanakan tidak untuk kepentingan mereka atau dengan mengingkari legitimasi mereka. Sehingga mereka menjadi kaum yang lemah dan termarginalkan sehingga mereka rentan terhadap pemerintah dengan regulasinya. Pada hakekatnya hukum bersifat memaksa dan menggunakan paksaan atau bergantung pada kekuasaan pamungkas untuk melakukan paksaan, namun tatanan hukum semata tidak membuat sistem menjadi represif. Paksaan menjadi jinak ketika ia bersifat diskriminatif pada saat digunakan dan sengaja dibuat hanya untuk menciptakan ancaman atau bahaya tertentu; ketika alat kontrol alternatif dicari; dan ketika tersedia kesempatan bagi target paksaan itu untuk mempertahankan kepentingannya.²¹

Seperti halnya paksaan tidak harus represif, demikian juga represif tidak harus bersifat memaksa. Ketika pemerintah mendapatkan legitimasi untuk memelihara apa yang disebut dengan kebiasaan umum untuk taat. Paksaan tidak diperlukan akan tetapi hal ini perlu membutuhkan persetujuan warga negara secara umum dan diam-diam. Persetujuan diam-diam yang terdapat dalam ketakutan dan terpelihara dengan sikap apatis membuka jalan lebar bagi otoritas yang sah namun tidak terkontrol.²²

Dalam bentuknya yang paling jelas dan sistematis, hukum represif menunjukkan karakter-karakter sebagai berikut:

- a) Institusi hukum secara langsung dapat diakses oleh kekuatan politik; hukum diidentifikasi sama dengan negara dan disubordinasikan pada tujuan negara (*Reason d'etat*)

²⁰ Philip Nonet dan Philip Selznick, Hukum Responsif, hlm. 24.

²¹ Ibid., hlm. 25.

²² Ibid.

- b) Langgengnya sebuah otoritas merupakan urusan yang paling penting dalam administrasi hukum. Dalam "perspektif resmi" yang terbangun, manfaat dari keraguan (*The benefit of the doubt*) masuk ke sistem, dan kenyamanan administratif menjadi titik berat perhatian.
- c) Lembaga-lembaga kontrol yang terspesialisasi, seperti Polisi, menjadi pusat-pusat kekuasaan yang independen; mereka terisolasi dari konteks sosial yang berfungsi memperlunak, seta mampu menolak otoritas politik.
- d) Sebuah rezim "hukum berganda" (*dual law*) melembagakan keadilan berdasarkan kelas dengan cara mengkonsolidasikan dan pola-pola subordinasi sosial.
- e) Hukum Pidana merefleksikan nilai-nilai yang dominan; moralisme yang akan menang.²³

a. Kedudukan Fatwa Ditinjau dari Hukum Islam

Fatwa menempati kedudukan penting dalam hukum Islam, karena fatwa merupakan pendapat yang dikemukakan oleh ahli hukum Islam (*fuqaha*) tentang kedudukan hukum suatu masalah baru yang muncul di kalangan masyarakat. Ketika muncul suatu masalah baru yang belum ada ketentuan hukumnya secara eksplisit (tegas), baik dalam al-Qur'an, as-Sunnah dan ijma' maupun pendapat-pendapat fuqaha terdahulu, maka fatwa merupakan salah satu institusi normatif yang berkompeten menjawab atau menetapkan kedudukan hukum masalah tersebut. Karena kedudukannya yang dianggap dapat menetapkan hukum atas suatu kasus atau masalah tertentu, maka para sarjana Barat ahli hukum Islam mengategorikan fatwa sebagai yurisprudensi Islam.²⁴ Sehubungan dengan hal di atas, maka fatwa bisa diartikan sebagai penjelasan hukum syariat atas persoalan tertentu, sehingga kaedah pengambilan fatwa tidak ubahnya dengan kaedah

²³ Ibid., hlm. 26.

²⁴ M. Erfan Riadi, *Kedudukan Fatwa Ditinjau dari Hukum Islam dan Hukum Positif (Analisis Yuridis Normatif)*, Jurnal Ulumuddin, Volume VI, Tahun IV, Januari – Juni 2010, hlm. 472

menggali hukum-hukum syariat dari dalil-dalil syariat (*ijtihad*).

Kedudukan fatwa dalam hukum Islam dapat dikaji dari pengertian fatwa, sehingga bila berbicara mengenai fatwa, maka tidak akan lepas dari aspek siapa atau organisasi apa yang memuat fatwa tersebut.²⁵ Sehingga dapat dipahami bahwa berbicara tentang fatwa, maka tidak terlepas pembicaraan tersebut terhadap konsep *ijtihad*. Selain itu, kedudukan fatwa sangatlah penting dalam hukum Islam khususnya dalam mengakomodir masalah hukum yang ada di masyarakat. Untuk mengetahui kedudukan fatwa dalam sumber hukum Islam, ada beberapa hal yang perlu penulis jelaskan sebagai berikut:

b. Korelasi Fatwa dengan Ijtihad

Berbicara tentang fatwa tidak akan terlepas dengan dari bahasan mengenai masalah ijtihad dengan segala perangkatnya. Sebab fatwa itu dikeluarkan kepada masyarakat umum setelah memenuhi syarat-syarat tertentu. Fatwa dikeluarkan oleh para Ulama/ahli fikih islam yang mampu mengangkat permasalahan keagamaan maupun nonkeagamaan seperti kedokteran, dan penemuan-penemuan baru di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi. Fatwa keagamaan dalam fikih islam tentu sangat berkaitan erat dengan ijtihad yang telah di hasilkan oleh para ulama/ahli fikih islam. Fatwa merupakan kumpulan nasihat /wejangan yang berharga untuk kemaslahatan umat itu bearti sangat tepat sebagaimana termaktub dalam penghujung akhir ayat surat al-ashr, yang artinya “ Kita hendaknya saling berwasiat dalam hal kebenaran dan saling berwasiat dalam kesabaran. Ayat tersebut memberikan pengertian yang amat luas, betapa pentingnya fatwa dalam kehidupan masyarakat muslim sejati. Korelasi antara fatwa dengan ijtihad memberikan gambaran konkret bahwa persyaratan untuk mengeluarkan fatwa juga sama dengan persyaratan melakukan ijtihad. Sebab seorang mufti (ahli memberikan fatwa) persyaratan juga tidak jauh berbeda dengan persyaratan seorang mujtahid. Seorang mufti harus

²⁵ Ahyar A. Gayo, *Penelitian Hukum tentang Kedudukan Fatwa MUI dalam Upaya Mendorong Pelaksanaan Ekonomi Syariah*, (BPHN PUSLITBANG, 2011), hlm. 19.

memiliki pengetahuan yang luas dan mempunyai pola pikir yang integral dalam memahami dan mengupas ajaran-ajaran Islam secara mendetail. Syariat Islam tidak akan mengalami perkembangan yang pesat manakala tidak ditopang oleh fatwa-fatwa keagamaan yang mantap dan valid. Persyaratan seseorang dapat mengeluarkan fatwa apabila telah dipenuhi empat syarat mutlak, yakni :

1. Orang tersebut harus mengetahui dan memahami bahasa Arab dengan sempurna dari segala segi.
2. Orang tersebut mengetahui ilmu Alquran dengan sempurna dari segala segi, yakni berkaitan dengan hukum-hukum yang dibawa oleh Alquran dan mengetahui secara persis cara-cara pengambilan hukum (*istinbathul hukmi*) dari ayat-ayat tersebut.
3. Mengetahui As-Sunnah dengan sempurna dari segala segi, yakni hal-hal yang berkaitan dengan hukum-hukum syara'.
4. Mengetahui ilmu ushul fiqh terutama yang berkaitan dengan macam-macam illat dan hikmah penetapan hukum yang didasarkan untuk kepentingan syariat Islam.²⁶

VII. Perbedaan Fatwa dan Ijtihad

Pada hakikatnya antara fatwa dan *ijtihâd* memiliki perbedaan, bahwa fatwa merupakan usaha untuk memberikan penjelasan tentang hukum syara' oleh ahlinya kepada orang yang belum mengetahui. Sementara menurut Shiddieq Amien, fatwa adalah "pendapat di bidang hukum" atau *official legal opinion*. Sehingga fatwa lebih spesifik dari pada *ijtihâd* karena *ijtihâd* adalah *istinbath* hukum, baik ada maupun tidak ada persoalan atau pertanyaan. Fatwa lebih bersifat kasuistik karena ia merupakan respon atas pertanyaan yang diajukan oleh peminta fatwa. Seperti telah diungkapkan di atas fatwa tidak memiliki daya ikat sehingga masyarakat maupun orang yang meminta fatwa tidak harus melaksanakan rumusan hukum yang diberikan kepadanya. Meskipun fatwa cenderung dinamis karena ia merupakan respon terhadap perkembangan isu yang sedang dihadapi

²⁶ Yusuf Qardhawi, *FATWA antara ketelitian & kecerobohan*, Jakarta, GAMA INSANI PRESS, 1997, hlm. 76-77.

masyarakat, tetapi isi fatwa tidak selamanya dinamis dan responsif.²⁷ Munculnya fatwa sangat bergantung pada visi hukum dan sosial para ulama pemberi fatwa.

Menurut Amir Syarifuddin, ada pakar ushul fiqih yang membandingkan antara fatwa dengan ijtihad yang menurut maknanya bahwa fatwa lebih khusus dari pada ijtihad. Kekhususan itu adalah fatwa dilakukan setelah ada seseorang bertanya, sedang ijtihad dilakukan tanpa menunggu adanya pertanyaan dari pihak manapun. Amir Syarifuddin menentang pendapat yang menyamakan antara ijtihâd dengan fatwa tersebut. Menurutnya, keduanya berbeda karena subjek yang memang berbeda. Ijtihâd adalah usaha menggali hukum dari sumber dan dalil, sedangkan fatwa adalah usaha menyampaikan hasil penggalian melalui ijtihâd kepada orang lain yang bertanya. Fatwa adalah salah satu cara untuk menyampaikan hasil dari ijtihad kepada orang melalui ucapan. Dan cara penyampaian lainnya yakni melalui perbuatan.²⁸

Al-Amidi dan an-Nabhani juga berpendapat bahwa ijtihad adalah mencurahkan seluruh kemampuan untuk menggali hukum-hukum syariat dari dalil-dalil *dzanni* hingga batas tidak ada lagi kemampuan melakukan usaha lebih dari apa yang telah dicurahkan. *Ifta* hanya dilakukan ketika ada kejadian secara nyata, lalu ulama ahli hukum Islam berusaha mengetahui hukumnya, sehingga fatwa lebih spesifik dibandingkan dengan ijtihâd. Tidak semua hukum syariah dapat dijadikan *majal* (ruang) ijtihad. Karena itu, ada ulama ushul yang mendefinisikan ijtihad sebagai: usaha keras mujtahid dalam rangka mencari hukum syariah dengan cara *istinbâth* (penggalian hukum) atas masalah yang tidak memiliki dalil *qath'i* baik dari nash (al-Quran dan as-Sunnah) maupun Ijma', yakni Ijmak Sahabat.²⁹ Dalam hal ini ada kaidah yang mengatakan: *Tidak boleh ada ijtihad ketika ada nash* (Al-Bujairimi, *Tuhfatul Habîb 'ala Syarkh al-Khathîb*, II/130).

²⁷ M. Erfan Riadi, *Kedudukan Fatwa Ditinjau Dari Hukum Islam Dan Hukum Positif (Analisis Yuridis Normatif)*, Jurnal Ulumuddin, Volume VI, Tahun IV, Januari- Juni 2010, hlm. 8.

²⁸ Ibid.

²⁹ lihat Khalid Ramadhan Hasan, *Mu'jam Ushûl al-Fiqh*, (Ar-Raudhah), Cetakan I, 1998, hlm. 21

Ada dua *majal* (ruang) yang di dalamnya ijtihad boleh dilakukan: *Petama*: hukum syariah yang nash (dalil)-nya tidak *qath'i*. Ijtihad di sini dilakukan dalam rangka untuk memahami makna nash, serta mengungkap maksud kata dan pengertian yang dikehendakinya.

Kedua: hukum syariah yang semula tidak ada nash (dalil)-nya. Ruang ijtihad di sini sangat luas dan dilakukan untuk menggali (*istinbath*) hukum atas setiap fakta atau kejadian baru menurut ketetapan *Asy-Syâri'* (Pembuat hukum) melalui *amarat* ('*illat*) yang menunjukkan pada hukum³⁰

VIII. Perbedaan Fatwa dan Ijma'

Secara *harfiyah* *ijma* sendiri berarti sepakat, artinya *ijma'* merupakan kesepakatan kelompok *mujtahid*. Karena itu dimungkinkan adanya *ijma'* yang dibuat oleh seorang saja. Kesepakatan atau penetapan suatu hukum harus dicapai oleh sejumlah kelompok dan memiliki persamaan pendapat. Intinya kesepakatan ini harus disepakati oleh seluruh *mujtahid* Islam. Pengertian *ijma'* menurut istilah ulama ushul adalah "kesepakatan seluruh *mujtahid* dari kaum Muslimin pada suatu masa setelah Rasulullah SAW, atas suatu hukum *syara'* dalam suatu kasus tertentu". Suatu kaum dikatakan telah ber-*ijma'* bila mereka bersepakat terhadap sesuatu hal tertentu.³¹

Secara umum, para ulama saat ini tidak memiliki kemampuan yang memadai untuk mengeluarkan fatwa secara individual, masih memerlukan keterlibatan para ahli dari berbagai disiplin ilmu dan tidak mungkin dilakukan oleh seseorang spesialis pada satu bidang saja, sehingga untuk mengeluarkan fatwa pada masa sekarang dilakukan melalui *ijtihâd jama'i* (ijtihâd kolektif) sebagaimana yang dilakukan oleh ulama-ulama yang tergolong dalam organisasi kemasyarakatan selama ini, mereka melakukan *ijtihâd* secara bersama-sama sebagai representasi dari para ahli hukum Islam bersama dengan para ahli di bidang tertentu yang terkait dengan masalah yang akan difatwakan agar tingkat presisinya dapat dipertanggungjawabkan.

³⁰ Abdul Wahab Abdus Salam Thawilah, *Atsar al-Lughah fi Ikhtilâf al-Mujtahidîn*, Dar as-Salam, Cetakan II, 2000, hlm. 40

³¹ Ibid, hlm 9.

Hasil *ijtihâd jama'i* (*ijtihâd* kolektif) ini menurut Muhtar yahya dan Fathurrahman juga tidak serta merta dapat dipersamakan dengan *Ijma'* karena para ulama yang berperan dalam *ijtihâd* tersebut tidak meliputi seluruh ulama yang menjadi persyaratan bagi suatu *ijma'*, karena kegiatan *ijtihâd jama'i* (*ijtihâd* kolektif) ini dimungkinkan untuk dilakukan beberapa kali oleh pelaku yang berbeda pada waktu dan tempat yang berlainan pula sehingga hasil temuan hukumnya dimungkinkan ada perbedaan antara satu kegiatan *ijtihâd jama'i* (*ijtihâd* kolektif) dengan yang lainnya, meskipun terhadap masalah-masalah yang sama. Akan tetapi sebaliknya *ijma'* tidak memberikan kesempatan untuk berbeda pendapat karena semua ulama telah sepakat.³²

a. Kedudukan Fatwa Ditinjau dari Hukum Positif Indonesia

Fungsi fatwa dalam suatu negara dapat dikelompokkan menjadi tiga fungsi. Pertama, negara yang menempatkan Syari'at Islam sebagai dasar dan Undang-undang Negara yang diterapkan secara utuh dan sempurna, sehingga fatwa menjadi keputusan hukum yang mengikat. Kedua, Negara yang berdasarkan hukum sekuler, maka fatwa tidak berperan dan tidak berfungsi apa pun dalam kehidupan bernegara. Ketiga, Negara yang menggabungkan antara hukum sekuler dengan hukum Islam, maka fatwa berfungsi hanya dalam ranah hukum Islam.³³

Jika melihat kenyataan yang ada di Indonesia, Indonesia dapat dikategorikan sebagai Negara yang menggunakan pola ketiga. Sehingga kajian fatwa di Indonesia terasa sangat menarik karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam penganut madzhab Sunni, namun negara berdasarkan Pancasila.³⁴

Sumber hukum yang berlaku dalam sistem hukum nasional adalah sistem hukum nasional secara formal terdapat lima sumber hukum, adapun

³² Ibid, hlm. 10.

³³ Ahyar Ari Gayodan Ade Irawan Taufik, *Kedudukan Fatwa DSN-MUI*, hlm. 265.

³⁴ MurtadhoRidwan, *Analisis Fatwa MUI Tentang Asuransi Syariah Dan Penyerapannya KeDalam Peraturan Perundang-Undangan dalam buku yang bertajuk Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) Dalam Perspektif Hukum Dan Perundang-Undangan*, Jakarta: Puslitbang Lektur dan Khazanah Keagamaan Badan Litbang Dan Diklat Kementerian Agama RI, 2012, hlm. 257

sumber hukum tersebut sebagai berikut: undang-undang, kebiasaan, putusan hakim (yurisprudensi), traktat, dan doktrin (pendapat pakar/pakar/ahli hukum).³⁵ Dalam kelima sumber hukum tata negara tersebut, tercakup pula pengertian-pengertian yang berkenaan dengan: (i) nilai-nilai dan norma hukum yang hidup sebagai konstitusi yang tidak tertulis; (ii) kebiasaan-kebiasaan yang bersifat normative tertentu yang diakui baik dalam lalu lintas hukum yang lazim; dan (iii) doktrin-doktrin ilmu pengetahuan hukum yang telah diakui sebagai *ius comminis opinio doctorum* di kalangan para ahli yang mempunyai otoritas yang diakui umum. Dalam setiap sistem hukum, ketiga hal ini bisa juga dianggap sebagai sumber hukum yang dapat dijadikan referensi atau rujukan dalam membuat keputusan hakim.³⁶

Kemudian untuk dapat mengetahui tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, maka bisa dilihat dalam undang-undang no 12 tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-Undangan, tepatnya dalam pasal 7 sebagai berikut: Undang-Undang Dasar 1945, Ketetapan MPR, undang-undang/peraturan pemerintah pengganti undang-undang, peraturan pemerintah, peraturan presiden, peraturan daerah provinsi, peraturan daerah, kabupaten/kota.³⁷

M. Erfan Riadi mengemukakan bahwa, Fatwa hanya sebagai suatu pendapat atau nasehat yang disampaikan oleh para ahli hukum Islam yang tergabung dalam suatu wadah organisasi, seperti Muhammadiyah, NU, Persis, dan lembaga lainnya. Sehingga fatwa dapat dikorelasikan dengan sumber hukum formal dalam sistem hukum nasional, yakni kedudukan fatwa sama dengan doktrin yang merupakan pendapat pakar atau pendapat para ahli di bidang hukum positif.³⁸ Dalam praktik, doktrin (pendapat ahli

³⁵ M. Erfan Riadi, *Kedudukan Fatwa*, hlm. 474. Lihat juga: Chainur Arrasjid, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2001, hlm. 50

³⁶ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Rajawali Pers, 2010, hlm. 128

³⁷ Ahyar Ari Gayodan Ade Irawan Taufik, *Kedudukan Fatwa*., hlm. 265.

³⁸ Ibid.

hukum) banyak mempengaruhi pelaksanaan administrasi Negara, demikian juga dalam proses pengadilan. Seorang hakim diperkenankan menggunakan pendapat ahli untuk dijadikan sebagai pertimbangan hakim dalam memutus sebuah perkara, kemudian bagi seorang pengacara/pembela yang sedang melakukan pembelaannya pada suatu perkara perdata, seringkali mengutip pendapat-pendapat ahli sebagai penguat pembelaannya. Jadi, apabila fatwa MUI dikaitkan dalam hukum positif kedudukan fatwa sama dengan doktrin yaitu sebagai penguat dalam pemutusan seorang *qadhi* dalam sebuah perkara, namun fatwa pada hakikatnya hanyalah sebuah petuah atau nasihat dari seorang alim ulama yang bersifat tidak mengikat.

b. Pelopor Teori Positivisme

Sebagaimana kita ketahui oleh para penstudi hukum, bahwa Pemikir positivisme hukum yang terkemuka adalah John Austin (1790-1859) yang berpendirian bahwa hukum adalah perintah dari penguasa. Hakikat hukum sendiri menurut Austin terletak pada unsur “perintah” (*command*). Hukum dipandang sebagai suatu sistem yang tetap, logis, dan tertutup. Aliran positivisme hukum berasal dari ajaran sosiologis yang dikembangkan oleh filosof Perancis; August Comte (1798-1857) yang berpendapat bahwa terdapat kepastian adanya hukum-hukum perkembangan mengatur roh manusia dan segala gejala hidup bersama dan itulah secara mutlak.³⁹

Turiman Fachturahman mengutip perkataan August Comte, dimana ia hanya mengakui hukum yang dibuat oleh negara. Untuk memahami positivisme hukum tidak dapat diabaikan metodologi positivis dalam sains yang mengharuskan dilakukannya validasi dengan metode yang terbuka atas setiap proposisi yang diajukan. Karena itu bukti empirik adalah syarat universal untuk diterimanya kebenaran dan tidak berdasarkan otoritas tradisi atau suatu kitab suci.⁴⁰

³⁹ Turiman Fachturahman Nur, *Menelusuri Paham Positivisme Hukum Dan Teori Hukum Murni*, tanpa penerbit, 2014, hlm. 3.

⁴⁰ Ibid.

Positivisme hukum mempunyai pandangan yang sama tentang diterimanya validasi. Seperti halnya positivisme sains yang tidak dapat menerima pemikiran dari suatu proposisi yang tidak dapat diverifikasi atau yang tidak dapat difalsifikasi., tetapi karena hukum itu ada karena termuat dalam perundang-undangan apakah dipercaya atau tidak. Hukum harus dicantumkan dalam undang-undang oleh lembaga legislatif dengan memberlakukan, memperbaiki dan merubahnya. Positivisme hukum berpandangan bahwa hukum itu harus dapat dilihat dalam ketentuan undang-undang, karena hanya dengan itulah ketentuan hukum itu dapat diverifikasi. Adapun yang di luar undang-undang tidak dapat dimasukkan sebagai hukum karena hal itu berada di luar hukum. Hukum harus dipisahkan dengan moral, walaupun kalangan positivis mengakui bahwa fokus mengenai norma hukum sangat berkaitan dengan disiplin moral, teologi, sosiologi dan politik yang mempengaruhi perkembangan sistem hukum. Moral hanya dapat diterima dalam sistem hukum apabila diakui dan disahkan oleh otoritas yang berkuasa dengan memberlakukannya sebagai hukum.

Lebih jauh, pandangan dan pendapat dari mazhab positivisme ini dapat ditelusuri dari pendapat dan pandangan dari para penganut terpenting dari mazhab ini antara lain John Austin, seorang ahli hukum yang berkebangsaan Inggris yang mewakili pandangan positivis dari kelompok penganut sistem hukum *Common Law* dan Hans Kelsen, seorang ahli hukum yang berkebangsaan Jerman yang mewakili pandangan positivis dari kelompok penganut sistem hukum Eropa Kontinental.⁴¹

Aliran hukum positivistik banyak dianut oleh beberapa sistem di beberapa Negara. Aliran hukum positivistik ketika diterapkan banyak disebut sebagai hukum positif atau ada juga yang menyebutnya sebagai hukum murni, misalnya Kelsen. Kata positivism sendiri kemungkinan pertama kali diunakan untuk menggambarkan suatu ide bahwa hukum

⁴¹ Ibid.

adalah positif atau berdasarkan pada fakta, sebagai lawan dari alamiah yaitu diturunkan dari hukum alam atau moralitas. Dapat dikatakan tidak berlebihan jika dikatakan bahwa hukum positif menolak penentuan hukum yang berdasarkan pada perintah Tuhan. Namun juga perlu diketahui, Indonesia tidak sepenuhnya kaku menjadikan aliran ini berlaku dalam sistem hukum kita, sehingga tidak mengakomodir aliran hukum lainnya. Ambil contoh Indonesia mengakomodasi hukum Islam untuk kasus-kasus tertentu yang ditangani oleh Pengadilan Agama dan juga hukum adat. Selain itu, perkembangan politik di Indonesia menjadikan hukum negara sangatlah dinamis dan plural seiring dengan keterbukaan dan demokrasi di negara kita. Essai ini akan berupaya menggambarkan mengenai apa itu hukum positif dan perkembangannya. Hal ini dimaksudkan guna-jika dirasa bermanfaat-mempermudah dalam pembacaan fenomena hukum positif di Indonesia khususnya.

Hukum positivistik sebagai aliran hukum yang berlaku mempercayai bahwa sumber-sumber hukum yang sah adalah aturan-aturan tertulis, Ketetapan-ketetapan dan prinsip-prinsip yang telah diperundangkan, diadopsi dan diakui oleh pemerintahan yang berlaku atau institusi politik termasuk lembaga-lembaga administratif, legislative dan yudikatif. Pertanyaan mendasar mengenai pembahasan terhadap aliran hukum ini adalah apakah itu hukum dan bagaimana hukum ditetapkan sehingga memiliki kewenangan. Tulisan ini akan mencoba menerangkan mengenai aliran hukum positivistik dimulai dari pengertian hukum positivistik, dan perkembangannya.

c. Sejarah Kemunculan Teori Positivisme

Sebenarnya secara historis sebelum Abad Ke-18 pikiran derkeaan dengan Positivisme Hukum Sudah Ada, Tetapi pemikiran itu baru menguat setelah lahirnya negara-negara modern. Di sisi lain, pemikiran positivisme hukum juga tidak terlepas dari pengaruh perkembangan positivisme (ilmu) dan sekaligus menunjukkan perbedaannya dari pemikiran hukum kodrat, dimana hukum kodrat disibukkan dengan permasalahan validasi hukum

buatan manusia, sedangkan pada positivisme hukum aktivitas justru diturunkan kepada permasalahan konkrit. Melalui positivisme, hukum ditinjau dari sudut pandang positivisme yuridis dalam arti yang mutlak dan positivisme hukum seringkali dilihat sebagai aliran hukum yang memisahkan antara hukum dengan moral dan agama. Bahkan tidak sedikit pembicaraan terhadap positivisme hukum sampai pada kesimpulan, bahwa dalam kaca mata positivisme tiada hukum lain kecuali perintah penguasa (*law is command from the lawgivers*), hukum hukum itu identik dengan undang-undang.⁴²

Munculnya gerakan positivisme mempengaruhi banyak pemikiran di berbagai bidang ilmu tentang kehidupan manusia. Positivisme sebagai suatu aliran filsafat yang menyatakan ilmu alam sebagai satu-satunya sumber pengetahuan yang benar dan menolak aktifitas yang berkenaan dengan metafisik. Tidak mengenal adanya spekulasi, semua didasarkan pada data empiris. Sesungguhnya aliran ini menolak adanya spekulasi teoritis sebagai suatu sarana untuk memperoleh pengetahuan. Sesungguhnya aliran ini menolak adanya spekulasi teoritis sebagai suatu sarana untuk memperoleh pengetahuan (seperti yang diusung oleh kaum idealisme khususnya idealisme Jerman Klasik).

Positivisme merupakan empirisme, yang dalam segi-segi tertentu sampai kepada kesimpulan logis ekstrim karena pengetahuan apa saja merupakan pengetahuan empiris dalam satu atau lain bentuk, maka tidak ada spekulasi dapat menjadi pengetahuan. Terdapat tiga tahap dalam perkembangan positivisme, yaitu:⁴³

1. Tempat utama dalam positivisme pertama diberikan pada Sosiologi, walaupun perhatiannya juga diberikan pada teori pengetahuan yang diungkapkan oleh Comte dan tentang Logika yang dikemukakan oleh

⁴² Ibid., hlm. 5.

⁴³ Arif Wibowo, *Positivisme dan Perkembangannya*, 31 Mar 2008, diakses pada 2 Feb 2017 pukul 19.36 WIB:

<https://staff.blog.ui.ac.id/arif51/2008/03/31/positivisme-dan-perkembangannya/>

Mill. Tokoh-tokohnya Auguste Comte, E. Littré, P. Laffitte, J.S. Mill dan Spencer.

2. Munculnya tahap kedua dalam positivisme – empirio-positivisme – berawal pada tahun 1870-1890-an dan berpautan dengan Mach dan Avenarius. Keduanya meninggalkan pengetahuan formal tentang obyek-obyek nyata obyektif, yang merupakan suatu ciri positivisme awal. Dalam Machisme, masalah-masalah pengenalan ditafsirkan dari sudut pandang psikologisme ekstrim, yang bergabung dengan subyektivisme.
3. Perkembangan positivisme tahap terakhir berkaitan dengan lingkaran Wina dengan tokoh-tokohnya O. Neurath, Carnap, Schlick, Frank, dan lain-lain. Serta kelompok yang turut berpengaruh pada perkembangan tahap ketiga ini adalah Masyarakat Filsafat Ilmiah Berlin. Kedua kelompok ini menggabungkan sejumlah aliran seperti atomisme logis, positivisme logis, serta semantika. Pokok bahasan positivisme tahap ketiga ini diantaranya tentang bahasa, logika simbolis, struktur penyelidikan ilmiah dan lain-lain.

d. Kajian Pandangan Teori Positivisme Terhadap Positivisme Hukum

Positivisme Hukum (Aliran Hukum Positif) memandang perlu memisahkan secara tegas antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku dan hukum yang seharusnya, antara *das sein* dan *das sollen*). Dalam pandangan positivis, tidak ada hukum lain, kecuali perintah penguasa. Bahkan, bagian dari Aliran Hukum Positif yang dikenal dengan nama Legisme berpendapat lebih tegas, bahwa hukum itu identik dengan Undang-Undang.

Positivisme adalah suatu aliran dalam filsafat hukum yang beranggapan bahwa teori hukum itu hanya bersangkut paut dengan hukum positif saja. Ilmu hukum tidak membahas apakah hukum positif itu baik atau buruk, dan tidak pula membahas soal efektivitas hukum dalam masyarakat. Termasuk dalam aliran ini ajaran *Analytical Jurisprudence* yang dikemukakan oleh John Austin. Inti dari ajaran *Analytical Jurisprudence*

adalah *Law is a command* (hukum merupakan perintah dari penguasa). John Austin mendefinisikan hukum sebagai berikut: "*Law is a command set, either directly or circuitously, by a sovereign individual or body, to a members of some independent political society in which his authority is supreme.*" Jadi hukum adalah seperangkat perintah, baik langsung ataupun tidak langsung, dari pihak yang berkuasa kepada warga masyarakatnya yang merupakan masyarakat politik yang independen, dimana otoritasnya (pihak yang berkuasa) merupakan otoritas yang tertinggi. Menurut Austin hukum adalah peraturan-peraturan yang berisi perintah, yang diperuntukkan bagi makhluk yang berakal dan dibuat oleh makhluk yang berakal yang mempunyai kekuasaan terhadap mereka itu. Jadi, landasan dari hukum adalah "kekuasaan dari penguasa". Austin menganggap hukum sebagai suatu sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup (*closed logical system*), dimana keputusan-keputusan hukum yang benar/tepat biasanya dapat diperoleh dengan alat-alat logika dari peraturan-peraturan hukum yang telah ditentukan sebelumnya tanpa memperhatikan nilai-nilai yang baik atau buruk.

Karakteristik hukum yang terpenting menurut Austin terletak pada karakter imperatifnya. Hukum dipahami sebagai suatu perintah dari penguasa. Akan tetapi tidak semua perintah oleh Austin dianggap sebagai hukum, menurut pandangannya hanya oleh perintah-perintah umum yang mengharuskan seseorang atau orang-orang untuk bertindak untuk menaati hukum tersebut. Kata kunci dalam hukum menurut Austin adalah perintah yang diartikan perintah umum dari entitas politik yang memiliki kedaulatan, yakni otoritas politik yang paling tinggi (*the supreme political authority*), yang berfungsi mengatur perilaku anggota masyarakat. Yang memiliki kedaulatan ini mungkin individu atau juga sekelompok individu. Syaratnya : (1) individu atau kelompok individu merupakan orang atau sekelompok orang yang dipatuhi oleh segenap anggota masyarakat; dan (2) individu atau kelompok individu yang berdaulat ini tidak patuh pada siapa pun juga di atasnya. Jadi sumber

hukum menurut Austin, adalah penguasa tertinggi yang *de facto* dipatuhi oleh segenap anggota masyarakat sementara ia sendiri tidak tunduk pada siapa pun.⁴⁴

Hukum menurut Austin harus dipahami dalam arti perintah karena hukum seharusnya tidak memberi ruang untuk memilih (apakah mematuhi atau tidak mematuhi). Hukum bersifat *non optional*. Karena itu, Austin menegaskan bahwa hukum bukan setumpuk peraturan atau nasihat moral. Ketika hukum tidak lagi dapat dipaksakan, yakni pelanggarannya dikenai hukuman atau sanksi hukum. Dengan demikian, kepatuhan pada hukum adalah kewajiban yang tidak dapat ditawar-tawar. Menyebut perintah sebagai hukum tetapi dalam praktek tidak dapat ditegakkan melalui penerapan sanksi hukum adalah absurd, karena hukum yang demikian tidak mampu memenuhi fungsi sosialnya sebagai alat kontrol terhadap tingkah laku masyarakat. Padahal, demikian Austin, mengontrol perilaku masyarakat adalah fungsi utama hukum. Dalam arti ini, sebetulnya Austin sepakat dengan Aquinas yang juga melihat hukum sebagai alat kontrol sosial. Akan tetapi, berbeda dengan Aquinas yang melihat hukum tertuma sebagai hasil kerja rasio, Austin justru menekankan watak perintah hukum yang bersumber pada kedaulatan penguasa. Dalam arti ini, pandangan hukum Aquinas lebih lunak dibandingkan dengan pandangan Austin. Hukum sebagai perintah, menurut Austin, memuat dua elemen dasar yaitu sebagai berikut:⁴⁵

1. Hukum sebagai perintah mengandung pentingnya keinginan, yakni keinginan dari seorang penguasa bahwa seseorang harus melakukan atau menahan diri untuk tidak melakukan sesuatu. Karena itu, keinginan dalam arti hukum memiliki kekhususan, yakni bahwa “pihak yang terkena hukum harus menanggung akibat yang tidak menyenangkan atau membahayakan dari yang lain apabila gagal memenuhi hukum yang berlaku.” Dengan demikian, hukum dalam arti perintah yang

⁴⁴ Ibid., hlm. 6.

⁴⁵ Ibid., hlm. 7.

mengungkapkan keinginan penguasa pada dasarnya memuat ancaman hukuman bagi siapa pun yang berada di bawah hukum yang berlaku.

2. Bahwa hukum memiliki kemampuan untuk menciptakan sesuatu yang tidak menyenangkan atau bahkan membahayakan subjek yang melanggarnya. Individu yang terkena perintah dengan sendirinya terikat, wajib berada dibawah keharusan untuk melakukan apa yang diperintahkan. Kegagalan memenuhi tuntutan perintah akan berakibat bahwa subjek yang terkena perintah mendapat sanksi hukum

Sebagaimana dikutip Turiman Fatchurrahman, Austin mengungkapkan dua perbedaan besar berkaitan dengan hukum yaitu sebagai berikut:

1. Hukum Tuhan

Adalah hukum yang diciptakan Tuhan untuk makhluk ciptaan-Nya. Hukum ini merupakan suatu moral hidup manusia dalam arti sejati.

2. Hukum manusia

Adalah hukum yang dibuat manusia untuk manusia. Hukum manusia ini dibedakan menjadi 2 yaitu:

- 1) Hukum yang sebenarnya (*properly so called*). Hukum ini sebagai superior politik atau dalam melaksanakan hak-hak yang diberikan oleh otoritas politik.
- 2) Hukum yang sebenarnya bukan hukum (*improperly so called*). Hukum ini dibuat oleh manusia tetapi tidak sebagai yang memiliki otoritas politik atau dalam melaksanakan hak yang dimiliki. Hal ini mencakup oleh Austin disebut sebagai hukum-hukum yang ada karena analogi, misalnya aturan-aturan yang menyangkut keanggotaan seseorang dalam kelompok tertentu.⁴⁶

Jika mengacu pada apa yang dikatakan oleh Austin maka menurut Huijbers ada dua hal yang patut dicatat, yaitu sebagai berikut:⁴⁷

1. Bidang yuridis mendapat tempat yang terbatas, yaitu menjadi unsur negara. Wilayah hukum bertepatan dengan wilayah suatu negara.

⁴⁶ Ibid., hlm. 8.

⁴⁷ Ibid., hlm, 9.

2. Hukum mengandung arti kemajemukan sebab terdapat beberapa bidang hukum di samping negara, walaupun bidang-bidang itu tidak mempunyai arti hukum dalam arti yang penuh. Hukum dalam arti yang sesungguhnya adalah hukum yang berasal dari negara dan yang dikukuhkan oleh negara. Hukum-hukum lain dapat disebut hukum, tetapi tidak memiliki arti yuridis yang sesungguhnya.

e. Kaidah Dalam Teori Positivisme Hukum

1. Kaidah Konkrit (*Individual Norm*)

Adalah suatu kaidah yang berlaku/mengatur bagi subyek hukum yang ditentukan dengan konkrit. Contohnya Surat keputusan pengangkatan/pemberhentian pejabat, Surat putusan pengadilan, Surat penetapan/fatwa waris, surat izin usaha. Ketiga macam surat tersebut di dalamnya ditentukan dengan konkrit siapa nama subyek hukum (subyek-subyek hukum), berapa umurnya/kapan berdirinya, apa pangkat golongannya, apa pekerjaannya, dimana alamat tempat tinggalnya (semuanya itu merupakan identitas subyek hukum tersebut) dan apa yang harus dilakukannya, apa hukumnya/berapa lama hukumannya.⁴⁸

2. Kaidah Abstrak (*General Norm*)

Adalah suatu kaidah yang berlaku/mengatur bagi subyek hukum yang ditentukan secara umum. (baik berlakubagi suatu masyarakat atau hanya golongan tertentu). Contohnya Undang–undang perkawinan; dimana setiap WNI maupun WNA (Perkawinan Campuran) yang menikah di Indonesia berlaku Undang–undang tersebut. Contohnya PP No.10 tahun 1983 (hanya berlaku bagi golongan Pegawai Negeri Sipil), Peraturan Daerah mengenai pemilikan KTP berlaku hanya untuk warga disuatu tempat biasanya propinsi/kabupaten atau kotamadya.⁴⁹

3. Kaidah Dasar (*Grund Norm*)

⁴⁸ Zainal Asikin,SH,SU, *Mashab Positivisme Hukum Bagian Dari Naskah Buku Filsafat Hukum*, 2012, hlm. 18-19.

⁴⁹ Ibid, hlm. 19.

Adalah suatu kaidah yang sangat abstrak dan terdiri hanya satu kaidah saja yang berlaku serta mengatur kaidah-kaidah di bawahnya, kaidah dasar di Indonesia bukanlah Pancasila atau UUD 1945 karena Pancasila merupakan asas, dan UUD 1945 tidak terdiri dari satu kaidah saja.⁵⁰

4. Kesalahan/tidak konsisten

Teori murni Kelsen terletak pada kaidah dasarnya yang diterangkan oleh Kelsen, yaitu tidak ada norma dasar/kaidah dasar dapat diakui tanpa keefektifan yang minimal yang menjurus pada pentaatan/kepatuhan hingga taraf tertentu. Untuk mengetahui dan mengukur kepatuhan/pentaatan dari warga masyarakat tersebut hanya dapat dilakukan dengan (ilmu) sosiologi. Jadi kesalahan/tidak konsisten teori murni Kelsen terletak pada kaidah dasar/norma dasar yang tidak murni lagi karena dipengaruhi oleh sosiologi. Menurut Kelsen, Pemilihan mengenai norma dasar tidak bersifat sewenang-wenang sebaliknya pilihan tersebut harus dilakukan oleh ahli ilmu hukum pada prinsip-prinsip keberlakuan, yaitu bahwa tertib hukum secara keseluruhan harus bersandar pada asumsi yaitu keberlakuan secara luas, dalam arti bahwa secara umum warga berperilaku sesuai dengan asumsi itu. Norma dasar bukanlah hukum positif dan maka tidak berkaitan dengan ilmu hukum, tetapi sepenuhnya formal dalam memberikan kesatuan terhadap system hukum dan membuat batas-batas akan norma-norma itu yang dipelajari ilmu hukum.⁵¹

f. Kritikan Terhadap Austin Tentang Teori Positivisme

Catatan kritis terhadap konsepsi Austin tentang teori perintah mendapat kritikan antara lain oleh Hans Kelsen dan H.L.A. Hart. Pertanyaan yang muncul kemudian adalah, apabila hukum hanya dipahami sebagai perintah, sementara perintah selalu dikaitkan dengan keinginan dan sanksi.

1. Kritikan dari Hans Kelsen

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

Sebagaimana dikutip oleh Murphy dan Coleman sepakat bahwa sanksi memang penting dalam hukum. Perintah sebagai hukum harus memiliki kemampuan memaksa. Meskipun begitu, bagi Kelsen, konsep sanksi bukanlah suatu yang esensial untuk memberi status bagi perintah. Menurutnya sanksi hukum hanya relevan dalam konteks hukum pidana (*criminal law*) tetapi tidak pada jenis hukum lainnya. Apabila konsep sanksi dipaksakan menjadi esensi hukum, aka hukum direduksi menjadi hukum pidana. Padahal disamping hukum pidana masih terdapat hukum perdata (*private law*).

2. Kritik dari H.L.A Hart

Kritik yang cukup penting diberikan oleh H.L.A Hart terhadap pemikiran Austin. Hart mencatat tiga kelemahan pokok dari teori perintah Austin. Semua kesulitan dalam teori Austin, menurut Hart, terletak pada pandangan Austin yang melihat hukum sebagai emanasi atau jelmaan diri dari penguasa absolut. Kelemahan tersebut adalah sebagai berikut:

1. Hukum harus memiliki keberlangsungan hukum, tidak boleh tergantung seluruhnya pada person tertentu. Hukum harus memiliki kemampuan bertahan melampaui person-person yang menciptakannya (*transpersonal continuity*). Mengasalkan hukum pada pribadi tertentu, dalam hal ini penguasa absolut, akan menimbulkan problem kekosongan hukum ketika yang bersangkutan meninggal dunia.
2. Hukum seharusnya berlaku bagi segenap anggota masyarakat termasuk penguasa. Dengan menjadikan hukum sebagai jelmaan keinginan penguasa, tidak jelas apakah penguasa sendiri tunduk pada hukum yang berlaku. Teori kedaulatan Austin tidak tegas membuka kemungkinan bagi penguasa untuk tunduk pada hukum buatannya sendiri. Dengan demikian, teori kedaulatan Austin menciptakan *problem of self-limitation* karena tidak mudah seorang

penguasa memerintah dirinya sendiri. Tentu saja ini membuka peluang terjadinya kesewenang-wenangan penguasa.

3. Austin gagal membedakan dengan tepat konsep “konsep berada di bawah kewajiban” dan “berada di bawah paksaan”. Menurut Hart tunduk pada kewajiban (*under a duty*) dan dipaksa (*being obliged* atau *being forced*) mengikuti kemauan adalah dua hal yang berbeda. Bertolak dari kritik ini Hart membangun teorinya dengan merujuk bahwa validitas hukum tidak pada individu atau kelompok individu yang berdaulat, melainkan pada sistem. Hukum tidak bergantung pada orang tetapi pada sistem (Lembaga peraturan).

g. Fatwa MUI Ditinjau dari Perspektif Teori Positivisme Hukum

Dilihat dari sudut konstitusi dan hukum, fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) tidak mengikat dan tidak bisa dipaksakan melalui penegak hukum. Karena Fatwa MUI bukan Hukum Positif dan tidak Mengikat. Mengingat bahwa hukum agama yang belum diformalkan negara, apalagi hanya fatwa, adalah tidak mengikat dan tidak dapat dipaksakan pemberlakuannya oleh aparatur hukum negara. Maka sebuah Fatwa jika dilihat dari perspektif teori positivisme hukum, fatwa MUI itu sifatnya tidak mengikat dan tidak bisa dipaksakan melalui penegak hukum. Dimana teori positivisme memandang perlu memisahkan secara tegas antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku dan hukum yang seharusnya, antara *das sein* dan *das sollen*) dimana menurut pandangan positivis, tidak ada hukum lain, kecuali perintah penguasa. Bahkan, bagian dari Aliran Hukum Positif yang dikenal dengan nama *Legisme* berpendapat lebih tegas, bahwa hukum itu identik dengan Undang-Undang. Mengingat positivisme adalah suatu aliran dalam filsafat hukum yang beranggapan bahwa teori hukum itu hanya bersangkut paut dengan hukum positif saja. Ilmu hukum tidak membahas apakah hukum positif itu baik atau buruk, dan tidak pula membahas soal efektivitas hukum dalam masyarakat. Termasuk dalam aliran ini ajaran *Analytical Jurisprudence* yang dikemukakan oleh John Austin. Inti dari ajaran *Analytical Jurisprudence* adalah *Law is a*

command (hukum merupakan perintah dari penguasa). John Austin mendefinisikan hukum sebagai berikut: "Law is a command set, either directly or circuitously, by a sovereign individual or body, to a members of some independent political society in which his auhority is supreme." Jadi hukum adalah seperangkat perintah, baik langsung ataupun tidak langsung, dari pihak yang berkuasa kepada warga masyarakatnya yang merupakan masyarakat politik yang independen, dimana otoritasnya (pihak yang berkuasa) merupakan otoritas yang tertinggi.

Menurut Austin hukum adalah peraturan-peraturan yang berisi perintah, yang diperuntukkan bagi makhluk yang berakal dan dibuat oleh makhluk yang berakal yang mempunyai kekuasaan terhadap mereka itu. Jadi, landasan dari hukum adalah "kekuasaan dari penguasa". Austin menganggap hukum sebagai suatu sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup (*closed logical system*), dimana keputusan-keputusan hukum yang benar/tepat biasanya dapat diperoleh dengan alat-alat logika dari peraturan-peraturan hukum yang telah ditentukan sebelumnya tanpa memperhatikan nilai-nilai yang baik atau buruk. Karakteristik hukum yang terpenting menurut Austin terletak pada karakter imperatifnya. Hukum dipahami sebagai suatu perintah dari penguasa. Akan tetapi tidak semua perintah oleh Austin dianggap sebagai hukum, menurut pandangannya hanya oleh perintah-perintah umum yang mengharuskan seseorang atau orang-orang untuk bertindak untuk menaati hukum tersebut.

Akan tetapi di Indonesia Hukum Islam adalah *the living law* atau hukum yang hidup dalam masyarakat, bukan *ius constitutum* (hukum yang berlaku saat ini atau hukum yang telah ditetapkan (hukum positif)) dan bukan pula *ius constituendum* (hukum yang dicita-citakan atau yang diangan-angankan di masa mendatang). Hukum positif adalah hukum yang diformulasikan oleh institusi negara dan tegas kapan dinyatakan berlaku dan kapan tidak berlaku lagi. Sementara *The living law* tidak diformulasikan oleh negara, tetapi hukum itu hidup dalam alam pikiran

dan kesadaran hukum masyarakat. Ia berpengaruh dalam kehidupan masyarakat dan kadang-kadang daya pengaruhnya bahkan mengalahkan hukum positif yg diformulasikan oleh negara. Hukum yang hidup itu bersifat dinamis sejalan dengan perkembangan masyarakat. Salah satu instrumen yang membuatnya tetap dinamis adalah antara lain melalui fatwa yang dikeluarkan oleh mufti atau institusi lain yang dianggap mempunyai otoritas dlm masyarakat.

Fatwa umumnya dikeluarkan untuk menjawab kebutuhan hukum masyarakat yang merasa ada ketidakjelasan terhadap sesuatu yang ada dan berkembang dalam dilihat dari sudut hukum Islam, supaya ada kepastian hukum. Lalu, bagaimanakah sebaiknya negara bersikap terhadap hukum yang hidup itu? Jika negara itu bersifat demokratis, maka akan memformulasikan hukum dengan mengangkat kesadaran hukum masyarakat menjadi hukum positif sesuai kebutuhan hukum masyarakat. Namun seandainya itu tidak atau belum dilakukan, maka negara harus menghormati hukum yang hidup yang antara lain tercermin dalam fatwa-fatwa yang otoritatif tersebut dan memfasilitasinya agar hukum yang hidup itu dapat terlaksana dengan baik dalam kehidupan masyarakat. Menurut Yusril, Indonesia yang berdasarkan Pancasila ini harusnya seperti ini menjadi sikap negara. Negara tdk bersifat sekular dan *indeferent* terhadap hukum agama, melainkan menghormati dan memberikan tempat yang selayaknya dalam kehidupan masyarakat. Jika hukum yang hidup itu berkaitan langsung dengan tata peribadatan maka negara tidak dapat mengintervensinya, melainkan menghormatinya dan memfasilitasi pelaksanaannya dengan memperhatikan kemajemukan masyarakat.⁵²

Sebagai contoh, terkait fatwa melarang orang Islam untuk menggunakan atribut yang dianggap sebagai "atribut natal" dan menghimbau kepada pengusaha non Muslim agar tidak memaksakan

⁵² Yusril Ihza Mahendra, *Hukum Islam Adalah The Living Law*:
<http://www.republika.co.id/berita/nasional/hukum/16/12/24/oiope6301-yusril-hukum-islam-adalah-the-living-law> dikases pada 2 Feb 2017 pukul 11.35

mengenakan atribut natal tersebut, menurut penulis hal itu adalah wajar dan sesuai dengan fungsi Majelis Ulama yang antara lain berkewajiban untuk mengeluarkan fatwa terhadap sesuatu yang meragukan dan diperlukan adanya kepastian hukum, jika kita melihat dari sudut pandang hukum Islam sebagai *the living law*. Menurut Mahfud MD, istilah *the living law* itu sendiri, sekurang-kurangnya, mempunyai dua arti. *Pertama*, norma yang hidup karena ditaati keberlakuannya oleh masyarakat meskipun tidak diberlakukan secara resmi oleh negara. *Kedua*, hukum resmi yang bersifat dinamis dan kenyal atau supel, sehingga bisa mengikuti perkembangan zaman dan selalu aktual dalam keadaan apa pun. Untuk pengertian yang kedua tersebut di dalam ilmu politik dan konstitusi ada juga istilah *living constitution* dan *living ideology*.⁵³

Oleh sebab itu, negara yang berdasarkan Pancasila ini, sangatlah bijak jika menghimbau agar setiap orang menghormati fatwa tersebut dan mengajak pengusaha non Muslim secara persuasif agar menghormati fatwa Majelis Ulama tersebut demi menghargai keyakinan keagamaan orang yang beragama Islam. Dimana biasanya menjelang Hari Natal tiap toko, supermarket dan shopping mall telah cukup banyak memasang ornamen natal termasuk memutar kaset lagu-lagu natal, seharusnya hal itu sudah lebih daripada cukup untuk menyemarakkan Natal bagi umat Kristen. Umat Islam tidak pernah mempersoalkan hal itu. Jadi kalau mewajibkan pekerja toko menggunakan atribut natal, padahal mereka bukan beragama Kristen, hal itu bisa dianggap sebagai sesuatu yang berlebihan. Kita harus menghormati keyakinan agama masing-masing dan tidak perlu membuat hal-hal yang dapat membuat sesuatu yang kurang enak di hati penganut agama yang lain.

IX. Penutup

a. Kesimpulan

⁵³ Mahfud MD, *Fatwa Mui dan Living Law Kita*:
<http://www.mediaindonesia.com/news/read/84453/fatwa-mui-dan-living-law-kita/2016-12-26> diakses pada 2 Feb 2017 pukul 11.54 WIB

1. Fatwa adalah Jawaban (keputusan atau pendapat) yang diberikan oleh *mufti* tentang sesuatu masalah. Fatwa bisa disebut juga sebagai Nasihat Ulama atau petuah orang agung. *Al-Fatwa* atau *Istifta* secara etimologi (bahasa) adalah menyelesaikan setiap problem. Sedangkan secara terminologi (istilah) ialah menyampaikan hukum-hukum Allah berdasarkan dalil-dalil syariah yang mencakup segala persoalan. Fatwa merupakan bagian produk hukum Islam yang sudah ada semenjak masa Nabi Muhammad SAW, yang kemudian menjadi produk hukum Islam yang berkembang hingga sekarang. Amir Syarifudin menjelaskan pengertian *Ifta'* atau fatwa adalah usaha memberikan penjelasan tentang hukum syara'.
2. Majelis Ulama Indonesia (MUI) adalah wadah atau majelis yang menghimpun para ulama, zu'ama dan cendekiawan muslim Indonesia untuk menyatukan gerak dan langkah-langkah umat Islam Indonesia dalam mewujudkan cita-cita bersama. Majelis Ulama Indonesia berdiri pada tanggal, 7 Rajab 1395 H, bertepatan dengan tanggal 26 Juli 1975 di Jakarta, sebagai hasil dari pertemuan atau musyawarah para ulama, cendekiawan dan zu'ama yang datang dari berbagai penjuru tanah air. Momentum berdirinya MUI bertepatan ketika bangsa Indonesia tengah berada pada fase kebangkitan kembali, setelah 30 tahun merdeka, dimana energi bangsa telah banyak terserap dalam perjuangan politik kelompok dan kurang peduli terhadap masalah kesejahteraan rohani umat. Dalam perjalanannya, Majelis Ulama Indonesia sebagai wadah musyawarah para ulama, zu'ama dan cendekiawan muslim berusaha untuk:
 - Memberikan bimbingan dan tuntunan kepada umat Islam Indonesia dalam mewujudkan kehidupan beragama dan bermasyarakat yang diridhoi Allah SWT.
 - Memberikan nasihat dan fatwa mengenai masalah keagamaan dan kemasyarakatan kepada Pemerintah dan masyarakat, meningkatkan kegiatan bagi terwujudnya ukhwah Islamiyah dan kerukunan antar-

umat beragama dalam memantapkan persatuan dan kesatuan bangsa.

- Meningkatkan hubungan serta kerjasama antar organisasi, lembaga Islam dan cendekiawan muslimin dalam memberikan bimbingan dan tuntunan kepada masyarakat khususnya umat Islam dengan mengadakan konsultasi dan informasi secara timbal balik.
- Menjadi penghubung antara ulama dan umaro (pemerintah).

3. Positivisme Hukum (Aliran Hukum Positif) memandang perlu memisahkan secara tegas antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku dan hukum yang seharusnya, antara *das sein* dan *das sollen*). Dalam pandangan positivis, tidak ada hukum lain, kecuali perintah penguasa. Bahkan, bagian dari Aliran Hukum Positif yang dikenal dengan nama Legisme berpendapat lebih tegas, bahwa hukum itu identik dengan Undang-Undang. Positivisme adalah suatu aliran dalam filsafat hukum yang beranggapan bahwa teori hukum itu hanya bersangkutan paut dengan hukum positif saja. Ilmu hukum tidak membahas apakah hukum positif itu baik atau buruk, dan tidak pula membahas soal efektivitas hukum dalam masyarakat. Termasuk dalam aliran ini ajaran *Analytical Jurisprudence* yang dikemukakan oleh John Austin. Inti dari ajaran *Analytical Jurisprudence* adalah *Law is a command* (hukum merupakan perintah dari penguasa). Menurut Austin, hukum adalah peraturan-peraturan yang berisi perintah, yang diperuntukkan bagi makhluk yang berakal dan dibuat oleh makhluk yang berakal yang mempunyai kekuasaan terhadap mereka itu. Jadi, landasan dari hukum adalah “kekuasaan dari penguasa”. Austin menganggap hukum sebagai suatu sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup (*closed logical system*), dimana keputusan-keputusan hukum yang benar/tepat biasanya dapat diperoleh dengan alat-alat logika dari peraturan-peraturan hukum yang telah ditentukan sebelumnya tanpa memperhatikan nilai-nilai yang baik atau buruk.

4. Dilihat dari sudut konstitusi dan hukum, fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) tidak mengikat dan tidak bisa dipaksakan melalui penegak

hukum. Karena Fatwa MUI bukan Hukum Positif dan tidak Mengikat. Mengingat bahwa hukum agama yang belum diformalkan negara, apalagi hanya fatwa, adalah tidak mengikat dan tidak dapat dipaksakan pemberlakuannya oleh aparaturnya hukum negara. Di Indonesia Hukum Islam adalah *the living law* atau hukum yang hidup dalam masyarakat, bukan *ius constitutum* (hukum yang berlaku saat ini atau hukum yang telah ditetapkan (hukum positif)) dan bukan pula *ius constituendum* (hukum yang dicita-citakan atau yang diangan-angankan di masa mendatang). Hukum positif adalah hukum yang diformulasikan oleh institusi negara dan tegas kapan dinyatakan berlaku dan kapan tidak berlaku lagi. Sementara *The living law* tidak diformulasikan oleh negara, tetapi hukum itu hidup dalam alam pikiran dan kesadaran hukum masyarakat. Ia berpengaruh dalam kehidupan masyarakat dan kadang-kadang daya pengaruhnya bahkan mengalahkan hukum positif yg diformulasikan oleh negara. Hukum yang hidup itu bersifat dinamis sejalan dengan perkembangan masyarakat. Salah satu instrumen yang membuatnya tetap dinamis adalah antara lain melalui fatwa yang dikeluarkan oleh mufti atau institusi lain yang dianggap mempunyai otoritas dlm masyarakat.

b. Saran

1. Indonesia sebagai Negara yang bersifat demokratis seharusnya bisa memformulasikan hukum dengan mengangkat kesadaran hukum masyarakat menjadi hukum positif sesuai kebutuhan hukum masyarakat. Namun seandainya itu tidak atau belum dilakukan, maka negara harus menghormati hukum yang hidup, yang antara lain tercermin dalam fatwa-fatwa yang otoritatif dan memfasilitasinya agar hukum yang hidup itu dapat terlaksana dengan baik dalam kehidupan masyarakat.
2. Indonesia sebagai Negara yang berdasarkan Pancasila seharusnya menjadi Negara yang tidak bersifat sekular dan *indeferent* terhadap hukum agama, melainkan menghormati dan memberikan tempat yang

selayaknya dalam kehidupan masyarakat. Jika hukum yang hidup itu berkaitan langsung dengan tata peribadatan maka negara tidak dapat mengintervensinya, melainkan menghormatinya dan memfasilitasi pelaksanaannya dengan memperhatikan kemajemukan masyarakat.

3. Pemerintah hendaknya bersikap bijak untuk menghimbau agar setiap orang menghormati fatwa MUI dan mengajak non Muslim secara persuasif agar menghormati fatwa Majelis Ulama demi menghargai keyakinan keagamaan orang yang beragama Islam.

DAFTAR PUSTAKA

Buku-buku

A. Gayo, Ahyar, *Penelitian Hukum tentang Kedudukan Fatwa MUI dalam Upaya Mendorong Pelaksanaan Ekonomi Syariah*, BPHN PUSLITBANG, 2011.

Arrasjid, Chainur, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2001.

Asshiddiqie, Jimly, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*, Yogyakarta: UUI Pers, 2004.

Asshiddiqi, Jimly, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Rajawali Pers, 2010.

Kamus Besar Bahasa Indonesia, edisi ke 3, cetakan I, Jakarta, Balai Pustaka, 2001.

Caniago, Amran YS, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia (Dilengkapi dengan singkatan-singkatan)*, Bandung, CV PustakaSetia 1997.

Cipto Handoyo, B Hestu, *Hukum Tata Negara, Kewarganegaraan dan Hak Asasi Manusia*, Universitas Atmajaya, Jogjakarta: 2003.

Umandan, Khairul, *Ushul Fiqh II*, Bandung: PustakaSetia, 1998.

Ghazali, Moqsith, Abdul, “*Metodologi Berfatwa dalam Islam*”, Koran Tempo, 20 September 2005.

Hasan, Ramadhan, Khalid, *Mu’jam Ushûl al-Fiqh*, (Ar-Raudhah), Cetakan I, 1998.

Hasan, Zaini, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Bandung: Alumni, 1985.

Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: LP3ES, 1998.

Philip Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif, Perkumpulan untuk pembaharuan hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologi (HU Ma)*, Jakarta: 2003.

Qardhawi, Yusuf, *FATWA antara ketelitian & kecerobohan*, Jakarta, GAMA INSANI PRESS, 1997.

Syarifudin, Amir, *UshulFiqhJilid 2*, Jakarta: Kencana, 2009.

Thawilah, Abdus Salam, Abdul Wahab, *Atsar al-Lughah fi Ikhtilâf al-Mujtahidîn*, Dar as-Salam, Cetakan II, 2000.

Makalah dan Internet

Asikin, Zainal, *Mashab Positivisme Hukum Bagian Dari Naskah Buku Filsafat Hukum*, tanpa penerbit dan tahun, 2012

Gayodan, Ahyar Ari Ade Irawan Taufik, *Kedudukan Fatwa DSN-MUI*, tanpa tahun.

Kaerumam, Badri, *Hukum Islam*, tanpa penerbit dan tahun.

Muhammad Bahauddin dan Zuan Ashifana, *Ijtihad dan Fatwa dalam Islam*, UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, Oktober 2016

Nur, Fachturahman, Turiman, *Menelusuri Paham Positivisme Hukum Dan Teori Hukum Murni*, tanpa penerbit, 2014.

Riadi, M. Erfan, *Kedudukan Fatwa Ditinjau dari Hukum Islam dan HukumPositif (Analisis Yuridis Normatif)*, Jurnal Ulumuddin, Volume VI, Tahun IV, Januari-Juni 2010.

Ridwan, Murtadho, *Analisis Fatwa MUI Tentang Asuransi Syariah Dan Penyerapannya KeDalam Peraturan Perundang-Undangan dalam buku yang bertajuk Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) Dalam Perspektif Hukum Dan Perundang-Undangan*, Jakarta: Puslitbang Lektur dan Khazanah Keagamaan Badan Litbang Dan Diklat Kementerian Agama RI, 2012.

Rusli, *Tipologi Fatwa*, tanpa penerbit dan tahun.

Arif Wibowo, *Positivisme dan Perkembangannya*, 31 Mar 2008, diakses pada 2 Feb 2017 <https://staff.blog.ui.ac.id/arif51/2008/03/31/positivisme-dan-perkembangannya/>

Yusril Ihza Mahendra, *Hukum Islam Adalah The Living Law*:

<http://www.republika.co.id/berita/nasional/hukum/16/12/24/oiop6301-yusril-hukum-islam-adalah-the-living-law> diakses pada 2 Feb 2017 pukul 11.35

Mahfud MD, *Fatwa Mui dan Living Law Kita*:

<http://www.mediaindonesia.com/news/read/84453/fatwa-mui-dan-living-law-kita/2016-12-26> diakses pada 2 Feb 2017 pukul 11.54 WIB